

ÖZEL HUKUK

# Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

(Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.06.2014 Tarihli Kararından Hareketle Konuya İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler)\*

## The Effect of Administrative Court's Cancellation Decision about Nonprocedural Tender to the Public Tender Contract

(Evaluation about Civil Department No. 15 of the Supreme Court's Decision (Date: 12.06.2014))

Harun DEMİRBAŞ\*\*

### ABSTRACT

In this article, the effect of Administrative Court's cancellation decision about nonprocedural tender to the public tender contract was taken into consideration. In the mentioned examination, Civil Department No. 15 of the Supreme Court's Decision (Date: 12.06.2014) was taken as a basis.

**Keywords:** Nonprocedural tender, Administrative Court's cancellation decision, Public tender contract

### I. İnceleme Konusu Karar: Y. 15. HD., E.2014/1821, K. 2014/4114, T. 12.6.2014<sup>1</sup>

*“KARAR: Uyuşmazlık yap-işlet-devret sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, davada Antalya'daki toplu taşıma araçlarında kullanılmak üzere araç takip ve akıllı kart sistemi kurulması ve işletilmesi konusunda davalı Belediye'nin 22.2.2007 tarihinde yaptığı ihalenin davacı üzerinde kalması ve Belediye Başkanının da 28.2.2007 tarihinde ihaleyi onaylamasıyla taraflar arasında 26.3.2007 tarihinde sözleşme imzalandığı, sözleşme uyarınca işe başlanıla-*

\* Makale gönderim tarihi: 30.03.2017. Makale kabul tarihi: 28.04.2017.

\*\* Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

1 Kazancı İçtihat Bankası.

*rak yatırımların gerçekleştirildiği ve sonrasında işletme safhasına geçildiği, sözleşme süresinin 10 yıl olup sürenin bitimine 8 yıl 5 ay kaldığı aşamada davalı idarece ihalenin idari yargı kararı uyarınca iptal edildiği ve dayanağı kalmadığı gerekçesiyle sözleşmenin feshedildiğinin bildirildiği, fesihle davalının kusurlu bulunduğu, bu sebeple zarara uğradıkları, zararlarının seçim öncesi dönem için en az 3.073.500,00 TL, seçim sonrası dönem için ise en az 2.084.783,00 TL olduğu, 10 yıllık sözleşme süresinde beklenen gelirin net değerinin 91.995.721,13 TL, buna göre kalan 8 yıl 5 aylık süredeki net zararın 77.625.509,96 TL olacağı, kalan süredeki diğer gelirlere dair kayıplarınsa 138.200.928,86 TL yi bulacağı, yapılan yatırımın değerinin 2.891.936,40 TL, 1.230.540,00 Euro, 11.71.227,94 USD, 1.403.557,00 İngiliz Sterlini olduğu belirtilerek fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik;*

*1-) Geçmiş dönem uygulama ve denetim kusurundan kaynaklanan zararları için 250.000,00 TL,*

*2-) Yoksun kalınan kâr zararı için, toplu taşıma gelirinden 18.750.000,00 TL, şehir kartı uygulamalarından 250.000,00 TL, diğer gelir kalemlerinden 250.000,00 TL,*

*3-) Yatırımdan doğan zararlarına karşılık 30.000 Euro (karşılığı 64.815,00 TL), 30.000 USD (karşılığı 46.194,00 TL) 30.000,00 Sterlin (karşılığı 76.326,00 TL) zararın tazmini,*

*4-) Halen davalı elinde bulunan 2.000.000,00 TL değerindeki teminat mektubunun iadesi,*

*5-) Manevi zararlarına karşılık 250.000,00 TL'nin tazmini, fesih tarihi olan 21.6.2009'dan itibaren TL cinsi alacaklara avans, yabancı para cinsi alacaklara da Libor+8 faiz uygulanması istenmiştir.*

*Davalı vekili savunmasında, sözleşme uyarınca davacının sistemi kurarak işletmeye başladığını, ancak davacıdan kaynaklanan sebeplerle kullanıcıların zorluklar yaşamaları sonucu şikayetlerin arttığını, sisteme itiraz eden Y. Bilgiç isimli kişi tarafından idari yargıda açılan dava sonucu mahkemece Belediye Encümeni'nin ihalenin kapsamını genişleterek yetkisini aştığı, yatırım bedelinin sadece toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete aykırılık taşıdığı gerekçeleriyle encümen kararının ve ihale onay belgesinin iptal edildiğini, kararın Danıştay tarafından onaylanarak kesinleştiğini, belediyenin iptal kararının gereğini yasal çerçevede uyguladığını, bu haliyle sözleşmenin ifası hukuken imkânsız olduğundan fesih iradesinin kendilerinden kaynaklanmadığını, davacının zarar istemlerinin dayanağının da bulunmadığını, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olup geriye 7 yıl 9 aylık ifa süresi kaldığını, sistem işletmeye başladığında davacı yüklenicinin satışı yaptığı 800.000 adet*

karttan elde ettiği kazanç tutarının en az 5.200.000,00 TL olduğunu belirterek 818 Sayılı B.K.nın 117., sözleşmenin 12/24, idari şartnamenin 20/2. maddeleri uyarınca dayanağı bulunmayan tazminat isteminin reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin davalı belediye tarafından haksız feshedildiği kabul edilerek, 250.000,00 TL geçmiş dönem uygulama zararı, 18.750,000,00 TL kazanç kaybı, 250.000,00 TL şehir kartı uygulamasından doğan zarar, 250.000,00 TL bilet satış, reklam vs. gelirinden doğan zarar olmak üzere toplam 19.500.000,00 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren avans faiziyle davadan tahsiline, yatırım zararına ve manevi zarara dair istemlerinin reddine, teminat mektubunun iadesine karar verilmiş, karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-) Taraflar arasındaki uyuşmazlık 26.3.2007 tarihli sözleşmeden kaynaklanmıştır. Sözleşmenin konusu, akıllı kart teknolojisine dayalı otomatik biletleme sistemi kurulmasıdır. Ayrıca kurulacak sistem içinde (yurt dışında city card olarak tanımlanan) kent kart işlevinin de olması, bu sebeple ön ödemeli sayaçlarda, parkometrelerde, müze, stadyum gibi tesis ve birimlerde de kullanılabilir olması amaçlanmıştır. Sözleşmenin 5. maddesinde işletme bedelinin yıllık 2.540.000,00 TL+KDV olarak idareye ödenmesi, işletmecinin de, aylık gerçekleşmiş taşıma bedellerinin %11+KDV'sini brüt gelir olarak alma hakkına sahip olup %9 +KDV'si uhdesinde kalarak %2+KDV tutarının idareye ödeneceği kararlaştırılmıştır. Burada işletme bedelinin, kartın az yukarıda amaçlanan kullanımına rağmen sadece taşıma giderleri üzerinden hesaplanacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple idari yargıda açılan dava sonucu kartın işlevi gözetildiğinde yalnızca toplu taşıma esnafının bedelle sorumlu tutulmasının hakkaniyetle bağdaşmayacağı, yine belediye meclis kararında toplu taşıma araçlarıyla ilgili verilen yetkinin aşılması kartın kullanım alanının genişletildiği gerekçeleriyle ihalenin feshine karar verilmiştir. Mahkemece, yetkisini aşarak ihaleye çıkan davalı idarenin bu kusuru sebebiyle sözleşmenin feshedildiği kabul edilerek davacının olumlu zarar (kâr kaybı) istemi kabul edilmiştir. Oysa iptal kararının gerekçesinde, işletme bedelinin sadece toplu taşıma araçlarından alınmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği de kabul edilmiştir. Yani sözleşmenin, sözleşme dışında kalan taşıma esnafını mağdur eder biçimde imzalandığı saptanmıştır. Sözleşmenin 12/24 maddesinde, işletmeci (yüklenici)

*tarafça sözleşmenin yürütülmesinin hukuki imkânsızlığının ortaya çıkması durumunda iş sahibi idareden tazminat istenemeyeceği hükmüne yer verilmiş, sözleşme eki idari şartnamenin 12/2. maddesinde de, hukuki imkânsızlık durumunda tazminat istenemeyeceği kabul edilmiştir. Davalı da bu hükümlere dayanarak tazminat istenemeyeceğini savunmaktadır. Bu sebeple burada “hukuki imkânsızlık” kavramı üzerinde durmak gerekir. Sözleşmenin düzenlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Yasası’nun 117. maddesi hükmünce, borcun ifası borçluya yüklenmeyen durumlar sonucu imkânsızlaşırsa borç sona erer. İmkânsızlık, sözleşme öncesi olabileceği gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonra da ortaya çıkabilir. Sözleşme öncesi imkânsızlıkta, sözleşme konusu işin başkaları tarafından da yerine getirilmesi mümkün olamaz. Bu durumda da sözleşmenin batıl (geçersiz) olması sebebiyle B.K. 20. madde uyarınca geçersizliğine hükmedilir ve sözleşmelere dair direnir hükümleri (B.K. 106. 108. maddeleri) uygulanamaz. Burada objektif imkânsızlık HA. sözkonusudur. Sözleşme öncesi subjektif imkânsızlık ise taraflardan kaynaklanan imkânsızlık halini ifade eder. Bu durumda kimse kendisinden kaynaklanan kusurdan yararlanamayacağı ilkesi uyarınca kusurlu olan taraf diğer tarafın zararını B.K. 96. madde hükmünce karşılamakla yükümlüdür. (15. HD. 2.3.1994 gün ve 1707-1232 sayılı, 15. HD. 5.12.1994 gün ve 3362-7260 Sayılı kararları). Sözleşme sonrası imkânsızlıkta iki kısımda incelenebilir. Sözleşme öncesi mevcut olmayan ve sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu imkânsızlık, ifa imkânsızlığı (objektif) halidir. Bu durumda borç sona erer ve borçtan kurtulan taraf, diğer taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri vermekle yükümlü olur. Başkaca bir hak talebinde bulunamaz. Kısaca 818 Sayılı B.K.nın 106. ve 108. madde hükümlerince zarar istemi dinlenemez, sadece borcun ifasından önceki zararlarını isteyebilir. Sözleşme sonrası subjektif imkânsızlık halinde ise kusurlu olan taraftan 818 Sayılı B.K.nın 96. madde uyarınca zarar istenilebilir. (15. HD. 5.5.1998 gün ve 845-1844 sayılı, 15. HD. 1.12.1994 gün ve 1886-7200 Sayılı kararları).*

*Bütün bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının, kesinleşen mahkeme ilamıyla iptal edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş, hukuki imkânsızlık doğmuştur. Davalı idarenin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığı iddia ve ispat edilmiş olmadığı gibi uyumsuzluk konusu da değildir. Uyumsuzluk, mahkeme ilamına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olmayacağı noktasındadır. Her ne kadar iptal kararında, Belediye Meclisince verilen yetkinin aşıldığı ve bu sebeple ihalenin feshi gerektiği açıklanmış ise de sözleşmeyle taşıyıcılar esnafının zarara uğratıldığı da belirtilerek işletme bedelinin yalnızca toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete uygun düşmediği hususu*

da iptal nedeni sayılmıştır. Bu haliyle karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerin de tarafların, sözleşmenin ifayla sonuçlanması için objektif iyiniyet kurlarına uymaları asıldır. (T.M.K. 2. mad.). Kartın amaçladığı işlev Teknik Şartnamede geniş kapsamlı belirlendiği halde bunun bedelinin tüm yararlanan kesimlere yansıtılması yerine sadece taşıyıcılardan tahsilini kararlaştırmanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı ortadadır. Kaldı ki, kesinleşen mahkeme ilamına bağlı iptal kararının gerekçesi tartışılarak somut olayda kusur değerlendirilmesi yapılması da doğru değildir. O halde sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmeli, sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyumsuzluk sonuçlandırılmıdır. Buna göre de davacı ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir, kâr kaybı (olumlu zarar) isteyemez.

Mahkemece yapılması gereken iş, davacının gerçekleştirdiği yatırımın bedelini konunun uzmanı sayılan bilirkişiler heyetine incelemek, iptal kararının kesinleştiği 26.10.2009 tarihi itibarıyla piyasa rayıçlarına göre yatırım bedelini hesaplatmak, bundan kısmî işletme döneminde elde edilen bedeli mahsup etmek, kalan yatırım bedelini davadaki talebe göre hüküm altına almak, kâr kaybı (olumlu) zararına dair istemi ise tümüyle reddetmekten ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan yanılıklı hukuki değerlendirmeyle kâr kaybının tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, hükmün bozulması uygun bulunmuştur.

**SONUÇ:** Yukarıda 1. bentte açıklanan sebeplerle tarafların sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca hükmün taraflar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istenmesi halinde temyiz eden taraflara iadesine karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine, 12.06.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

## II. Değerlendirme

### A. Dava Konusu Olayın Gelişimi ve Hukuki Sorun

Yargıtay kararına konu olan meselenin esasını, yapılan ihale sonucunda idarenin bir yüklenici ile yap-işlet-devret modeli ile akdettiği kamu ihale sözleşmesi oluşturmaktadır. Olayda Antalya'daki toplu taşıma araçlarında kullanılmak üzere araç takip ve akıllı kart sistemi kurulması ve 10 yıl süre ile işletilmesine ilişkin Antalya Belediyesi tarafından 22.2.2007 tarihinde yapılan ihale 28.2.2007 tarihinde onaylanarak kesinleşmiş; bunun üzerine belediye ile yüklenici arasında 26.3.2007 tarihinde sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin uygulanması aşamasına geçilmesinden bir süre sonra söz konusu ihalenin feshi talepli olarak idari yargıda bir dava açılmıştır.

İhalelerin feshi talepli olarak idari yargıda açılan davada ilk derece mahkemesi, belediye encümeninin ihalelerin kapsamını genişleterek yetkisini aştığı, yatırım bedelinin sadece toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete aykırılık taşıdığı gerekçeleriyle encümen kararını ve ihale onay belgesini iptal etmiştir. Temyiz başvurusu üzerine Danıştay söz konusu kararı onamış ve karar kesinleşmiştir. Bunun üzerine ihale belediye tarafından iptal edilmiş ve ihale sonucu yüklenici ile akdedilen sözleşme de feshedilmiştir.

Sözleşmesi feshedilen yüklenici ise a) bu sözleşmenin ifası için yapmış olduğu yatırımın karşılığı olan bir miktar paranın ödenmesi, b) sözleşmenin feshi dolayısıyla yoksun kaldığı kârın ödenmesi, c) uğradığı manevi zararın tazmini ve d) belediye elinde bulunan teminat mektubunun iadesine ilişkin adli yargıda bir dava ikame etmiştir. Tazminat davasına bakan ilk derece mahkemesi, sözleşmenin belediye tarafından haksız biçimde feshedildiği tespiti yapılarak yüklenicinin a) geçmiş dönem uygulama zararı ve b) kazanç kaybı ile c) çeşitli kalemlerde maddi zararlarının tazminine ve d) teminat mektubunun iadesine; e) yatırım zararı ve f) manevi zararı taleplerinin de reddine karar vermiştir.

Her iki tarafça yapılan temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, ihalelerin iptaline ilişkin kesinleşen idare mahkemesi kararı ile dava konusu sözleşmenin ifasının imkânsız hale geldiği, hukuki imkânsızlık doğduğu tespitinde bulunmuştur. Daire söz konusu kararında, uyuşmazlığın mahkeme kararına dayalı olarak ortaya çıkan imkânsızlıktan davalı idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin olduğunu; dava konusu sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilmeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği ve sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Daire, davacı yüklenicinin sözleşme gereği belediyeye verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceğini ancak kâr kaybı talep edemeyeceğine karar vermiştir. Buna göre olayda yapılan yatırımın bedelinin ihalelerin iptalinin kesinleştiği tarih itibarıyla rayiç değerinin belirlenmesi gerektiği; bu tutardan sözleşmenin uygulanması süresince yüklenicinin elde ettiği gelirin mahsup edilerek kalan kısmın yükleniciye verilmesine ve kâr kaybı zararlarının ise tümüyle reddedilmesi gerektiği gerekçesiyle, sözü edilen bu hususlarla sınırlı olmak üzere ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Ancak 15. Hukuk Dairesinin kamu ihale sözleşmelerinin dayanağı olan ihalelerin mahkeme tarafından iptal edilmesini, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan “objektif hukuki imkânsızlık” halinin söz konusu olduğu yönündeki karar gerekçesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu çalışmada objektif hukuki imkânsızlık haline kısaca değinerek kamu ihale sözleşmeleri bakımından ihalelerin mahkeme kararı ile iptal edilmesinin sözleşmeye etkisi ele alınacaktır.

## B. Hukuki İmkânsızlık Kavramı

TBK.m.27 hükmüne göre, bir sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşmede belirlenen edimlerden birinin imkânsız olması halinde bu sözleşme kesin olarak hükümsüzdür. İmkânsızlık kavramı, sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesinin kim için mümkün olmadığı belirlenmesi bakımından sübjektif ve objektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılır<sup>2</sup>. Sübjektif imkânsızlık, edimin taraflardan sadece biri için imkânsız olmasını ifade eder ve bu durum sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olmaz. Bu durumda doğacak sonuç, edimin yerine getirilmemesi halinde borçlunun TBK.m.112 gereğince sorumlu olmasıdır. Objektif imkânsızlık ise söz konusu edimin yerine getirilmesinin salt bunu üstlenen taraf için değil; herkes için mümkün olmaması anlamına gelir. TBK.m.27 anlamında sözleşmenin kesin olarak hükümsüzlüğü sonucunu doğuran imkânsızlık türü objektif imkânsızlıktır<sup>3</sup>.

İmkânsızlığın bir diğer ayrımı bunun söz konusu olduğu ana göre yapılan, baştaki-sonraki imkânsızlık ayrımıdır<sup>4</sup>. Bilindiği gibi sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut bulunan imkânsızlık baştaki imkânsızlık; sözleşmenin uygulanma aşamasında ortaya çıkan imkânsızlık ise sonraki imkânsızlık olarak adlandırılır<sup>5</sup>.

İmkânsızlığın ayrıca doğal/fiziksel/mantıksal-fili-hukuki imkânsızlık şeklinde türleri de mevcuttur<sup>6</sup>. Buna göre doğal/fiziksel/mantıksal imkânsızlık hallerinde edimin ifası bilim, fizik ve mantık kuralları gereğince gerçekleştirilemez niteliktedir. Fili imkânsızlıkta ise edimin ifası bilimsel ve mantıksal açıdan mümkün görülse bile bunun için makul sayılmayacak ölçüde, olağanüstü bir çabanın sarfedilmesi gerekmektedir. Bu ayrımında ele alınan hukuki imkânsızlık ise edimin ifasının hukuka aykırılık oluşturmasını ifade eder<sup>7</sup>. Kanunun emredi-

2 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Yetkin, Ankara, 2016, s. 1061; Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt*), 7. Bası, Filiz, İstanbul, 2016, s. 168; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 128 vd.

3 Sözleşmenin kurulduğu sırada taraflardan birinin edimin ifasının objektif olarak imkânsız olduğunu biliyor olmasına rağmen karşı tarafı uyarmaması halinde onun bu davranışı culpa in contrahendo dolayısıyla karşı tarafın uğradığı olumsuz zararından sorumlu olur. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz, İstanbul 1993, s. 903; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 81.

4 Eren, s. 1060; Serozan, s. 171 vd.; Gündoğdu, s. 91 vd.

5 Diğer ayrımlar ise; imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı bakımından, borçlunun sorumlu olduğu-sorumlu olmadığı imkânsızlık; edimin ifasındaki imkânsızlığın söz konusu olduğu süre bakımından geçici-sürekli imkânsızlık; imkânsızlığın edime yaygınlık derecesi bakımından tam-kısmi imkânsızlık ayrımları da yapılmaktadır. Bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündoğdu, s. 100 vd., 113 vd., 148 vd.

6 Eren, s. 1059 vd; Serozan, s. 166 vd.

7 Eren, s. 1060; Serozan, s. 167.

ci hükümlerinin yasakladığı bir davranışın bir sözleşmede edim olarak taahhüt edilmesi halinde bu taahhüdün yerine getirilmesinin önünde söz konusu hukuk kuralları engel teşkil etmektedir. Bir malın yurt içinde satışının ya da ithal veya ihracının yasak oluşu, imar mevzuatında inşaatın yapımı konusunda sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümlerin bulunması hukuki imkânsızlığa klasik örnekleri oluşturmaktadır. Yasaklayıcı hükmün varlığı sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra bu nitelikte bir hükmün yürürlüğe girmesi suretiyle sonradan da ortaya çıkabilir.

### **C. Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi Bakımından İdare Mahkemesinin Gerekli Usul Kurallarına Uyulmadığı Gerekeşi İle İhalenin İptali Kararının Hukuken Nitelendirilmesi ve Önemi**

#### **1. İdare Hukuku Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler**

İdari yargıda verilen kararların kamu ihale sözleşmelerine etkisinin ne olacağı sorununu incelemeye geçmeden önce ihale ve ihale ile kamu ihale sözleşmesi arasındaki bağlantıya daha yakından bakmakta yarar vardır. Kamu hizmetlerinin ifası için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin karşılanması bakımından idare, özel hukuk kişileri ile çeşitli hukuki ilişkiler kurma yoluna gitmektedir. Bu hukuki ilişkiler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yürütülen bir dizi idari işlemin yapılmasından oluşan bir süreç sonunda gerçekleşmektedir<sup>8</sup>. İhale komisyonunun kurularak yaklaşık maliyetin hesaplanması ve teknik şartnamenin hazırlanmasından nihayet ihalenin onaylanarak özel hukuk kişinin sözleşmeye davet işlemi de bu süreçte idarenin gerçekleştirdiği idari işlemler arasında yer almaktadır. İhale aşamasını idarenin özel hukuk kişi (yüklenici) ile sözleşme kurması aşaması takip etmektedir.

İhale sürecinde yapılan tüm idari işlemler sözleşmenin kurulmasından önceki aşamaya ilişkin olup bu işlemler bütünüyle idari mevzuat çerçevesinde kamu yararı gözetilmek suretiyle gerçekleştirilen işlemler olarak idare hukukuna tâbidir. Bundan sonraki aşamada sözleşmenin kurulması hukuki zemin olarak idare hu-

8 Bu bakımdan ihalenin, idarenin sözleşme iradesini oluşturmak üzere kullandığı bir usul olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Turhan, Ankara, 2010, s. 9.

İhale, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin yasadaki öngörülen usul kurallarına uyulmak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yapılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler olarak tarif edilmektedir. Bkz. Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997, s.76.

Kamu ihale sözleşmesi ise, idare ile yüklenici arasında yapılan mal almına, hizmet almına veya yapım işlerinin yapılmasına ilişkin bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Durusun Ali Demirboğa, *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 33.



kuku alanından borçlar hukuku alanına taşınmaktadır. Mevzuatta belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde yürütülen ihale sürecinin sonunda sözleşmeye davet edilen yüklenici ile sözleşme yapılmasına dair idarenin kararı bir idari işlem niteliğinde iken “kamu ihale sözleşmesi”nin akdedilmesi halinde bu sözleşme artık bir özel hukuk ilişkisi tesis etmektedir<sup>9</sup>.

Bununla birlikte bu sözleşmenin taraflarından birini idarenin teşkil etmesi ve idarenin bu sözleşmeye ilişkin iradesini oluşturmak bakımından ihale mevzuatına ilişkin bir takım kamu hukuku kurallarına tâbi oluşu nedeniyle kamu ihale sözleşmesi salt özel hukuk alanında görülebilecek bir sözleşme değildir. İdarenin sözleşme iradesinin oluşumu idare hukuku alanında düzenlenen bir sürecin ürünü olmasına bağlı olarak ihale sürecinin aşamalarında yapılan idari işlemler ile sözleşme arasında bağlantı mevcuttur. Şöyle ki, idare hukukunda kabul edilen ayrılabilir işlem teorisi<sup>10</sup>ne göre, sözleşmenin akdedilmesi ile sonuçlanan

9 *Özel hukuk doktrininde*; Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara, 2007, s. 69; İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 288; Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz, İstanbul, 2017, s. 44.

*İdare hukuku doktrininde*; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Turhan, Ankara, 2014, s. 525; Karş. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, İkinci Baskı, Ekin, Bursa 2009, s. 135; Yazar, kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini; bu sözleşmenin taraflarından birini idarenin oluşturması dolayısıyla özellikle belirli bir kamu hizmetini konu alan ya da alması bile özel hukuku aşan hükümler içeren kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Gözler, s. 136 vd.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.4/f.3'deki “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur*” ve yine aynı Kanun'un m. 36 hükmünde “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*” hükümleri de göz önüne alındığında kamu ihale sözleşmelerinin bütünüyle özel hukuka tâbi bir hukuki ilişki niteliğinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Buz, s. 69-70; Aynı yönde Halil Kalabalık, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Mahkeme Kararlarının Uygulanması Amacıyla Feshi”, *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, 1. Kamu İhale Hukuku Kongresi, Editörler: Prof. Dr. Fehim Üçışık, Prof. Dr. Çetin Arslan, Av. Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 26.

10 Kamu ihale sözleşmelerinin tâbi olduğu hukuki rejimi belirtmek üzere idare hukuku öğretisinde bir takım teoriler ileri sürülmüştür: kamu hukuku teorisi, özel hukuk teorisi, ayrılabilir işlem teorisi ve iki aşamalı işlem teorisi. Bkz. Buz, s. 74 vd. Gerek idare hukuku öğretisi ve gerekse yargı kararları incelendiğinde Türk Hukuku bakımından hâkim görüşün iki aşamalı işlem teorisinin kabul edildiği ve ayrıca 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 Kamu İhale Kanunu'nun birinci aşamayı; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ise ikinci aşamayı düzenleyen bir kanun olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Buz, s. 87.

Ayrılabilir işlem teorisi, tek yanlı idari işlemi içinde bulunduğu işlem süreci veya hukuki ilişki-den soyutlayarak yargı denetimine tâbi tutmayı amaçlamaktadır. Tek yanlı işlemler olarak ihale ve yüklenici ile sözleşmenin akdedilmesine ilişkin işlemler kamu ihale sözleşmeleri bakımından ayrılabilir işlem niteliğinde olup yargı denetimine tâbidir. Bkz. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin, Ankara, 2000, s. 15, 144 ve 150.

ihale sürecinde yer alan aşamaları oluşturan her bir idari işlemin sözleşmeden ayrılabilirliği oluşu ve icrai niteliği nedeniyle idari yargı denetimine tâbi olduğu kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Hukuki denetim kapsamında idare mahkemelerince idari işlemlerin iptali bir özel hukuk ilişkisi sayılan kamu ihale sözleşmesini de dolaylı olarak etkilemektedir. Zira her ne kadar hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında gösterse bile kamu ihale sözleşmesinin kökü idare hukuku alanına dayanmaktadır ve bu ilişki ihale sürecinin sözleşmenin imzalanması ile sona ermemekte, sözleşmenin uygulanma aşamasında da varlığını sürdürmektedir. Gerçekten de idarelerin, ihalenin idare mahkemeleri tarafından iptal edilmesi üzerine söz konusu mahkeme kararını uygulamak amacıyla kamu ihale sözleşmelerini sona erdirmeye yönünde bir irade beyanında bulduklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Diğer taraftan sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicilerin de iptal kararı üzerine idarece sözleşmenin feshinin borçlar hukuku kapsamında haklı bir nedene dayanmadığı gerekçesi ile uğradıkları zararın tazmini için uyuşmazlığı yargıya taşıdıkları görülmektedir<sup>12</sup>.

İhalenin iptaline karar verilmesi üzerine kamu ihale sözleşmesinin bu durumdan ne şekilde etkileneceği konusunda idare hukuku öğretisine bakıldığında hâkim görüşün ihalenin iptalinin sözleşmeyi doğrudan hükümsüz hale getirmeyeceği yönünde olduğu ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Bununla birlikte GÖZÜBÜYÜK/TAN, ayrılabilir işlem niteliğindeki idari işlemin kendisindeki bir bozukluk sebebiyle iptal edilmesi halinde bu işlemle kamu ihale sözleşmesi ile arasındaki bağlantıya göre sonucun farklılaşacağını belirtmektedir<sup>14</sup>. Buna göre yazarlar, iptal edilen işlem sözleşmenin dayanağı niteliğinde ise iptal kararı ile birlikte sözleşmenin de hükümsüz hale gelmelidir ancak iptal edilen işlem ile kamu ihale sözleşmesi arasında dolaylı bir bağlantı mevcutsa, işlemin iptali sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açmamalıdır görüşündedir.

ÖZAY, özelleştirme faaliyetleri kapsamında idarenin özel hukuk kişileri ile

11 Kutlu, s. 43.

12 Hukukun üstünlüğü ilkesinin bir görünümü teşkil eden bu durum Anayasamızın m.138/f.4 hükmünde de açık biçimde hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Anayasa m.138/f.4 hükmü aynen şu şekildedir: “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*”. Anayasamızın bu hükmü dolayısıyla sözleşmenin idare tarafından söz konusu idare mahkemesi kararı gerekçe gösterilmek suretiyle sona erdirilmesi üzerine bu sözleşme ilişkisinin tasfiyesi sorunu doğmakta; buna bağlı olarak ihalenin mahkeme kararı ile iptal edilmiş olmasının sözleşmeye etkisinin ne olacağı gündeme gelmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin geçersiz kılınması ve bunun sonuçları hakkında Türk Borçlar Kanunu’nun yanı sıra ayrıca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda da özel düzenlemeler de (m.20 vd.) uygulama alanı bulabilmektedir.

13 Kalabalık, s. 32.

14 Gözübüyük, Tan, Cilt I, s. 549, 553.

özel hukuk sözleşmesi kurmasından sonra idarece sözleşme öncesinde yapılmış bulunan işlemlerin iptali halinde bu iptal kararının geriye yürüdüğü, artık o işlemin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesini gerektiren fiktif bir sonuç doğduğu, buna bağlı olarak iptal edilen işlemle birlikte sözleşmenin de baştan itibaren geçersiz hale geldiği görüşündedir<sup>15</sup>.

GÖZLER, ihalenin iptal edilmiş olmasının doğrudan doğruya sözleşmeye bir etkisinin olmayacağını, iptalin ancak ayrılabilir işlem üzerinde etki doğurduğunu; sözleşmenin tarafların iradesinin uyuşması ile ortaya çıktığı bu sebeple ancak tarafların iradesi ile veya sözleşme (adli yargı) hâkiminin kararı ile sona erdirilebileceğini ifade etmektedir<sup>16</sup>.

## 2. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Öngörülen Özel Fesih Rejimi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>17</sup>nda sözleşmenin feshi, “Sözleşmede Değişiklik, Sözleşmenin Devri ve Feshi” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmiştir. Bu bölümde kanun, feshin şartlarını ve sonuçlarını yüklenici ve idare açısından ayrı maddelerde ele almıştır.

Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesine ilişkin madde 19 hükmüne göre “Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

Bu kanun kapsamında idarenin sözleşmeyi feshetmesi için biri sözleşmenin kurulmasından önce, ikisi sözleşmenin uygulanması aşamasında gerçekleşebilecek üç ihtimal söz konusudur. Sözleşmenin uygulama aşamasında ortaya çıkabilecek fesih sebeplerine ilişkin 20. madde hükmüne göre “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) 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 on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25'inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğuunun tespit edilmesi<sup>18</sup>,

15 İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, 2004 İstanbul, s. 529.

16 Gözler, *Cilt 2*, s. 224-225. Aynı yönde Sezginer, s. 172.

17 RG., 22.01.2002 T., 24648 S.

18 Bu kanunun 25. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

*Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” hükmünü içermektedir.*

İdarenin sözleşmeyi feshedebilmesi için Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda öngörülen üçüncü ve son sebep sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olup sözleşmenin uygulanması aşamasında fark edilen, yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesine ilişkindir. Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesih başlıklı 21. madde hükmüne göre “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

*Ancak, taahhüdün en az % 80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;*

- a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

*Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26’ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.”*

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun yukarıda belirtilen sözleşmenin feshine ilişkin hükümler, bu kanuna göre kurulan ve niteliği itibariyle bir

- 
- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
  - b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
  - c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.
  - d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.
  - e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29’uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.
  - f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
  - g) Sözleşmenin 16’ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

özel hukuk ilişkisi olan sözleşmelerin feshi bakımından Türk Borçlar Kanunu'na nazaran özel hüküm niteliği taşımaktadır. Diğer bir ifade ile sözü edilen düzenlemelerde yer alan şartların gerçekleştiği iddiası ile sözleşmeyi feshetmeye karar veren idarenin bu kanun kapsamında belirlenmiş olan usullere uyması yeterlidir. İdare ile yüklenici arasında özel hukuk borç ilişkisi doğuran sözleşmeyi fesih hakkı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi değildir. İdarenin fesih hakkı doğrudan doğruya 4735 sayılı Kanun hükümlerine dayanmaktadır. Dolayısıyla idarenin söz konusu fesih hakkını kullanmak amacıyla dava açma ve lehine hüküm almaya gerek bulunmamaktadır<sup>19</sup>.

Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği itibariyle özel hukuk sözleşmeleridir<sup>20</sup>.

İdarenin ihaleyi tek taraflı feshetmesinin özel hukuk kişisi bakımından doğurduğu zararların idarece tazmin edilmesi gerekir<sup>21</sup>.

### 3. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Kararında Dayandığı Gerekçe: Sonradan Ortaya Çıkan Hukuki İmkânsızlık

15. Hukuk Dairesinin kararında, sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte ihalenin iptal edilmiş olmasını “sonradan ortaya çıkan bir hukuki imkânsızlık”

19 Y. 15. HD., E. 2004/6043, K. 2005/3488, T. 9.6.2005: “... davacı iş sahibi tarafından Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununda düzenlenen bu prosedüre uygun olarak fesih kararı alınmadan ve bu karar yükleniciye tebliğ edilmeden doğrudan mahkemeye müracaat edilerek, sözleşmenin hükmen feshine karar verilmesini istemekte hukuki yararının bulunmadığı anlaşıldığından, davanın bu yönden reddi yerine, işin esasına girilerek sözleşmenin feshini gerektirecek haklı nedenin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru görülmüştür...” (Kazancı İçtihat Bankası).

20 Y. 13. HD., E. 2006/8480, K. 2006/11159, T. 6.7.2006. (Kazancı İçtihat Bankası).

21 Y. 13. HD., E. 1997/10415, K. 1998/1365, T. 16.2.1998: “Davacı, davalı idareden ihale yoluyla 68.500 Alman Markı bozdurmak suretiyle 3.336.365.000,- TL. bedelle bir yükleyici satın aldığı, daha sonra idarenin sözleşmeyi fesh ve ödediğini iade ettiğini, iade edilen para ile ancak 64.260 mark alabildiğini ileri sürerek zararı olan 4.240 markın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, şartnamenin 17. maddesi gereğince sözleşmeyi tek taraflı fesih yetkisinin bulunduğu savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Henüz müsadere kararı kesinleşmeden aracın davalı idare tarafından satışa çıkartıldığı ve ihale yoluyla davacıya satıldığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Ne var ki davalı idare, bunun sonradan farkına vararak sözleşmeyi tek taraflı fesh etmekle kusurlu duruma düşmüştür. Borçlar Kanunu 96. Maddesi hükmü uyarınca sözleşmenin tek taraflı ve haksız olarak feshinden dolayı meydana gelen zararın davacı her zaman isteyebilir. Kaldı ki davalı idarenin mevzuatında da bu yönü yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Her ne kadar davacı, Alman Markı bozdurarak para yatırdığını ve bundan doğan zararının 4.240 DM olduğunu ileri sürmüştü de bundan amaç, sözleşmenin davalı idare tarafından tek taraflı olarak feshedilmesiyle davacının meydana gelen zararının ödetilmesi isteğidir. O halde mahkemece, bu yön gözetilerek işin esası incelenmeli, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmalı, ortaya çıkacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Aksine düşüncelerle davanın reddedilmiş olması Usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bozma nedenidir.” (Kazancı İçtihat Bankası).

olarak değerlendirilmiştir. Daire iptal kararını kamu ihale sözleşmesinin ifasını hukukten imkânsızlaştıran bir olgu olarak görmüş; bunun sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olması dolayısıyla imkânsızlığın türünün sonraki imkânsızlık-ifa imkânsızlığı olduğunu belirtmiştir<sup>22</sup>.

Yüklenici tarafından açılan tazminat davasında temyizden inceleme yapan Dairenin, *“ taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının, kesinleşen mahkeme ilamıyla iptal edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş, hukuki imkânsızlık doğmuştur. Davalı idarenin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığı iddia ve ispat edilmiş olmadığı gibi uyuşmazlık konusu da değildir. Uyuşmazlık, mahkeme ilamına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olamayacağı noktasındadır. (...) Kaldı ki, kesinleşen mahkeme ilamına bağlı iptal kararının gerekçesi tartışılarak somut olayda kusur değerlendirmesi yapılması da doğru değildir. O halde sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmeli, sözleşme sonrası objektif imkânsızlık hali ne göre uyuşmazlık sonuçlandırılmalıdır.”* değerlendirmesinden hareketle ifa imkânsızlığının idarenin hukuk alanında meydana gelmediği, durumun idareye isnad edilemeyeceği ve dolayısıyla hukuki imkânsızlıkta idarenin bir kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşmış görünmektedir.

Ancak bilindiği üzere hukuki imkânsızlık kavramı, hukuki işlemin konusunu oluşturan edimin ifasının “kanunun emredici hükümlerine” aykırılık içermesi halini ifade etmektedir. İdare mahkemesinin ihalenin iptaline ilişkin kararı, kanun hükmüne eşdeğer nitelikte görülerek bu konuda yasaklayıcı bir hukuk kuralı olarak değerlendirilemez. İdare mahkemesinin iptal kararının sözleşme üzerindeki etkisinin emredici hukuk kuralına özdeş etki yaratacağı kabul edilemez.

#### 4. Özel Hukuk Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

İdarenin yüklenici ile mal veya hizmet teminine ilişkin sözleşme akdedebilmesi için ilgili mevzuat hükümlerine göre bir ihale sürecinin yürütülerek sonuçlandırılması ve iki aşamalı işlem teorisinin açıkladığı üzere; ikinci aşamayı oluşturan sözleşme imzalanması için birinci aşama olan ihale sürecinin tamamlanmış olması gerekmektedir. Birinci aşamada gerçekleştirilen idari işlemlerin ya-

22 İhalenin idare mahkemesinde verilen kararla iptal edilmiş olması kamu ihale sözleşmesi için hukuki imkânsızlık teşkil etmediği gibi 15. Hukuk Dairesi kararında belirtildiği gibi bu imkânsızlığın objektif imkânsızlık hali olduğu tespiti de isabetli değildir. Bilindiği gibi objektif imkânsızlıktan söz edilebilmesi için imkânsızlığın herkes için söz konusu olması gerekmektedir. Ancak ihale mahkeme kararı ile iptal edilmiş olsa bile idarenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na (RG., 10.09.1983 T., 18161 S.) ya da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (RG., 22.01.2002 T., 24648 S.) göre yeniden ihale sürecini başlatması her zaman mümkündür. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi ihalenin iptal edilmiş olması ilgili idare için sürekli değil; ancak “geçici” bir imkânsızlık hali teşkil edebilir.

pılmasında ilgili mevzuat hükümlerinde belirlenen esas ve usullere uyulmamış olması sebebiyle idare mahkemeleri tarafından ihalenin iptali, sözünü ettiğimiz; ilgili mevzuat hükümlerine uygun biçimde ihale sürecinin tamamlanmadığına işaret etmektedir. İdare mahkemesince ihalenin iptaline karar verilmiş olması ile ortaya çıkan hukuki duruma göre mevcut ihale hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş durumdadır.

İdare mahkemelerinin ihalenin iptaline ilişkin kararlarının kamu ihale sözleşmeleri üzerindeki etkisi bakımından KARAYALÇIN, ihalenin iptaline ilişkin idari yargı kararının sözleşmeyi doğrudan doğruya hükümsüz hale getirmeyeceği kanaatindedir<sup>23</sup>.

Aynı kanaati paylaşan BUZ, kamu ihale sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliği dolayısıyla geçerliliğinin de özel hukuk esaslarına göre belirlenmesi gerektiğini, ayrıca idare hukukunda kabul edilen iki aşamalı işlem teorisinin de bunu gerektirdiğini, 4734 sayılı Kanun bakımından ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurumuna yapılabilecek itirazın sözleşmenin kurulmasına kadarki dönem için kabul edilmesinin bu sonucu haklı gösteren bir sebep olduğu ve yüklenicinin ihale sürecinde bazı yasak fiil ve davranışlarda bulunmasının zorunlu olarak onunla yapılmış bulunan sözleşmeyi sona erdirmeyip idareye fesih yetkisi tanımakla yetinildiğini gösteren 4735 sayılı Kanun düzenlemesi karşısında her hukuka aykırılığın kamu ihale sözleşmelerini doğrudan hükümsüz hale getirmeyeceği görüşündedir<sup>24</sup>.

İnşaat sözleşmeleri bakımından konuyu değerlendiren ÖZ, ihalenin kamu ihale sözleşmesi bakımından idarenin “ehliyet şartı” niteliğinde olduğu görüşündedir<sup>25</sup>. Yazara göre idare, ancak mevzuatta belirtilen usule göre yapılmış ve geçerli bir ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapmaya yetkili durumdadır. Dolayısıyla ihalenin iptali, geçmişe etkili biçimde bu şartı ortadan kaldırmakta ve idare de yasal olarak yetkisi olmayan bir sözleşme yapmış durumdadır. Buna bağlı olarak ihalenin iptali sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır.

KURŞAT'a göre kamu kurumlarının ihale yapmaları ve ihale konusunda belli kurallara uymaları kanunların yasaklayıcı hükümleri gereği olduğundan bu hükümlere aykırılıklar sözleşmeyi geçersiz kılmalıdır<sup>26</sup>. İhale yapılması gerekli bir

23 Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler IV*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 143.

24 Buz, s. 104 vd.

25 Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2016, s. 35. Aksi görüş için bkz. Buz, s. 247.

26 Kurşat, s. 47.

konuda hiç ihale yapılmadan sözleşmenin kurulması örneğinden hareket eden yazara göre kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesi usulünden kaçınılması sözleşmenin kuruluşunda kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir<sup>27</sup>.

## Sonuç

Kanaatimizce ihale mevzuatına ilişkin hükümler ilgili konuda emredici nitelikte düzenlemeler içermektedir. Gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve gerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinin öngördüğü sistem<sup>28</sup> belli ölçüde de olsa, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetin karşılanması bakımından belirli kişilerin diğerlerinin aleyhine olarak tercih edilmesini engellemeyi amaçlamaktadır. İhale konusuna ilişkin olarak fırsat eşitliği sağlamak ve bunu belirli bir düzen içerisinde gerçekleşmesini temin için idareye sözleşmenin karşı tarafını belirlerken mevzuat doğrultusunda ihale sürecinin takip edilmesi şart koşulmuştur. Sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesine ilişkin idarenin iradesinin oluşumunu ilgili kamu otoritesinin serbest tasarrufuna bırakmayan bu sistemde idare söz konusu kurallar ve aşama aşama birbirini takip eden kararlar silsilesi çerçevesinde bu iradeyi oluşturmaya mecbur tutulmuştur.

Buna karşılık söz konusu ihale mevzuatının idare bakımından düzen hükümü niteliğinde olduğu ve bu sebeple özellikle sözleşme de kurulduktan sonra bu hükümlere aykırılıkların yüklenicinin hukuki durumunu etkilemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak anılan düzenlemelerin özel hukuk alanında bir hukuki işlem olarak değerlendirilen kamu ihale sözleşmeleri açısından karşı tarafı belirleme usulünü konu alan özel düzenlemeler olarak görülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple ihalenin mevzuatın öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmemiş olduğu gerekçesi ile idare mahkemesince iptal edilmesi bu sözleşmeyi de etkileyecektir.

İhalenin hukuka aykırılığı, buna dayalı olarak gerçekleştirilen sözleşmenin kurulması olgusundan daha önce mevcuttur. Kamu ihale sözleşmesinin yüklenici ile imzalandığı sırada ihale süreci ilgili mevzuata aykırı biçimde tamamlanmış bulunmaktadır. Yoksa bu husus sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış değildir. Bu bakımdan 15. Hukuk Dairesinin sözleşmenin kurulmasından sonra idare mahkemesince ihalenin iptalini, sonradan ortaya çıkan hukuki imkânsızlık olarak açıklayan kararına katılmak mümkün değildir. Esasen idare mahkemesinin ihalenin iptaline ilişkin kararı, ihalenin hangi usul ve esaslara

<sup>27</sup> Kurşat, s. 48 ve dn. 92.

<sup>28</sup> İhale mevzuatına dair Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun çıkarılış nedenleri hakkında bkz. Kaplan, s. 349-350.



göre yapılması gerektiğine dair ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olduğunu tespit etmektedir. Bu yönüyle ihale, ihale sözleşmesinin yapılarak tamamlandığı an itibarıyla hukuka aykırılık taşımaktadır. Bu hukuka aykırılık sözleşmenin kurulmasından sonra ileri sürülmüş ve mahkemece tespit olunmuştur. İdare mahkemesinin ihalenin ilgili mevzuata aykırı olarak tamamlanmış olması sebebiyle iptaline karar vermesi üzerine yapılacak değerlendirmede bu kararın sözleşmeye etkisinin ne olacağı ise önem taşımaktadır. Yukarıda değindiğimiz gibi ihale hukukuna ilişkin kurallar, taraflarından birini idarenin teşkil ettiği sözleşmeler bakımından idarenin irade özerkliğini sınırlamaktadır. Bu kurallara göre idare kurmak istediği sözleşmenin karşı tarafını belirlerken bu kurallar ile bağlıdır. Borçlar hukuku bakımından sözleşme müzakeresi aşaması olarak adlandırılan bu dönemde idare ihale hukuku kurallarından bağımsız olarak dilediği kişi ile sözleşme akdedemez. Aksi durumda emredici nitelikteki ihale hukuku kurallarına aykırılık söz konusu olur. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmeler ise TBK.m.27 hükmüne göre kesin hükümsüzdür. Bu bakımdan kural olarak ihalenin yapılmasında ilgili emredici kurallara aykırılığın mevcut olduğu her kamu ihale sözleşmesi söz konusu aynı yaptırım ile karşılaşmalıdır.

Bununla birlikte kesin hükümsüzlük yaptırımı da dürüstlük kuralı denetimine tâbi olmalıdır. İhalenin iptal edilmiş olmasından hareketle sözleşmenin de sona erdirilmesi sonucu bazı durumlarda hakkaniyete ve ihale yapılmasına ilgili mevzuatça gözetilen kamu yararına aykırılık da oluşturabilir. Şöyle ki, *yükleniciye bu sebeple ödenmesi söz konusu olan tazminat miktarının yüksekliği; sözleşmenin sona erdirilmesinden sonra da yine aynı bedel, süre vs. şartlarla sözleşme yapılması zorunluluğu*<sup>29</sup>, ihalenin iptalini gerektiren sebepler bakımından yükleniciye kusur isnad edilememesi, sona erdirilmesi söz konusu olan sözleşmenin ifası süreci bakımından gelinen aşama, ihalenin özellikle 1 yıl gibi kısa süreli yapılması vb. olgular somut bir olayda sözleşmenin sona erdirilmesini değil ayakta tutulmasını gerektirebilir. Bu gibi durumlarda idarenin sözleşmeyi sona erdirmeyerek, ihale mevzuatına aykırılık sebebiyle zarara uğramış olan “ilgililer”e tazminat ödeme tercihinde bulunarak gerçek anlamda kamu yararını tesis etmeleri de mümkündür<sup>30</sup>.

29 Kurşat, s. 48-49.

30 Öğretide Buz, iptal davası açan davacının zararının karşılanması amacıyla uygun bir tazminatın ödenmesinin de ihaleyi iptal eden mahkeme kararının yerine getirilmesi yolu olarak görülebileceğini ifade etmiştir. Buz, s. 109-110. Diğer yandan yazar, idarelerin hazırladıkları kamu ihale sözleşmelerinde, ihalenin mahkeme kararıyla iptal edilmiş olmasını bir bozucu şart olarak belirlemelerinin her zaman mümkün olduğunu, idareler için bu yolun da tercih edilebileceğini önermektedir. Bkz. Buz, s. 113.

İdare mahkemeleri tarafından verilen iptal kararlarının sözleşmeye etkisi dolaylı surette gerçekleşmektedir. İdare mahkemelerinin iptal kararlarının konusu ihale sözleşmelerin yapılmasına dayanak teşkil eden, iki aşamalı işlem teorisinin açıkladığı üzere, birinci aşamada yer alan idari işlemlerdir. İdarenin yargı kararlarını yerine getirmesi kapsamında başta Anayasamızın m.138/f.4 hükmü olmak üzere bu konudaki kamu hukuku kurallarına uyulması bakımından idarenin kamu ihale sözleşmelerini sona erdirmek üzere irade beyanında bulunması gereklidir. İdare bir yanda mahkeme kararlarına uymak suretiyle hukukun üstünlüğü ilkesinin gereğini yerine getirmek suretiyle nihai olarak kamu yararına uygun davranmakta, diğer yanda ise esasen bir özel hukuk ilişkisi niteliği taşıyan kamu ihale sözleşmelerini sona erdirmek suretiyle yüklenicinin menfaatini ihlâl etmektedir. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin bir alt ilkesi olan idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu ilkesine bağlılık kadar idare için kendisinin işlem ve eylemlerinden zarar görenlerin bu zararlarının karşılanması bir hukuki zorunluluktur. Yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ifa için yapmış olduğu giderler, bu kapsamda özellikle yüklenicinin yatırım maliyetinin tazmin edilmesi gerekmektedir.

## KAYNAKLAR

- Buz, Vedat, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara, 2007.
- Demirboğa, Dursun Ali, *Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi*, Yetkin, Ankara, 2013.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Yetkin, Ankara, 2016.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*, İkinci Baskı, Ekin, Bursa 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan, Ankara, 2014.
- Gündoğdu, Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, XII Levha, İstanbul, 2014.
- Kalabalık, Halil, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Mahkeme Kararlarının Uygulanması Amacıyla Feshi*, *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, 1. Kamu İhale Hukuku Kongresi, Editörler: Prof. Dr. Fehim Üçışık, Prof. Dr. Çetin Arslan, Av. Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kaplan, İbrahim, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin, Ankara, 2013.
- Karayalçın, Yaşar, *Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler IV*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.
- Kurşat, Zekeriya, *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz, İstanbul, 2017.
- Kutlu, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997.
- Öz, Turgut, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat, İstanbul, 2016.
- Özyay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Serozan, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı; Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt), 7. Bası, Filiz, İstanbul, 2016.
- Sezginer, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin, Ankara, 2000.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz, İstanbul 1993, s. 903; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta, İstanbul.
- Uz, Abdullah, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Turhan, Ankara, 2010.

### Elektronik Kaynaklar

- Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 12.03.2017).

## ÖZ

Bu makalede İdare Mahkemesi'nin usulüne uygun yapılmayan ihaleyi iptalinin kamu ihale sözleşmesine etkisi ele alınmıştır. Söz konusu incelemede, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.06.2014 tarihli kararından hareket edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Usulüne uygun yapılmayan ihale, İdare mahkemesi iptal kararı, Kamu ihale sözleşmesi

