

4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ

4735 sayılı kanun 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa nispeten sözleşmenin devri konusunu ayrıntılarıyla ele almıştır. 2886 sayılı kanun bu konuya ucundan temas etmiş ve ayrıntıların uygulamaya göre şekillenmesini istemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda sözleşmelerin devri hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu konudaki düzenlemeyi Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yapmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur.

Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz.

İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Yüklenici sözleşme imzalandıktan sonra idareye karşı tekeffül ettiği işi sözleşme ve eki şartnameler çerçevesinde eksiksiz yapmakla mükelleftir. Ancak yukarıdaki madde hükmünde de ifade edildiği üzere realitenin zorunlu kıldığı durumlarda sözleşme şartlarında veya sözleşmenin taraflarında değişikliğe gidilmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Sözleşmenin devri bu sözleşme ile yükümlülük altına giren müteahhidin sözleşmenin tarafı olmaktan çıkması yani sözleşmenin taraflarından birinin değişmesi anlamına gelmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. Maddesi

sözleşmelerin devredilebilmesi için ;

a- Zorunlu hallerin ortaya çıkması,

b- İhale yetkilisinin yazılı izni,

c- Devir alacaklara ilk ihaledeki şartların aranması,

d- Devir eden ve devir alanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının tespiti hususlarının hepsinin gerçekleşmesi şartını aramıştır.

Bu şartları kısaca açıklamak konunun iyice anlaşılması için faydalı olacaktır.

1- Zorunlu Hallerin Ortaya Çıkması

4735 sayılı Kanunun 16. maddesinde; sözleşme devirleriyle ilgili olarak önceki düzenlemelere nazaran yenilik sayılması gereken “zorunlu hallerde” ifadesine yer verilmiştir. Hukuki tabirle mücbir sebep olarak bildiğimiz bu ifade idareye takdir yetkisi vermektedir. Bu takdir yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller sıralanmıştır. Mezkur 10. maddede; mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

a) Doğal afetler

b) Kanuni grev

c) Genel salgın hastalık

d) Kısımî veya genel seferberlik ilânı

e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur” hükmü yer almaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; geçen zorunlu haller ; aynı kanunun 10. maddesinde; geçen mücbir

sebepleri kapsamakla birlikte ondan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Sözleşmenin münderecatında, süresinde, feshinde ve benzeri noktalarında değişiklik gerektiren sebeplerin sözleşmenin devrinde geçerli olmayacağını ileri sürmek kanunun ruhuna uygun düşmemektedir.

10. maddede zikredilen haller diğer şartlarla birleştiğinde sözleşmenin devri sonucunu doğurabilmektedir. Çünkü sözleşme ile yükümlülük altına giren yüklenici için yukarıdaki veya benzeri durumlar sözleşmenin devrini zorunlu kılmış olabilir.

Kanunda zorunlu haller tadadi olarak zikredilmiştir. Yani Kanun Koyucu zorunlu hallerin ne olduğu konusunda kendine göre önemli gördüğü birkaç durumu açıkça belirtmiştir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddenin

1. fıkrasının(e) bendindeki; “Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller” ibaresiyle idareye zorunlu haller konusunda takdir yetkisi vermiştir.

2- İhale Yetkilisinin Yazılı İzni 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda “tanımlar” başlıklı 3.

maddede ihale yetkilisinin tanımı yapılmamakla birlikte Kamu İhale Kanunundaki tanımlara atıfta bulunulmuş ve bu kanunun uygulanmasında kamu ihale kanunundaki tanımların geçerli olduğu belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Tanımlar” başlıklı 4. Maddesinde ihale yetkilisi, “(Değişik: 4964/3 md) İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım gereğince ihaleci kuruluşların ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri sözleşmenin devri hususunda imza yetkisini haizdirler. Bunlar dışındaki yetkililerin sözleşme devrine ilişkin imzaları hukuken bir değer ifade etmemektedir.

İhale yetkilisinin sözleşme devri ile ilgili olarak kanunen aranan şartların tahakkuk edip etmediğini araştırması gerekir. Bu konuda zorunlu haller hususundaki takdir yetkisine dikkat çekmek gerekmektedir. Zira bu yetkininde hukukun genel

ilkelerinin rehberliğinde kullanılması gerekir

Kanunda zorunlu hallerin kimler tarafından takdir edileceği hususu açıkça düzenlenmemiştir. Fakat imza yetkisine sahip ihale yetkilisinin bu konuda da söz sahibi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

İhale yetkilisinin sözleşmenin devrine ilişkin izninin yazılı olması gerekir. İznin yazılı olması şartı emredicidir. Aksi yöndeki düzenlemeler muteber değildir.

Devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması İlk ihaleyi alan istekliden aranan şartların sözleşmeyi devir alanda da aranması gerekir. Bu şartlar arasında ihale dokümanında istenen yeterlik kriterlerinin devir alacak olanda da aranması vardır. Bunun yanında devir alacak olanların ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekir.

Sözleşmeyi devir alacak olan yüklenici namzedinin ihaleyi ilk alan müteahhitteki şartları taşıdığı tespit edildikten sonra; ihale bedelinin % . sı oranında kesin teminat yatırması ve sözleşmeyi imzalaması gerekir.

Devir eden veya devir alanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının tespiti Sözleşme hukukunda esas olan sözleşme ile borç altına giren yükümlülerin yükümlülüklerini bizzat yerine getirmeleridir. Sözleşmenin taraflarının değişmesi istisnai bir durumdur. 4735 sayılı Kanunda devir eden veya devir alacak olanlarda sözleşmeden önceki veya sonraki üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının araştırılması şartıyla sözleşme devirlerinin istisnai bir durum olduğunu vurgulamıştır.

Dolayısıyla sözleşme devirlerinin teamül haline gelmesi istenmemiştir. Zorunlu hallere münhasır bir olay olarak kabul edilmiştir.