

İhale sözleşme bedelinin %80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağını anlaşılmaması halinde yüklenici yapmış olduğu gerçek giderler ve yüklenici kârına karşılık olarak sözleşme bedelinin %80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'i ödenir" düzenlemesi yer almış olup, belirtilen yasal düzenlemenin iş eksilişi olarak kabul edilir

T.C. DANIŞTAY Onüçüncü Daire Esas No:2014/4570 Karar No:2017/2654

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü: Dosyanın incelenmesinden, 4734

sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan ihale sonucunda Hastanesi ile yüklenici arasında "Hastane Dışında Yemek Pişirme, Taşıma, Dağıtım Hizmet Alımı İşi" için 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre tarihli sözleşmenin imzalandığı, davalı idarenin tarih ve sayılı yazısıyla, ihale Kamu İhale Kurulu'nunsayılı kararı ile iptal edildiğinden, mevcut sözleşmenin tarihi itibarıyla geçerli olmadığı ve bu tarih itibarıyla ilişkinin kesilmesi gerektiğinin davacı şirkete bildirildiği, davacı şirketin de tarihli dilekçesiyle davalı idare ile akdedilen sözleşmeye ait İdari Şartname'nin 50.3. maddesindeki hüküm uyarınca, feshedilen sözleşme sebebiyle uğradığı-TL zarar ile işin gerçekleşmeyen dönemine ait damga vergisi ve sözleşme pulu bedelleri olarak-TL'nin toplamı olan-TL zararın ödenmesi içintarihinde davalı idareye başvurduğu, bu başvurunun tarih vesayılı işlemle reddi üzerine tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davacı şirketin, idare ile imzalamış olduğu sözleşmeye konu olan ihalenin, dava dışı firma tarafından yapılan şikâyet/itirazın şikâyet başvuruları sonucunda Kamu İhale Kurulu'nun tarih ve..... sayılı kararı ile iptal edildiği, bu karara karşı davacı şirket tarafından açılan davada Ankara 14. İdare Mahkemesi'nin tarih ve sayılı kararı ile anılan Kurul kararının iptal edildiği, Kurul tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Mahkeme kararının Dairemizintarih ve sayılı kararı ile onandığı, bunun üzerine davacı tarafından sözleşmenin haksız feshi nedeniyle sözleşmenin ifa olunacağına güvenerek yaptığı masraflar ile yoksun kaldığı kâr kaybının tazmin edilmesinin istenildiği görülmektedir.

İşin gerçekleşmeyen dönemine ait damga vergisi ve sözleşme pulu bedelleri olarak davacı tarafından talep edilen-TL'lik tazminat kaleminin sözleşmenin kurulması için yapılan gider niteliğinde olduğu ve söz konusu sözleşmenin

gerçekleşmemesindeki menfaatlerine karşılık gelen zarar kalemini oluşturduğu görüldüğünden menfi zarar kapsamında, feshedilen sözleşme sebebiyle uğradığı zarar olan-TL'lik tazminat kaleminin ise sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı ortaya çıkan kâr kaybı niteliğinde olduğu görüldüğünden müspet zarar kapsamında talep edildiği anlaşılmaktadır.

Davacının, sözleşmenin haksız feshi iddiasıyla sözleşmenin ifa olunacağına güvenerek yaptığı masraflar olan damga vergisi ve sözleşme pulu bedellerinin tazmini isteminin değerlendirilmesinden;

Geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmede, tarafların sözleşmeye uygun hareket etmeleri, edimlerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmeleri, edimin ifasını imkânsız hâle getiren her türlü davranıştan kaçınmaları zorunludur. İşverenin, edimin ifasını kusuruyla imkânsız hâle getirmesi taahhüde aykırı bir davranıştır. İşveren, bu durumda yüklenicinin uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Sözleşmeden kaynaklanan taahhüt ilişkilerinde ortaya çıkan zararın iki türünden biri olan menfî zarar, uyulacağı ve yerine gedrileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. İhale işlemlerinde ortaya çıkan menfi zarar ise, ihaleye katılım aşamasında yapılan masraflar ile sözleşme aşamasında yapılan masraflar olarak ortaya çıkmakta ve sözleşme noter masrafı, sözleşme pulu, karar pulu, teminat mektubu ve teminat mektubu için yapılan masraflar, Kamu İhale Kurulu payı, banka referans mektubu masrafları, şartname dosya bedeli, itirazın şikayet bedeli gibi masraflar menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir.

Buna göre, davacı şirketin sözleşme nedeniyle yaptığı ve

sözleşmenin gerçekleşmeyen dönemine karşılık gelenTL'lik damga vergisi ve sözleşme pulu masraflarına ilişkin bedelin davalı idare tarafından menfi zarar kapsamında davacı şirkete ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından bu kısım yönünden Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacı tarafından sözleşmenin haksız feshi nedeniyle yoksun kaldığı kâr kaybının tazmini isteminin değerlendirilmesinden; Sözleşmeden kaynaklanan taahhüt ilişkilerinde ortaya çıkan zararın iki türünden biri olan müspet zarar, idarenin yükümlülüğünü gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi yüklenicinin mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır.

Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.

Kârdan yoksun kalan, kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan yoksun kalmaktadır.

Müspet zarar kapsamında değerlendirilen kâr kaybı, kusursuz olan tarafın, sözleşmeden haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusu olan zarardır. Diğer taraftan, İdarî işlemlerin iptalini gerektiren nedenler ile hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında tam bir bağlılık ve özdeşlik yoktur. Bir işlemin herhangi bir yönden hukuka aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yeterli olmaz.

Bir başka anlatımla işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlık ve aykırılık kendiliğinden hizmet kusuru olarak nitelenemez.

İdari işlemin tesisi ve uygulanmasında hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için hukukî sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Hukukî

değerlendirme hatasından veya yoruma dayalı bir İdarî tasarruftan kaynaklanan İdarî işlemlerin hukuka aykırı bulunarak yargı kararıyla iptal edilmiş olması, mudak surette tazminat sorumluluğunu doğuracağı anlamını taşımamaktadır.

Davacı, yoksun kaldığı kâr kaybının tazmini istemini her ne kadar 4735 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca talep etmiş ise de; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı 24. maddesinin son fıkrasında, "Sözleşme bedelinin %80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin %80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir." kuralı; uyuşmazlığa konu ihaleye ait İdari Şartname'nin 50.3 maddesi ile Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 29. maddesinde ise "...Bu ihalede Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. Maddesi çerçevesinde iş eksilişi yapılabilir. İhale konusu işin sözleşme bedelinin %80'inden daha düşük bedelle tamamlanmasının anlaşılması halinde ise, yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderler ve yüklenici kârına karşılık olarak sözleşme bedelinin %80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yapacağı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'i ödenir" düzenlemesi yer almış olup, belirtilen yasal düzenlemenin iş eksilişine ilişkin olduğu, işin sözleşme bedelinden %80 daha az bir bedelle tamamlanması durumunda uygulanma kabiliyeti kazandığı, somut olayda ise sözleşmenin Kurul kararı neticesinde feshedildiği ve bu doğrultuda işin tamamlanmadığı, iş eksilişine ilişkin Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasına hukuken imkân bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda, sözleşmenin feshi nedeniyle uğranıldığı iddia edilenTL kâr kaybına ilişkin kısım değerlendirildiğinde, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin son

fıkrasında yer alan “idarelerin, hukuki durumda değişiklik yaratan kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.” kuralı gereğince bağlı yetki içinde bulunan davalı idarenin, davaya konu ihalenin iptaline yönelik sayılı Kamu İhale Kurulu kararını ivedi olarak yerine getirmek zorunda olduğu, bu sebeple ihalenin iptali kararının zorunlu sonucu olarak davacı şirket ile imzalanan sözleşmenin feshedildiği, anılan Kanun maddesinin seçimlik bir yetki öngörmemesi nedeniyle davalı idare açısından edimini yerine getirme imkânının bulunmadığı, bu sebeple davalı idareye kusur atfedilmesinin mümkün olmadığı, yüklenicinin kâr kaybını talep edebilmesi için ihaleyi yapan idarenin kendi kusuruyla sözleşmeyi feshetmesi gerektiği dikkate alındığında, davacı şirketin kâr kaybını içeren tazminat talebinin kabulüne ilişkin İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.