

ihale sözleşmelerinde değişiklik yapılabilmesinin başlıca şartı tarafların anlaşması zorunludur

4735 s.K. m.15'e göre kamu ihale sözleşmelerinde değişiklik yapılabilmesinin başlıca şartı tarafların anlaşması koşuludur. Madde metninde bahsedildiği gibi, *“idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla”* ve diğer şartları da yerine getirerek sözleşme değişikliği yapılabilir. Burada kanun koyucu tarafından konulan şart, kamu ihale sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli olan subjektif bir şarttır. Çünkü burada bahsedilen karşılıklı olarak anlaşma eylemi tarafların iradelerinin sözleşmenin değiştirilmesi yönünde uyuşmaları anlamına gelmektedir ve bu şartın gerçekleşmesi tamamen tarafların iradelerine bağlıdır. Tarafların iradelerinin kamu ihale sözleşmesinin değiştirilmesi konusundaki tek etkisi, bu yönde karşılıklı olarak anlaşmalarıdır. Bunun dışındaki şartlar taraflardan bağımsız objektif şartlar olup tarafların bu noktada bir takdir yetkisi sadece m.15'te çizilen sınırlar dahilindedir.

Tarafların sözleşmenin değiştirilmesi konusunda anlaşmaları bir tarafın talebi ile gerçekleşecektir. Sözleşmenin değiştirilmesi talebi, sebebi ile birlikte karşı tarafa yazılı olarak bildirilmelidir. Çünkü İdare, yüklenici ve yapı denetim görevlisi arasındaki her türlü iletişim, yazılı olarak yapılır. Sözleşmeye göre herhangi bir kişi tarafından bir izin, onay, belge, olur verilmesi veya tespit yapılması, ihbar, çağrı veya davette bulunulması gerektiğinde, bunlar taraflar aksini kararlaştırmadıkça yazılı olacaktır (YİĞŞ m.5, HİGŞ m.5).

Daha sonra karşı tarafın cevabı olumlu olursa subjektif şart

gerçekleşmiş olacak ve tarafların olumlu iradelerinin yansıtıldığı değişiklik sözleşmesi imzalanacaktır. Bu değişikliğin içeriği taraflarca m.15 çerçevesinde düzenlenecektir. Burada önemli olan tarafların hem değişikliğin yapılması konusunda hem de yapılacak değişikliğin muhtevası konusunda karşılıklı olarak anlaşmalarıdır.

Eğer diğer tarafın değişiklik talebine cevabı olumsuz olursa, yani sözleşmenin değiştirilmesine rıza göstermiyorsa o zaman katıyen sözleşme değiştirilemeyecektir. Çünkü böyle bir durumda tarafların karşılıklı olarak anlaşması kaydı gerçekleşmemiş olacaktır. Kanımızca burada sözleşmenin değiştirilmesi konusunda olumsuz irade beyanı ortaya koyan taraf, bunun sebebini açıklamak zorunda değildir.

Tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması için TBK m.28, m.30-m.39'da yer alan irade sakatlığı hallerinden birisinin mevcut olmaması gerekir.

Sözleşme kurulurken dikkat edilmesi gereken bu kurallar, sözleşme değişikliği yaparken de uygulama alanı bulacaktır. Çünkü yapılacak olan sözleşme değişikliği de ayrı bir sözleşme ile gerçekleştirilecektir. Bu noktada kurulacak olan değişiklik sözleşmesinde, TBK m.28'deki aşırı yararlanma, m.30 ve devamındaki yanıltma hükümlerinin uygulanabilirliği söz konusudur. Buna göre sözleşme kurulurken esaslı yanıltmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz. Ancak, basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir (TBK m.31/2).

TBK m. 31'e göre aşağıda sayılan haller esaslı yanıltmadır:

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.
2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.
3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.

4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.
5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

Burada karşımıza çıkabilecek irade sakatlığı hallerinden bir diğeri ise aldatmadır (hile). Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir (TBK m.36). Burada yanılmada olmayan kasıt söz konusudur. Son olarak ise, taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması (ikrah, tehdit) sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir (TBK m.37). Tüm bu hallerde Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır (TBK m.39). Bu hüküm 4735 S.K.'daki özel düzenlemeler dışında sözleşmede aksine bir hüküm olmadığında uygulama alanı bulacaktır.

4735 s.K. m.21'de yüklenicinin, 4734 s.K. m.17'de sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunması durumunda idarenin sözleşmeyi fesih hakkı olduğu düzenlenmiştir. Burada, maddede sayılan yasak fiillerden aldatma ve korkutma bakımından Borçlar Kanununda yer alan irade sakatlıklarına ilişkin genel hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanması söz konusu olabilir. Ancak yanılma ve aşırı yararlanma gibi irade sakatlığı hallerinde 4735 s.K.m.36'dan hareketle genel hükümlere gidilecektir.

Ayrıca 4735 s. K.'da yer alan hükümler yüklenicinin iradesi açısından düzenlenmiştir. İdare tarafının irade sakatlıklarından, 3.kişilerin veya bizzat idarenin aldatma ya da korkutma eylemini, doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirmesi durumunda yine buradaki irade sakatlığı

hallerinin değerlendirilmesinde genel hükümlere başvurulacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi için gerekli olan tarafların karşılıklı olarak anlaşması şartı, 4735 s.K. m.4'te yer alan, 4735 s.K.'da belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı, hükmüne paralel düzenlenmiş ve bir anlamda bu yasağı koruyucu niteliktedir.

Danıştay 1.D. T.14.03.2005, E.2005/164, K.2005/357.