

İhale sözleşmesi Devir yasağı ve Feshin Sonuçları

Devir yasağına aykırılık halinde uygulanacak olan 4735 s.K. m.20/b'ye göre, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin m.25'te sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde, idare sözleşmeyi fesheder. Fesih halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Söz konusu hüküm olan m.25/g'ye göre, kamu ihale sözleşmesinin uygulanması sırasında, sözleşmenin m.16 hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması yasaktır. Bu hükmün ihlal edilmesi sonucunda sözleşmesi feshedilen yükleniciler hakkında m.26'ya göre yasaklama işlemi yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.

Buradaki zararın neleri kapsadığı konusunda Yargıtay'ın bir kararına göre eser sözleşmelerinde iş sahibi, sözleşmeyi feshederse sadece menfi zararın tazminini isteyebilir. Menfi zarar, feshedilen sözleşme ile sonraki sözleşme tarihleri arasındaki fark değildir. Menfi zarar, feshedilen sözleşme tarihi ile bu sözleşmedeki teslim tarihine eklenecek makul sürenin bitimindeki serbest piyasa fiyatlarına göre oluşan mal oluşlar arasındaki farktır

Yine başka bir emsal karara göre de sözleşmeyi fesheden idare, hükümsüz olan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan bu müspet zararını isteyemez. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirileceğinden davacı, sözleşmeye konu malı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan

fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı (menfi zararı) isteyebilir.

Aynı yöndeki bir başka kararda da hüküm aynıdır. Buna göre haklı nedenlerle sözleşmeyi fesheden idare olumlu zararı değil, olumsuz zararı isteyebilir. Olumsuz zarar, ilk ihaleye katılarak en uygun fiyatı veren diğer kişi ile sözleşme yapılmamasından dolayı idarenin kaçırdığı fırsattır. Diğer bir ifade ile uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkmasıyla uğranılan zarardır. Yani, sözleşme hiç yapılmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Buna cezalı süre karşılığı ve ikinci ihaledeki ilan masrafları da eklenir. Olumlu zarar ise, borçlu gereği gibi ve vaktinde edimini yerine getirse idi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse bu durumla eylemli durum arasındaki fark olumlu zararı oluşturur¹⁶⁴.

Olumsuz zarar, idarenin işi başkasına yaptırmamasından doğan zararın olarak karşımıza çıkabilir. Yargıtay kararına yansıyan uygulamadan örnek bir olaya göre davacı iş sahibi, ihtarla akdi feshetmiş olduğundan menfi zararını isteyebilir. Davalının işi yarım bırakıp terk etmesi sebebiyle akdin feshinin haklı olduğu ortadadır. Bu nedenle bu işin başkasına yaptırılması sebebiyle uğranılan zararın tahsiline dair verilen kararda isabetsizlik yoktur. Ne var ki davada talep olunan ve dava kalemleri içinde var olduğunun kabulü gereken fazla ödeme miktarı yönünden mahkemece bir araştırma yapılmamıştır. Dosya kapsamından işin götürü bedelinin 85.000.000 TL olduğu ve davalıya 30.000.000 TL ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının yaptığı işin değerinin yaptığı işin oranına göre bulunması gerekir. Yani mahkemece yapılacak iş davalının iş yerinde bıraktığı malzeme de dâhil edilerek, yaptığı işin sözleşmedeki tüm işe göre fiziki oranının bulunması bu oranın götürü bedel olan 85.000.000 TL'ye yansıtılmak suretiyle hak ettiği bedelin bulunması

davacının ödediği 30.000.000 TL'nin düşölerek davacının davalıya fazla ödemesinin mevcut olup olmadığının belirlenmesinden ibarettir

İdarenin sözleşmenin feshedilmesinden doğan alacakları ile ilgili zamanaşımı, alacak muaccel olduğu zamanda başlar. Alacak ise, tasfiye hesabının kesinleştiği tarihte muaccel olur¹⁶⁶. Tasfiye hesabının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra idare artık olumsuz zararının tazminini talep edemeyecektir.

Sözleşmenin ifasının bitmesinden sonra idare tarafından devir yasağının ihlal edildiğinin tespiti mümkündür. Böyle bir durumda idare tarafından sözleşmenin feshedilmesinde hukuki yarar yoktur. Nitekim Yargıtay'ın emsal kararına göre; davacı yüklenici tarafından sözleşme konusu iş davalı belediyeye teslim edilmiştir. İşin teslim edilmesinden sonra sözleşme davalı belediye tarafından feshedilmiştir. İşin tesliminden sonra iş sahibi belediyenin sözleşmeyi feshetmesinde haklı bir neden görülmemiştir

İdare tarafından verilecek olan fesih kararının kim tarafından verileceği konusunda Yargıtay, fesih yetkisinin sözleşmeyi idare adına imzalayan makam tarafından kullanılması gerektiğine hükmetmiştir. Yine diğer bir kararında 4735 sayılı kanun gereğince kamu ihale sözleşmesinin imzalanması halinde, yüklenicinin m.21'deki yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesinin söz konusu olması durumunda, sözleşmenin feshinin mahkemeden talep edilmesinde hukuki yararın olmadığına, bunun tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hak olarak idare tarafından kullanılacak olan fesih bildirimi ile yapılması gerektiğine hükmetmiştir

İdarenin fesih kararını aldıktan sonra bu fesih kararından dönmesi söz konusu olamaz. Sözleşme feshedildikten ve fesih kararı müteahhide tebliğ edildikten sonra, fesihten vazgeçilmesi ve sözleşmenin yeniden uygulanması mümkün değildir

Fesih kararı verme yetkisi, tek taraflı olarak idareye ait olsa da, bu karara karşı yapılacak başvurular adli yargı mercilerinde görülecektir. Çünkü buradaki fesih kararı bir idari işlem değildir. Danıştay'ın bu konuda önüne gelen bir davada, eczacı olan davacının davalı idare ile yaptığı ilaç sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin idare işleminin iptali istemiyle dava açılmış, idarenin personeline ilaç verilmesi amacıyla yapılan sözleşmenin idari sözleşme sayılmasına olanak bulunmadığı ve uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri doğrultusunda adli yargı yerlerince çözümlenebileceği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir

İhalelere Katılmaktan Yasaklanma

Devir yasağına uyulmaması halinde kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinden sonra uygulanacak hüküm 4735 s.K.m.26'dır. Söz konusu hükme göre m.16'ya aykırı bir şekilde sözleşme devri yaptıkları tespit edilenler hakkında 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Bu noktada cezanın 1 ila 2 yıl arasındaki tespiti ilgililerin fiil veya davranışlarının özelliğine göre belirlenecektir. İhale yasağının kapsamı, sadece feshedilen sözleşmesini imzaladığı idare ile değil, 4734 s.K. m.2/f.2 ve m.3'te sayılan istisnaların da tamamı dâhil olmak üzere genel ve özel bütçeli bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihaleleridir. Bunun içine, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ek cetvellerinde gösterilen kamu kurum ve kuruluşlarının tamamı girmektedir.

Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç 45 gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar KİK tarafından izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, m.25'te belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

Yargıtay'ın ihalelerden yasaklanma ile ilgili bir kararına göre; akdi fesheden davacının; ancak olumsuz zararlarını istemeye hakkı olup, olumlu zararlardan sayılan kar kaybını isteyemez. Olaydaki davada davalı idare, davacı hakkında ihalelere girmeyi yasaklama kararı almış ve bu karar Resmi Gazetede ilan edilmiştir. Bu işlem idari nitelikte bulunup, karar sebebiyle oluşan zararın tazmini de tam yargı davasını gerektirdiğinden, davacının bununla ilgili isteğinin idari yargıda görülmesi gerekir. Bu kısma ilişkin dava tefrik edilerek görevsizlik kararı verilmelidir. Faize ilişkin olarak

ise, TBK m.117 uyarınca işlemiş faize hükmedilebilmesi için, davalının temerrüde düşürülmesi gerekir. Davalıya gönderilen fesih yazısı ve davacıya çektiği ihtarnameler temerrüt ihtarını yerine geçmeyeceğinden dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir