

**İhalede pilot ortağın iflâsı
durumunda idarenin ihale
fesih yetkisinin ise kanunda
düzenlendiği teminat
güncellemesi yapılacak
hâllerin Kanun maddesinde ve
Yapım İşleri Genel
Şartnamesinde tahdidi olarak
sayıldığı Kanun maddesi
uyarınca yapılan fesihlerde
teminatın irat kaydedilmesi
hk(Danıştay K)**

**İhalede pilot ortağın iflâsı
durumunda idarenin ihale
fesih yetkisi**

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2020/1505

Karar No : 2021/1469

DAVACI : ... Taahhüt İnşaat Nakliyecilik Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

DAVALI : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

DAVANIN KONUSU : ... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

Pilot ortağın iflâsı sebebiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca idare tarafından sözleşmenin feshi hâlinde yalnızca mevcut teminatın irat kaydedilebileceği, teminat tutarının güncellenemeyeceği ve güncellenen ek teminat tutarının yüklenicinin hak edişinden kesilemeyeceği, 4735 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 20. maddeye yapılan atfın tek gerekçesinin 20. maddenin son cümlesi olduğu, 22. maddenin 18. maddeyi ilgilendiren tek kısmının ise 4. fıkrada yer alan gelir kaydedilen teminatların yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceğine ilişkin kural olduğu, teminatın güncellenmesini düzenleyen fesih hâllerinin Kanun'un 19., 20. ve 21. maddelerine göre yapılan fesihler olduğu, pilot ortağın iflâsı durumunda idarenin fesih yetkisinin ise 18. maddede düzenlendiği, teminat güncellemesi yapılacak hâllerin Kanun'un 22. maddesinde ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde tahdidi olarak sayıldığı, Kanun'un 18. maddesi uyarınca yapılan fesihlerde yalnızca sözleşmenin feshedilerek teminatın irat kaydedilmesinin öngörüldüğü, iflâs gibi yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan hâllerde daha ağır bir yaptırım öngörülmediği, güncelleme yapma veya yapmama yetkisinin ihaleyi gerçekleştiren idareye ait olduğu, anılan idarenin yazılarında ise teminatın güncellenmemesi gerektiğinin bildirildiği, Kurul kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

DAVALININ SAVUNMASI :

4735 sayılı Kanun'un 17. ve 18. maddelerinde, yüklenicinin iflâs etmesi hâlinde ve ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde bu durumun pilot veya koordinatör ortakla ilgili ortaya çıkması hâlinde sözleşmenin feshedilerek yasaklama hariç hakkında 20. ve 22. maddeye göre işlem yapılacağıının düzenlendiği, atıfta bulunulan 20. maddede yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği, 22. maddede ise 19., 20. ve 21. maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar güncelleneceği, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki farkın yükleniciden tahsil edileceği hususlarının hüküm altına alındığı, 4735 sayılı Kanun'un sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler içeren 22. maddesinde kesin teminatın güncellenmesi hususunda 19., 20. ve 21. maddelere atıf yapılmasının atıf yapılan bu maddelerin feshin hukuki sonuçlarını düzenlemesinden kaynaklandığı, bu durumun 22. maddenin hukuki sonuçlarının kendisine diğer madde hükümleriyle atıf yapılan durumlar için uygulanmayacağı sonucunu doğurmayacağı, 17. ve 18. maddelerin yapmış olduğu atıf nedeniyle yükleniciler için maddede sayılan durumlarda "yasaklama hariç" olmak üzere 22. maddenin hukuki sonuçlarının uygulanması gerektiği, anılan kuralın yorumunda kanun sistematığının ve kuralın getiriliş amacının göz önünde bulundurulması gerektiği, 4735 sayılı Kanun'un 17. ve 18. maddelerinin 20. ve 22. maddelere yaptığı genel nitelikteki atıflar nedeniyle yasaklama hariç olmak üzere bu maddelerde yer alan yaptırımların uygulanması gerektiğinin kabulünün zorunlu olduğu, gelir kaydedilen teminatlardaki değer kaybını önlemek üzere Kanun içinde yapılan atıflarla bu teminatların

güncellenmelerinin sağlanmasının amaçlandığı, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 48. maddesinde yer alan düzenlemenin 4735 sayılı Kanun'un 22. maddesinin tekrarı niteliğinde olduğu ve farklı bir kural öngörmediği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun verdiği yetki çerçevesinde uygulamayı yönlendirme görevinin genel düzenleyici nitelikteki işlemlerle yerine getirildiği, bu itibarla dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ...'UN DÜŞÜNCESİ : Dava; Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) ... tarih ve ... sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; ... İnş. Tic. Ltd. Şti. ile davacı şirket iş ortaklığı yükleniminde bulunan "İzmir Bayındır Ergenli Barajı İnşaatı" işinin devamı sırasında ... İnş. Tic. Ltd. Şti. hakkında iflâs kararı verilmesi neticesinde işe ait sözleşmenin feshedilmesi üzerine sözleşme imzalanırken yükleniciden alınan kesin teminat üzerinden teminat güncellemesi yapılarak ortaya çıkan farkın kesin hakedişten kesilmesi sonrası DSİ Genel Müdürlüğünce feshedilen işler sebebiyle kesin teminatın güncellenip güncellenmeyeceği hususunda yapılan Kurum görüşü talebi üzerine tesis edilen Kurul kararının iptalinin istendiği anlaşılmaktadır.

Ülke çapında uygulanacak genel düzenleyici işlem niteliğinde olan dava konusu Kurul kararında özetle; "... 4735 sayılı Kanunun 17 ve 18'inci maddeleri kapsamında 22'nci maddeye yapılan atıf nedeniyle, yüklenicinin iflası ve ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile taahhüdünü yerine getirememesi hâlinde; ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise, pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak bu durumların ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin

teminatların güncellenmesi gerektiğine” karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere uyuşmazlık, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na göre yürütülen sözleşmelerde, ölüm hâli hariç olmak üzere Kanunun 17. ve 18. maddeleri kapsamında sözleşmelerin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenip güncellenmeyeceği hususundan kaynaklanmaktadır.

“İzmir Bayındır Ergenli Barajı İnşaatı” işine ilişkin sözleşme 4735 sayılı Kanun’un 18. maddesine göre feshedildiğinden davaya konu Kurul kararı anılan madde çerçevesinde değerlendirilmiştir.

4735 sayılı Kanun’un “Yüklenicinin ortak girişim olması hâlinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet” başlıklı 18. maddesinde, “Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet veya dağılma hâllerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22’nci maddeye göre işlem yapılır. Pilot veya koordinatör ortağın ölümü hâlinde ise sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir. Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması hâlinde, diğer ortaklar teminat dahil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine

getirirler.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Buna göre ortak girişimi oluşturan üyelerden birinin ölümü, ağır hastalık geçirmesi, tutuklanması ya da hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olması hâllerinde sözleşme devam edecektir, ancak bu kişi pilot ya da koordinatör ortak ise bu durumda yasaklılık kararı verilemeyecek ancak Kanun’un 20 ve 22. maddeleri uyarınca işlem tesis edilecektir.

4735 sayılı Kanun’un 20. maddesinde yer alan “Aşağıda belirtilen hâllerde idare sözleşmeyi fesheder:

1. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihaledokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihaledokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,
2. b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hâllerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” şeklindeki kural ile, idarenin sözleşmeyi fesih koşulları düzenlenmiştir.

Anılan madde ile göndermede bulunulan ve sözleşmenin feshine ilişkin genel düzenlemeleri içeren 22. maddede, “19’uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20’nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20’nci maddenin (b) bendi ile 21’inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi

hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir. ..." kuralı bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, maddenin ikinci fıkrasında irat kaydedilecek olan kesin teminatın güncellenmesi usulü düzenlenmiştir. Buna göre, kesin teminat alındığı ve irat kaydedileceği tarihler arasında toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenecek, aradaki fark yükleniciden tahsil edilecektir.

22. maddenin gerekçesinde "Teminatlardaki değer kaybını önlemek üzere, sözleşmenin feshi halinde bu teminatların değerinin güncellenmesi gerekli görülmüştür." ifadesi yer almaktadır.

Sözleşmenin feshine ilişkin genel düzenlemeleri içeren 22. madde ile, sözleşmenin feshinin hukuki sonuçları düzenlendiğinden, söz konusu maddenin ikinci fıkrasının yalnızca yollamada bulunduğu 19, 20 ve 21. maddelerle sınırlı olarak uygulanacağını kabulüne olanak bulunmamaktadır. Nitekim, 4735 sayılı Yasa'nın 18. maddesinde, pilot veya koordinatör ortağın iflası hâlinde sözleşmenin feshedileceği ifade edildikten sonra feshin hukuki sonuçları yönünden 22. maddeye atıf yapılması da bunun bir kanıtıdır. Diğer bir ifadeyle 18. maddenin yapmış olduğu atıf nedeniyle, yükleniciler için bu durumlarda "yasaklama hariç" olmak üzere 22. maddenin hukuki sonuçlarının uygulanması gerekeceği açıktır. Kaldı ki, 18. maddeye göre sözleşmenin feshedilmesi durumunda, anılan maddede "kesin teminatın güncellenmeyeceğine" yönelik açık bir hüküm de bulunmamaktadır.

Bu durumda, 4735 sayılı Kanun'un 22. maddesinin düzenlediği hukuki sonuçlarından birinin, sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı

tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar, kesin teminatın değer kaybının önlenmesi amacıyla güncellenmesi olduğu, bu türden bir güncellemenin aynı Kanun'un 18. maddesi uyarınca kesin teminatın gelir kaydedileceği durumlarda uygulanmamasını gerektirecek bir hukuki dayanak ya da gerekçenin bulunmadığı, zira, aynı Kanun'un 18. maddesinde "yasaklama hariç" 20 ve 22. maddelere göre işlem yapılacağı hususunun açıkça hükme bağlandığı, ancak aynı maddede "kesin teminatın güncellenmeyeceği" hususunda bir hükmün yer almadığı, öte yandan, kesin teminatın taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yükleniciden alındığı ve güncelleme işlemi ile bu teminatın değer kaybetmesinin engellenmesinin hedeflendiği hususları dikkate alındığında, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık görölmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesince duruşma için taraflara önceden bildirilen 20/04/2021 tarihinde, davacı vekili Av. ...'in ve davalı idare vekili Av. ...'ın geldiği, Danıştay Savcısının hazır olduğu görölmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüştü:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

Devlet Su İşleri (DSİ) Genel Müdürlüğü 2. Bölge Müdürlüğü'nce 10/02/2014 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "İzmir Bayındır Ergenli Barajı" yapım ihalesi sonucunda ... İnşaat Ticaret Ltd. Şti. ve davacı şirketin oluşturduğu iş ortaklığı ile 16/06/2014 tarihli sözleşme imzalanmış, anılan

işin devamı sırasında iş ortaklığının pilot ortağı olan dava dışı ... İnşaat Ticaret Ltd. Şti. hakkında iflâs kararı verilmiştir.

İflâs kararı üzerine, DSİ 2. Bölge Müdürlüğü tarafından iş ortaklığı ile imzalanan sözleşmenin feshedilmesine ve kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedilmesine karar verilmiş; kesin teminat tutarı güncellenerek güncellenen tutar ile kesin teminat tutarı arasındaki fark yüklenicinin hakedişinden kesinti yapılmak suretiyle tahsil edilmiştir.

Davacının teminat tutarının güncellenmesinin hatalı olduğuna ilişkin başvurusu üzerine başlayan süreçte, DSİ Genel Müdürlüğü'nün... tarih ve ... sayılı yazısıyla, 4735 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca feshedilen işler sebebiyle kesin teminatın güncellenip güncellenemeyeceği hususunda Kamu İhale Kurumu'ndan görüş talep edilmiştir.

Konuya ilişkin olarak alınan ... tarih ve ... sayılı Kurul kararıyla, 4735 sayılı Kanun'un 17. ve 18. maddeleri kapsamında 22. maddeye yapılan atıf nedeniyle yüklenicinin iflâsı ve ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile taahhüdünü yerine getirememesi hâlinde, ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak bu durumların ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

DSİ 2. Bölge Müdürlüğü'nün ... tarih ve ... sayılı yazısıyla anılan Kurul kararının iş ortaklığına bildirilmesi üzerine davacı şirket tarafından, Kurul kararının ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak iflâs durumunun ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminat tutarının güncellenmesi

gerektiğine ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğu iddialarıyla bakılan dava açılmıştır.

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

İlgili Mevzuat:

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 17. maddesinde, "Yüklenicinin ölümü, iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti hâllerinde aşağıdaki hükümler uygulanır:

(...)

18. b) Yüklenicinin iflâs etmesi hâlinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç hakkında 20 ve 22'nci maddeye göre işlem yapılır (...)" ; 18. maddesinde, "Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflâs, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet veya dağılma hâllerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22'nci maddeye göre işlem yapılır. ..."; 20. maddesinde, "Aşağıda belirtilen hâllerde idare sözleşmeyi fesheder:

19. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihaledokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihaledokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

20. b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25'inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda

bulunduğunun tespit edilmesi,

Hâllerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” kuralına yer verilmiştir.

4735 sayılı Kanun’un 22. maddesinde, “19’uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikâli, 20’nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20’nci maddenin (b) bendi ile 21’inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hâllerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

19, 20 ve 21’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, yükleniciler hakkında 26’ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” kuralı yer almıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinde, Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanun'a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek konusunda görevli ve yetkili olduğu; Kurul kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul'un ve Kurum'un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı kurala bağlanmıştır.

Dava Konusu Kurul Kararının İncelenmesi:

Dava dilekçesi içeriği ve Kurul kararı uyarınca davacı hakkında tesis edilen bireysel işlem dikkate alınarak, dava konusu Kurul kararı, iflâs nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenmesi gerektiğine ilişkin kısmı yönünden incelenmiştir.

Sözlük anlamı ile “düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek” olarak tanımlanan “düzenleme”, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; sürekli, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s.426). Yasama organının yasama tasarrufları dışında, idare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile, kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir. “Kural işlemler” (ya da diğer adıyla “genel düzenleyici işlemler”), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığının kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte

kurallar konulmuş olması zorunlu olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi gerekir.

Düzenleyici kurumlar, ilgili bulundukları piyasada düzenleme ve denetleme görevi üstlenmekte olup, bu kuruluşların temel işlevi, toplumsal ve ekonomik hayatın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, birtakım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemektir. Kamu İhale Kanunu'na ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek görev ve yetkisine sahip olan davalı Kurumun, 4734 sayılı Kanun'la kendisine tanınan düzenleme yetkisini dava konusu Kurul kararını almak suretiyle kullandığı anlaşılmaktadır.

İdarelerin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, bu alanları düzenleyici işlemler ile objektif bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir. İdarelerin, işlem tesis ederken kendilerine Anayasa ve yasalarla çizilen çerçeve içinde takdir yetkilerini kullanmaları gerektiği açıktır.

Dava konusu Kurul kararının, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yürütülen sözleşmelerde, ölüm hâli hariç olmak üzere Kanun'un 17. ve 18. maddeleri kapsamında sözleşmelerin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenip güncellenmeyeceği hususunda Kurum görüşü oluşturulmasına ilişkin olduğu ve anılan Kurul kararında Kanun'un 17 ve 18. maddeleri kapsamında 22. maddeye yapılan atıf nedeniyle, yüklenicinin iflâsı ve ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile taahhüdünü yerine getirememesi hâlinde, ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak bu durumların ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenmesi gerektiğine karar verildiği

anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kanun'un 17. maddesinde, yüklenicinin iflâs etmesi hâlinde sözleşme feshedilerek yasaklama hariç hakkında 20 ve 22. maddeye göre işlem yapılacağı, 18. maddesinde ise yüklenicinin ortak girişim olması hâlinde pilot veya koordinatör ortağın iflâsı hâlinde sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22. maddeye göre işlem yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan maddelerde atıfta bulunulan 20. maddede idarenin sözleşmeyi feshedeceği hâller ve feshin hukukî sonuçları düzenlenmiş, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği kurala bağlanmış; 22. maddede ise, "19, 20 ve 21'inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsü'nce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir." kuralına yer verilmiştir. Kanun'un 22. maddesinin gerekçesinde, teminatlardaki değer kaybını önlemek üzere, sözleşmenin feshi hâlinde bu teminatların değerinin güncellenmesinin gerekli görüldüğü vurgulanmıştır.

Kanun'un 17. ve 18. maddeleri incelendiğinde, yüklenicinin, yüklenici ortak girişim ise pilot veya koordinatör ortağın iflâsı durumunda idare ile imzalanan sözleşmenin akıbetine ilişkin olarak sözleşmenin feshedilerek yasaklama hariç 20. ve 22. maddeye göre işlem yapılmasının öngörüldüğü, böylece "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20. maddede sayılanlara ek olarak yüklenicinin iflâsı durumunun da idarenin sözleşmeyi feshedeceği hâllerden biri olarak düzenlendiği, yapılan açık atıf sebebiyle sözleşmenin idarece feshedilmesinin hukukî sonuçlarına ilişkin 20. ve 22. maddelerde yer alan yasaklama hariç tüm düzenlemelerin

sözleşmenin iflâs sebebiyle 17. ve 18. maddeler kapsamında feshedilmesi hâlinde de uygulanması gerektiği, kanun koyucu tarafından anılan maddelere atıf yapılırken feshin hukukî sonuçları ve gerçekleştirilecek işlemler bakımından yasaklama dışında herhangi bir istisna öngörülmediği, bu bağlamda, sözleşmenin iflâs nedeniyle feshi hâlinde 20. madde uyarınca ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve 22. madde uyarınca teminatlardaki değer kaybını önlemek amacıyla teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsü'nce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncelleneceği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca, 4734 ve 4735 sayılı Kanun'ların uygulanması konusunda genel düzenleyici işlemler yapma yetkisini haiz Kamu İhale Kurumu'nca, 4735 sayılı Kanun'un 17. ve 18. maddeleri kapsamında 22. maddeye yapılan atıf nedeniyle, yüklenicinin iflâsı nedeni ile taahhüdünü yerine getirememesi hâlinde, ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise, pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak bu durumun ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenmesi gerektiğine ilişkin dava konusu Kurul kararının üst hukuk kurallarına uygun olduğu anlaşıldığından, anılan düzenleyici işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İHALE KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. DAVANIN REDDİNE,
2. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
3. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
4. Posta gideri avansından artan tutarın kararın

kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine,
5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 20/04/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihâl

e