

Sözleşmenin feshi nedeniyle idarece yapılan durum tespiti neticesinde yüklenicinin taahhüdü altında sermesi gereken asfalt miktarının 29 000 ton yerine 21 000 ton olduğunun tespit edildiği, serilmeyen 8 000 ton asfaltın, bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı, adı geçen Belediye idarenin uğradığı zarar-zıyan olarak yükleniciden tahsil edileceği

Sayı : B.09.0.YFK. 0.00.400.6/2006-6

Konu : Zarar-Zıyan Tazmini

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

I-GİRİŞ

... Belediye Başkanlığı, ... sayılı yazılarıyla Kurulumuza müracaat ederek; 2004 yılında

... 29 000 ton müteahhit malı asfalt serilmesi işi ihalesinin yapıldığını, yüklenicinin taahhüdünü

işin süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası

uygulanarak 20 gün süreli ihtarnameye rağmen işi tamamlayamadığını, bunun üzerine, sözleşme,

4735 sayılı Kanun'un 20. maddesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesi hükümleri

doğrultusunda feshedildiğini ve anılan şartnamenin 48. maddesindeki "...4735 sayılı Kanunun

19-20-21 maddelerine göre sözleşmenin fesih edilmesi halinde, kesin teminat güncellenerek gelir

kaydedilir. Yükleniciler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26. madde hükümlerine göre işlem yapılır.

Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir:"

hükmüne göre isin kesin teminatının gelir kaydedildiğini, 4735 sayılı Kanun 26. maddesine göre

yükleniciye 2 yıl ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verildiğini belirtmektedir.

II-KONU

Sözleşmenin feshi nedeniyle idarece yapılan durum tespiti neticesinde yüklenicinin

taahhüdü altında sermesi gereken asfalt miktarınının 29 000 ton yerine 21 000 ton olduğunun

tespit edildiği, serilmeyen 8 000 ton asfaltın, bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı,

adı geçen Belediyece idarenin uğradığı zarar-zıyan olarak yükleniciden tahsil edileceği Şeklinde

yorumlayarak kurulumuzdan; serilmeyen 8 000 ton asfalt işi bedelinin yukarıdaki hüküm

erevesinde idarenin uğradığı zarar ve zıyan olarak değerlendirilerek yükleniciden tahsil edilip edilemeyeceğinin bildirilmesini istemektedir.

III-İNCELEME

4735 sayılı Kamu İhale sözleŐmesi kanununun 19, 20 ve 21 maddelerinde sözleŐmelerin

hangi hallerde feshedileceęi ve 22. madde de sözleşmenin feshine iliŐkin düzenlemelere yer

verilmiŐ, buna paralel olarak da Yapım İŞleri Genel Şartnamesinin 48. maddesi bu hususlara

açıklık getirmiŐtir.

Kanunda yer alan, idarenin sözleŐmeyi feshetmesi baŐlıklı 20. maddesinin (a) bendi

“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 yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen

ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,” hükmü ile,

Maddenin son paragrafında yer alan; “... ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın

kesin teminat ve varsa ek teminatlar gelir kaydedilir ve

sözleşme feshedilerek genel hükümlere

göre tasfiye edilir.” hükmü çerçevesinde, işe ait sözleşmenin 26 ve 27 inci maddelerine göre

taahhüdün yerine getirilmemesi üzerine, 4735 sayılı Kanun ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin

ilgili hükümlerine göre iş idarece feshedilmiştir.

Aynı kanunun 22. maddenin son paragrafında, “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.” hükmü yer almaktadır.

KARAR VE GÖRÜŞLER

İdare, serilmeyen 8 000 ton asfaltın, bu hüküm doğrultusunda, bugünkü fiyatı ile

sözleşme fiyatı arasındaki farkı, idarenin uğradığı zarar-ziyan olarak yükleniciden tahsil edileceği

şeklinde yorumlayarak, Kurulumuzdan; serilmeyen 8 000 ton asfalt işi bedelinin yukarıdaki

hüküm çerçevesinde idarenin uğradığı zarar ve ziyanı olarak değerlendirilerek yükleniciden

tahsil edilip edilemeyeceğinin bildirilmesini istemektedir.

Bilindiği üzere; Gerek, 4735 sayılı Kanununun 20. maddesi ve

gerekse, Yapım İşleri

Genel Şartnamesi 48. maddesinde yer alan “.....kesin teminat varsa ek kesin teminatlar gelir

kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” hükmünün, fesih

sonrası işlemlerde dikkate alınması ve Kanunun 22. maddesinin son paragrafındaki “....Ayrıca,

sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.”

hükmünün yerine getirilmesinde genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği açıktır.

Burada, sözleşmenin feshi halinde istenebilecek zarar ve ziyanın kapsamı ve niteliği üzerinde

durulmamıştır.

Sözleşmede ve yasada genel hükümlere yapılan atıf dolayısıyla, sözleşmenin feshi

nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın yükleniciye tazmin ettirilmesinde Borçlar Kanununun

ilgili maddelerine göre çözüm aranması gerekmektedir. Sözleşene sorumluluğu dolayısıyla

bahse konu zarar kavramı müspet veya menfi zarar ayrımına tabi tutulmaktadır.

Bu işin sözleşmesinin idarece feshedildiği sebebiyle, geçersiz olan sözleşmeye tekrar

dönülerek taahhüdün yerine getirilmemesinden doğan müsbet zararın istenmesi mümkün

olmamakta, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zararın,

yani kaçırılan fırsat sebebiyle

oluşan menfi zararın istenmesi mümkün olmaktadır.

Diğer taraftan, işin feshinde, onay tarihine kadar yapılan işlerle ilgili durum tespit

tutanağında belirtilmek şartıyla eksikliklerin giderilmesi, işin ölçülebilir hale getirilmesi ve

yapılmak üzere bozulmuş ancak fesih nedeniyle yapılamayan kısımların önceki haline getirilmesi

için yapılacak her türlü gider yükleniciden talep edilebilmektedir.

IV-KARAR

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde;

Sözleşmeyle yüklenilen fiyatla, bunun yerine getirilmemesi nedeniyle üçüncü kişiye

ödenen fiyat arasındaki farkın, yani, ilk ihale bedeli ile son ihale bedeli arasındaki farkın

yükleniciden istenemeyeceği, bunun müsbet zarar niteliğinde olduğu ve bu nedenle, idarece

önerildiği şekilde, serilmeyen 8 000 ton asfaltın bu günkü fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki

farkın uğranılan zarar-zıyan olarak hesaplanamayacağına,

Zarar-zıyanın, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanılarak kaçırılmış elverişli

fırsatlara göre değerlendirilerek bulunması gerektiği, sözleşmeye konu olan ve yapılmayan 8000

ton asfalt imalatının başka bir yükleniciden ihale tarihinde alma imkanı varsa, o yükleniciye

yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı imalatı yaptırmak

için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkın, yani menfi zararın istenebileceğine, idarece

uğranılan zararın tayini için ihale şartlarının değiştirilmemesinin gerektiğine,

Ayrıca, menfi zarar kavramı içinde mütalaa edilen diğer zararların da yükleniciden

talep edilebileceğine, ancak, bütün bu zararların Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre

dava yoluyla tahsil edilmesi gerektiğine,

Kurul'un 30 Mart 2006 tarihli toplantısında oy birliği ile karar verilmiştir.