

ihalenin yüklenici iş ortaklığının sözleşmenin feshedilmesine neden olan işin iş programı ve sözleşmeye uygun olarak süresinde tamamlanmaması fiilinin hangi yasak fiil ve davranış kapsamında olduğu ve buna bağlı olarak söz konusu fiili nedeniyle sözleşmenin en az 10 gün süreli ihtar yapıldıktan sonra mı yoksa süre verilmeden doğrudan mı feshedileceği hk (Danıştay K)

ihale sözleşmenin feshedilmesi

ne neden olan işin iş programı ve sözleşmeye uygun olarak süresinde tamamlanmaması fiilinin hangi yasak fiil ve davranış kapsamında olduğu ve buna bağlı olarak söz konusu fiili nedeniyle sözleşmenin en az 10 gün süreli ihtar yapıldıktan

sonra mı yoksa süre verilmeden doğrudan mı feshedileceği hk
(Danıştay K)

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/558

Karar No:2021/1067

TEMYİZ EDENLER : 1. (DAVALI) ... Bakanlığı

VEKİLİ : ...

2. (DAVALI YANINDA MÜDAHİLLER)

1- ... Yapı İnşaat Mimarlık Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

2- ... Yapı Yol Enerji İnşaat A.Ş.

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Belediye Başkanlığı

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E: ... , K: ... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Davacı idare tarafından 27/04/2018 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen ihale sonucunda "Türk Tarih Parkı Yapım İşi" ihalesi üzerine bırakılan yüklenici firmalar hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. ve 26. maddeleri uyarınca ihalelelerden yasaklama kararı verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin olarak davalı idarece tesis olunan ... tarih ve ... sayılı işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararda; davacı idare tarafından "Türk Tarih Parkı Yapım İşi" ihalesinin ... Yapı Yol Enerji İnşaat A.Ş.-... Yapı İnşaat Mimarlık Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. iş ortaklığı (... Yapı- ... Yapı Ortaklığı) üzerine bırakıldığı, iş bitim tarihi olan 12/01/2019 itibarıyla eksik imalatlar nedeniyle iş programına ve sözleşmeye uygun olarak imalatların tamamlanmamış olduğu ve imalatların %30 seviyesinde kaldığının anlaşılması üzerine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesine istinaden sözleşmenin feshine karar verildiği, akabinde davacı idarece söz konusu işin sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi ve 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunulması nedeni ile aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca yüklenici firmalar hakkında ihalelelerden yasaklama kararı verilmesi talebiyle davalı idareye yapılan başvurunun reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı, davacı tarafından gerek işin yapımı esnasında defaatle yüklenici (müdahil) şirketlere bildirimde bulunarak yapmaları gereken sorumlulukların hatırlatılması gerekse de iş bitim tarihinde düzenlenen durum tespit tutanağından anlaşılacağı üzere imalatların %30 seviyesinde kalması hususu bir bütün olarak göz önüne alındığında müdahil şirketlerin bu tutumunun 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) bendinde yer alan "mücbir sebepler dışında, ihale doküman ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme" olarak belirtilen yasak fiil ve davranış kapsamında kaldığının açık olduğu, davalı idarece davacının 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (a) bendi uyarınca yapması gereken en az on gün süreli ihtarı yapmadığından bahisle dava konusu işlem tesis edilmişse de müdahil şirketlerin durumunun 4735 sayılı Kanunun 20. maddesinin (a) bendi uyarınca değil de (b) bendinde düzenlenen sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâlinde ayrıca fesih bildiriminde bulunmaya gerek olmaksızın sözleşmenin feshedilebileceği hükmü kapsamında

değerlendirilmesinin gerektiği anlaşılmalı, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendi uyarınca, yasak fiil ve davranışları tespit edilen müdahil şirketler yönünden davacı tarafından herhangi bir bildirimde bulunmaksızın sözleşmenin tek taraflı feshedilmesinin ardından Kanun'un 26. maddesine uygun şekilde davalı idarece yasaklama işleminde bulunulması gerekirken aksi yönde tesis edilen dava konusu işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdarî Dava Dairesince; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davalı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, sözleşmenin feshedilebilmesi ve buna bağlı olarak yasaklama kararı alınabilmesi için yüklenici firmaya en az 10 gün süreli ihtar yazısının gönderilmesi gerektiği, talep dosyasında ihtar yazısının ve buna ilişkin tebligatın mevcut olmaması nedeniyle dosya tekemmül etmediğinden yasaklama isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği, davalı yanında müdahiller tarafından, sözleşmenin en az 10 gün süreli ihtar yazısı gönderilmeden feshedildiği, herhangi bir yasak fiil ve davranışlarının mevcut olmadığı, iş artışının ve buna bağlı olarak verilen ek sürenin yanlış hesaplandığı, sözleşmenin kötü niyetli olarak feshedildiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, yüklenici firmanın ihale dökümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeyerek yasak fiil ve davranışta

bulunması nedeniyle sözleşmesinin feshedildiği, sözleşmenin feshinin haklı olduğu ve bu kapsamda yüklenici firmalar hakkında yasaklama kararı verilmesi gerektiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Etimesgut Belediye Başkanlığınca 27/04/2018 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "Türk Tarih Parkı Yapım İş'i" ihalesi ... Yapı - ... Yapı iş ortaklığı uhdesinde bırakılmış ve 17/05/2018 tarihinde sözleşme imzalanmıştır.

Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca, iş yerinin tesliminden itibaren başlamak üzere işin 210 gün içerisinde tamamlanması öngörülmüş; taraflarca imzalanan 18/05/2018 tarihli tutanak ile iş yeri teslimi yapılmıştır. Tutanakta iş bitim tarihi 13/12/2018 olarak belirtilmiş olup ilerleyen süreçte ihale konusu iş kapsamında yükleniciye yaptırılan ilave işler nedeniyle 07/12/2018 tarihli olur ile 30 gün ek süre verilerek iş bitim tarihi 12/01/2019 olarak belirlenmiştir.

Davacı tarafından sözleşmenin uygulanması ve işin gerçekleştirilmesi aşamasında yapım işi ile ilgili olarak şantiye alanında yapılan kontroller neticesinde davacıya

muhtelif tarihli işlemler ile bildirimde bulunulmuştur. Bu kapsamda davacı tarafından ... tarih ve ... sayılı işlem ile, "...Elektrik projelerinin Enerji-Sa'ya (Sincan İşletme Müdürlüğü'ne) onaylatılarak enerji müsaadesinin alınması ayrıca alınan enerji müsaadesi doğrultusunda da imalatlar yapılarak yine aynı Kurum tarafından tesisat muayenesi yapılarak abone işlemlerine hazır hale getirilmesi gerekmektedir. Tesise nihai enerji verilmemesi geçici kabule engel teşkil etmektedir. İş bitim tarihinin 13/12/2018 olması nedeniyle belirli bir süreç gerektiren yukarıda belirtilen işlemlere hız verilmesi hususunu, bilgilerinize rica ederim."; ... tarih ve ... sayılı işlem ile, "...iş bitim tarihi dikkate alınarak, imalatlarda herhangi bir gecikmeye mahal verilmemesi için elektrik malzemelerinde ve özel imalat gerektiren iş kalemlerinde sözleşme hükümlerine özenle uyulması hususunu bilgilerinize rica ederim."; ... tarih ve ... sayılı işlem ile, "...iş bitim tarihi dikkate alınarak, imalatlarda herhangi bir gecikmeye mahal verilmemesi için mekanik malzemeler ve özel imalat gerektiren iş kalemlerinde sözleşme hükümlerine özenle uyulması gerektiği hususunu bilgilerinize rica ederim."; ... tarih ve ... sayılı işlem ile, "... Şantiye denetiminde, imalatların iş programının gerisinde kaldığı tespit edilmiştir. İş bitim tarihi (13/12/2018) dikkate alınarak gerekli ekip ve ekipmanların artırılarak işe hız verilmesi hususunu bilgilerinize önemle rica ederim ..."; ... tarih ve ... sayılı işlem ile, "... Şantiye denetiminde, imalatların iş programının gerisinde kaldığı tespit edilmiştir. Gerekli ekip ve ekipmanların artırılarak işe hız verilmesi hususunu bilgilerinize önemle rica ederim.", ... tarih ve ... sayılı işlem ile, "...yapıya ait pıssu, yağmursuyu, şantiye suyu, şantiye elektriği, doğalgaz hattı bağlantıları tarafınızca yapılmakla birlikte imalatların tamamlanmasını müteakip ilgili Kurumlardan yapılacak vize işlemleri de tarafınızca tamamlanacak olmasına rağmen bu güne kadar bu işlemlerin tamamlandığına dair Belediyemize bildirimde bulunulmamıştır. Yazımızın tebliğ tarihinden itibaren 10 (on) gün içerisinde söz konusu işlemlere başlanılarak sonlandırılması aksi halde

söz konusu işler nam ve hesabınıza tarafımızca 3. Kişilerden hizmet alımı şeklinde yaptırılacak, bedelleri Belediyemiz alacaklarınızdan, alacak bulunmaması halinde kesin teminatınızdan tahsil olunacaktır. Bilgilerinize gereğini önemle rica ederim.." şeklinde bildirimlerde bulunulmuştur.

Söz konusu bildirimler yükleniciye gönderildikten sonra iş bitim tarihi olan 12/01/2019 tarihinde şantiye alanında yapılan inceleme sonucunda aynı tarihli "Durum Tespit Tutanağı" düzenlenmiştir. Yapılan tespitler neticesinde, iş bitim tarihi olan 12/01/2019 itibarıyla imalatların %30 seviyesinde kaldığının ve eksik imalatlar nedeniyle işin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmamış olduğunun anlaşılması üzerine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. ve Sözleşmenin 25. maddesine istinaden sözleşmenin feshine karar verilerek fesih bildirimini Etimesgut 1. Noterliğinin ... tarih ve ... yevmiye numaralı ihtarname ile yükleniciye gönderilmiştir.

Fesih işlemi sonrasında davacı Belediye tarafından davalı idareye gönderilen ... tarih ve ... sayılı yazı ile 4735 sayılı Kanun'un 20/a maddesine istinaden sözleşmenin feshedildiğinden bahisle aynı Kanunun 22. ve 26. maddeleri gereğince yüklenici iş ortağı firmaların 1 (bir) yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi talep edilmiş, davalı idarenin ... tarih ve ... sayılı cevabi yazısıyla "yükleniciye gönderilmesi gereken en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtar yazısı ile bu yazının tebliğine dair belgelerin" dosyada mevcut olmadığı belirtilerek ihtar yazısı ve bu yazının tebliğ edildiğine dair belgenin 14/02/2019 tarihine kadar gönderilmesi davacıdan istenilmiştir. Söz konusu işleme istinaden davacı tarafından davalı idareye gönderilen ... tarih ve ... sayılı yazı ile "işin bitim tarihi itibarıyla imalatların %30 seviyesinde olduğu, kalan %70'lik kısmın 10 günlük ihtar süresi içerisinde tamamlanamayacağı anlaşıldığından on günlük ihtar yapılmaksızın sözleşmenin feshedildiği"nin davalı idareye bildirilmesi üzerine, davalı idarece tesis olunan ... tarih ve

... sayılı işlem ile “yükleniciye gönderilmesi gereken en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtar yazısı ile bu yazının tebliğine dair belge bulunmadığından” yasaklama talebinin reddedildiği anlaşılmıştır.

Bunun üzerine yüklenici şirketlerin ihalelerden yasaklanması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ İHALE MEVZUATI

4735 sayılı Kanun’un “İlkeler” başlıklı 4. maddesinde, “...Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir... Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” kuralı, “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20. maddesinde; “ 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 bulunduğu tespit edilmesi, hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” kuralı, “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22. maddesinde ” 19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir...19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin

feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” kuralı, “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi” başlıklı 23. maddesinde “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.” kuralı, “Yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 25. maddesinde ” Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: ...(f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.” kuralına yer verilmiştir.

Aynı Kanunun “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26. maddesinde ise “25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir. Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından

fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.” kuralı bulunmaktadır.

Öte yandan, davacı ile yüklenici iş ortaklığı arasında 17/05/2018 tarihinde akdedilen Sözleşmenin “Gecikme halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 25. maddesinde; “25.1. Bu sözleşmede belirtilen süre uzatımı halleri hariç, yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde en az 10 gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikme cezası uygulanır. 25.2. Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için sözleşme bedelinin %0,05 (on binde beş) oranında gecikme cezası uygulanır. 25.3. İhtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” kuralı, yer almıştır.

İHALE HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

4735 sayılı Kanun'da idarenin sözleşmeyi hangi hallerde feshedebileceği düzenlenmiş olup 20. maddesinin (a) bendinde, “yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi” hâllerine özgü olarak sözleşmenin en az 10 gün süreli fesih bildirimini sonrasında aynı durumun devam etmesi halinde sona erdirilebileceği yönünde düzenlemeye yer verilmişken, aynı maddenin (b) bendi ise “sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâlinde” süre verilmeksizin sözleşmenin feshedilebileceği düzenlemiştir.

Nitekim Kanun'un 20. maddesinin gerekçesinde, “Akde bağlanan bir taahhüdün yüklenici tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, Borçlar Kanunu'nun 106'ncı maddesine uygun olarak sözleşmenin süreye bağlı bildirimli feshi ile yüklenicinin

sözleşmenin uygulanması sırasında Kanun'da belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit hâlinde bildirim yapılmaksızın fesih düzenlenerek, protesto çekmeye ve karar almaya gerek kalmaksızın kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve sözleşmenin feshi öngörülmüştür." ifadelerine yer verilerek, Kanun'un 20. maddesinin (a) bendi ile (b) bendi arasındaki farklılığa dikkat çekilmiştir.

Kanunun gerekçesinde atıf yapılan mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 106. maddesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisinin temerrüde düşmesi halinde süre verilmesine ilişkin olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda anılan düzenlemeye Kanunun 127. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilecektir. Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade etmekte olup borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş ise bu günün geçmesi ile borçlu temerrüde düşmüş olacaktır. Doktrinde, yasa koyucunun anılan madde ile süre verilmesini öngörmesinin amacı, borçluya borcu ifa etmek suretiyle temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulması için son bir imkân tanınması şeklinde yorumlanmaktadır. (KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Turhan Kitabevi, 2012, Ankara, s.665-673) 4735 sayılı Kanunda da aktarılan düzenlemeler doğrultusunda sözleşmenin süreye bağlı bildirimli feshine imkân sağlayan düzenlemeye yer verilmiştir.

İhale sözleşmesinin, Kanunun 20. maddesinin (a) ve (b) bentleri arasındaki ayırım dikkate alınarak feshedilmiş olması ihalelerden yasaklama işleminin de hukuka uygun biçimde tesis edilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira Kanunun 22. maddesinde, sözleşmenin feshedilmesi halinde yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılacağı kurala bağlanmış olup anılan düzenleme uyarınca sözleşmenin feshedilmesi halinde ihaleyi gerçekleştiren

idarelerin talebi üzerine yetkili makamlarca yüklenici ve/veya ortaklarının ihalelere katılmaktan yasaklamasına yönelik olarak işlem tesis edilmiştir. Bu nedenle yasaklama işleminin tesis edilmesinde ve bu işlemin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde, sözleşmenin hukuka uygun bir biçimde feshedilip feshedilmediği önem arz etmektedir.

Olayda sözleşme, iş bitim tarihi olan 12/01/2019 tarihi itibarıyla iş programı ve sözleşmeye uygun olarak işin tamamlanmaması nedeniyle Kanun'un 20. ve sözleşmenin 25. maddesine istinaden feshedilmiştir.

Fesih bildiriminde sözleşmenin 20. maddenin hangi fıkrası kapsamında feshedildiği açık bir biçimde belirtilmemekle birlikte, yüklenicinin ihalelerden yasaklanması talebiyle davalı idareye gönderilen ... tarih ve ... sayılı yazıda, sözleşmenin Kanun'un 20/a maddesine istinaden feshedildiği belirtilmiş, davacının bu talebi ise davalı idare tarafından yükleniciye gönderilmesi gereken en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtar yazısı ile bu yazının tebliğine dair belgenin mevcut olmaması nedeniyle reddedilmiştir.

Bu kapsamda ihtilaf; yüklenici iş ortaklığının sözleşmenin feshedilmesine neden olan "işin iş programı ve sözleşmeye uygun olarak süresinde tamamlanmaması" fiilinin hangi yasak fiil ve davranış kapsamında olduğu ve buna bağlı olarak söz konusu fiili nedeniyle sözleşmenin en az 10 gün süreli ihtar yapıldıktan sonra mı yoksa süre verilmeden doğrudan mı feshedileceği noktasında toplanmaktadır.

Dava dilekçesinde, yüklenicinin Kanun'un 25. maddesinin (f) bendinde yer alan "...ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek." fiilinde bulunması nedeniyle sözleşmesinin feshedildiği belirtilmektedir.

"İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek" fiili "iş süresinde bitirmeme"

fiili ile birlikte Kanun'un 20. maddesinin (a) bendinde süreli ihtar sonrasında sözleşmenin feshedilebileceği haller arasında sayılmış, Kanunun 20. maddesinin (b) bendinin atıfta bulunduğu 25/f bendinde ise yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinin tespit edilmesi ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshini gerektirir yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır.

Belirtilen düzenlemeler Kanun'un 20. maddesinin Borçlar Kanunu'na atıf yapılan gerekçesi ile birlikte irdelendiğinde; 20/a maddesi kapsamında sözleşmenin feshinin yüklenicinin üstlenmiş olduğu işi (taahhüdü) ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya süresinde tamamlamaması üzerine en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtara rağmen aynı durumun devam etmesi hâlinde söz konusu olacağı ve madde hükmünün idarenin sözleşmeyi süreli ihtar sonrasında feshedebilmesine yönelik genel/çerçeve bir hüküm niteliğinde olduğu, yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunmak suretiyle ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmediğinin tespit edilmesi hâlinde ise sözleşmenin süre verilmeksizin feshedilebileceği anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenici tarafından işlenen ve ihtar yoluyla ortadan kaldırılamayacak veya giderilemeyecek nitelikte olan yasak fiil ve davranışların tespiti halinde sözleşmenin derhal feshedilebilmesine imkân tanınmışken, taahhüdün sözleşmeye uygun olarak tamamlanması veya eksiklerin giderilmesinin mümkün olduğu hallerde ise işin tamamlanabilmesi amacıyla yükleniciye verilecek ilave süre sonrasında aynı durumun devam etmesi halinde sözleşmenin feshedileceği öngörülmüştür.

Belirtilen usûl ile kamu hizmetlerinin sürüncemede bırakılmaması ve yüklenicinin sözleşmenin feshi sonucuyla karşı karşıya kalmaması için yükleniciye fesih öncesinde yükümlülüğünü yerine getirmesi amacıyla son bir imkân

tanınmaktadır. Aksi bir yorum işin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak veya süresinde tamamlanmadığı tüm durumlarda yüklenicinin fiilinin Kanunun 25/f bendinde yer alan "ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek" fiili kapsamında değerlendirilmesi ve bu maddeye 20/b bendi ile yapılan atıf neticesinde sözleşmenin doğrudan feshedilebileceği anlamına gelecektir ki bu durum yüklenicileri Kanun ve varsa sözleşme hükümleri ile tanınan en az 10 gün süreli ihtar sonrasında sözleşmenin feshedilmesi hakkında mahrum bırakacağı gibi Kanunun 20/a maddesinde öngörülen süreli fesih usûlünü de işlevsiz hale getirecektir.

Davacı ile yüklenici iş ortaklığı arasında akdedilen Sözleşmenin 25. maddesinde yüklenici sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde en az 10 gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikme cezası uygulanacağı, sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmemesi halinde gecikilen her gün için sözleşme bedelinin %0,05 (on binde beş) oranında gecikme cezası hesaplanacağı, ihtar da bulunulduktan sonra ihtar da belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği belirtilmiş olup sözleşme ile Kanunun 20/a maddesinde ifade olunan fesih usûlünün benimsendiği ve yükleniciye verilecek ek süre içerisinde gecikme cezası ödeme şartıyla taahhüdünü yerine getirerek fesih sonucuyla karşı karşıya kalmamasına imkan sağlandığı görülmektedir.

Diğer taraftan, davacı belediye tarafından yüklenici firmaya muhtelif tarihlerde yapım işine ilişkin olarak işin hızlandırılması amacıyla bildirimlerde bulunduğu, son olarak 10 gün süreli ihtar yazısının da gönderildiği, buna rağmen işin süresinde tamamlanmadığının belirtildiği görülmekle birlikte dosyada yer alan söz konusu işlemlere ilişkin belgeler incelendiğinde, davacıya yapılan bildirimlerin, Kanunda öngörülen unsurları ihtiva eden ve sözleşmenin feshine

yönelik bir ihtar yazısı niteliğinde olmadığı görüldüğünden davacı belediyenin bu iddiası yerinde görülmemiştir.

Bu itibarla, dava konusu olay yapılan bu açıklamalar çerçevesinde ele alındığında, yüklenici iş ortaklığının sözleşmesinin iş bitim tarihi olan 12/01/2019 tarihi itibarıyla iş programı ve sözleşmeye uygun olarak işin tamamlanmaması nedeniyle feshedildiği, gerek Kanun'un 20/a maddesi gerekse de sözleşme uyarınca işin sözleşmeye uygun olarak süresinde tamamlanmaması halinde, yükleniciye işi sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlaması için bildirimde bulunulması ve en az 10 gün süre verilmesi gerektiği, somut olayda ise bu usul yerine getirilmeksizin sözleşmenin doğrudan feshedildiği ve yüklenici iş ortaklığı hakkında yasaklama talebinde bulunulduğu, dosya içeriğinde yer alan ve yükleniciye yapılan bildirimlerin ihtar yazısı mahiyetinde de olmadığı anlaşıldığından, "yükleniciye gönderilmesi gereken en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtar yazısı ile bu yazının tebliğine dair belgenin mevcut olmaması" nedeniyle yasaklama talebinin reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, Mahkeme tarafından Dairemiz kararına atıf yapıldığı görülmekle birlikte, söz konusu karara konu uyuşmazlığın yüklenici tarafından sözleşmenin uygulanması sırasında teslim edilen işlerin teknik şartnameye uygun olmaması nedeniyle yasak fiil ve davranışlarda bulunmak suretiyle ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmediğinden bahisle sözleşmesinin feshedilmesine bağlı olarak verilen yasaklama kararına ilişkin olduğu, oysa dava konusu uyuşmazlığın iş bitim tarihi itibarıyla işin tamamlanmaması nedeniyle yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi ve işi süresinde bitirmemesinden kaynaklandığı dolayısıyla dava konusu uyuşmazlık bakımından emsal niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemden hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine ilişkin temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

İHALE KARAR SONUCU

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcı ile temyiz aşamasında fazladan yatırılan ...-TL harcın istemi hâlinde müdahillere iadesine,
4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 24/03/2021 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.



ihal
e