

4735 sayılı Kanunun 19–20–21 maddelerine göre sözleşmenin fesih edilmesi halinde, kesin teminat güncellenerek gelir kaydedilir. Yükleniciler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26. madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir

T.C.

BAYINDIRLIK VE İSKÂN BAKANLIĞI

Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı

Karar Konusu : Zarar – Ziyen Tazmini

Karar No : 2006/ 006

Karar Tarihi : 30.03.2006

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

I-GİRİŞ

... lığı, ... tarih ve ... sayılı yazılarıyla Kurulumuza müracaat ederek; ... yılında ... müteahhit malı ... işi ihalesinin yapıldığını, yüklenicinin taahhüdünü işin süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanarak ... gün süreli ihtarnameye rağmen işi tamamlayamadığını, bunun üzerine, sözleşme, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesi hükümleri doğrultusunda feshedildiğini ve anılan şartnamenin 48. maddesindeki **".....4735 sayılı Kanunun 19-20-21 maddelerine göre sözleşmenin fesih edilmesi halinde, kesin teminat güncellenerek gelir kaydedilir. Yükleniciler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26. madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir."** hükmüne göre işin kesin teminatının gelir kaydedildiğini, 4735 sayılı Kanun 26. maddesine göre yükleniciye ... yıl ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verildiğini belirtmektedir.

II-KONU

Sözleşmenin feshi nedeniyle idarece yapılan durum tespiti neticesinde yüklenicinin taahhüdü altında ... miktarının ... yerine ... olduğunun tespit edildiği ... bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı, adı geçen ... idarenin uğradığı zarar-ziyan olarak yükleniciden tahsil edileceği şeklinde yorumlayarak kurulumuzdan; ... işi bedelinin yukarıdaki

hüküm çerçevesinde idarenin uğradığı zarar ve ziyanı olarak değerlendirilerek yükleniciden tahsil edilip edilemeyeceğinin bildirilmesini istemektedir.

III- İNCELEME

4735 sayılı Kamu İhale sözleşmesi kanunun 19. 20 ve 21 maddelerinde sözleşmelerin hangi hallerde feshedileceği ve 22. madde de sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, buna paralel olarak da Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesi bu hususlara açıklık getirmiştir.

Kanunda yer alan İdarenin sözleşmeyi feshetmesi başlıklı 20. maddesinin (a) bendi **“Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi, ”** hükmü ile,

Maddenin son paragrafında yer alan; **“..... ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek genel hükümlere göre tasfiye edilir.”** hükmü çerçevesinde, işe ait sözleşmenin 26 ve 27 inci maddelerine göre taahhüdün yerine getirilmemesi üzerine, 4735 sayılı Kanun ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin ilgili hükümlerine göre iş idarece feshedilmiştir.

Aynı kanunun 22. maddenin son paragrafında, **“19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler**

hakkında 26'ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” hükmü yer almaktadır.

İdare, ... bu hüküm doğrultusunda, bugünkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı, idarenin uğradığı zarar-ziyan olarak yükleniciden tahsil edileceği şeklinde yorumlayarak, Kurulumuzdan; ... işi bedelinin yukarıdaki hüküm çerçevesinde idarenin uğradığı zarar ve ziyanı olarak değerlendirilerek yükleniciden tahsil edilip edilemeyeceğinin bildirilmesini istemektedir.

Bilindiği üzere;

Gerek, 4735 sayılı Kanunun 20. maddesi ve gerekse, Yapım İşleri Genel Şartnamesi 48. maddesinde yer alan **“.....kesin teminat varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”** hükmünün, fesih sonrası işlemlerde dikkate alınması ve Kanunun 22. maddesinin son paragrafındaki **“.....Ayrıca, Sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.”** hükmünün yerine getirilmesinde genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği açıktır. Burada, sözleşmenin feshi halinde istenebilecek zarar ve ziyanın kapsamı ve niteliği üzerinde durulmamıştır.

Sözleşmede ve yasada genel hükümlere yapılan atıf dolayısıyla, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın yükleniciye tazmin ettirilmesinde Borçlar Kanunun ilgili maddelerine göre çözüm aranması gerekmektedir. Sözleşme sorumluluğu dolayısıyla bahse konu zarar kavramı müspet veya

menfi zarar ayrımına tabi tutulmaktadır.

Bu işin sözleşmesinin idarece feshedildiği sebebiyle geçersiz olan sözleşmeye tekrar dönülerek taahhüdün yerine getirilmemesinden doğan **müspet zararın** istenmesi mümkün olmamakta, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zararın, yani kaçırılan fırsat sebebiyle oluşan **menfi zararın** istenmesi mümkün olmaktadır.

Diğer taraftan, işin feshinde, onay tarihine kadar yapılan işlerle ilgili durum tespit tutanağında belirtilmek şartıyla eksikliklerin giderilmesi, işin ölçülebilir hale getirilmesi ve yapılmak üzere bozulmuş ancak fesih nedeniyle yapılamayan kısımların önceki haline getirilmesi için yapılacak her türlü gider yükleniciden talep edilebilmektedir.

IV- KARAR

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde;

Sözleşmeyle yüklenilen fiyatla, bunun yerine getirilmemesi nedeniyle üçüncü kişiye ödenen fiyat arasındaki farkın, yani, ilk ihale bedeli ile son ihale bedeli arasındaki farkın yükleniciden istenemeyeceği, bunun **müspet zarar** niteliğinde olduğu ve bu nedenle, idarece önerildiği şekilde, ... bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkın uğranılan zarar - ziyan olarak hesaplanamayacağına,

Zarar-ziyanın, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine

dayanılarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilerek bulunması gerektiği, sözleşmeye konu olan ve yapılmayan ... imalatının başka bir yükleniciden ihale tarihinde alma imkânı varsa, o yükleniciye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı imalatı yaptırmak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkın, yani **menfi zararın** istenebileceğine, idarece uğranılan zararın tayini için ihale şartlarının değiştirilmemesinin gerektiğine,

Ayrıca, menfi zarar kavramı içinde mütalaa edilen diğer zararların da yükleniciden talep edilebileceğine, ancak, bütün bu zararların Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre **dava yoluyla** tahsil edilmesi gerektiğine,

Kurul'un 30 Mart 2006 tarihli toplantısında oy birliği ile karar verilmiştir.