

Kamu İhale Sözleşmelerinde Kesin Hükümsüzlük Halleri

Kamu ihale sözleşmelerinde TBK m.27 bağlamında hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, aykırılığa rağmen sözleşme kurulmuş olsa da daha sonradan bu hallerin varlığı ileri sürülerek sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır.

Kamu ihale sözleşmeleri, TBK m.27 anlamında emredici hukuk kurallarına aykırılığı nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalabilir⁷⁷. Bu müeyyide üç halde mümkün olabilir. Bunlardan ilki istekliler tarafından ihale işlemlerine itiraz edilmiş olmasına rağmen itiraz sonuçlandırılmadan kamu ihale sözleşmesinin yapılması halidir. 03.01.2009 tarihli ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğine göre idareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin KİK internet sayfasından sorgulama yapılmadan, itirazen şikayet başvurusu yapılan hallerde ise itirazen şikayet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanamaz.

Yine aynı yönetmeliğe göre itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin KİK internet sayfasından sorgulama yapılmadan, itirazen şikâyet başvurusu yapılan hallerde ise itirazen şikâyet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan münferit sözleşme imzalanamaz. Bu gibi hallerde imzalanan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

Bir diğer emredici hükme aykırılık durumu, ihale açılmaksızın sözleşme imzalanması durumudur. Burada, kanunen ihaleye

çıkılması ve bunun sonucunda sözleşmeye bağlanması yasal zorunluluk olan durumlarda emredici hükümlere aykırı olarak ihale aşamasının atlanarak sözleşme imzalanması söz konusudur. Böylece imzalanan kamu ihale sözleşmesi ihalesi yapılmadığı gerekçesiyle kesin hükümsüz olacaktır.

Son emredici hükümlere aykırılık durumunda ise, 4735 s.K.m.4/f.1'deki "düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez" kuralına aykırı olarak imzalanan kamu ihale sözleşmeleri de söz konusu emredici hükme aykırılık teşkil ettiğinden hükümsüz olacaktır.

TBK m.27'ye aykırılık hallerinden birisi de kamu ihale sözleşmelerinin kamu düzenine aykırı olması durumudur. kamu düzeni, koruma ve uygulamasında topluma büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kurallarıdır. İdare ve yüklenici tarafından imzalanacak olan kamu ihale sözleşmesi gerek tarafların hak ve borçları gerek konusu bakımından, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.

TBK m.27/f.1 hükmünde bir diğer kesin hükümsüzlük sebebi olarak da, sözleşmenin ahlaka aykırı olması düzenlenmiştir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılık sözleşmenin içeriği bakımından söz konusu olamaz. Çünkü kamu ihale sözleşmelerinin konusunu idarenin ihtiyaç duyduğu mal, hizmet veya yapım işleri oluşturur ve böyle bir içeriğe sahip olan sözleşmenin ahlaka aykırı bir nitelik taşıması düşünülemez. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerinde ahlaka aykırılık durumu ancak sözleşmenin kurulması esnasında tarafların iradeleri bakımından söz konusu olabilir. Bu aşamada taraflar 4734 s.K. m.17'de sayılan fiillerden birini işlemesi durumunda, örneğin yazılı bir çıkar anlaşması yapmaları durumunda, hem emredici bir hükme aykırılık hem de ahlaka aykırılık oluşacaktır. Böyle bir durumda ahlaka aykırı olarak kurulan kamu ihale sözleşmesi kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

İmkânsızlık hali TBK m.27, m.112, m.136-m.138 hükümleri ile düzenlenmiştir. TBK m.27 sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan imkânsızlığı, TBK m.112 ve m.136 – m.138 ise sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlığı düzenlemektedir. Sözleşmenin kurulduğu anda sözleşme konusu edim imkânsız ise sözleşme kesin hükümsüz olur.

Örneğin ödeneği olmayan bir iş için ihaleye çıkılmışsa ve sözleşme imzalanmışsa bu kamu ihale sözleşmesi kesin hükümsüzdür. İmkânsızlık sonradan ortaya çıkmış ise, buna borçlunun sorumlu olduğu bir durumun yol açıp açmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Eğer imkânsızlığa borçlunun sorumlu olduğu bir durum yol açmış ise, TBK m.112 hükmü gereği borçlu alacaklının müspet zararını tazminle yükümlü olur.

Ama sonradan ortaya çıkan imkânsızlıkta taraflardan hiçbirinin kusuru yok ise, TBK m.136 hükmü gereği karşılıklı borçlar sona erer. Kamu İhale Sözleşmesinin kurulmasından önce, konusunun imkânsız olması durumunda sözleşme TBK m.27 uyarınca geçersiz olacaktır.

TBK m.19/f.1’de yer alan hükme göre bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Burada muvazaa işlemi yasaklanmıştır. Muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonuç, yani geçersizlik müeyyidesi butlandır. Muvazaalı işlem, gerçekte, geçerli bir hukuki işlem değildir

. İdare ile yüklenici arasında muvazaalı olarak bir kamu ihale sözleşmesi düzenlenmişse kesin hükümsüzdür. Muvazaa dışında bir ihale sözleşmesinin kurulmasında kanuna karşı hile de yapılabilir. Örneğin eşik değerin altında kalmak veya diğer mevzuat hükümlerinin uygulanmasından kaçınmak amacıyla ihalesi yapılacak olan mal, hizmet ya da yapım işleri kısımlara bölünemez.