

**bir sözleşmenin uygulanmasından karşılıklı olarak vazgeçmek ve akdi feshetmenin de anlaşma hükmünde olabileceği kabul edilmiştir.**

DANIŞTAY

1. Daire 2004/445 E.N , 2004/249 K.N.

İlgili Kavramlar

İHALE SÖZLEŞMELERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILIP YAPILAMAYACAĞI  
SİLAH VE HARP MALZEMELERİ ALIMININ KAMU İHALE KANUNU KAPSAMI  
DIŞINDA KALMASI  
4353 SAYILI KANUN'A GÖRE DEĞİŞİKLİK YAPILIP YAPILAMAMASI  
İSTİŞARI GÖRÜŞ TALEBİ  
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA GÖRE AKDEDİLEN VE KAMU İHALE  
KANUNU'NUN İSTİSNA HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA YAPILAN İŞLERE AİT  
SÖZLEŞMELER

Özet

4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNA GÖRE AKTEDİLEN  
SÖZLEŞMELER İLE 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNUN İSTİSNA  
HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA YAPILAN İŞLERE AİT SÖZLEŞMELERDE, 4353  
SAYILI MALİYE VEKALETİ BAŞ HUKUK MÜŞAVİRLİĞİNİN VE MUHAKEMAT  
UMUM MÜDÜRLÜĞÜNÜN VAZİFELERİNE, DEVLET DAVALARININ TAKİBİ  
USULLERİNE VE MERKEZ VE VİLAYETLER KADROLARINDA BAZI  
DEĞİŞİKLİKLER YAPILMASINA DAİR KANUNUN 31'İNCİ MADDESİNE GÖRE  
SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİ YAPILMASI OLANAĞI BULUNUP BULUNMADIĞI  
HAKKINDA.

İçtihat Metni

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre akdedilen sözleşmeler ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ait sözleşmelerde, 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılması olanağı bulunup bulunmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Başbakanlığın 10.9.2004 günlü, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 4300 sayılı yazısına eki jandarma Genel Komutanlığının 27.8.2004 günlü, 6048-201-04/Ted.D.Pl.İstk.Ş.(292392) sayılı yazısında aynen:

" İLGI: (a) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu.

(b) 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

(c) 4353 Sayılı Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine Dair Kanun.

(ç) J.Gn.K.lığının 20 NİSAN 2004 gün ve LOJ:6048-124-04/Ted.D.Pl.ve İstk.Ş. (137199) sayılı yazısı,

d) Maliye Bakanlığının 26 TEMMUZ 2004 gün ve SAYI: B.07.0.BHM.0.4198-20925 (28795) sayılı yazısı.

(

e) 5437 sayılı Danıştay kanunu.

1. Jandarma Genel Komutanlığı ihtiyacı için ilgi (a) kanun esasları dahilinde yapılan ihaleler neticesinde, ilgi (b) kanun dahilinde akdedilen sözleşmelerde;Tip İdari Şartnamelerde yapılan düzenlemelerde veya teknik şartnamelerde bulunan, zaman zaman da nokta veya virgül işareti kadar değişebilen halalar nedeniyle, gerek taahhüdün yerine getirilmesinde, gerekse akdedilen sözleşmenin uygulanmasında büyük sıkıntılar yaşanmaktadır.

2. İlgi (b) kanunun Sözleşmede Değişiklik Yapılması başlıklı 15 nci maddesi

“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve İdare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a. İşin yapılma veya teslim yeri,

b. İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları” hükmüne amirdir.

3. İlgi (c) kanunun Davaya veya İcraya İntikal Etmemiş olan İhtilafların Sulh Yoluyla Haili başlıklı 31 nci maddesi ile Bir sözleşme mevcut olsun olmasın Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya hakiki ve hükmi şahıslar arasında çıkan ve henüz yargı mercilerine, mahkeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki ihtilafların sulh yoluyla halinde menfaat görüldüğü takdirde Başhukuk Müşavirinin mütalaasına istinaden 50.000.000 TL'ye kadar bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinin tazammun eden anlaşmalar veya sözleşme değişikliği yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu,

Bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinde ise, Danıştay'ın mütalaasına İstinaden Maliye Bakanlığınca alınacak kararname ile yapılacağı,

Başhukuk Müşavirliğinin veya Danıştay'ın mütalaalarına muhalif olarak anlaşmalar veya sözleşme değişiklikleri yapılabilmesinin Bakanlar Kurulundan karar alınmasına bağlı olduğu,

Bir sözleşmenin uygulanmasından karşılıklı olarak vazgeçmek ve akdi feshetmenin de anlaşma hükmünde olacağı,

Sözleşmelerde yazılı sebeplerle müddetlerin uzatılması ve sözleşmede belirtilen mücbir sebeplerin takdirinin sözleşme tarafı bakanlıklar ve dairelere ait olduğu, ancak, sözleşme

dışında kalan mücbir sebeplerle sözleşmelerde yapılacak değişikliklere veya müddetlerin uzatılmasına veya sözleşmelerin karşılıklı olarak tasfiyesine müteallik hususlarda 1,2 ve 3 ncü fıkralar hükümlerinin tatbik olunacağı hüküm altına alınmıştır.

4. Bu hükümlere göre, ihale sözleşmelerinde ilgi (b) kanunda sayılan hallerde bu kanuna göre, diğer hallerde ise şartlan varsa ilgi (c) kanunun öngördüğü prosedüre göre değişiklik yapılabilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda tereddüt bulunmaktadır.

Zira, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliğinin görev ve yetkilerini düzenleyen ilgi (c) yasa ile henüz yargı mercilerine intikal etmemiş bulunan tüm hukuki ihtilafların sulh yoluyla halinde devletin menfaati görüldüğü takdirde, karşı tarafın tazminat taleplerine ve yargılama ücretlerinin ödenmesine gerek olmaksızın Başhukuk Müşaviri ile Danıştay'ın uygun mütalaalarına istinaden Maliye Bakanlığınca çıkarılacak kararname ile sözleşme değişikliği yapılabilmesi imkanı mevcut bulunmaktadır.

İlgi (c) Kanun, Başhukuk Müşavirliğinin veya Danıştay'ın uygun mütalaaları bulunmasa bile anlaşmalar veya sözleşme değişiklikleri yapılabilmesi için Bakanlar Kurulundan karar atanabilmesi yolunu da öngörmüştür.

Hatta, bir sözleşmenin uygulanmasından karşılıklı olarak vazgeçmek ve akdi feshetmenin de anlaşma hükmünde olabileceği kabul edilmiştir.

5. İhale sözleşmelerinde sadece ilgi (b) Kanununun 15 nci maddesi hükmü dışındakalan örneğin, malın vasfı ve sair hususlara ilişkin bir ihtilaf çıkması halinde sözleşmeler uygulanamayacağından, kamu atımlarında yaşanacak hukukî ihtilafların halinde devlet aleyhine bir durum yaratabilecektir.

Bir ihale sözleşmesinin hazırlanmasında veya uygulanmasında

sadece idarenin kusurunun ve eksikliğinin bulunduğunun sabit olduğu durumlarda bile sadece İdarenin (b) kanunu esas alarak sözleşmenin feshine karar verebilmesi sözleşmelerin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülöklere sahip olduklarının gözetilmesi ve kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulması karalına da ters düşecektir.

Bu durumda, ilgi (b) Kanununun 15 nci madde hükmü dışında kalan hallerde idareden kaynaklanan kusurun var olduğu gerekçesiyle satanın de doğrudan sözleşmeyi fesih hakkında bulunduğunun kabulü gerekecektir.

6. Bu nedenle, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun satıcılara avantaj sağlayacaktırzda veya tarafların eşitliğini bozacak mahiyette işlem tesis edilmemesi prensipleri gözönünde tutularak, bir sözleşme değişikliği ya da yeni bir anlaşma yapılmasında devletin menfaati görüldüğü takdirde, idarenin kendi kusuru bulunmasına rağmen sözleşme değişikliği yoluna gitmemesi nedeniyle karşı tarafın zarara uğratılması sonucu maruz kalınacak tazminat taleplerinin ve yargılama ücretlerinin ödenmesine gerek olmaksızın Başhukuk Müşaviri ile Danıştay'ın uygun mütalaalarına istinaden ilgi (c) kanununun 31 nci maddesi uyarınca işlem tesis edilip edilemeyeceği, ya da hangi hallerde olabileceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Zira, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan ihale sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin yargı kararlarında, imkan varken sözleşme tashihiine gidilmemesi idare kusuru olarak kabul edilip idare aleyhine tazminata hükmedilmekte, sözleşme tashihi yoluna gitmeyen idare görevlilerine rücu prosedürü uygulanabilmektedir,

7. İlgi (a) kanununun İstisnalar Başlıklı 3/b maddesi kapsamında yapılan ihaleler sonucu akdedilen sözleşmelerde de, ilgi (c) kanununun 31 nci maddesine göre sözleşme tashihi imkanı bulunup bulunmadığı

hususunda da belirsizlik bulunmaktadır.

8. İlgı (b) kanunun sözleşmede değişiklik yapılmasına, belirli şartlarla kısıtlı olarak imkan tanımına rağmen, ilgi (c) kanunun, her yıl bütçe kanununda yayımlanan ümitler oranında Maliye Bakanlığına ve Danıştay Başkanlığına sözleşme tashihi yetkisi vermesi nedeniyle, ilgi (b) ve ilgi (c) kanun hükümleri arasındaki mevcut çelişki sebebiyle oluşan yukarıda belirtilen tereddütlerin giderilmesi amacıyla; ilgi (a) kanun esasları dahilinde ihale edilerek ilgi (b) kanuna göre akdedilen sözleşmelerde ve ilgi (a) kanunun 3/b maddesi kapsamında yapılan ihalelere ait sözleşmelerde; ilgi (c) kanunun 31 nci maddesine göre sözleşme teshini yapma imkanı bulunup bulunmadığı konusunda ilgi (ç) İle Maliye Bakanlığının ve Kamu İhale Kurumunun görüşü sorulmuştur.

9. Maliye Bakanlığınca ilişikte fotokopisi sunulan ilgi (d) ile; aynı konuda görüş istenmesi üzerine, konunun Kamu İhale Kurumuna da iletildiği. Kamu İhale Kurumu bünyesinde, kamu ihaleleri ve ihale mevzuatı ile ilgili olarak uygulamada yaşanmakta olan ve kamu hizmetlerini aksatan somut sorunları tespit etmek, giderilebilmeleri için mevzuatta yapılması mümkün düzenlemeleri yapmak ve çözüm üretmek yolunda çalışmalar yapıldığı, bu nedenle konunun Kamu İhale Kurumuna iletılarak sorunun ilgi (c) kanunun 31 nci maddesinde öngörülen hükümlerine bağlı olarak değil ancak ilgi (b) kanun çerçevesinde giderilebilmesini sağlayacak arayışlarınının başlatılmasınının yerinde olacağı, ancak konunun önemi nedeniyle Danıştay'dan istişari görüş alınabileceği bildirilmiştir.

10- Konu ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumundan henüz cevap alınamamış, bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

11- İdarelerin ilgi (b) kanun esasları dahilinde yaptıkları sözleşmelerde ihtiyaçduyulduğunda, ilgi (c) kanunun 31 nci maddesine göre düzenleme yapılmasına imkan sağlanması büyük önem arz ettiğini, yukarıda yapılan açıklamalar dahilinde ilgi (a) kanunun 3/b maddesi kapsamında yapılan ihalelere ait

sözleşmelerde ve ilgi (b) kanuna göre akdedilen sözleşmelerde ilgi (c) kanunun 31 nci maddesine göre sözleşme tashihi yapma imkanı bulunup bulunmadığı konusundaki görüşün ilgi (e) kanun gereği Danıştay Başkanlığından alınmasını arz ederim.” denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Jandarma Genel Komutanlığı Lojistik Başkanlığı Dış Tedarik Şube Müdürü Münir Güzel ile İç Tedarik Şube Müdürü ... ve Hukuk İşleri Müdürlüğünde Hakim Yüzbaşı ..., Milli Savunma Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Davalar Dairesi Başkanı... ile Hukuk Müşaviri ..., Maliye Bakanığı Hukuk Müşaviri ... ite Kamu İhale Kurumu Hukuk Danışmanı ...'ın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

İstem, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre ekdedilen sözleşmeler ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ait: sözleşmelerde, 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılması olanağı bulunup bulunmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinde, İdarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği, “istisnalar” başlıklı 3 üncü maddesinin (b) bendinde; savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gereken ve her bir ihale, ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizat ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim,

modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri İle bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, Devlet güvenliği ve istihbarata kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımlarınının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı, Geçici 4 üncü maddesinin (a) bendinde de, bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendine ilişkin esas ve usullerin, İlgili kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanarak Bakanlar Kurulu karar ile yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği, sözleşmede yer alması zorunlu hususların sayıldığı 7 nci maddesinin (s) bendinde, sözleşmede değişiklik yapılma şartları ile (y) bendinde anlaşmazlıkların çözümü hususlarının sözleşmede düzenleneceği, 15 inci maddesinde, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla işin yapılma veya teslim yerine, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, 36 ncı maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, 39uncu maddesinin (a) bendinde. Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeler açısından 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin, (b) bendinde de diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri İle bu Kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetleri Kadrolarında Bazı



Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31 nci maddesinde, bir sözleşme olsun ya da olmasın genel bütçe dahilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya tüzelkişiler arasında çıkan ve henüz yargı organlarına, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde, başhukuk müşavirinin mütalaana dayanılarak her yıl bütçe kanunları ile tespit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkini öngören anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu, bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinin ise Danıştayın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararname ile yapılabileceği hükmü yer almıştır.

Yukarıda belirtilen hükümlerin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilen işlere ilişkin sözleşmelerde, 4735 sayılı Kanunun 15 inci maddesinde öngörülen sözleşme bedelinin aşılmaması ve tarafların karşılıklı anlaşması kaydıyla sözleşmenin, işin yapılma veya teslim yerine, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, bunların dışında sözleşmelerde değişiklik yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin uygulanmasına İmkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendinde öngörülen ve Kanunun istisna kabul ettiği işlere ilişkin sözleşmelerde ise, 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi uyarınca değişiklik yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 4735 sayılı Kanuna göre aktedilen sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapma imkanı bulunmadığı, 4734 sayılı Kanunun istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ilişkin sözleşmelerde ise 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılabileceği sonucuna ulaşılarak,

dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 8.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.