

# KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE FESİH NEDENLERİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki bir idare tarafından bu Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin olarak Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulması ve Kamu İhale Kurumunca da ihalenin iptaline karar verilmesi halinde, idare ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği ve sözleşmenin feshedilmesi halinde işin nasıl tasfiye edileceği uygulamada tereddüt oluşturan bir husustur. Öncelikli olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan sözleşmenin feshi nedenleri irdelendikten sonra, sözleşmesi imzalanan bir ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurumunca iptal kararı verilmesi halinde nasıl bir yol izlenilmesi gerektiği hususuna değinilecektir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan sözleşmenin feshi nedenlerini genel olarak üç başlık altında toplayabiliriz.

- Yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sözleşmenin feshi nedenleri,
- Yükleniciden kaynaklanan ancak yükleniciye kusur atfedilemeyen sözleşmenin feshi nedenleri,
- Tarafların kusuruna dayanmayan sözleşmenin feshi nedenleri,

**1) Yüklenicinin Kusurundan Kaynaklanan Sözleşmenin Feshi Nedenleri:**Yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sözleşmenin feshi halleri 4735 sayılı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

a) Yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleriyle birlikte idareye bildirmesi halinde sözleşme feshedilerek yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatı irat kaydedilir.

b) Yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi veya taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirememesi veya işi süresinde bitirememesi durumunda, idarece en az yirmi günlük süre verilerek işin sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi istenilir. Ancak, verilen süre içerisinde yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi durumunda ayrıca protesto çekmeye gerek kalmadan idarece tek yanlı olarak sözleşme feshedilir.

c) Sözleşmenin ifası sırasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunması veya sözleşme öncesi, ihale aşamasında yasak fiil ve davranışta bulunduğu sözleşmenin ifası sırasında anlaşılması gibi nedenlerle idarece tek yanlı olarak sözleşme feshedilebilir.

Kanun koyucu sözleşme öncesi yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshini belirli koşullar altında sınırlamıştır.

- Öncelikli olarak, taahhüdün % 80'inin tamamlanması,
- İşin ivediliği nedeniyle işin kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin olmaması,
- Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- Yüklenicinin yasak fiil ve davranışının taahhüdün tamamlanmasına engel teşkil edecek nitelikte olmaması,

Kaydıyla işin sözleşmesi feshedilmeyerek yükleniciden taahhüdünü tamamlanması istenilir. Ancak, bu durumda yükleniciden kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatı tutarında ceza tahsil edilerek yüklenici hakkında yasaklama kararı verilir. Kanun koyucu, bu son halde sözleşmeyi feshetmediği için yüklenicinin teminatı irat kaydedilemeyeceğinden, yüklenicinin teminatları tutarında ondan ceza tahsil edilmesini ön görmüştür.

Uygulama açısından, yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatının irat kaydedilmesi ile yüklenicinin kesin

teminat ile varsa ek kesin teminatı tutarında para cezası uygulanması arasında her hangi bir fark bulunmamakla birlikte, teminatın irat kaydedilmesi sözleşmenin feshine bağlı cezai bir şart niteliinde olması ve yukarıdaki gerekçelerle sözleşmenin feshedilemediği durumlarda yükleniciye teminatı tutarında idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

**2) Yükleniciden Kaynaklanan Ancak Yükleniciye Kusur Atfedilemeyen Sözleşmenin Feshi Nedenleri:**4735 sayılı Kanunun 17 ve 18 inci maddelerinde yükleniciden kaynaklanan ancak yükleniciye doğrudan kusur atfedilemeyen hallerde sözleşmenin aynı Kanunun 20 ve 22 maddelerine göre tasfiye edileceği hüküm altına alınmıştır. Her iki maddede de farklı durumlara göre sözleşmenin doğrudan feshedilmesi veya belli şartların yerine getirilmesi halinde sözleşmeye devam edilebilmesine imkan tanınmıştır.

a) Yüklenicinin ölümü; Kural olarak taraflar arasındaki sözleşme feshedilir. Ancak, yüklenici ile aynı şartları sağlayan varislerinin talep etmesi ve idarenin de kabul etmesi halinde mirasçılar ile sözleşmeye devam edilir. Bununla birlikte, sözleşmenin ifasında yüklenicinin kişisel becerilerinin ön plana çıktığı işlerde Borçlar Kanununun "istisna akitlerine" ilişkin hükümleri gereğince sözleşmeye mirasçılar ile devam edilmesi mümkün değildir.

b) Yüklenicinin iflası; Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, Borçlar Kanunundaki borcu sona erdiren nedenlere paralel bir düzenleme yapılarak, yüklenicinin iflası halinde doğrudan sözleşmenin feshi öngörüldüğünden hiçbir şart altında sözleşmeye devam edilmesine imkan tanınmamıştır. Oysa ki, idarenin devamlılığı ilkesi gereğince yüklenici ile idare arasındaki sözleşmeyi farklı koşullara uydurarak mümkün olduğunca sözleşmenin devamının sağlanması gerekmektedir. İflas halinde özel hukuk hükümlerine tâbi iki kişi arasındaki sözleşmenin sona ermesi tabii iken, bir tarafı kamu olan ve kalan işin yeniden ihale edilip sözleşmeye bağlanması belli bir prosedür gerektiren işe ilişkin mevcut sözleşmenin devrine

imkan tanınarak, taahhüdün sözleşmeye uygun olarak tamamlanması sağlanmalıdır. İflasa ilişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan düzenleme idarelerin aleyhine bir düzenleme olup, bu gibi durumlarda iflası ilan edilen yüklenicinin sözleşmeyi devretmesine imkan tanınmasının kamu yararı açısından daha uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyim.

c) Yüklenicinin, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti; Bu gibi hallerde yüklenici kendisine 30 gün içerisinde bir vekil tayin ederek sözleşmeye devam edebilecektir. Yüklenicinin 30 gün içerisinde kendisine bir vekil tayin edememesi veya yüklenici tarafından tayin edilen vekilin idare tarafından kabul edilmemesi halinde sözleşme feshedilecektir.

4735 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde tek bir yüklenici ile imzalanan sözleşmenin feshi nedenleri düzenlenmiş iken, 18 inci maddesinde yüklenicinin ortak girişim olması hali düzenlenmiştir. Kanunun, 18 inci maddesindeki düzenlemenin ortaya çıkaracağı mahsurlar ayrı bir inceleme konusu oluşturabilecek nitelikte olduğundan bu konunun detayına girilmemiştir.

### **3) Tarafların Kusuruna Dayanmayan Sözleşmenin Feshi Nedenleri:**

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 23 üncü maddesinde mücbir sebep hallerinde sözleşmenin feshedilerek yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatının iade edileceği hüküm altına alınmıştır.

Sonuçları açısından bakıldığında; Kanun Koyucunun yüklenicinin teminatının irat kaydedilmesini gerektiren sözleşmenin feshi halleri ve yüklenicinin teminatının irat kaydedilmesini gerektirmeyen sözleşmenin feshi halleri olmak üzere iki tür sözleşmenin feshi nedeni öngördüğünü söylemek mümkündür.

Kanunun 22 nci maddesinde; yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sözleşmenin feshi hallerinde yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatının irat kaydedileceği hüküm altına alındığından, maddenin mefhumu muhalifinden yükleniciden

kaynaklanan ancak, yükleniciye kusur atfedilmeyen sözleşmenin feshi hallerinde yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatının iade edileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Kanunun, 17 ve 18 inci maddeleri işin tasfiyesine ilişkin 20 ve 22 nci maddesine atıf yaparken "yasaklama hariç" yüklenici hakkında Kanunun 20 ve 22 nci maddesinin uygulanmasını öngörmüş iken, Kanunun 22 nci maddesinde 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi halinde yüklenicinin kesin teminat ile varsa ek kesin teminatının irat kaydedileceği ve yüklenici hakkında ayrıca yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 17 ve 18 inci maddelerinde yüklenicilerin kusur durumunu da dikkate alarak sözleşmenin feshi halinde bu kişilerin yasaklanmaları istisna tutulmuş iken, Kanunun 22 nci maddesinde; 17 ve 18 nci maddelere ikinci bir istisna getirerek, bu durumdaki yüklenicilerin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatının irat kaydedilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. Ölüm veya ağır hastalık hallerinde yüklenicinin kusurundan söz edilemeyeceken, iflas, tutukluluk veya mahkumiyet hallerinde de yüklenicinin kusursuzluğundan söz edilemeyecektir. Buna göre, ağır hasta, tutuklu veya bir yıldan az hükümlü bir yüklenicinin 30 gün içerisinde kendisine bir vekil tayin etmemesi halinde sadece sözleşmenin feshi ile yetinilmesinin idarenin zararına bir sonuç doğuracağı açıktır.

Her ne kadar Kanunun 17 ve 18 inci maddelerinin 20 nci maddeye atıf yapması nedeniyle bu durumdaki yüklenicilerin de teminatlarının irat kaydedileceği düşünülebilirse de, Kanunun 20 nci maddesinin (a) bendi Borçlar Kanunundaki bildirimli fesih halini, (b) bendi ise bildirimsiz fesih halini düzenlemiştir. Kanunun 17 ve 18 inci maddesine göre sözleşmenin feshini en geniş anlamda taahhüdün ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi şeklinde değerlendirerek iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya hükümlülük durumunda yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatı irat kaydedilebileceği düşünülse de öncelikli

olarak cezai nitelikteki bu hükümlerin genişletilmesinin mümkün olup olmadığını irdelemek gerekecektir.

Kanımca; Kanunun 20 nci maddesinin (a) bendindeki "...ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi," hükmünün, Kanunun 17 ve 18 nci maddelerindeki duruma ilişkin fesih nedenlerini kapsamadığından, bu maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatı irat kaydedilemeyecektir. Zira, yükleniciye taahhüdünü yerine getirmesi için en az 20 günlük süre verilmesi veya gecikme cezası uygulanması gibi hususlar, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmeye devam ettiği ancak sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getiremediği veya taahhüdünü süresinde yerine getiremediği duruma ilişkin bir düzenlemedir.

İflas durumunda yüklenicinin tamamen "Kusursuzluğundan" söz edilemeyeceğinden, bu halde yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatının irat kaydedilmesine ilişkin 4735 sayılı Kanuna hüküm konulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

**4) Kamu İhale Kurumunca İhalenin İptaline Karar Verilmesi Üzerine Sözleşmenin Feshi;**Uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan biri hiç kuşkusuz sözleşmesi imzalanan bir ihalede Kamu İhale Kurumunca sonradan iptal kararı verilmesi üzerine nasıl bir yol izleneceği hususudur. Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun konuya ilişkin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, 4734 sayılı Kanundaki usul ve esaslara uygun olarak sözleşmesi imzalanan bir ihale aleyhine Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması ve Kurumca bu ihalenin iptaline karar verilmesi mümkün olmadığından bu husus, 4735 sayılı Kanunda sözleşmenin feshi nedenleri arasında sayılmamıştır.

4734 sayılı Kanunun 55 ve 56 ncı maddeleri birlikte

değerlendirildiğinde; bir ihaleye ilişkin olarak sözleşme imzalanmadan önce idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulması ve Kamu İhale Kurumunca sözleşme imzalanmadan önce şikayetin 45 gün içerisinde sonuçlandırılması gerekmektedir.

İdarece, 4734 sayılı Kanundaki usul ve esaslara aykırı olarak sözleşmenin imzalanması ve sözleşmenin dayanağı olan ihalenin Kurumca iptal edilmesi, sözleşmenin dayanağı olan idari işlemlerin iptali sonucunu doğuracağından idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin de feshi gerekecektir.

Kamu İhale Kurumunca ihalenin iptaline karar verilmesi üzerine sözleşmenin feshi, yukarıda 3 başlık altında incelenen sözleşmenin feshi nedenlerinden farklı bir fesih nedenidir. 4735 sayılı Kanunda, sözleşmenin uygulanması sırasında herhangi bir nedenle yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi nedeniyle sözleşmenin feshi düzenlenmiş iken, burada sözleşmenin dayanağı olan idari işlemlerin iptal edilmesi ve taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki temelden yoksun kalması nedeniyle sözleşmenin feshi sözkonusudur. Sözleşmenin feshinde idareye herhangi bir kusur atfedilmesi yüklenicinin idareden talep edeceği zarar ve ziyan bakımından önemlidir. Burada fesih nedeni, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmadığı için sözleşmenin tasfiyesi sırasında yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatı iade edilecektir. Kanımca, bu durumu idareden kaynaklanan sözleşmenin feshi nedeni olarak addetmek mümkündür.

Sonuç olarak; sözleşmenin feshinde taraflara kusur atfedilip edilemeyeceği, yüklenicinin kesin teminatının irat kaydedilip edilmeyeceği veya yasaklanmasının gerekip gerekmeyeceği veya sözleşme nedeniyle bir tarafın, diğer taraftan talep edeceği zarar ve ziyan bakımından önemlidir. Sözleşmenin feshinde diğer tarafa kusur atfeden tarafın, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu unutulmamalıdır.

# Yüklenicilerin ve Alt Yüklenicilerin Hukuki – Cezai Sorumluluğu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu göre ihalesi yapılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan bir yapım işinde, yüklenici belli bir semen(bedel) karşılığında bir eser imal etmeyi, iş sahibi ise bu semeni ödemeyi taahhüt eder. Yüklenici ile idare arasında akdedilen sözleşme niteliği itibariyle eser sözleşmesi(istisna akti)dir.

Borçlar Kanununun 355 inci maddesinde eser sözleşmesi; *“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”* şeklinde tarif edilmiştir.

Konunun 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu açısından ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir.

**a) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Açısından;**



2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre ihale edilen yapım işlerinin bir kısmının inşaa sürecinin halen devam etmesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden önce biten işlerin 5 yıllık zamanaşımı süresinin henüz dolmadığı dikkate alındığında 2886 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin irdelenmesi gerekmektedir. Söz konusu maddeye göre; yüklenici tarafından imal edilen eserin idare tarafından kesin kabulünün yapıldığı tarihten itibaren malzemenin hileli olması veya işin teknik icaplara uygun olarak yapılmaması gibi nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan yüklenici, Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesi gereğince aynı Kanunun 363 üncü maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı süresince sorumlu olacaktır.

Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesine göre; yüklenici tarafından imal edilen eserin, iş sahibi(idare) tarafından kullanılmayacak ve hakkaniyet ölçülerine(nıfset kaidesine) göre kabul edilemeyecek derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı olması halinde iş sahibi idare eseri kabulden imtina edebilecektir. Ayrıca bu durumun oluşmasında yüklenicinin taksirinin bulunması halinde idare zarar ve ziyan talebinde bulunabilecektir. Aynı maddenin 2 nci fıkrasına göre, sözleşmeye aykırılık veya eserdeki ayıp eserin kullanılmasına engel teşkil etmeyecek nitelikte ise, iş sahibi(idare) eseri kabul ederek eserin kıymetindeki noksan kadar fiyatı tenzil edebilecektir. Bu durumda idare, sözleşmeye aykırılığın oluşmasında veya eserdeki ayıbın ortaya çıkmasında yüklenicinin taksirli olması halinde kusur oranında zarar ve ziyanının tazminini yükleniciden isteyebilecektir.

2886 sayılı Kanunun 87 nci maddesinde, ihale usulüyle yaptırılan işlerin (eserin) kabulüne ilişkin olarak ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan maddede eserin(yapım işinin) kabulüne ilişkin olarak Borçlar Kanunu hükümlerine

genel bir yollama yapılmamış, söz konusu yollama Borçlar Kanununun 360 ve 363 üncü maddesiyle sınırlı tutulmuştur. Buna göre, eserin kabulüne ilişkin olarak Borçlar Kanununun istisna akitlerine ilişkin özel hükümlerinin değil, 2886 sayılı Kanunun ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. İşin(eserin) kabulüne ilişkin olarak iki Kanun arasındaki temel fark, Borçlar Kanunundaki eserin zımni kabulüne ilişkin hükümlere 2886 sayılı Kanunda yer verilmemiş olmasıdır. Kanunun ihale yoluyla yaptırdığı imal ve inşaa işlerinin kabulünün mutlaka sarıh(yazılı) bir biçimde kabul komisyonları vasıtasıyla yapılması gerekmektedir.

2886 sayılı Kanunun 87 nci maddesi süre bakımından Borçlar Kanununun 363 üncü maddesine atıf yapmakla yetinmemiş aynı maddede, hileli malzeme kullanılmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından dolayı ortaya çıkan zarar ve ziyandan kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl süreyle yüklenicinin sorumlu olacağı vurgulanmıştır. Oysa Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesinin devamındaki 363 üncü maddesinde, yüklenicinin taksirli davranışı nedeniyle eserde bir ayıbın ortaya çıkması veya eserin sözleşme şartlarına aykırı olarak imal edilmesi halinde 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde iş sahibinin(idarenin) eserdeki ayıptan sorumlu olacağı öngörülmüştür.

İstisna akitlerine (eser sözleşmeleri) ilişkin olarak, Borçlar Kanununun 126 ncı maddesinin b. 4 üncü fıkrasında *"...müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar."*, *" hakkında beş senelik müruru zaman cari olur."* denilmektedir.

Borçlar Kanunu, 2886 sayılı Kanundan farklı olarak; yüklenicinin taksirinden kaynaklanan ayıplı eser imali ile yüklenicinin kastından veya ağır kusurundan kaynaklanan ayıplı eser imali durumunu bir birinden ayırarak 5 ve 10 yıllık olmak üzere iki ayrı zamanaşımı süresi öngörmüştür. Borçlar Kanununda, eserdeki ayıbın yüklenicinin ihmal veya hafif kusurundan kaynaklanması halinde istisna akdinden doğan her türlü davanın 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, eserdeki ayıbın müteahhidin kasıt veya ağır kusurundan kaynaklanması halinde ise, akitten doğan her türlü davanın 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu hüküm altına alınmıştır.

2886 sayılı Kanuna göre ihale edilen yapım işlerde, yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi, hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi veya bilhassa ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir iş meydana getirmesi hallerinde, idarenin, akitten doğan her türlü talep ve dava hakkının Borçlar Kanununun 126 ncı maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

2886 sayılı Kanun, "Trampa ve Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesisi", sürelerin hesabı ile 87 inci maddedeki zamanaşımına ilişkin konularda Borçlar Kanununa atıf yapmıştır. 2886 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu hükümlerine genel bir yollama yapmayıp, her bir konuya münhasır olarak yollama yaptığı hususu göz önüne alındığında, Borçlar Kanununun 126 ncı maddesinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre ihale edilen yapım işlerde uygulanamayacağı, eserdeki ayıp nedeniyle yükleniciler aleyhine açılacak olan her türlü zarar ve ziyandan kaynaklanan dava hakkının 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

**b) 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Açısından;**

4735 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinde, yapım işlerinde yükleniciler ile alt yüklenicilerin yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması veya benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan iş süresince ve işin kesin kabulünün onaylandığı tarihten itibaren 15 yıl süreyle müteselsilen sorumlu olacağı, 15 yıl içerisinde eserde bir zarar ve ziyanın meydana gelmesi halinde bu zarar ve ziyanın genel hükümlere göre yükleniciler ile alt yüklenicilere tazmin ettirileceği hüküm altına alınmıştır. Buradaki genel hükümlerden kasıt Borçlar Kanununun tazminata ilişkin hükümleridir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan farklı olarak yüklenicinin kuruşu nedeniyle eserde meydana gelen zarar ve ziyanın tazmini ile yetinmemiş, ayrıca bu kişiler hakkında anılan Kanunun 27 nci maddesinin uygulanmasını da öngörmüştür. Söz konusu Kanunun "Yüklenicilerin Cezai Sorumluluğu" başlıklı 27 nci maddesinde; 25 inci maddedeki yasak fiil ve davranışta buldukları sonradan tespit edilip de, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre fiil ve davranışı suç teşkil edenler hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulması, mahkumiyet halinde 1 yıldan 3 yıla kadar ayrıca 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan idarelerin ihalelerine katılmaktan haklarında yasaklama kararı verilmesi hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmenin uygulanması aşamasında 4735 sayılı Kanunun 25 inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışta buldukları tespit edilenler hakkında iş sahibi idare tarafından 1 yıldan

2 yıla kadar yasaklama kararı verilebilecektir. Anılan Kanunun 25 inci maddesindeki yasak fiil ve davranışta bulunanların fiil ve davranışları, ayrıca Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre suç teşkil etmesi halinde mahkemece aynı kişi hakkında 1 yıldan 3 yıla kadar yasaklama kararı verilebilecektir. Yüklenicilerin/alt yüklenicilerin sözkonusu yasak fiil ve davranışta bulunduğu eserin tesliminden sonra ve fakat zamanaşımı süresi içerisinde tespit edilmesi halinde yükleniciler/alt yükleniciler hakkında hem idarece hem de mahkemece yasaklama kararı verilebilecektir.

Burada, idarenin vereceği yasaklama kararının zamanaşımı süresi ile mahkemelerce verilecek yasaklama ve ceza zamanaşımı sürelerinin birbirinden farklı olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

Yüklenicinin yasak fiil ve davranışta bulunduğu işin kesin kabulünün onaylandığı tarihten sonra ve fakat 15 yıllık yüklenicinin/alt yüklenicinin sorumluluğunun devam ettiği süre içerisinde tespit edilmesi halinde, 4735 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde belirtilen makamlarca yüklenici hakkında yasaklama kararı verilebilecektir. Ancak yasak fiil ve davranışta bulunan yüklenici hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulması halinde, anılan Kanunun 25 inci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışın Türk Ceza Kanunundaki karşılığı olan suçun zamanaşımı süresinin dolup dolmadığı hususu mahkemece göz önünde bulundurulacaktır. Ceza zamanaşımının dolmadığı durumlarda yüklenici hem 26 ncı maddede belirtilen makamca, hem de mahkemece ayrı ayrı 4734 sayılı Kanunun kapsamındaki idareler ile aynı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddesindeki istisna kapsamında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalesine katılmaktan yasaklanabilecektir.

Yüklenicinin/alt yüklenicinin 4735 sayılı Kanununun 25 inci maddesi kapsamındaki yasak fiil ve davranışı aynı zamanda Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre suç teşkil etmesi nedeniyle hakkında Ceza mahkemesince mahkumiyet kararı verilmesi halinde, mahkemece verilecek olan yasaklama kararı, asıl mahkumiyete konu olan cezaya bağlı fer'i nitelikteki bir ceza olacaktır. Dolayısıyla fer'i nitelikteki yasaklama kararının verilebilmesi için yüklenicinin/alt yüklenicinin asıl suçtan dolayı mutlaka mahkumiyet kararı alması gerekmektedir. Diğer yandan, mahkemelerce ceza zamanaşımının dolması nedeniyle yüklenici/alt yüklenici hakkında mahkumiyet kararı verilemeyen hallerde fer'i nitelikteki yasaklama kararı da verilemeyecektir.

Mahkemelerce ceza zamanaşımının hesaplanmasında fiilin gerçekleştiği tarih esas alınırken, idarelerce yüklenicilerin/alt yüklenicilerin yasaklanmasına ilişkin 15 yıllık sürenin hesaplanmasında kesin kabulün idarece onayladığı tarih esas alınacaktır. İdarece, sözleşmenin ifası sırasında yüklenicilerin/alt yüklenicilerin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25 inci maddesindeki yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilememesi halinde, en geç işin geçici kabulünün yapıldığı tarihte yasak fiil ve davranışın gerçekleştiği kabul edilerek, ceza zamanaşımı bakımından işin geçici kabul tarihinin esas alınması gerekmektedir.