

Sözleşmeyle yüklenilen fiyatla, bunun yerine getirilmemesi nedeniyle üçüncü kişiye ödenen fiyat arasındaki farkın, yani, ilk ihale bedeli ile son ihale bedeli arasındaki farkın yükleniciden istenemeyeceği, bunun müsbet zarar niteliğinde olduğu ve bu nedenle, idarece önerildiği şekilde, serilmeyen 8 000 ton asfaltın bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkın uğranılan zarar-zıyan olarak hesaplanamayacağına, Zarar-zıyanın, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine

dayanılarak kaçırılmış
elverişli fırsatlara göre
değerlendirilerek bulunması
gerektiği, sözleşmeye konu
olan ve yapılmayan 8000 ton
asfalt imalatının başka bir
yükleniciden ihale tarihinde
alma imkanı varsa, o
yükleniciye yapılacağı
varsayılan ödeme ile
sözleşmenin hükümsüzlüğü
nedeniyle aynı imalatı
yaptırmak için ödemek zorunda
kaldığı tutar arasındaki
farkın, yani menfi zararın
istenebileceğine, idarece
uğranılan zararın tayini için
ihale şartlarının

**değiştirilmemesinin
gerektiğine, Ayrıca, menfi
zarar kavramı içinde mütalaa
edilen diğer zararların da
yükleniciden talep
edilebileceğine, ancak, bütün
bu zararların Borçlar
Kanunu'nun ilgili hükümlerine
göre dava yoluyla tahsil
edilmesi gerektiğine, Kurul
toplantısında oy birliği ile
karar verilmiştir.**

T.C.

BAYINDIRLIK VE İSKAN BAKANLIĞI

Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı

Sayı : B.09.0.YFK. 0.00.400.6/2006-6 Konu : Zarar-Ziyan
Tazmini

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

I-GİRİŞ ... Belediye Başkanlığı, ... sayılı yazılarıyla

Kurulumuza müracaat ederek; 2004 yılında ... 29 000 ton müteahhit malı asfalt serilmesi işi ihalesinin yapıldığını, yüklenicinin taahhüdünü işin süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanarak 20 gün süreli ihtarnameye rağmen işi tamamlayamadığını, bunun üzerine, sözleşme, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesi hükümleri doğrultusunda feshedildiğini ve anılan şartnamenin 48. maddesindeki "...4735 sayılı Kanunun 19-20-21 maddelerine göre sözleşmenin fesih edilmesi halinde, kesin teminat güncellenerek gelir kaydedilir. Yükleniciler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26. madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir:" hükmüne göre isin kesin teminatının gelir kaydedildiğini, 4735 sayılı Kanun 26. maddesine göre yükleniciye 2 yıl ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verildiğini belirtmektedir. II-KONU Sözleşmenin feshi nedeniyle idarece yapılan durum tespiti neticesinde yüklenicinin taahhüdü altında sermesi gereken asfalt miktarının 29 000 ton yerine 21 000 ton olduğunun tespit edildiği, serilmeyen 8 000 ton asfaltın, bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı, adı geçen Belediyece idarenin uğradığı zarar-ziyan olarak yükleniciden tahsil edileceği şeklinde yorumlayarak kurulumuzdan; serilmeyen 8 000 ton asfalt işi bedelinin yukarıdaki hüküm çerçevesinde idarenin uğradığı zarar ve ziyan olarak değerlendirilerek yükleniciden tahsil edilip edilemeyeceğinin bildirilmesini istemektedir. III-İNCELEME 4735 sayılı Kamu İhale sözleşmesi kanunun 19, 20 ve 21 maddelerinde sözleşmelerin hangi hallerde feshedileceği ve 22. madde de sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, buna paralel olarak da Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesi bu hususlara açıklık getirmiştir. Kanunda yer alan, idarenin sözleşmeyi feshetmesi başlıklı 20. maddesinin (a) bendi "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere,

idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi," hükmü ile, Maddenin son paragrafında yer alan; "... ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmü çerçevesinde, işe ait sözleşmenin 26 ve 27 inci maddelerine göre taahhüdün yerine getirilmemesi üzerine, 4735 sayılı Kanun ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin ilgili hükümlerine göre iş idarece feshedilmiştir. Aynı kanunun 22. maddenin son paragrafında, "19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir." hükmü yer almaktadır.

İdare, serilmeyen 8 000 ton asfaltın, bu hüküm doğrultusunda, bugünkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı, idarenin uğradığı zarar-ziyan olarak yükleniciden tahsil edileceği şeklinde yorumlayarak, Kurulumuzdan; serilmeyen 8 000 ton asfalt işi bedelinin yukarıdaki hüküm çerçevesinde idarenin uğradığı zarar ve ziyanı olarak değerlendirilerek yükleniciden tahsil edilip edilemeyeceğinin bildirilmesini istemektedir. Bilindiği üzere; Gerek, 4735 sayılı Kanunun 20. maddesi ve gerekse, Yapım İşleri Genel Şartnamesi 48. maddesinde yer alan ".....kesin teminat varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmünün, fesih sonrası işlemlerde dikkate alınması ve Kanunun 22. maddesinin son paragrafındaki ".....Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir." hükmünün yerine getirilmesinde genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği açıktır. Burada, sözleşmenin feshi halinde istenebilecek zarar ve ziyanın kapsamı ve niteliği üzerinde durulmamıştır. Sözleşmede ve yasada genel hükümlere yapılan atıf dolayısıyla, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın yükleniciye tazmin ettirilmesinde Borçlar Kanunun ilgili maddelerine göre çözüm aranması gerekmektedir. Sözleşene

sorumluluğu dolayısıyla bahse konu zarar kavramı müspet veya menfi zarar ayırımına tabi tutulmaktadır. Bu işin sözleşmesinin idarece feshedildiği sebebiyle, geçersiz olan sözleşmeye tekrar dönölerek taahhüdün yerine getirilmemesinden doğan müsbet zararın istenmesi mümkün olmamakta, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zararın, yani kaçırılan fırsat sebebiyle oluşan menfi zararın istenmesi mümkün olmaktadır. Diğer taraftan, işin feshinde, onay tarihine kadar yapılan işlerle ilgili durum tespit tutanağında belirtilmek şartıyla eksikliklerin giderilmesi, işin ölçülebilir hale getirilmesi ve yapılmak üzere bozulmuş ancak fesih nedeniyle yapılamayan kısımların önceki haline getirilmesi için yapılacak her türlü gider yükleniciden talep edilebilmektedir.

IV-KARAR Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde; Sözleşmeyle yüklenilen fiyatla, bunun yerine getirilmemesi nedeniyle üçüncü kişiye ödenen fiyat arasındaki farkın, yani, ilk ihale bedeli ile son ihale bedeli arasındaki farkın yükleniciden istenemeyeceği, bunun müsbet zarar niteliğinde olduğu ve bu nedenle, idarece önerildiği şekilde, serilmeyen 8 000 ton asfaltın bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkın uğranılan zarar-ziyan olarak hesaplanamayacağına, Zarar-ziyanın, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanılarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilerek bulunması gerektiği, sözleşmeye konu olan ve yapılmayan 8000 ton asfalt imalatının başka bir yükleniciden ihale tarihinde alma imkanı varsa, o yükleniciye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı imalatı yaptırmak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkın, yani menfi zararın istenebileceğine, idarece uğranılan zararın tayini için ihale şartlarının değiştirilmemesinin gerektiğine, Ayrıca, menfi zarar kavramı içinde mütalaa edilen diğer zararların da yükleniciden talep edilebileceğine, ancak, bütün bu zararların Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre dava yoluyla tahsil edilmesi gerektiğine, Kurul'un 30 Mart 2006 tarihli toplantısında oy birliği ile karar verilmiştir.