

ihalede Yüklenici Şirketin tek ortaklı Şirket olması, bu tek ortağın aynı zamanda Şirketi temsile ve ilzama yetkili müdür olması, genel salgın hastalık kapsamına giren COVID-19 hastalığına yakalanması, bu hastalığı nedeniyle 15 gün hastanede yatarak tedavi görmesi, bu hastalığın yol açtığı komplikasyonların tedavisinin uzun süreceğinin anlaşılması ve buna bağlı olarak böbrek yetmezliği tanısı ile tedavi görmeye başlaması hususları birlikte değerlendirildiğinde; ortaya

ıkan durumun yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesine engel olduğu, bu durumun yüklenicinin kusurundan kaynaklanmadığı ve bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmediği açık olup idare tarafından söz konusu hususların mücbir sebep kapsamında değerlendirilirmi ?

Kamu İdaresi Türü	Diğer zel Bütçeli İdareler
Yılı	2021
Dairesi	1
Karar No	10909
İlam No	110
Tutanak Tarihi	18.5.2023
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Kesin teminatın iadesi

...’nde, yüklenici firmanın temsil ve ilzam yetkisine sahip yetkilisinin geçirdiği COVID-19 rahatsızlığı ve buna bağlı olarak tedavi süreci ve sonrasında yaşadığı komplikasyonların İdare tarafından mücbir sebep hali kapsamında değerlendirilerek sözleşmenin feshedilmesi ve kesin teminatın yükleniciye iade edilmesi nedeniyle kamu zararı olduğu iddia edilmektedir.

Söz konusu işe ait Sözleşmenin “Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar” başlıklı 26’ncı maddesinde, “26.1. Sözleşmenin İdare veya Yüklenici tarafından feshedilmesine ilişkin şartlar ve sözleşmeye ilişkin diğer hususlarda 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu Sözleşme hükmünde atıfta bulunan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun’un 10’uncu maddesinde ise;

“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.” denildikten sonra 23’üncü maddesinde; “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.” denilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 47’nci maddesinin dokuzuncu fıkrasında da “Doğal afet, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilerek sözleşmenin feshedilmesi 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. Bu durumda hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.” denilerek 4735 sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen hükümleri tekrar edilmiştir.

Anılan mevzuat hükümlerinde mücbir sebep olarak kabul edilecek haller ve bu hallerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi için gerekli olan şartlar sayıldıktan sonra mücbir sebep dolayısıyla sözleşmenin feshi halinde hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminat ve varsa ek teminatın iade edileceği hükme bağlanmıştır.

02.04.2020 tarihli ve 31087 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “COVID-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi” başlıklı 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi’nde, “COVID-19 salgınının önlenmesi ve etkilerinin azaltılması amacıyla ülkemizde ve dünya genelinde sosyal ve ekonomik hayata ilişkin bazı tedbirler alınmaktadır. Bu kapsamda 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (istisnalar dâhil) ile bu Kanundan istisna edilen düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerde,

COVID-19 salgını nedeniyle sözleşme konusu işin yerine getirilmesinin geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale geldiğine ilişkin başvurular, yükleniciler tarafından bu durumun belgelendirilmesi suretiyle sözleşmenin tarafı olan idareye yapılacaktır. İdarelerce bu başvurular, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesi ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenecek ve karar alınmadan önce idarelerce Hazine ve Maliye Bakanlığının değerlendirilmesi alınacaktır. İdarelerce yapılan değerlendirme sonucunda; ortaya çıkan durumun yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi şartlarının birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi üzerine süre uzatım verilmesine veya sözleşmenin feshine karar verilebilecektir..." hükümleri yer almaktadır.

Sorumluların savunmalarında; yüklenici firma olan ... sahibi ...'un şirketin tek ortağı ve şirketi temsile yetkili kişi olduğu, ... tarihinde rahatsızlanarak ... başvurduğu, yapılan COVID-19 test sonucunun pozitif çıktığı, daha sonrasında ... tarihinde ... yatışının yapıldığı, ... gün yatışın ardından ... tarihinde taburcu edildiği, 14 günlük izolasyon süresi içerisinde tedavisinin devam ettiği ve bu sırada ... tarihinde "yüksek ateş, halsizlik, iştahsızlık, öksürük ve nefes darlığı" şikâyetleri ile ...ne başvurduğu, ... birimine yatışının yapıldığı, ... tarihine kadar tedavisinin devam ettiği, taburcu işlemleri sonrası ... tarih ve ... protokol numaralı yazısına göre haftada 2 kez (Pazartesi-Cuma) diyaliz merkezinin programlı hastası olduğu, refakatçi eşliğinde gelip gitmesi gerektiği ve COVID-19 ve böbrek yetmezliği tedavilerinin devam ettiği bu süreçte eşi ...'un ... tarihinde ...'nce düzenlenen Ölüm Belgesi'ne göre "Bulaşıcı Hastalık" nedeniyle vefat ettiği, yüklenicinin ... tarihinde vermiş olduğu dilekçesinde tedavisinin ... devam ettiği, araba kullanamadığı, yürüyemediği ve rahat konuşamadığının belirtildiği ifade edilmiştir.

Yüklenici Şirketin tek ortağı olan kişinin Dünya Sağlık Örgütü tarafından salgın hastalık olduğu ilan edilen COVID- 19 hastalığına yakalanması ve bu hastalık nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini beyan ederek sözleşmenin genel hükümlere göre tasfiye edilerek teminatının iadesini istemesi sonucunda idare tarafından da bu talep yukarıda yer alan 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesinin hükümleri uyarınca 4735 sayılı Kanun'un "Mücbir sebepler" başlıklı 10'uncu maddesi çerçevesinde değerlendirilerek sözleşmesi genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatı iade edilmiştir.

Yüklenici Şirketin tek ortaklı şirket olması, bu tek ortağın aynı zamanda şirketi temsile ve ilzama yetkili müdür olması, genel salgın hastalık kapsamına giren COVID-19 hastalığına yakalanması, bu hastalığı nedeniyle 15 gün hastanede yatarak tedavi görmesi, bu hastalığın yol açtığı komplikasyonların tedavisinin uzun süreceğinin anlaşılması ve buna bağlı olarak böbrek yetmezliği tanısı ile tedavi görmeye başlaması hususları birlikte değerlendirildiğinde; ortaya çıkan durumun yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesine engel olduğu, bu durumun yüklenicinin kusurundan kaynaklanmadığı ve bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmediği açık olup idare tarafından söz konusu hususların mücbir sebep kapsamında değerlendirilerek sözleşmenin feshedilmesi ve kesin teminatın iade edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Raporun sonuç bölümünde kamu zararı hesabı yeniden yapılmış ve kamu zararı tutarı ... TL olarak yeniden belirlenmiş ise de, sorgu konusu edilen toplam ... TL'nin mevzuatına uygun olduğu anlaşıldığından konu ile ilgili ilişilecek husus bulunmadığına,

6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesi uyarınca işbu ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere, oy çokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy Gerekçesi:

Üye ...'ın Karşı Oy Gerekçesi:

Yüklenici firmanın temsil ve ilzam yetkisine sahip yetkilisinin COVID-19 rahatsızlığına yakalanması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi talebinde bulunulmuş, İdare söz konusu talebi mücbir sebep hali kapsamında değerlendirerek sözleşmeyi feshetmiş ve kesin teminat yükleniciye iade edilerek gelir kaydedilmemiştir.

Söz konusu işin ihalesi Covid-19 hastalığının pandemi olarak ilan edilmesinden sonra yapılmış olup, yüklenici ...'nin %100 ortağı olan, imza ve ilzam yetkisi bulunan kişi de bu hastalığa ihale tarihinden bir gün sonra yakalanmıştır. İhale yapıldığı tarihte pandemi süreci devam etmekte olduğundan, idare ve yüklenici tarafından öngörülemez bir durumun ihale tarihinden sonra ortaya çıktığından behsedilemeyeceğinden, yüklenicinin bu hastalığa yakalanmasının ve sonrasında devam eden tedavi sürecinin mücbir sebep kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Bunun yanı sıra yüklenici şirket bir Limited Şirket olup, şirketin %100 ortağı olan kişinin Covid-19 hastalığına yakalanmış olması, ayrı tüzel kişiliği bulunan şirketin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel değildir.

Bu nedenle kesin teminatın gelir kaydedilmeyerek iade edilmesi suretiyle oluşan kamu zararının sorumlularına müştereken ve müteselsilen ödettirilmesine karar verilmesi gerekir.