

İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SULH YOLUYLA TASFİYESİ

Belediyelerin sulh anlaşması yapma konusunda yetkileri hem usul hem esas açısından merkezi idare kuruluşlarından farklılık göstermektedir. Bir belediyenin bir ihale sözleşmesini karşılıklı anlaşma yoluyla yani sulh yoluyla tasfiye edebilmesi için sadece hukuk kurallarına uygunluk yetmemektedir. Hukuka uygunluktan başka yapılan işlemde kamu yararına uygunluk da aranır. Kamu yararının uygunluk yapılan anlaşmada idarenin zarara uğramaması bir başka deyişle denkleştirici adalet ilkeleri açısından adil olması demektir. Hukuka uygunluk koşulu aranırken de hem idare hukuku kurallarına hem de belediye mevzuatına uygunluğunun aranacağı muhakkaktır.

A – HUKUKİ DEĞERLENDİRME

a- İhale Mevzuatı Açısından Değerlendirme

İhale Hukuku, hukuk düzeni içerisinde kamu hukuku alanında yer alır. Kamu hukuku alanında ise kamunun yani kamu kudretinin ağırlığı vardır. Bir başka deyişle, taraflar birbiriyle eşit durumda değildirler. Bu nedenle ihale uygulaması aşamasında taraflar eşit durumda olmadıkları için karşılıklı anlaşma ile sulh olmaları da söz konusu olmaz.

İhale sözleşmesi uygulaması yani ihale sözleşmesi yapıldıktan sonraki süreç yurdumuzda yerleşmiş anlayışa göre, ihaleye dayanan bir sözleşme yapıldığında, prensip itibarıyla özel hukuk alanına girer ve taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle

sahip olup, sulh yoluyla da aralarında anlaşarak sorunlarını çözebilirler.

Tarafların eşitliği ve bunun sonucunda konuların özel hukuk kurallarına göre çözümlenebileceği, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun temel ilkelerini belirleyen 4 üncü maddesinde açıkça belirlenmiştir. Söz konusu yasa hükmünde açıkça “ Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlüklere sahiptir “ denilerek, ihale sözleşmesi uygulamasının tarafların eşitliği esasına göre yani kamu hukuku değil özel hukuk esaslarına göre belirlenebileceğini kabul etmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda 4735 sayılı Kamu İhale kanununda olduğu gibi açık bir hüküm olmamasına karşın uygulama bütünüyle özel hukuk hükümlerine göre yürütülmüştür. İhtilaflar çıktığında adliye mahkemeleri görevli kabul edilmiştir.

Söz konusu Kanunun temel ilkelerini düzenleyen 4 üncü maddesinde, tarafların eşitliğinin yer aldığı görülür. Konumuzu ilgilendiren 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda olduğu gibi açık bir hüküm olmamakla, gerek ilmi içtihatlar gerek kazai içtihatlar sözleşme yapıldıktan sonraki evreyi özel hukuk alanında kabul etmekte, bunun sonucu olarak da taraflar arasında sulh yapılabilmesi imkan dahilinde bulunmaktadır.

Temel ilke, tarafların eşitliği ilkesi ve sözleşme uygulamasında akit serbestisi ilkesi içerisinde sulh anlaşması da yapılabilmesi olmakla beraber, sulh yapılması istenen konuların kamu düzenini ilgilendirip indirgememesi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi akit serbestisi ilke olmakla beraber, genel ahlak kuralları ve kamu düzeni ile sınırlandırılmıştır. İhale sözleşmelerinin genel

ahlaka aykırılığı pek tasavvur edilebilecek bir durum değildir ama sulh anlaşmasına konu olabilecek geçici teminat, kesin teminat, gecikme cezası, kamu ihalelerinden yasaklama kararı gibi önemli bazı konuların kamu düzeni ölçütü açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Belirtilen durumlarda, her bir konu için söz konusu yaptırımların sözleşmeden mi? Kaynaklandığı, yoksa kamu düzenini korumak amacıyla mı? Konulduğunu irdelemek gerekir.

aa-Sulh Teklifinin Kesin Teminat Açısından İncelenmesi

Kamu İhale Sözleşmeleri kanununun 12.ve 13 üncü maddeleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 54 üncü maddesinde,"taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce, müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır " denilmiştir. kesin teminatın geri Verilmesi koşullarını düzenleyen 56 ncı maddesinde de

"...Kesin teminatın:

a) Taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yerine getirildiği usulüne göre anlaşıldıktan ve müteahhidin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirilmesi halinde, tümü;

b) Yapım işlerinde (a) fıkrasındaki şartlardan ayrı olarak, geçici kabul tutanağının onaylanması ve geçici kabulde görülen kusurların giderilme bedelinin kesin teminatın

yarısından fazla olmaması şartıyla, yarısı, kesin kabul işlemleri tamamlandıktan sonra ise, kalanı;

Müteahhide geri verilir.

Müteahhidin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin kesin kabul tarihine kadar ödenmemesi halinde, teminat 54 üncü madde hükmüne göre paraya çevrilerek borçlarına karşılık tutulur. Varsa kalanı müteahhide geri verilir..."

denilmektedir.

Yasal düzenlemeden görüleceği üzere, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yerine getirilmesi, bununla da kalmayarak yapım işlerinde değinilen koşullara ek olarak kabul işlemlerinin yapılmış olması aranmaktadır.

Bu durumda, **kesin teminatın irat kaydedilmesi koşulları oluştuğunda** yapılan sözleşme yapım işi niteliğinde sayılıp sayılmadığı irdelenmeksizin taraf iradesiyle değiştirilemez, kaldırılamaz ve bunun sonucu olarak da sulh konusu olamaz.

Henüz süresi sona ermemiş ve fesih işlemi gerçekleşmemiş ise, kesin teminatın henüz irat kaydedilmesi için koşulların gerçekleşmediği bir durum vardır. Sözleşme sulh yoluyla tasfiye edildiğinde sözleşme yapılmamış sayılacağından, söz konusu teminatın belediyede kalması kanımızca bir sebepsiz zenginleşme nedeni olacaktır.

Tarafların eşitliği ilkesinin gereği olarak taraflar birlikte ve anlaşarak sözleşme yapıp yapmamakta özgür oldukları gibi özgür iradeleriyle birlikte sona erdirmekte de özgür oldukları

için sözleşmeyi birlikte fesh ettiklerinde sözleşme hiç yapılmamış kabul edileceği için, kesin teminatın sözleşmenin yerine getirilmesi amacı da kalmayacaktır. Bu nedenle belirtilen koşullarda taraflar karşılıklı anlaşarak sözleşme fesh edildiğinde sözleşme hiç yapılmamış kabul edilmesi gerekmektedir. Belirtilen durumda kesin teminatın iadesi sulh anlaşmasına konu olmasa dahi kanımızca yükleniciye verilmesi gerekir. Ancak kesin teminatın sulh anlaşmasına konu yapılması faydadan arı değildir. İlerde doğabilecek ihtilafları önceden çözümleyebileceği de açıktır.

ab- Geçici Teminatın İrat Kaydedilmesi Konusu

Kuşkusuz geçici teminatın irat kaydedilmesi hem sözleşme yapılmasından önceki dönemle ilgili olduğu, hem de kamu çıkarı ve kamu düzenini koruma amacı taşıdığı için bütünüyle kamu hukuku alanına girer. Böylelikle, tarafların iradesiyle değiştirilmesi ve kaldırılması söz konusu olmaz. Nitekim geçici teminatın iadesiyle ilgili konular adliye mahkemelerinde değil, idari yargıda yargılanır.

ac- Konunun Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararı Alınması Açısından İncelenmesi

Kamu ihalelerinden yasaklama, isminden de anlaşılacağı gibi, kamu düzenini ilgilendiren bir konudur.

İdari mercilerce verilen kamu ihalelerinden yasaklama

kararları nitelikleri itibariyle bir idari yaptırım olduğu için Kabahatler Kanununda yapılan kabahat tanımı içerisine girmektedir.

Bundan başka, söz konusu kanunun 3 üncü maddesi uyarınca da özel kanunlarında, yani Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu veya Devlet İhale Kanununda zel hüküm bulunmayan hallerde konuya Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

İdarenin vereceği kamu ihale yasağının koşulları Kamu İhale Sözleşmeleri kanununun 26 ıncı maddesi, Devlet İhale Kanununun ise 84 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmünde;

“...83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete’de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

zerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi

yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'da ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler ..."

denilmektedir.

Bu maddenin gönderme yaptığı Devlet İhale Kanununun 83 üncü maddesinde de yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlar gösterilmiştir. Söz konusu madde hükmünde;

"...İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

a) Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak,

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak,

Yasaktır..."

denilmektedir.

Madde hükmü irdelendiğinde, konumuzla ilgili olarak sadece

maddede yer alan “...taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak...” fiil ve davranışları önem kazanmaktadır.

Kuşkusuz, söz konusu fiil ve davranışların yasaklama nedeni sayılıp sayılmaması yasaklama kararı verecek mercilerin taktir alanına girmekle beraber, olayda taahhüdün yerine getirilmemesinin kötü niyete dayanmadığı ve idareye zarar verme amacı taşımadığı anlaşılmaktadır.

Bundan başka, yasaklama yaptırımı uygulanırken, Kabahatler Kanununun genel hükümleri dikkate alındığında, söz konusu yasanın 9 uncu maddesi uyarınca, yüklenicinin kast veya taksirinin olması gerekir. Oysa taraflar karşılıklı iradeleriyle sulh olmak istedikleri ve sözleşmeyi sona erdirmek istedikleri için sözleşmenin kast veya taksir nedeniyle yerine getirilmemesi söz konusu olamaz.

ad- Gecikme Cezası Alınması Konusu

Gecikme cezası, sözleşmeyle konulan, miktarı sözleşmeyle değiştirilebilen bir konu özelliği taşımaktadır. Gecikme cezasının kamu düzeniyle de ilgili olmadığı düşünülebilmekte, sulh anlaşması yapmak, kabul ve feragatda bulunmak açısından, diğer kamu düzenini ilgilendiren konulara göre daha esnek değerlendirileceği düşünülmektedir.

Ancak, taraflardan birinin kamu olması, kamu idarelerini özel hukuk kişileri kadar özgür davranmasına engel olmaktadır. **Kanımızca, gecikme cezasının sulh anlaşmasına konu olabilmesi**

için bunda kamu yararı olması, bir başka deyişle, gecikme cezasının kaldırılması veya indirilmesi karşılığında idareye sağlanan menfaatin denkleştirici adalet ilkelerine uygun olması gerekir.

Aksi taktirde, bir bağış niteliği kazanabilir. Oysa, kamu kurumlarının özel şahıslara bağış yapabilmeleri Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda çok ağır koşullara bağlanmıştır.

b – Belediye Mevzuatı Açısından Değerlendirme

5393 sayılı Belediye Kanununun, belediye meclisinin görevlerini sayan 18 inci maddesinin (h) bendinde,

“...Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL’den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek...”

denilmektedir.

Bu durumda, a) Sulh anlaşması yapmak, b) Kabul ve feragat konularını ayrı ayrı irdelemekte yarar vardır.

ba- Sulh Anlaşması Yapma Durumu

Söz konusu madde hükmüne göre, özel hukuk alanına giren fakat kamu düzenini ilgilendirmeyen konularda, eşit durumda olan belediye ile karşı taraf sorunlarını sulh ile çözebilirler.

Kanımızca, taraflardan biri kamu kurumu olduğu için sulh yolunun yargılama sürecinde olan konularda, konu kesin hükme bağlanmadan önce yapmak gerekir.

Sulh anlaşması yapma işlemlerinin kesin hüküm tarihinden önce yapılması gerektiği hakkında Sayıştay 4. Dairesinin 12.03.2008 tarih ve 2008/30582 ilamı örnek gösterilebileceği gibi, İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin 26.08.2008 tarih ve 12139 sayılı mütalaası da örnek gösterilebilir.

Belediye kanunun özel bir kanun olması nedeniyle sulh anlaşması, yargıya intikal eden konularda yapılabileceği gibi, yargılama süreci devam eden konularda da yapılabilir.

Yargılaması devam eden işlerde, sulh anlaşması karşılıklı olarak anlaşma sınırları içinde, karşı tarafın iddialarını kabul, kendi istemlerinden de feragat ettiklerini beyan etmeleri gerekir.

bb- Kabul ve Feragat Durumu

Kabul veya feragat bir sulh anlaşmasına dayanarak yapılabileceği gibi, yargılama sırasında karşı tarafın istemini kabul, kendi isteminden feragat şeklinde de somutlaşabilir.

Ancak, karşılıklı bir anlaşma bazı haklardan feragati veya bazı istemleri kabul etmeme şeklinde bir mutabakatı gerektireceğinden, bu durumun önceden yazılı şekilde olması ve

bunun Belediye Meclisince onaylanması daha uygun olur.

Karşılıklı anlaşma olmadığında, kabul veya feragat için Belediyenin avukatına yine Belediye Meclisi kararıyla yetki verilmesi şarttır. Belediye müdafii ancak bu yetkiler içerisinde işlemde bulunabilir.

Belediyeler sulh anlaşması yapmak, kabul veya feragat yapmak açısından, diğer kamu kuruluşlarına göre daha geniş yetkilerle donatılmışlardır. Diğer kamu kuruluşları 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Umum Müdürlüğü Vazifelerine Dair Kanun hükümlerine göre hareket etmektedirler. Söz konusu kanunun 31 inci maddesi davaya veya icraya intikal etmemiş olan ihtilafların sulh yoluyla halline cevaz vermekte iken, Belediye Kanununun değinilen hükmünde mahkemeye veya icraya intikal etmiş olup olmama gibi bir şart aranmamıştır. Belediye kanunu özel hüküm taşıdığı ve 4353 sayılı yasa belediyeleri kapsamı dışında bıraktığından, konunun mahkemelere veya icraya intikal etmiş olması, Belediyenin sulh yoluyla sorunu çözmesi halinde hukuk kuralları açısından bir sorun olmaz.

B – DENKLEŞTİRİCİ ADALET İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Her idari kararın kamu yararına olması zorunluluğu, sulh anlaşması yapmak, kabul veya feragatta bulunmaya yönelik işlem ve kararlarında kamu çıkarı olmasını zorunlu kılar.

Bu durum özellikle sulh anlaşmaları yapılırken kamunun zararına olmayacak şekilde denkleştirici adalet ilkelerine göre hareket edilmesini yanında getirir.

Sulh anlaşması, kabul veya feragat katiyetle bir bağış olmamalıdır. Aksi halde, bir Kanuna karşı hile durumu ortaya çıkar.

Kuşkusuz ifa imkansızlığı nedenleri sözleşmenin sona ermesi sebebi olabileceği gibi sulh anlaşması yapılmasının da nedeni olabilir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 14.12.1949 tarih ve E.1948/19 K.1949 Sayılı İçtihadı birleştirme kararında olduğu gibi, sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra hükümet tasarruflarıyla koşulların değişmesi, ifa imkansızlığına neden olabilecek mucbir sebep olarak kabul edilmektedir.

Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.4.1988 tarih ve E.1987/11-539 K.1989/320 sayılı kararlarında da, hükümet tasarruflarıyla akdin ifasının yerine getirilememesinin B.K.117. maddesine göre bir imkansızlık hali olduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay 15 H.D. 27.10.2004 tarih ve E.2004/1009 K.2004/5441 sayılı kararında, bundan başka taraflar arasında imzalanan, sonra imar durumunun değişmesi sebebiyle sözleşmeye uygun inşaat yapılamaması hakkında da B.K. 117. maddesine göre akdin sakit olacağı karara bağlanmıştır.

Belirtilen söz konusu emsal kararlar göz önünde tutulduğunda, yüklenici yargıda B.K.117 maddeye göre mucbir sebeplerle akdin ifasının imkansızlığı nedeniyle, sözleşmenin geçersizliği

yolunda karar alıp bütün yükümlülüklerinden kurtulabilme imkanına sahiptir.

Denkleştirici adalet ilkesi, sulh anlaşmasıyla varılan anlaşmanın hakkaniyete uygun olması, taraflara sağlanan hak ve yükümlülüklerinin dengeli olmasını gerekli kılar. Yüklenici sözleşmenin koşullarına uyarlanmasını talep etmek hakkına sahipken bu hakkını değil sulh yolunu seçmesi belediye yararına olarak değerlendirilebilir..

Belirtilen koşullarda Borçlar Hukukundaki sözleşmenin uyarlanması durumu oluşabilir.. Sözleşmenin uyarlanması, sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını fiilen yada hukuken olanaksız hale getiren sebeplerle sözleşmenin yeni koşullara uygun hale getirilmesidir. (Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı Sf.180)

Sözleşme hukukunda temel ilke (Pacta Sunt Servanta) ahde vefa ilkesidir. Yani zorunluluk olmadıkça sözleşme hükümlerine bağlı kalınmasıdır. Hele taraflardan biri tacir olup, basiretli iş adamı gibi hareket etmesi düşünülürse, sonradan sözleşmenin değişimini istemesi çok istisnai hallerde olabilir. Bununla beraber, sözleşme kurulduktan sonra, değişen ağır koşullar nedeniyle, sözleşme koşullarında değişiklik yapılması, hakkaniyet ilkelerinin gereği olmaktadır. Bu durum Alman Hukukunda özel olarak düzenlendiği halde, hukukumuzda daha çok içtihatlarla geliştirilmiş bulunmaktadır. Ancak taraflardan hiç birisi, sözleşmenin günün koşullarına uygun hale getirilmesi açısından talepte bulunmamasına rağmen böyle bir olasılık zor da olsa bulunmaktadır.

Denkleştirici adalet açısından, sorunun uzlaşmayla çözülmesi iki taraf için de bir kazançtır. Yıllarca devam eden yargılama süreci, hem mahkemelerin iş yükünü arttıracak, hem de mahkemeler bir uğraşı içinde emek ve zaman harcayacaktır. İşte mahkemelerin iş yükünü azaltmak, Belediye için yargılama sürecinde emek ve zaman tasarrufu bile başlı başına bir kazançtır.

Bundan başka sulh yoluyla başlangıçta belediyeye sağlanan avantajlar, yargıla süreci beklenmeksizin kullanılabilir.