

kamu ihale sözleşmelerinin devri

Bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin hukuki durumunun bir bütün olarak yüklenilmesine, sözleşmenin devri denir. Sözleşmenin devrinde bir taraf sözleşmeden ayrılı ve üçüncü bir kişi, ayrılan taraf ait hukuki durumun tamamını kazanarak onun yerine geçer. Burada alacağın temliki ve borcun naklinde söz konusu olan alacak ve borcun devrinin yanında defi hakları ile yenilik doğuran haklar da bir bütün olarak devralana geçer

Bir kamu ihale sözleşmesinin geçerli olarak devrinin yapılabilmesi için geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması, sözleşmenin tarafları ile devralan arasında bir devir sözleşmesinin yapılmış olması ve bunun mevcut sözleşmedeki bütün hak ve borçları kapsamaması gerekmektedir

Kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin devredilmesi, asıl sözleşmenin dışında yapılacak olan bir devir sözleşmesi ile gerçekleştirilir. Devir sözleşmesinin ne olduğu tek madde ile 6102 s. TBK'da 205.maddede tanımlanmıştır. Bu hükme göre *"Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır."* Aynı hükmün 2.fıkrasında ise, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşmanın da, sözleşmenin devri hükümlerine tabi olduğu söylenmiştir.

İşte burada 4735 s.K. m.16'daki devir sözleşmesinden söz edilmektedir. Çünkü m.16'ya göre, *"Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir.* Yani önce idare (ihale yetkilisi) yazılı izin verecek ve ardından devir sözleşmesi yapılacak. Burada devir sözleşmesinin kurulabilmesi için kanun tarafından özel

şartlar konulmuştur. Bu yüzden geçerli bir devir sözleşmesinin kurulabilmesi için söz konusu şartlara uyulması zorunludur. Nitekim TBK m.205/f.4'te kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhaleleri Kanununa tabi sözleşmelere uygulanmak üzere bu kanunda da sözleşmelerin devri düzenlenmiştir. Tek madde ile hüküm altına alınan sözleşmelerin devri hususu burada 66.maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve yüklenici veya müşteri hakkında aynı kanunun 62.maddesinde yer alan sözleşmenin feshine ilişkin hüküm uygulanır.

Bir kamu ihale sözleşmesinin devrinin yapılması için öncelikle ihale yetkilisinin yazılı izni alınmalıdır. Bu yazılı izin devir sözleşmesinin yapılması için bir önşarttır. Daha sonra devredecek olan ile devralacak olan taraf yazılı bir sözleşme imzalar. Bu sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte taraflar arasında geçerli bir devir sözleşmesi kurulmuş olur. Kurulan bu sözleşmenin taraflar açısından hüküm ve sonuçlarını doğrurabilmesi için, sözleşmede öngörülmemişse herhangi bir tescil makamının özel olarak onayına ihtiyaç yoktur. Çünkü hem kanunda böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir hem de devir sözleşmesinin kurulması için gerekli olan izin sözleşme kurulmadan önce alınmıştır. Ancak yapılacak devirlerde iş yerlerinin de devri söz konusu olduğunda bunun kendine özgü şekil şartlarına riayet edilecektir.

Hizmet alımı sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüş olup, buna göre devreden ve devralanın yanında idarenin de devir sözleşmesini imzalaması aranmıştır. İhale yetkilisince gerekli iznin verilmesinin ardından düzenlenecek devir sözleşmesinde ihale yetkilisi, devreden ve devir alanın imzaları ile devreden ve devir alanın 4735 s.K. m.16'da belirtilen yasak durumlarının olmadığına ilişkin beyanlarının

bulunması ve devir alacakların ilk ihaledeki şartları gerçekleştirmesi zorunludur. Devir sözleşmelerinde ayrıca, devralan yüklenicinin devreden yüklenicinin yaptığı sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerini devreden tabi olduğu veya olacağı kapsam ve içeriği ile yüklendiği hususu da yer alır (HİGŞ m.52/f.2).

Uygulamada sözleşmenin yapılmasından önce ihale konusu işin devrinin yapılıp yapılamayacağına ilişkin farklı kararlar mevcuttur. Sayıştay, bir kararında ilgili bakanlık ya da dairesinin izni alınsa bile, mukavelesi yapılmadıkça ihalesi kararlaştırılmış madde veya hizmet konulu işlerin, başka bir müteahhide devredilmesinin mümkün olamayacağına hükmetmiştir **S.7.D. T.23.12.1969, E.1969/97, K.1969/3488**

Daha sonraları alınan bir kararında da sözleşme yapılmadan önce idarenin izni alınarak işin başkasına devredilmesinde sakınca görülmediğine karar vermiştir **.S.D.K.K. T.05.10.1977, E.1977/319, K.1978/1.**

ihalesi yapılıp bittikten sonra daha henüz sözleşme imzalanmamış iken idarenin yazılı izni ile ihale konusu işin aynı şartları taşıyan bir başkasına, mesela en yüksek teklifi veren ikinci istekliye, devredilmesi mümkündür. Ama burada da hem ihale yetkilisinin yazılı izni, hem de devralacak olan tarafın, devreden şartlarını taşıması gerekmektedir.

Yoksa diğer ihaleye katılanlar veya üçüncü kişiler 4734 s.K. m.5'teki ihale sürecinde uyulması gereken temel ilkeler arasında yer alan saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik gibi ilkelere aykırı davranıldığı gerekçesiyle sözleşmenin geçersizliği iddia edilebilecektir.

Kamu ihale sözleşmelerinin devri ile ilgili bir husus ta Kamu İhale Genel Tebliğinde sözleşmenin devrine ilişkin açıklamalar bölümünde yer verilmiştir. Buna göre kısmı teklife açık gerçekleştirilen bir ihalede bir yüklenici ile birden fazla sözleşme yapılan durumlarda; devreden, sözleşmelerin tamamını

veya sadece sözleşmelerinden birini bir tek istekliye devredebilir. Devir alan da sadece devredenin tüm sözleşmelerini veya sözleşmelerinden birini devir alabilir; birden fazla yüklenicinin sözleşmesini devir alamaz

Bir kamu ihale sözleşmesinin devri için yapılacak olan devir sözleşmesinin 4735 s.K.m.16'ya tabi olması için m.40'a göre yürürlük tarihinden sonra yapılmış olması gerekir. Bu tarihten önce imzalanmış olan devir sözleşmelerine m.16'daki şartlar ve devir yasakları uygulanamayacaktır