Vedat Buz

Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları

Yetkin

KAMU İHALE SÜZLEŞMELERiNİN KURULUŞU
VE
GEÇERLİLİK ŞARTLARI

fJe:5e ,,,e'.; M<2 rletd:J r,

Ç' afcias bur,NJ hr3LIrJ[1](:

ı/j" d; le le(e..r-ıNl fe

08·10·2007

&

ÖDEMELİ İSTEME VE GE EI DAĞ/TiM

- **YETKiN** Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
  Strnsburg Caddesi No: 31/A
  06430 Sıhhiye/ ANKARA
  Tel : O (312) 23142 34 (35)- 232 03 43 Faks: 229 87 85
  e-mail: yetkin@yetkin.conı.tr http://www.yetkin.com.tr

Yayın Kodu: ISBN 978-975-464-440-I

© Yetkin Yayınları 2007

Dizgi: YETKİN Elektronik Yayımcılık Sistemleri
Baskı: YETKİN BASIMEVİ
Kazım Karabekir Caddesi No: 95/7-8-1O
Tel: O (312) 341 00 06 06060 ANKARA

Vedat BUZ

KAMlJ İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Ankara - 2007

Mulıerem Hocam,
Prof Dr. Şafak N. Erel'e

ÖNSÖZ

Sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin yargı kararları incelendiğinde, ihtilaf konusu sözleşmelerin neredeyse bir yarısını devletin taraf olduğu sözleşmeler ile ticari sözleşmelerin, diğer yarısını ise tüketici sözleşmeleri, hizmet ve kira sözleşmeleri gibi taraflarından birinin özel olarak korunduğu ve Borçlar Kanununa değil de, tamamen veya kısmen konuyla ilgili özel mevzuata tabi sözleşmelerin oluşturduğu görülecektir. Herhangi bir istatistiğe dayanmayan bu değerlendirme abartılı bulunabilir; ancak her yönüyle tamamen Borçlar Kanununa tabi sözleşmelerin sayısının gitgide azaldığı da yadsınamaz bir gerçektir. Özellikle neo-liberal dalganın da etkisiyle devletin özel hukuk alanındaki faaliyetlerin sayısı ve hacmi her geçen gün daha da artmaktadır. Serbest piyasaya devasa bir aktör olarak giren devletin taraf olduğu sözleşmeler, borçlar hukuku ile idare hukukunun çakıştığı, hatta çatıştığı, ancak ülkemizde yeterince incelenmemiş bir alandır. Bu bakir alanın, klasik borçlar, özellikle de sözleşmeler hukukuna gönül verenleri dahi baştan çıkannası, bir mıknatıs gibi kendisine çekmesi anlayışla karşılanmalı; bir sadakatsizlik olarak değil, hayatın empoze ettiği bir realite olarak yorumlanma)ıdır.

Kamu ihale sözleşmelerinin taraflarından birinin devlet olması, devletin de kendisini "hizaya sokmayı" amaçlayan ihale hukuku kuralları ile bağlı olması nedeniyle, borçlar hukuku esasları yanında idare hukukunun bu alanının da inceleme zorunluluğunun bulunmasının bu çalışmayı ne denli giiçleştirdiğini tahmin etmek hiç de zor değildir. Tahmin edilmesi mümkün olmayan ve itiraf etmem gereken husus, bu durumun sadece beni değil, çevremdeki meslektaşlarımı da bi.iyük ölçüde mağdur ettiğidir.

Bu "mağdur kesimin" başında fakültemiz idare hukuku kürsüsü gelmektedir. Bu teşekkür faslında, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyeleri, değerli meslektaşlarım Doç. Dr. Ali D. Ulusoy, Dr. K. Burak Öztürk, Dr. Artuk Ardıçoğlu ve Dr. Ayhan Tekinsoy'u özel olarak anmamak, büyük bir kadirbilmezlik olurdu. Yemek veya kahve molalarını zehir ettiğim bu sevgili arkadaşlarım, idare hukukuna ilişkin tahammül sınırlarını zorlayan sorularımı, hayranlık uyandıracak bir sabırla, nezaketle cevaplandırmaya çalıştılar. Dr. K. Burak Öztürk, bazı Fransızca metinleri tercüme ederek bu çalışmaya başka bir açıdan daha büyük katkıda bulundu. Bu değerleri meslektaşlarıma ne kadar teşekkür etsem, yaptıkları katkının karşılığını oluşturmakta yetersiz kalacaktır. Ancak bu teşekkürün,

idare hukuku sorunlarına ilişkin olarak yaptığım muhtemel hatalara bir kal-□an oluşturma amacı bulunmamaktadır: İdare hukuku sorunlarına ilişkin her türlü hatanın veya klasik idare hukuku öğretisini rahatsız edecek "çıkışların" tüm sorumluluğu münhasıran bana aittir.

Tamamlanmış bir çalışmanın, baskıya verilmeden önce "dışarıdan bir göz" tarafından kontrol edilmesinin ne kadar büyük önem taşıdığı herkesçe bilinen bir husustur. Bu vesileyle, geleceğin parlak bilim insanı olacaklar□n-dan kuşku duymadığım iki genç meslektaşıma teşekkür etmek isterim. ilk olarak, medeni hukuk kürsümüz araştırma görevlilerinden Ş. Barış Özçelik'i anmak isterim. Kendisi uzun süreli yurtdışı seyahatine hazırlandığı bir dönemde büyük fedakarlık göstererek bu çalışmanın çok büyük bir kısmının tashih işini üstlenmiştir. Sevgili kardeşim Barış'ın bu işi yürekten, adeta bir '·diligentia quam in suis" örneği sergileyerek yaptığını gözlemlemek, beni çok duygulandırdı. Teşekkür etmek istediğim ikinci genç meslektaşım, fakültemiz İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi Gaye Baycık. Medeni hukukçu olmamasına hayıflandığım, ancak kardeş ve çok değerli bir kürsüde olması ile teselli bulduğum bu sevgili meslektaşım, yıllık izninin büyük bir bölümünü bu çalışmanın tamamını tashihe ayırmıştır. Kendisine ne kadar teşekkür etsem azdır.

Son teşekkür, katkılarını uzun ve ayrıntılı cümlelerle anmamdan hoşlanmayacağını bildiğim değerli dostum Prof. Dr. İsmail Kırca'ya, her şey için!

Bu çalışma değerli hocam Prof. Dr. Şafak N. Erel'e ithaf edilmiştir. Kurumsal bağın ortadan kalkmasının, gönül bağını koparmaya yetmeyeceğini göstermesi umuduyla...

Vedat Buz

Ankara, 03.09.2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER····· 9
KISALTMALAR CETVELİ 15
BİBLİYOGRAFYA 19

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN ÖNEMİ ve TARİHİ GELİŞİMİ 35
11. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI 44

I. BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞUNUN ve GEÇERLİLİĞİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

§ 1) GENEL OLARAK İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELER ve BUNLARIN TÜRLERİ 47
1. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELER 47
il. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ 49
A) İDARİ SÖZLEŞMELER 50
B) İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ 51
ili. İDARİ SÖZLEŞME-ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ AYRIMINDA KULLANILAN KRİTERLER ve BU AYRIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ 51
iV. İDARENİN İDARİ SÖZLEŞME VEYA ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ ARASINDA SEÇİM YAPMA YETKİSİNİN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU 63
§ 2) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ 67
1. KAVRAM 67
il. HUKUKİ NİTELİĞİ 68
111. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM 72

I\) GENEL OLARAK 72
B) K/\□U İHALE SÖZLEŞMELERİNİN T□BI_OLDUĞU IIUKUKİ REJİME İLİŞKİN GORUŞLER 74
1) Kamu Hukuku Teorisi 74
2) Özel Hukuk Teorisi 75
3) Ayrılabilir İşlem Teorisi 77
4) İki Aşama Teorisi 83
§ 3) **İDARİ YARGIDA VERİLEN İPTAL KARARLARININ ÖZE□□UKUK SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKJSI SORUNU 91**
I. GENEL OLARAK 91
11. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM 91
A) İSVİÇRE HUKUKUNDA 91
B) ALMAN HUKUKUNDA 94
C) AVUSTURYA HUKUKUNDA 96
D) İNGİLİZ HUKUKUNDA 96
E) FRANSIZ HUKUKUNDA 96
F) AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANiNiN KARARLARI 97
111. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM 97
A) DOKTRiNDEKİ DURUM 97
B) YARGI KARARLARINDAKİ DURUM 101
C) GÖRÜŞLERiN DEĞERLENDİRiLMESİ. 104

il. BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE ve SÖZLEŞMENİN KURULMASI AŞAMASINDA ORTAYA ÇIKAN ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN SORUNLAR

§ 4) **İDARENİN SÖZLEŞME □APMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNUP BULUNMADIGI SORUNU 115**
1. GENEL OLARAK SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU ve SONUÇLARI 115
il. İHALEYİ AÇAN KURUMUN SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU 120

A) GENEL OLARAK iHALEYi AÇAN KURUMUN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU 120
B) İHALENiN İPTALİ 125
1) Genel Olarak 125
2) İhalenin İptali Sebepleri 128
3) İptal Kararının İptalinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu 131
4) İhalenin İptali Kararının İptalinin Sonuçları 135
§ 5) SÖZLEŞMENİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDEKİ EYLEMLER BAKIMINDAN SÖZ KONUSU OLABİLECEK TAZMİNAT TALEPLERİ 141
1. GENELOLARAK 141
11. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM 142
111. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM 154
A) İSTEKLİLERİN İHALEYİ AÇAN KURUMDAN TAZMİNAT TALEP ETMELERİ 156
1) Culpa in Contrahendo Sorumluluğu 156
a) Kavram ve Kamu İhale Sözleşmeleri Bakımından Taşıdığı Önem 156
b) Sorumluluğun Şartları 163
c) Tazmini Talep Edilebilecek Zararlar 169
2) Haksız Fiil Sorumluluğu 175
B) İHALEYİ AÇAN KURUMUN İSTEKLİLERDEN TAZMİNAT TALEP ETMESİ 187
1) İsteklilerin Haksız Fiil Hükümlerine Göre Sorumluluğu 191
a) Fiyat Anlaşmaları(Danışıklı Teklifler) 91
b) Hileli Davranışlar, Tehdit ve Rüşvet 195
c) İhaleye İtiraz Hakkının Açıkça Kötüye Kullanılması 198
2) İsteklilerin Culpa in Contrahendo Esasına Göre Sorumluluğu 201
§ 6) KAMU iHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI 206
1. GENEL OLARAK 206
il. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM 206

ili. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM 210
A) 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELERİN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ 210
B) İHALE AÇILMASI: İCABA DAVET 218
C) İSTEKLİLERİN TEKLİFLERİNİ SUNMALARI: İCAP 218
D) İHALE KARARI 222
E) İHALEYİ AÇAN KURUMUN KABUL BEYANI 225
F) SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ 227
G) KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ 229
1) İhale Dökümanlarına Aykırı Sözleşme Yapılamaması ve İhaleye Esas Teklifin Değiştirilememesi 230
2) Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 7. Maddesinin Anlamı 236
H) ÇERÇEVE SÖZLEŞME 238

III. BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

§ 7) **KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN BUTLANI** 247
I. GENEL OLARAK 247
II. EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK 248
A) GENEL OLARAK 248
B) KAMU İHALE MEVZUATININ BK.m. 19/20 ANLAMINDA EMREDİCİ HUKUK KURALI OLUP OLMADIĞI SORUNU 252
C) KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK NEDENİYLE BUTLANI SONUCUNU DOĞURAN DURUMLAR 255
1) İstekliler Tarafından İhale İşlemlerine İtiraz Edilmiş Olmasına Rağmen İtiraz Sonuçlandırılmadan Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması 255

2) İhale Açılmadan Sözleşme Yapılması 261
3) İhale Dökümanlarına Aykırı Sözleşme Yapılması veya İhaleye Esas Teklifin Değiştirilmesi 271
ili. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK 273
iV. AHLAKA AYKIRILIK 276
V. İMKANSIZLIK 280
§ 8) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE YETKİSİZ TEMSİL 284
1. GENEL OLARAK 284
11. İDARE ADINA SÖZLEŞMEYİ İMZALAYAN KİŞİNİN YETKİSİNİN BULUNMAMASI 286
lll. İHALE ÜZERİNDE BIRAKILAN İSTEKLİ ADINA SÖZLEŞMEYİ İMZALAYAN KİŞİNİN YETKİSİNİN BULUNMAMASI 292
§ 9) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN İPTALİ. 297
I. İPTAL HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI 297
il. İPTAL SEBEPLERİ 300
A) HATA 300
B) HİLE ve TEHDİT 323
lll. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI ve SONUÇLARI 334
SONUÇ 353

KISALTMALAR CETVELİ

ı\BIEG	Aıntsblfüter der Europiiischen Gcmeinschaflen.
Abs.	Absntz.
AcP	Archiv fiir die civilistische Praxis.
AJP	Aktuelle Juristische Praxis.
allg.	nllgeınein.
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts.
Art.	Artikel.
aşa.	aşağıda.
AT	Allgemeiner Teil.
Aufl.	Autlage.
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
BauR	Baurecht.
BauRb	Der Bau-Rechts-Berater.
BB	Der Betriebsberater.
Bd.	Band.
BeckRS	Beck-Rechtssprechung.
8GB	Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18. August 1896.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung.
Bger.	Bundesgericht.
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen.
BJM	Basler Juristische Mitteilungen.
BK.	Borçlar Kanunu.
BoeB	Bundesgesetz i.iber das öffentliche Beschaffungswesen.
BR	Baurecht.
BT	Besonderer Teil.
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages.
BVerG	Bundesverwaltungsgericht.

BVcrgG	13undcsvcrgnbcgcsctz (/\ vusturya).
C.	Cilt.
c.ı.c.	Culpa in contnılıcndo.
CC.	Code Civil.
CMP	Code des nıarches publics.
DB	Der Betrieb.
Dig.	Digesten.
Diss.	Dissertation.
DKD	Danıştay Kararları Dergisi.
dn.	dipnot.
E.	Esas (İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarına yapılan atıflar bakımından: Erwagung).
EuGH	Europaischer Gerichtshof.
EuR	Europarecht.
EuZW	Europaische Zeitschrift für Wirtschaftrecht.
EWG	Europaische Wirtschaftsgemeinschaft.
FG	Festgabe.
FS.	Festschrift.
GewArch	Gewerbe Archiv.
GPA	Government Procurement Agreement.
GYP-SG	Sankt-Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrankungen.
HAVE	Haftung und Versicherung
HD.	Hukuk Dairesi.
HGK	Hukuk Genel Kurulu.
hrsg.	herausgegeben.
İBK.	İçtihadı Birleştirme Kararı.
IBR	lmmobilien- und Baurecht.
IVöB	Interkantonale Vereinbarung i.iber das öffentliche Beschaffungswesen.
IYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu.
JherJb.	JheringsJahrbüche□
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristen Zeitung.
K.	Karar.
karş.	karşılaştırınız.

KG	Krınııncrgcricht Bcrlin.
KİK.	Kamu İhale Kanunu.
KİSK.	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu.
KOM	Dokument der Kommission der Europaischcn Gc-meinschaften.
ın.	madde.
MOR	Monatsschrift für Deutsches Recht.
MünchKomın	Münchener Kommentar.
N.	Note.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NJW-RR	NJW-Rechtssprechungs-Report, Zivilrecht.
Nr.	Nummer.
NVwZ	Neue Zeitschrift für Yerwaltungsrecht.
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift för Verwaltungsrecht Rechtsspre-chungsreport.
NZBau	Neu Zeitschrift för Bau- und Vergaberecht.
OLG	Oberlandesgericht.
OR	Obligationenrecht= Bundesgesetz über das Obliga-tionenrecht, vom 30.Marz 1911/18. Dezember 1936.
OVG	Oberverwaltungsgericht.
PECL	Principles of European Contract Law.
PICC	Principles of lntemational Commercial Contracts.
recht	Zeitschrift för juristische Ausbildung und Praxis.
RG	Resmi Gazete.
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft.
Rnr.	Randnummer.
Rs.	Rechtssache.
S.	Satz.
s.	sayfa.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung.
SZW	Schweizerische Zeitschrift för Wirtschaftsrecht.
T.	Tarih.
Urt.	Urteil.
v.	von.
VergabeR	Yergaberecht.

Vcrwı\rch	Vcrwnltungsnrchiv.
VG	Venva ltungsgcricht.
VGH	Vcrwaitungsgerichtshof.
Vgr. SG	Verwaltungsgerichl St. Gallen.
VgV	Vcrordnung übcr dic Vcrgabe öffcntlichcr ı\uftrage (Vergabeverordnung).
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung H.ir Bauleistungen.
VOB/A	VOB Teil A.
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswcsen.
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen.
YOL	Verdingungsordnung für Leistungen.
Vorbem.	Vorbemerkungen.
vs.	versus.
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz.
WM	Wertpapier-Mitteilungen.
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb.
Yarg.	Yargıtay.
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi.
yuk.	yukarıda.
ZBI	Schweizerisclies Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht.
ZfBR	Zeitschrift för deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht.
ZHR	Zeitschrift för das Gesaınte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.
ZPO	Zivilprozessordnung.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht.
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess.

BİBLİYOGRAFYA

ACHENBACH, T.-M.: Der Schutz unterlegender Bieter bci der Yergabe öffentlicher Auftrage nach deutschem und U.S. -amerikanischem Recht, .fena 2002 (Achenbach, der Schutz unterlegender Bieter).

ACHENBACH, T.-M.: Rechtsschutz im US-amerikanischen Vergaberecht, NZBau 2004, s.244 vd.

ADAM, J.: Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo, Berlin 2005.

ANTWEILER, C.: Vergaberechtsverstöf3e und Vertragsnichtigkeit, DB 2001, s.1975 vd.

ANTWEILER, C.: Europarechtliche Rechtsbehelfe gegen fehlerhafte Auftragsvergaben, VergabeR 2000, s.109 vd.

ARNET, R.: Besprechung von BGE 129 ili 35 ff. (postrechtliche Beförderungspflicht und privatrechtliche Kontrahierungspflicht auf der Grundlage des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens; Entscheid i.S. die Schweizerische Post c. Verein gegen Tierfabriken Schweiz), AJP 2003, s.593 vd.

ARZTMANN, F. J.: Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich, Frankfurt a.M. 2005.

ATEŞ, D.: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007.

AX, T./SCHNEIDER, M.: Auftragsvergabe, Berlin 2007.

AX, T./HARTMANN, D.: Französisches Vergabe- und Baurecht, Baden-Baden 2006.

BAR, F. G.: § 13 Satz 4 VgV und rechtswidrig unterlassene Vergabeverfahren, ZfBR 2001, s.375-379.

BARLAS, N.: Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s.807 vd.

Burada sadece konuyla doğrudan ilgili olan veya birden fazla yollamada bulunulan kaynaklara yer verilmiştir. Diğer kaynaklar ilgili dipnotunda yer almaktadır. Birden fazla eseri bulunan bazı yazarlara yollamada bulunulurken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

BAllER, K./KEGEL, K.-P.: Urtcilsanmcrkung (EuGI1, Urtcil voın 18. 6. *2002* - Rs. C-92/00). EuZW 2002, s.502 vd.

UECKER. 1-1.: 13crncr Koınıncntar zum schwcizcrischcn Privatrccht, Bd.VI: Das Obligationenrccht, 1. Abtcilung, Allgcmcine 13cstimmungcn, Art. i-l83 OR. Bcm 1941.

UEUTHIN. W.: Gibt es cine organschaftlichc Stcllvertrctung?, NJW 1999, s.142 vd.

BEYELER. M.: Überlegungen zum Abbnıch von Vergabeverfahren, AJP *2005,* s.784 vd.

BEYELER, M.: Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz -Ein Beitrag zur Dogmatik der Markteilnahme des Gemeinwesens, Zürich 2004 (Beyeler, öffentliche Beschaffung).

BEYELER, M.: Das Yergaberecht in den Entscheiden des Bundesgerichts der Jahre 2005 und 2006, in: Jusletter 14.Mai 2007.

BİLGEN, P.: İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul 1970.

BİLİR, H.: İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları, Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:50, Ankara 2004.

BINDER, J. H.: Effektiver Rechtsschutz und neues Vergaberecht -Überlegungen zur VerfassungsmaBigkeit der Differenzierung nach Schwellenweıten in §§ 97 ff. GWB, ZZP 113 (2000), s.195 vd.

BISCHOFF, C.: Die YOL/A 2006- Anderungen zur YOL/A 2002, NZBau 2007, s.13 vd.

BISCHOFF, J.: Yertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus, Zürich 1983 (Bischoff, J.,)

BITTERICH, K.: Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Yertrage durch öffentliche Auftraggeber, NJW 2006, s.1845 vd.

BITTERICH, K.: Einschrankung der Abschlussfreiheit öffentlicher Auftraggeber nach Einleitung eines Vergabeverfahrens, NZBau 2006, s.757 vd.

BITTERİCH, K.: Rechtsschutz bei Verletzung aus dem EG-Vertrag abgeleiteter "Grundanforderungen" an die Yergabe öffentlicher Auftrage, NVwZ 2007, s.890 vd.

BOESEN, A.: Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 1. Aufl., Bonn 2000.

BRAUN, J.: Vorlaufiger Rechtsschutz gegenüber de-facto Vergaben, NZBau 2001, s.675 vd.

BREHM, R.: Bcrncr Koınıncnlar zum schwcizcrischcn Zivilgcsctzbuch, Das Oblignticncnrccht: Bd. VI, 1. ı\btcilung, Allgcıncinc Bcstimınungen. 3.Tcilbd., 1. Untcı1eilbd., Koınmentar zu ı\rt.41-61 OR, 2. Aufl., l3ern 1998.

BRINKER, 1.: Vornbinforınation der Bicter libcr den Zuschlag odcr Zwci-Stufen-Theorie im Vergaberecht?, NZBau 2000, s.174 vd.

BUCHER, E.: Nicht "'Kontrahierungspnicht"- Schon eher Sclıutz vor Boykot, recht 2003, 101-115.

BUCHER, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgeıneiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Aufl., ZUrich 1988 (Bucher, AT).

BÜCHL, 8.: Die Bekampfbarkeit des Zuschlages im österreichischen Bundesrecht vor dem Hintergrund der Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, Diss., Wien 2000.

BÜRGI, M.: Yon der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, s.737 vd.

BÜRGI, M.: Grundlagen des Verwaltungsrecht, Bd.l, Methoden-Masstabe-Aufgaben-Organisation, hrsg. Yon Hoffınann-Riem/Schmidt-Assman/ Vosskuhle, § 18 Rechtsregime, München 2006 (Biirgi, Rechtsregime).

BÜRGI, M.: Der Yerwaltungsvertrag im Vergaberecht, NZBau 2002, s.57 vd.

BÜRGI, M.: Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?, NZBau 2003, s.16 vd.

BUZ, V.: İrade Sakatlığı ile Malul Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamma Gelip Gelmeyeceği Sorunu - İsviçre Federal Mahkemesinin 14 Aralık 2000 Tarihli Kararının (BGE 127 **111** 83 vd.) düşündürdükleri, Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.295 vd. (Buz, Eren'e Armağan).

BUZ, Y.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Buz, Sözleşmeden Dönme).

BUZ, Y.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Buz, Yenilik Doğuran Haklar)

BYOK, J.: Die Entwicklung des Vergaberechts seit 1999, NJW 2001, s.2295 vd.

BYOK, J.: Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2004, NJW 2006, s.2076 vd.

BYOK/JAEGER/ ... : Kommentar zum Vergaberecht, 2.Aufl., Frankfurt am Main 2005.

CAMPRUUI, M.: Koıtnılıicnıngszwung gcmilss BGE 129 111 35: cin Ver toss gcgcıı clic Wirtschnftsfrcihcit Zuglcich cin Bcitrag zur üiskussioıı Obcr die Gruıidrcchtsbindung von öffcntlichcn Untcrnchıncn, ıJP/PJA 2004, s.384-404.

CHRIST, □- F.: Die Subınissionsabsprachc, Rcchtswirklichkcit uncJ Rccht1>-lngc, Dıss., Frciburg 1999.

CLERC, E.: L'ouverturc des marchcs publics: Effcctivitc et protcction juridiquc, thesc Frciburg 1997.

COEN, C.: Vertragsschcitem und Rückabwicklung, cine rcchtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Rccht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principlcs of Europen Contract Law, Berlin 2003.

DIECKMANN, M.: Nichtigkeit des Vertrages gem. § 13 VgV bei unterlassener Ausschreibung?, NZBau 2001, s.481 vd.

DREHER, M.: Rechtsschutz nach Zuschlag, NZBau 2001, s.244 vd.

DREHER, M.: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2002, s.421 vd.

DURAL, M.: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.

ENNUSCHAT, U.: Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht, NJW 2007, s.2224 vd.

EREN, F.: Borçlar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2003.

ERKUT, C.: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990.

ERMAN/....: Bürgerliches Gesetzbuch, 11.Autl., Münster 2004.

FEBER, A.: Schadenersatzansprüche aus Culpa in Contrahendo bei VOB/A-VerstöBen öffentlicher Auftraggeber, BauR 1989, s.553 vd.

FLEINER, F.: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.

FLUME, W.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.11, Das Rechtsgeschaft, 3.Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979.

FRANKE, H.: Rechtsschutz bei der Yergabe von Rahmenvereinbarungen, ZffiR 2006, s.546 vd.

FRENZ, W.: Unterschwellenvergaben, VergabeR 2007, s.1 vd.

GALLI, P./LEHMANN, D./RECHTSTEINER, P.: Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996.

GALLI. f>./MOSER, ı\./LANG, E.: Prnxis dcs Uflcnllichcn 13cschaffungs-rcchts, ZUrich 2003.

GAUCH, P.: Der vcrfrUht nbgcschlosscnc Bcschaffungsvcrtrag, 13R, 1/2003, s.1 vd.

GAUCH, P.: Zuschlng und Ycrfilgung, in: Mcnsch und Staat/ L'Hoınmc et l'Etat. Fcstschrift fiir Thomas Flcincr, Freiburg 2003, s.595 vd.

GAUCH, P.: Sachgewfihrlcistung und Willcnsmangel bcim Kauf cincr ınangelhnften Sachc - Altcrnativital der Rechtsbchclfc und Genchnıigung dcs Vcrtrages, in: recht 2001.

GAUCH, P.: Vergabeverfahren und Vergabegrundsatze nach dem neucn Vcrgaberecht des Bundes, BR 1996, s.99 vd.

GAUCH, P.: Der verfriiht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, BR, 1/2003, s.3 vd.

GAUCH, P.: Der Werkvertrag, 4. Autl., Zürich 1996.

GAUCH, P.: Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht, recht 1997, s.165 vd.

GAUCH, P.: Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, ZSR 114 (1995) 1, s.313 vd.

GAUCH, P.: Grundlagenirrtum und Gewahrleistung: Verjahrung des Bereicherungsanspruchs bei einseitiger Unverbindlichkeit des Kaufvertrages (Urteilsanmerkung zum "Picasso - Entscheid": BGE 114 il 131 ff.), SAG 61 (1989).

GAUCH, P./SCHLUEP, W./SCHMIDT, H./REY, H.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1&11, 8.Aufl., Zürich 2003.

GIGER, H. G.: Rechtsfolgen nonn- und sittenwidriger Vertrage, Zürich 1989 (Giger, s...).

GIGER, H. G.: Bemer Komınentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelne Vertragsverhaltnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1.Abschnitt, Allgemeine Bestiınmungen - Der Fahrniskauf, Art.184-215 OR, Bern 1979 (Giger, Art).

GONZALEZ-VARAS, L.: Probleme des neuen Deutschen Vergaberechts, GewArch 2002, s.317-3ı9.

GONZENBACH, R.: Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987.

GÖZÜBÜYÜK/f AN: İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, .3. Bası, Ankara 2004.

GH.AEF. E.: Rnhmcııvcrcıınbunıngcn bci der Vcrgubc von öffcntliclıcn ı\uftriigcn de lcgc lnta ıııd de legc fcrcndn, NZbau 2005, s.561 vd.

GRÜNING, J.: Ons dcutschc Vcrgabercclıl nach dem Urtc.:il dcs EuGII vonı 28. Oktobcr 1999 - ı\lcntcl ı\ustrin AG u.a, WRP 2000, s. 49-55.

GROSS. J.: Schwcizerisches Staatshaftungsrccht. Sland und Entwickluıigs. tcndcnzen, 2. Aun., Berıı 2001.

GUHL/....: Ons Schweizerische Obligatioııenrecht, 1 O. Aun., Zürich 2000.

GÜNDA Y, M.: İdare Hukuku, 9 Baskı, Ankara 2004.

GÜRZUMAR, O. B.: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.

HARTMANN, S.: Die «Kündigungstheorie» bei einseitig unverbindlichen Dauervertragen, in: AJP 2003, s.1475 vd.

HATEMİ, H.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976.

HAUSMANN, F. L.: Anmerkung zu EuGH, Urt. v.28.10.1999 -Alcatel, EuZW 1999, s.762 vd.

HEIERMANN, W.: Rechtsvergleichung Schweiz/Deutschland zu Nachverhandlungen bei öffentlichen Ausschreibungen, BR 2005, s.42 vd.

HEILBRONNER, K.: Rechtsfolgen fehlender Information oder unterlassener Ausschreibung bei Vergabe öffentlicher Auftrage (§ 13 YgV), NZBau 2002, s.474 vd.

HELLWEGE, P.: Die Rückabwicklung gegenseitiger Vertrage als einheitliches Problem, Deutsches, englisches und schottisches Recht in historisch-vergleichender Perspektive, Tübingen 2004.

HERMES, G.: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, s.909 vd.

HERTWIG, S.: 1st der Zuschlag ohne Vergabeverfahren nichtig?, NZBau 2001, s.241 vd. (Hertwig, NZBau 200I).

HERTWIG, S.: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, München 2000 (Hertwig,).

HEUVELS, K.: EG-Kommission will Lücken im europaweiten Primarrechtsschutz für Bieter schlieBen, NZBau 2006, s.416 vd.

HEUVELS, K.: Unzulassige Direktbeauftragung unter öffentlichen Auftraggebern, NZBau 2007, s.283 vd.

HEUVELS, K.: Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2005, s.570 vd.

HEUVELS. K./I<AISER. C.: Dic Nichligkcıı dcs Zuschlags ohnc Vcrg.nbcvcrfohrcn. NZ13mı 2001, s.479 vd.

HORMANN. C.: Zur Rcchlsnatur dcs Ycrcgahcrcchts, -Zuglcich Entgcg.nung nur den Beschluss dcs Bundcsvcrwnltungsgcrichts voın 2.5.2007. VcrgnbcR 2007, s.431 vd.

HÖFLER. H./NOLL-EHLERS. M.: Ausschrcibungspflichtcn bci der Andcrung von Entgeltnbreden im Rahmcn laufonder Vcrtragc, NJOZ 20-07. s.2742 vd.

HÖFLING, W./KRİNGS, G.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie. Fehlerlehre, JuS 2000, s.625 vd.

HUBER, P.: Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, s.877 vd.

HUCKO, E.: Schadensersatzrecht: Nicht ganz ohne! VergabeR 1998, s.15 vd.

HUGUENIN, C.: Die Absichtliche Tauschung durch Dritte -Art.28 Abs.2 OR, SJZ 95 (I999), s.261 vd.

HURLIMANN, R.: Teilnichtigkeit von Schuldvertragen, Freiburg 1984.

HÜTTINGER, S. A.: Bieterschutz durch Schadenersatz im deutschen und europaischen Vergaberecht -Verschulden bei Vertragsverhandlungen, § 126 GWB und Rechtsmittelrichtlinien, Diss., Würzburg 2005.

IMBODEN, M.: Der verwaltungsrechtlicher Vertrag, Basel 1958.

IMMENGA, U./MESTMACKER, E.-J./...: GWB, Gesetz gegen Wettbewerbs-beschrankungen, Kommentar, 3. Auflage 2001.

INGENSTAU, H./KORBION, H./....: VOB- Teile A und B, Kommentar, Herausgegeben von Horst Locher und Klaus Vygen 15. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 2004.

JAAG, T.: Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrecht, ZSR 2003 1, s.3 vd.

JAEGER, W.: Die Rechtssprechung der OLG-Vergabesenate im Jahre 2000, NZBau 2001, s.289 vd., s.366 vd., s.427 vd.

JAGGI, P./GAUCH, P.: Zürcher Komınentar, Das Obligationenrecht (Art.18), Zürich I980.

JASPER, U./POOTH, S.: Rechtsschutz gegen die Aufüebung einer Ausschreibung, NZBau 2003, s.261 vd.

JEBENS, P.: Schadenersatzansprüche bei VergabeverstöBen, DB 1999, s.1741 vd.

,JENNERT, C'.: Rcchtssdıutz b□i rcclıtswidrigcr ı\ullıcbuıg ciıicr curopa. "ciıcıı ı\ussdırcibung. WRP 2002, s.1252-1255.

KAISER C.: Dic Nichtigkcit so gcn:ınntcr Dc-facto-Vcrtriigc odcr: "in dubio pro submissionc publicn", NZ13au 2005, s.311 vd.

KAPELLMANN, K./MESSERSCHMİDT, B./...: VOl3 Tcilc ı\ und B, VgV. 2. Au0., Mllnclıcıı 2007.

KELLER, M./SCHÖBI, C.: Das Schwcizcrischc Schuldrccht, Bd.l, Allgeıncinc Lehren dcs Vcrtnıgsrecht, 3.Aun., Bascl und Fraııkfurt arn Main 1988.

KILIÇOĞLU, A. M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2004.

KIRCA, Ç.: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, An. kara 2004.

KLEIN, F.: Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003.

KLETT, K.: Ve11ragsfreiheit und Kontrahierungszwang, BJM 2005, s.16). 183.

KLIGNER, M. H.: Die Yorabinformationspflicht des öffentlichen Auftrag. gebers, Effektiver Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidung und Auf. hebung der Ausschreibung im europaischen und deutschen Yergabe. recht, Berlin 2005.

KNAUFF, M.: Vertragsverlangerungen und Vergaberecht- Zugleich ein Beitrag zu § 13 S. 6 VgV, NZBau 2007, s.347 vd.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Söz. !eşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul l968 (Kocayusufpaşaoğlu, Hata).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: "Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" Kavramları İle İlgili Düşünceler, Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s.25 vd. (Kocayusufpaşaoğlu, Kaneti'ye Armağan).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Giriş, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 1998 (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku).

KOLLER, A.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd.l, Bern 1996.

KÖSTER, 8.: Primarrechtsschutzschwellen und Rechtswegwirrwarr, NZBau 2006, s.540 vd.

KRAl\1ER, E. A.: Der lrrtum bcim Vcrtrngsschhıss. Einc wcltwcit rcchts-vcrglcichcndc Bcstandnufnnhınc, Zllrich 1998.

KRAMER. E. A.: Bcrncr Kommcntnr zum schwcizcrischcn Privatrccht, ı\llgcıncinc Einlcitung in das schwcizcrischc Obligationcnrccht und Kommcntar zu ı\rt.1-18 OR, 8cm 1986.

KRAMER, E. A.: Bcrncr Kommcntar zum schwcizcrischcn Privatrccht, Das Obligationenrccht, Bd.VI, 1. Abtcilung, Allgcmcinc Bcstimınungcn, 2. Teilband, 1. Untcrteilband (Art.19/20), Bern 1990.

KROHN, W.: Ende des Rechtswcgwirrwarrs: Kein Verwaltungsrechts-schutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2007, s.493 vd.

KUNERT, O.: Yergaberecht und öffentliches Recht, Köln/Berlin/Bonn/ München 2003.

KUNZ, D.: Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004.

KÜNZLE, H. R.: Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrecht, Bern/Stuttgart 1986.

KURŞAT, Z.: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003.

KUS, A.: Das Zuschlagsverbot, NZbau 2005, s.96 vd.

KUTLU, M.: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir 1997.

KUTLU-GÜRSEL, M.: Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Yaptırımları, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.111, İstanbu1 2003, s.597 vd.

LANGE, K.: Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Yertrag, NVwZ 1983, s.313 vd.

LARENZ, K./WOLF, M.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., München 1997.

LAUBADERE, A. **D.NENEZİA, J.-C./GAUDAMET,** Y.: Traite de droit administratif, Tome 1 (Droit adınınistratif general) ISeme edition, L.G.D.J. Paris 1999.

LONG, M./WEİL, P./BRAİBANT, G./DELVOLVE, P./GENEVOİS, B.: Les grands arrets de la jurisprudence administrative, 13eme edition, Paris 2001.

LÖTZSCH, M./BORNHEIM, M.: Zivilrechtliche Rechtsfolgen bei Nicht-beachtung der neuen Vergabevorschriften der VOB/A durch private Auftraggeber, NJW 1995, s.2136 vd.

LÜCHINGER, N.: Schadenersatz im Vertragsrecht, Fribourg 1999.

I\1ACIILER. ʌ\.: Ycrtrng unu Ycrwaltungsrcchtspncgc. Zllrich 2005.

I\lADER. O.: Das ncııc EG-Vcrgabcrccht. EııZW 2004. s.425 v<.J.

I\lAURER. 11.: Allgcmcincs Ycrwultııngsrccht. 16. Aun.. Mlinchcn 2006.

I\ll:IER. A.: Priıniirrcchısschutz bei der Aufl1ebung cincr ı\usschrcibung, NZBau *2003,* s.137 vd.

I\lERKLE. P./SCHAFER, F.: EuGH-Rechtsprcchung zum Vcrgabcrccht in den Jahren 2003/2004. GPR 2004, s.273-278.

1\1ESTMACKER, E.-J./SCHWEITZER, H.: Europaisches Wettbcwcrb□ recht. 2. Aufl.. München 2004.

MOTZKE. G./PIETZCKER, J./PRIEfl, H.-J./...: Beck'scher VOB-Kommcn. tar, VOB/A, München 2001.

I\1ÜLLER, 8.-J.: Öffeııtlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht - Ein Beitrag zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, NVwZ 2007, s.884 vd.

MÜLLER-WREDE, M./KAELBLE, H.: Priınarrechtsschutz, Vorabinfor. mation und die Rechtsfolgen einer De-facto-Vergabe, VergabeR 2002, s. 1 vd.

MÜNCHKOMM/ .....: Münchener Komınentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: (8GB §§ 1-240), 5.Autl., München 2006, Band 2 (8GB §§ 241-432), 5.Aufl., München 2007.

NIESTEDT, M./HÖLZL, F. J.: Zuruck aus der Zukunft? Verfassungsmal3igkeit der Primarrechtsschutzbeschrankung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenweı1e, NJW 2006, s.3680 vd.

NIPPERDEY, H. C.: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

NOCH, R.: Vergaberecht Kompakt, Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis, 3. Aufl., München 2005.

NOELLE, T.: Absteigerungen auf Internet-Marktplatzen und Vergaberecht, NZBau 2002, s.197 vd.

OETKER, H.: Das Dauerschuldverhaltnis und seine Beendigung, Bestandaufnahme und kritische Würdigung einer tradieıten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994.

OFTINGER, K./STARK, E.W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilbd.: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewasserverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987.

0(;111.Mı\N. K.IHAIU,ı\S, N.: Medeni llıkııl<, ll Bııı. lrılıınhııl 200(,.

o(;ıIZMAN, 1<.1<>Z.M. 1.: Borçlır I lıılrnkıı, ı*1.*Bıı'1t, ll,ıoıı>tıl 2005.

OIILfı:lt *1*:. I'.: l>ic c.i.c.:. • llııl111111t dcıı lHfoıılichcıı Aııltrngychcrı, hci h:lılcrıı ıı ıı Vcrµııhcvcrliılırcıı, Bıı ıı l<h 2005, ı,1SJ vd,

ONAR S. S,: ldıırc I lııkıılrnıı ıı ı I Jıı ıı ıı ıı i l □sw,ları, C.111, l·,ıaıhııl l'J6f,,

on-....: Koıı ıı ıcıı ıı ır ıı ıı ıı sclıwcizcrıı,<.:lıcıı l'riv:ılrcclıı: Ohligaıioııcnrcclıı 1, lır-,g. Voıı I Joıı-;cll/Vogı/Wicgıı ıı d, J, Aıı fl. B:ıı;cl 200).

ÜZA Y, 1.:Cillıı ı □ ı ıı dı Yiıı ctiıı ı, lsıı ıı ıhul 20(M.

ÜZA Y. 1.: ihale lhıılleri ya dıı "l□kıınhildcn □ato" ile *Bir* Fok ve Pengucıı OyklhO, Yıı vuz ı\laıigoyıı'yıı Amıı ğan, lslaıihul 2007, □.871 v<l.

J>Al<EEIUJT, W.: Dic Enıwicklııng der Dogıı wıık dcı, vcrwaltungı,-rcclıı liclıcn Vcrlrngcs, lkrliıı 2000.

Pı\IJLIJS, C. **G./ZENI<ER,** W.: Grcıı zcn der Privat:ıutoıı oınic, JuS 2001, *f>.* 1 vd.

PiETZCl<ER, J.: İ\ndcrıı ngcn dcs Rcchtssclıutzcs bci der ı\uflragsvcrgcıbc, Fcstsclırifl nır Rcdckcr, Mllnchcn 1993, s.501vd.

PIETZCKER, J.: Gcriclıtsschulz im Untcrschwcllcnbcrcich und Tariftrcuc-klauscln - zwci kHircndc Entschcidungcn dcs Bundcwcrvcrfossungs-gcriclıts, ZffiR 2007, s.131 vd.

PIETZCKER J.: Dcfizitc bcıın Vcrgabcrcchtssclıutz ıntcrhalb der Sclıwcllcnwcrlc?, NJW 2005, s.2881vd.

PIETZCKER, J.: Dic ncuc Gcstalt dcs Vcrgabcrcchls, ZIIR 162 (1998), s.427 vd.

PIETZCKER, J.: Dic Zwcitcilung dcs Ycrgabcrechts, 1. ı\ufl., Badcn-13ndcn 2001.

PRIEH, 11.-J.: Das Vcrgabcrcclıt in den Jahrcn 1999 und 2000, EuZW 2001, s.365 vd.

PRIEJl, 11.-J./J-IAUSMANN, ſ. L.: Der dcutschc Vergabcrcchtsschutz irn curopiiischen Ycrgleich, EuR 1999, s.203 vd.

PRIEJl, H.-J./HÖLZL, F. J.: Das Ende der "Zweiklassen-Vergaben" - Vcrgaben unter den Schwcllenwcrten sind fortan verwaltungsgerichtlich iibcrpriifbar; Urteilsanrnerkung zum Beschluss OYG Rheinland-Pfalz 7 B I0356/05 v. 25. Mai 2005, ZffiR 2005, s. 593-594.

PRIEH, 1-1.-J./NIESTEDT, M.: Rechtsschutz im Vergabereclıt, Praxishand-buch fUr den Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Auftrage

ohcrhnlb uıid ımlcrlınlb der EG-Schwcllcnwcrtc, Köln/l3crlin/Münchtıı 2006.

PRIESS, 1-1.-J.: Hnndbıich dcs europiiischcn Vcrgabcrcchıs, Köln/Ucrlirıı Milnchen 2005.

PRIEfl, H.-J./GABRIEL, M.: Beendigung des Dogınas durch Kündigung: Kcine Besıandsgarantie für vergaberechtswidrige Vertragc, NZBau 2006. s.219 vd.

RAABE, M.: Yerbindlichkeit "faktisch" vergebener öffentlicher Auftragc?. Zum Miillverbrennungs-Beschluss des OLG Düsseldorf, NJW 2004 s.1284 vd.

RECHTEN, S.: Die Novelle des EU-Yergaberechts, NZBau 2004, s.366 vd.

REGLER, R.: Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und Privatern Recht, Beri in 2007.

RENNER, W./RUBACH-LARSEN, A./STERNER, F.: Rechtsschutz bci der Vergabe von Rüstungsauftragen, NZBau 2007, s.407 vd.

REUTTER, T.: Das bedingte Übernahmeangebot: Ein Beitrag zurn "Börsenvertragsrecht", Zürich 2002.

REY, H.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003.

ROUJLLER, N.: Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit, Bern 2002.

RUST, U.: Vergaberechtlicher Primarrechtsschutz gegen die Zuschlag-entscheidung, NZBau 2000, s.66.

RUTHIG, J.: Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber- Zum deutschen Vergaberecht nach Ablauf der Umsetzungsfrist - Teil **il,** NZBau 2006, s.208 vd.

RUTHIG, J.: Yerwaltungsrechtsschutz bei der staatlichen Auftragsvergabe? Eine Yerwaltungsrechtliche Kritik der "Lenkwafen"-Entscheidung des OYG Koblenz, NZBau 2005, s.497 vd.

SCHAFER, P. W.: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, Betriebs Berater 1996, Beilage 12, s.2 vd.

SCHAREN, U.: Aufhebung der Ausschreibung und Vergaberechtsschutz, NZBau 2003, s.585.

SCHENKER, F.: Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldner-verzugs, Diss., Fribourg 1988.

SCHERLER, S.: "De-Facto"-Vergaben, BR 2003, s.56.

SCIlll\lANEK. P.: lkr ı\nspnıd, dcs pntc:nıicllcn Bictcrs ıuf Durchfllhnıng cincs Vı.'r□ahı.'\·cı-fnhrcns. Zl13R :2002. s.39 vd.

SCHLETTE. V.: Dic Vcrwnltung nls Vcrtrngspnrtncr -Empire und Dogınn-ti"- , er\\:,ltungsı□chtlichcr Vcrcinhnnıngcn zwischcn Ochördc und Hilı1 . .. ?.cr. t'ilbiıgcn 2000.

SCHl\llDLIN. B.: lkrncr Koınıncntnr zum schwcizcrischcn Privatrccht, nas Oblic.ntioncnrccht. Bnnd YI. 1. ı\btcilung, Allgcmcinc lkstimmungcn. .., Tcilband. Untcrtcilband ı b, Miingcl dcs Vcrtragsabschhısscs. Koınıncntnr zu Art.23-31 OR. Bcrn 1995.

SCHNORBUS. Y.: Der Schndcnersntz des Bicters bci der fchlcrhaftcn Vcrgabcrccht ötlcntlichcr Aufirligc, BauR 1999, s.77 vd.

SCHOCH. F./SCHMİDT-AllMANN, E./PIETZNER. R./....: Verwaltungs-gcrichtsordnung. Koınmcntar, 14. Ergiinzungslicferung, Münchcn 2007.

SCHÖNENBERGER. W./JAGGI, P.: Zürcher Kommentar zum Sch-" cizcrischen Zivilgesetzbuch, Bd.V, Obligationenrecht, Teilbd. V 1a (Allgemeine Einleitung, Art.1-17 OR), Ziirich 1973.

SCHRAl\'11\1. J.: Anın. zu EuGH, Urt. v. 28.10.1999 - Rs. C-81/98, ZVgR 2000. s.13 vd.

SCHRANER, M.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz-buch. Obligationenrecht, Teilbd. V Ie, Die Erfiillung der Obligationen, Erste Lieferung(Art.68/83), Ziirich 1991.

SCHUMACHER, R.: Yertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Ziirich 2004.

SCH\VAGER. R.: Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Yertrage. Diss., Freiburg 1974.

SEROZAN, R.: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005

SEROZAN, R.: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.111, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006.

SEROZAN, R.: Sözleşmeden Dönme, İstanbul I974.

SEZGİNER. M.: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000.

SIEGEL. T.: Zulassige Yertragslaufzeiten im Vergaberecht, ZfBR 2006, s.554 vd.

SIEGEL, T.: Die Zwei-Stufen-Theorie auf dem Rückzug, -Zum Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.5.2007 über den Rechtsweg in Vergabestreitigkeiten-, DVBL 2007, s.942 vd.

SiRMEN, A. L.: IUrk Özel Hukukunda Şan, Ankara 1992.

SPÜHLER K.: Öffcııtlichcs 13cschaffurıgswcscıı- Dic Rcchı-,wirkungcn dtı Zuschlngcs, Zl3L 2004, s.375 vd.

STEINBERG. 1'.: Dic Entwicklung dcs Europilischcn Verg.abcrcchtı, ,1 200..t- Tcil 1, NZl3au 2007, s.150 vd.; Tcil 2, NZBau 2007, s.225 **vd.**

STELKENS. U.: Ycrwaltungsprivatrecht - Zur Privatrcchtsbindung der Vcrwallung. deren Rcichwcitc und Konscqucnzcn, Bertin 2005.

STELKENS, P./BONK, M/SACHS, J./ ....: VerwaltungsvcrfahrcnsgcS<.17_ 6. Auflage München 2001.

STERNER, F.: Rechtsschutz gegen Auftragssperren, NZBau 2001, s.423 vd.

STÖCKLI, H.: Das Vergaberecht der Schweiz - Übersicht und Streitfragen, NZBau 2002, s.7 vd.

STÖCKLI, H.: Das Vergaberecht der Schweiz, Überblick, Erlasse, Rechtsprechung, 6. Auflage, Zürich 2004 (Stöckli, Vergaberecht).

STÖCKLJ, H.: Bundesgericht und Yergaberecht, BR 2002, s.3 vd. (Stöckli, BR 2002).

STRAUB, W.: Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Yertragsfreiheit und Beschaffungsrecht, AJP 2005, s.1330 vd.

SULZER, S.: Sulzer Zweckstörungen im schweizerischen Yertragsrech Zürich 2002.

TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/1, 3. Bası, Ankara 1984.

TEKİNAY, S. **S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP,** A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993.

TEKİNSOY, A. M.: İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD 2006, Cilt 55, Sayı 2, s.229 vd.

TRIANTAFYLLOU, D.: Europaisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrecht anı Beispiel des öffentlichen Auftragsrech4 NVwZ 1994, s.943 vd.

V. GEHLEN, H.: Vertragsnichtigkeit bei unzulassiger De-facto-Vergabe, NZBau 2005, s.503 vd.

V. GEHLEN, H.: Neues zur Vertragsnichtigkeit bei unzulassiger De-facto-Vergabe, NZBau 2007, s.358 vd.

von TUHR, A./ESCHER, A.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligatioııenrecht, Bd.II, 3.Autl., Zürich 1979.

von TllllR. ı\./PETER. 1-1.: ı\llgcmciıu:r Tcil dcs sclıwcıı:crischcn Obligatioıicnrcclıt. Bd.l. 3.ı\ull.. Zllrichı 1974/1979.

\VAGNER V.: Hnlhıng eler Bictcr 11lr Culpa in Co11trnhc11do iıı Vcrgnhcvcr-1:ıhrcn. NZl3nu:WOS.s.436 vd.

\VAGNER. 0./WIEGAND. F.: ı\ullrnggcbcrcigc11schafl gcmischtwirtschnfllichcr Gcscllsclrnlicn und Nichtigkcit von Dc-facto-Vcrgabcn. NZBau 2003. s.369 vd.

\VAGNER. V./**STEINKEMPER.** U.: Öffentlichc ı\uftragsvergabc - Legale Möglichkeitcn der Vergabe ohne Ausschrcibung und Reclıtsfolgen fchlcrhafler oder unterbliebener Ausschreibungen, 88 2004, s.1577 vd.

\VALDNER, T.: Bieterschutz im Vergaberecht unter Beriicksichtigung der europaischen Vorgaben, Baden-Baden 2000.

WATTER, R.: Die Vertretung des Gemeinwesens im Privatrecht, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Hrsg. von Gauch/Schmidt, Zürich 2001, s.245 vd.

WEBER. H. R.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, I.Abtl., 4. Teilbd., Art.68-96 OR, 2. Aufl., Bem 2005.

WEBER, H. R.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht: Bd. Vl/1, Allgemeine Bestiınmungen: 5.Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000.

WEGMANN, W.: Die Vorabinformation über den Zuschlag bei der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 200l, s.475 vd.

WIEDEMANN, J.: Die Bietergeıneinschaft im Vergaberecht, ZfBR 2003, s. 240-243.

WIEGAND, W.: Zur Riickabwicklung gescheiterter Vertrage, Gauchs Welt - Recht. Vertragsrecht und Baurecht. Festschrift zum 65. Geburtstag von Peter Gauch, Zürich 2004, s. 709 vd.

WIEGAND, W.: Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, s.110/111.

WffiTW... : Darmstadter Baurechtshandbuch, Vergaberecht, 2. Aufl., München 2005.

WOLF, R.: Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht iiber die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsınitteln, ZBL 104/2003, s. I vd.

WOLF, R.: Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, Preis und Wirtschaftliclıkeit, Vergaberecht 2004, BR-Sonderheft, s.12 vd. (Wolf, Vergaberecht 2004).

\VY . E O ' DER CRO E, H. C.: Bestechung bci Vcrtrag schlu ZW 75 (2003). .35 ,d.

YILlHAZ. B. 1.: Kamu Alımlarında İdari Denetim. Ankara 2007.

ZIEGLER A.: Die anfangliche Unmöofichkeit der Lei tung ın der sch,,eizerischen Lehre, Diss., Bern 1992.

ZIEKO\V. JJSIEGEL, T.: Das Vergabeverfahren als Verwaltungs,er. fahren. ZfBR 2004, s.30-35.

ZTMı\ılERMANN. R.: Restirutio in integrum. Die Rückab, icklung fehlgeschlagener Yertrage nach den Principles of European Contrct La\\. den Unidroit Principles und dem A ant-projet eines Code Europeen des Contracts, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst **A. Kramer.** Basel-Genf-München 2005. s.735 vd.

ZULEEG. M.: Zweistufıge Rechtsverhaltnisse bei der Vergabe öffentlichcr Auftrage?, J\V 1962. s.2231.

ZULEEG. M.: Öffentliche Auftrage nach europaischem und deutschem Rech4 ZEuP 2004, s.637 vd.

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN ÖNEMİ ve TARİHİ GELİŞİMİ

İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için bazı mal, hizmet veya diğer türden edimlere ihtiyaç duyar. Bu ihtiyaçların, faaliyetleri genel olarak kamu hukukuna tabi idarenin kendi iç bünyesi içerisinde karşılanması çoğu zaman mümkün olmaz. Bu nedenle idare bu ihtiyaçları, özel hukuka tabi kişilerle yapacağı sözleşmelerle karşılama yoluna gitmektedir. İdarenin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmelere "kamu ihale sözleşmeleri" adı verilmektedir[1].

İdarenin ihtiyaçlarını karşılamak için özel hukuka tabi kişi veya kuruluşlarla sözleşmeler yapması birçok hukuki sorunu da beraberinde getirir. Zira idare, finansal açıdan en güçlü, en büyük müşteri sıfatıyla piyasaya girmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin toplam tutarı çok büyük meblağlara ulaşmaktadır. Kamu İhale Kurumu tarafından açıklanan istatistiklere göre, ihale türlerine, doğrudan temin yoluyla ve istisnalar kapsamında yapılan alımlara göre, Kanun kapsamındaki idareler tarafından gerçekleştirilen ve Kuruma gönderilen bilgilere göre mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için yapılan harcamaların toplam tutarı 2003 yılında 5.6 Milyar, 2004 yılında 16 milyar, 2005 yılında 30.7 milyar, 2006 yılında 39 milyar, 2007 yılının ilk altı ayında 27.6 milyar YTL civarındadır[2]. Son yapılan araştırmalara göre, Avrupa Birliği içerisinde yapılan ihalelerin toplamı yıllık, yaklaşık 1,5 Trilyon Euro tutarında olup, bu rakam Birlik üyesi ülkelerin gayri safı milli hasılalarının toplamının% 16'sına eşittir[3].

Karş. **Gözler,** s. 449; **Müller,** NVwZ 2007, s. 885.

[2] Bu bilgilerin yer aldığı ihale istatistiklerine www.kik.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

[3] Her bir üye devlet bakımından kamu ihalelerinin yıllık toplamının, gayrisafi milli hasılalarına oranı % 1 I ila % 20 arasında değişmektedir; kaynak: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocureıneıit/ index_de.htm.

Bu yiiksek tutarlnı· göz önünde tutulduğunda, kamu ihale hukukununtemel sorunlannm nelerden ibaret olduğunu kestirmek pek de güç olı_nayacaklır: Kamu ihaleleri, kamu kaynakları kullanılarak gerçeklcştirildiğındc_n,bu kayırnkların etkin ve verimli kullanılması gerekli olup, açılacak ihalclcrınbelirli esaslara bağlanması gerekecektir. İhale işlemlerinin başlangıç aşa□ası, idare hukukuna ilişkin bir dizi sorunu beraberinde getirecektir. Ayrıcaıhalc işleminin şeffaf ve rekabete imkan tanıyan bir şekilde gerçekleşmesi gerekir ki, bu noktada rekabet hukukuna ilişkin bir dizi esas ve mi.ilahaza devreye girmektedir. İhale işlemi sonucunda özel hukuka tabi kişi veya kurumlarla, genellikle özel hukuka tabi bir sözleşme yapıldığından, gerek sözleşmenin kuruluşu gerekse ifası esnasında borçlar hukuku açısından değerlendirilmesi gereken birçok hukuki sorun ortaya çıkacaktır. Hemen ekleyelim ki, kamu ihaleleri, hukuk bilimi yanında başka bazı disiplinleri de ilgilendirmektedir. Yukarıda belirttiğimiz yüksek rakamlara varan ihalelerle, devletin bir aktör olarak piyasaya girmesinin, ekonomik ve mali dengeler üzerinde de önemli etkilerinin bulunacağı açıktır. Görüldüğü gibi, kamu ihale hukuku, idare hukukunun, rekabet hukukunun, özel hukuk ve özellikle borçlar hukukunun, hatta iktisat ve maliye disiplinlerinin çakıştığı, bazen de çatıştığı son derece ilginç bir alandır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ülkemizde, kamu ihale hukuku, gerek pratik gerek teorik açıdan taşıdığı bu büyük öneme layık bir ilgiye mazhar olamamıştır. Ülkemizde kamu ihale hukukuna ilişkin akademik çalışmaların sayısı yok denecek kadar azdır. Oysa kamu ihale hukukunun, özellikle de farklı disiplinlerin çatıştığı noktalarda, incelenmeye ve açıklığa kavuşturulmaya muhtaç birçok boyutu vardır. Bu sorunlardan en önemlilerinden birini de, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerlilik şartları oluşturmaktadır. İdare hukuku ile borçlar hukukunun kesiştiği bu alanda, çözümü güç bir dizi sorun ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada kamu ihale sözleşmesinin kuruluşu esnasında ortaya çıkan bu hukuki sorunların incelenmesine gayret edilecektir.

Kamu ihale hukukunun kökeni oldukça eskidir. Antik Yunan ve Roma'da (M.Ö. 509-27) yapım işleri ihale usulü ile özel şahıslara ihale ediliyordu. Temel hedef, teklifleri toplamak ve en uygun teklif sahibi ile sözleşme yapmaktı[4] . Bugünkü ihale hukukunun temelini Roma Hukukundaki *"licitatio"* oluşturmaktadır[5]. *Licitatio* usulünde arttırmanın tersi bir durum, yani eksiltme söz konusu idi ve teklifler sözlü olarak veriliyordu[6]· Roma

---

4 **Byok/Jaeger/Rudolf,** Einführung, Nr. 2; **Adam,** s. l8; **Hüttinger,** s. 17.

5 **Kligner,** s. 56; **Noelle,** NZbau 2002, s. 198; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.I31; **Hüttinger,** s. 18; **Waldner,** s. 28; **Sehafer,** BB 1996, s. 3.

(ı **Noelle,** NZbau 2002, s.198; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.131.

hu□ukundn ihnlc silrcci. ihale tarihinin ve yapım işine ilişkin şartnamenin *(/cges locaıioııes)* duyurulması ile başlıyordu. Şartnamede ihale konusu inşaat ve yapılması gereken işler, eserin teslim ve kabulüne ilişkin esaslar ile ödeme şnrtlnrı yer alıyordu. Yap1111 işini mümkün olduğu kadar ucuza getirmek için ihale bedeli tespit edilmiyor, bu husus isteklilerin yapacakları teklif sonucu belirleniyordu. Aynı nedenle, ihale şartnamesinde daha iyi teklif kaydına yer veriliyordu. İsteklilerden teklifler toplandıktan sonra, ihale, en düşük teklifi sunan kişiye veriliyordu. İhale kararı ile kurulan sözleşme, ihaleyi açan idare açısından belirli bir süre içinde daha iyi bir teklifin sunulmaması kaydıyla bağlayıcı idi. İhaleye fesat karıştırılması tehlikesine engel olmak için de, kamu görevlileri ile yakınlarının tek başına veya başka kişilerle ortak olarak ihaleye katılması yasaklannıışt ı7.

Licitatio usulü Avrupa'da 19. yüzyıla kadar devam etmiştir. Ancak bu sistem biiyiik sorunlara yol açmıştır. İlk olarak, teklifler sözlü olarak sunulduğu için, teklif sahiplerinin eksiltmenin yapıldığı yerde hazır bulunması gerekiyordu. Ayrıca sözlü olarak tekliflerin sunulması aşamasında, isteklilerin "kızış(tırıl)ması" *(calor licitandis)* sonucunda, herhangi bir maliyet hesabı yapılmaksızın, düşüncesizce teklif sunulması söz konusu oluyordu[8]. Bu şekilde en diişiik teklifi vererek sözleşmeyi yapan istekli, zarara uğramamak veya zararını düşük tutmak için kaliteden ödün veriyor ve idarenin ihtiyaç duyduğu edim kötü standartlarda teslim ediliyordu[9]. 19. yüzyılın ortalarından itibaren *"licitatio* " usulünden "ihale" *(Submission=submittere)* usulüne geçilmiştir[10]. Bu sistemde teklifler sözlü olarak değil, yazılı olarak veriliyordu. Bu şekilde istekliler hem ihale ortamında fiilen hazır bulunmak zorunda kalmıyor hem de teklifini biraz daha etraflıca düşünerek sunma imkanı kazanıyordu [11]. Gerçi *"submission"* usulünde de başlangıçta ihale kriteri olarak en düşük teklif esas alınmaktaydı. Ancak zaman içinde bundan vazgeçilerek çeşitli ihale kriterleri oluşturulmuştur. Örneğin, 1885 yılından itibaren Prusya hukukunda, ihale en düşük teklif sahibine değil, en ekonomik teklife verilmeye başlanmıştır[12]. Aşağıda inceleneceği gibi, modern ihale hukukunda da, ihalenin "ekonomik açıdan en avantajlı teklif' sahibi üzerine bırakılacağı esası hakimdir.

---

7 **Byok/Jaeger/Rudolf,** Einführung, Nr. 3/4.

8 **Kligner,** s. 57; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.132; **Regler,** s. 29/30.

9 **Kligner,** s. 57; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.132; **Adam,** s. 25/26; **Waldner,** s. 29; **Schafer,** BB 1996, s. 3.

10 **Adam,** s. 20.

11 **Noelle,** NZbau 2002, s. 198; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.132.

12 **Kligner,** s. 57 dn.119; **Adam,** s. 24; **Hüttinger,** s. 18; **Waldner,** s. 29; **Schafer,** BB 1996, s. 3.

Tilrk hukukunda kamu ihalelerinin tarihine ilişkin ayrıntılı bir çalı□ma mevcut değildir. Genel nitelikteki bazı eserlerde, ilk özel yasal dü:ı...cnlcmcnin 1857 tarihli Nizamname'yc kadar geriye gittiği belirtilmektedir. Bu Nizam. namenin içerdiği sınırlı hükümlerle satın almalar yi.irüllilmeye çalışılmıştır. 1O Muharrem 1330 (1914) tarihli ek bir nizamname ile çeşitli satın almalann ve bazı yapım işlerinin, bakanların izniyle ihaleye çıkarılmaksızın yapılm□ı kabul edilmiştir. 4 Haziran 1919 tarihinde çıkarılan ve kanuniyeti 1921 yılında tasdik edilen bir Kararname ile de 1914 tarihli Nizamnameye bir ilave ya. pılarak, merkezdeki devlet daireleriyle İstanbul'daki şubelerinin ve İstanbul' daki askeri kuvvetlerin ihtiyacı olan ve 500 lirayı aşan levazım ve eşyanın Maliye Bakanlığında kurulmuş, Tevhidi Mübayaat Komisyonu vasıtasıyla sağlanması öngörülmüştür. 1921 yılında ek bir Kararname ile dairelerin acil ihtiyaçları hususunda bazı istisnalar getiriim iştir. 22 Nisan 1925 tarihinde 661 sayılı Müzayede, Münakaşa ve İthalat Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanunla, hükümet adına yapılacak her tür satın alma, satma, kiraya verme, yapım, onarım, keşif, taşıma ve benzeri işlerin kapalı zarf, açık arttınna ve eksiltme, pazarlık ve emanet usullerinden hangisine istinaden yürütüleceği hükümlere bağlanmıştır. Yeni ortaya çıkan ihtiyaçlar dikkate alınarak 10 Haziran 1934 tarih ve 2490 sayılı "Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu"[13] çıkarılmıştır. Ancak Cumhuriyetin ilk yılları dikkate alınarak hazırlanmış olan 2490 sayılı Kanun da yetersiz kaldığından, I946 yılında 4876 sayılı Kanunla, 1979 yılında da 22 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile iki kez değişikliğe uğramıştır. 2490 sayılı Kanunun katı hükümlerinin kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında ortaya çıkardığı güçlükler bazı idareleri bu Kanun hükümlerinden kurtulmaya sevk etmiştir. Özellikle yapım işlerinin 2490 sayılı Kanuna tabi olmaksızın yürütülebilmesi için, bazı idarelere özel kanunlarla istisnai nitelikte yetkiler verilmiştir. 2490 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve özel kanunlarla alınan istisnai yetkiler, sorunlara köklü çözümler getirmemiş, bütün bu nedenlerle yeni bir düzenlemeye gidilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Neticede, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 08.09.1983 tarihinde Danışma Meclisince kabul edilmiş, 10.09.1983 tarih ve 18161 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış; 95. maddesi hükmü gereğince O1.O1.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun bazı maddeleri henüz üç ayını doldurmadan 2.3.1984 tarihli ve 2990 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir[14].

[13] 10 Haziran 1934 tarih ve 2723 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan bu Kanun, 10 Aralık 1934 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[14] Türk Kamu İhale Hukukunun tarihine ilişkin olarak, gerek meclis komisyon raporlarında, gerekse kamu ihale hukukuna ilişkin kitaplarda yer alan ve neredey□e birbirinin aynı olan bu açıklamalar için bkz. **Gönen/Işık,** Açıklamalı Kamu ihale Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 3 l/32; **Uz,** s. 127 vd.; **Kutlu,** s. 65 dn.21.

Kamu ihaleleri hususunda temel kı\nun niteliği taşıyan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu da zaınnn içerisinde yetersiz kalmış ve yaklaşık 20 yıl geçtikten sonra 04.01.2002 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kaırnmı ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu[15] kabul edilmiş; her iki Kanun O1.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu yeni kanunların çıkarılmasını ǫ erektiren sebepler olarak 4734 sayılı Kanunun genel ger ekçesinde ve meclis komisyon raporlarında şu hususlar gösterilmektedir: ilk olarak 2886 sayılı Kanunun alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsadığı, ancak alım, hizme yapım, kiralama ve taşıma işlerinin kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme. trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ise kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğu, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu ileri sürülmüştür. Diğer taraftan, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesini gerektirdiği belirtilmektedir. Nihayet, Kamu harcaması gerektiren bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin bu Kanun kapsamına alındığı, ayrıca, aynı amaçla kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususların da bu Kanun kapsamında düzenlenmeyerek, bu konuda ayrı bir kanun çıkarıldığı belirtilmektedir[16].

Özellikle 4734 sayılı Kanunun aşağıda değineceğimiz Dünya Ticaret Örgütünün ve Avrupa Birliğinin İhale Mevzuatına tamamen uygun düştüğünü söylemek güçtür. Yeni Türk kamu ihale mevzuatının hangi noktalarda Dünya Ticaret Örgiitü ve Avrupa Birliği ihale mevzuatma aykırı hükümler ihtiva ettiği, çalışmamızın kapsamı dışında olup, burada üzerinde durulmayacaktır. Ancak bir noktaya mutlaka işaret edilmesi gerekmektedir: Bu iki Kanun ve özellikle de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ülkemizde diğer kanunların da başına gelen acı kaderi paylaşmıştır. Bu kez, bu Kanunların değiştirilmesi için yürürlüğe girmesi dahi beklenmemiş, 22.06.2002 tarihinde kabul edilen 4761 sayılı Kanun ile Kanrn İhale Kanununun birçok hükmü değiştirilmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bu değişiklik furyası devam etmiş ve Kanunların yürürlüğe girmesinden bu yana beş yıl dahi geçmemiş olma-

---

15 Her iki Kanun da 22.01.2002 tarih 24648 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

16 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kanunlaşma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem2l/yi10l/ss794m.htm

sıırn rnğmen -196-l. 5020. 5148, 5226, 5255 5436, 5680 sayılı kanunlarla çok ·a) ıda değişikli"- ynpılmıştır[17].

Avrupa Birliği Hukukunda, kamu ihaleleri alanında son yıllarda önemli g.clişmclc□yaşanmakta ve yeni bir Avrupa Birliği İhale Müktesebatı oluş. nrnktadır[1]s. Avrupa Birliği kamu ihale sisteminin temellerini, Avrupa Toplu. tuğunu Kuran Anlaşmanın mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına ve ikamet özgürliiğiine ilişkin 28, 43 ve 49. maddeleri, iş gücünün serbest dolaşımına ilişkin 39 ve ayrımcılık yasağına ilişkin 12. maddesi oluşturur. Bu temel öz. gürlükler ve ayrımcılık yasağı, birleşik Avrupa iç pazarının fonksiyonel bir şekilde işlemesinin, bir anlamda Avrupa Birliği düşüncesinin hayata geçme. inin azgeçilmez şartlarını oluşturur[19]. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, sadece Topluluk üyesi bir ülkede ikamet eden gerçek veya tüzel bir kişinin Topluluk üyesi başka bir ülkede yapılacak ihaleye katılabilmesinin tek başına yeterli olamayacağı, ayrıca üye devletler kamu ihale hukukunun ortak temel esaslara dayanmasının gerekliliği fark edilir fark edilmez, çeşitli direktifler çıkarılmıştır. ilk olarak, yetmişli yıllarda kamu alımları[20] ve yapım işlerinin[21] düzenlenmesine ilişkin iki direktif çıkarılmıştır. Bu iki direktif, doksanlı yıllarda tekrar gözden geçirilmiş, bazı noktaların somutlaştırılıp açıklığa kavuşturulması suretiyle yeniden kodifiye edilmiştir[22]. Aynı dönemde kamu alımları ve yapım işlerine ilişkin direktiflere ek olarak hizmet ihalelerine ilişkin bir direktif daha çıkarılmıştır[23] ve bu suretle tüm kamu ihalele-

---

17 Kamu ihale mevzuatında değişiklik yapan bu kanunlar ile değişikliklerin de işlendiği 4734 ve 4735 sayılı Kanun metinleri için bkz. www.kik.gov.tr

18 Avrupa Birliği ihale mevzuatının gelişim süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Regler,** s. 38 vd.

19 Bkz. ve karş. **Byok/Jaeger/Rudolf,** Einführung, Nr. 15; **Prie□,** s. 1 vd.; **Hüttinger,** s. 26/27; **Waldner,** s. 52 vd.; **Wiedemann,** ZffiR 2003, s. 240; **Heilbronner/Kau,** Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis- Rechtstatsachliche Untersuchung zu den Veranderungen im öffentlichen Auftragswesen durch europaisches und intemationales Recht, NZBau 2006, s. 16 vd.

20 Avrupa Konseyinin 16.08.1977 tarihli Kamu Alımlarında İhale Usulünün Koordinasyonuna İlişkin 77/62/EWG sayılı Direktifi (ABIEG L 13/1; 15.1.1977).

21 Avrupa Bakanlar Konseyinin 26.07.1971 tarihli Yapım İşlerinde Kamu İhale Usulünün Koordinasyonuna İlişkin 71/305/EWG sayılı Direktifi (ABIEG L 185/5; I6.8.1971).

22 Bkz. Avrupa Bakanlar Konseyinin yapım işlerine ilişkin olarak 14.6.1993 tarih ve 93/37/EWG sayılı Direktifi (ABIEG L 199/54; 9.8.1993) ve kamu alımlarına ilişkin olarak 14.6.1993 tarih ve 93/36/EWG sayılı Direktifi (ABIEG L 199/1; 9.8.1993).

23 Avrupa Bakanlar Konseyinin 18.06.1992 tarih ve 92/50/EWG sayılı Direktifi (ABIEG L 209/1□ 24.07.1992)

rini kapsayan bir Topluluk mevzuatı oluşmuştur. Hemen belirtelim ki, Topluluk bünyesinde kamu ihalelerinin bir düzene sokulması çalışmaları bununla da sınırlı kalmamıştır. Avrupa Komisyonu 1990 yılında bazı sektörlere ilişkin olarak çıkardığı direktifle[24], ihale hukukuna ilişkin Topluluk mevzuatının uygulama alanını daha da genişletmiştir. Buna göre kamu iştiraki niteliği taşımayan ve tamamen özel hukuka göre organize olan su, elektrik, ulaşun ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren kuruluşlar da "kamu ihalesi açan kurum" olarak değerlendirilmiş; bu alanda yapılacak ihalelerin tüm Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ilanı yükümlülüğü getirilmiş ve ihalelerin kamu ihale kurallarına tabi olması öngörülmüştür. Hemen belirtelim ki, doktrinde, Avrupa Birliği'nin, kamu kuruluşları veya kamu iştiraki bulunan kuruluşlar yanında, ayrıca tamamen özel hukuka tabi olan ve kamu payı bulunmayan kuruluşları da yönerge kapsamına dahil etme yetkisini kuşku ile karşılayan yazarlar vardır[25].

Bu direktiflerde "Kamu İhalesini Açan Kurum" tanımlanmış ve ihale süreci dörde ayrılarak (ihale usulünün seçimi, ihale ilanı, yeterlilik incelemesi ve ihale kararı) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu direktiflerin uygulama alanına kamu ihalelerinin tamamı girmemektedir; bu kurallar sadece direktiflerde tespit edilen "eşik değerleri"[26] aşan ihalelere uygulanmaktadır. Gerek Avrupa Birliği direktifleri, gerekse bu direktifleri iç hukuklarına aktaran ülkelerin kamu ihale mevzuatlarında, bu tür ikili bir ayrıma gidilmesi, yani ihale mevzuatı hükümlerinin sadece belirli eşik değerleri aşan ihalelere uygulanması ve eşik değerler altında kalan ihaleler bakımından ilgililerin

---

[24] Avrupa Bakanlar Konseyinin 17.09.1990 tarih ve 90/351/EWG Sayılı Su, Enerji, Ulaşım ve Telekomünikasyon Sektöründeki İhalelere İlişkin Direktifi (ABIEG L 297/1; 29.IO. I990).

[25] Bkz. örneğin **Elbel,** T., Das Recht der öffentlichen Auftrage auf dem Prüfstand des europaischen Rechts, DÖV 1999, 236/237; **(Byok/Jaeger/Rudolf,** Einführung, Nr. 16 dn.55'den naklen). **Bornheim/Stockmann'a** göre, bazı sektörlerde özel hukuk tüzel kişilerinin yapacağı mal ve hizmet alımları ile yapın1 işlerinin de Avrupa Birliği İhale Mevzuatı kapsamına dahil edilmesinin temelinde, devletin özel hukuka tabi teşebbüsler kurarak ihale mevzuatı hükümlerinin uygulanmasını devre dışı bırakması tehlikesine engel olma düşüncesi yatmaktadır; bkz. **Bornheim/Stockmann,** Die neuen Vergabevorschriften - Sind auch private Auftraggeber zur europaweiten öffentlichen Vergabe von Bauauftragen verptlichtet?, 88 1995, s. 579.

[26] Bu eşik değerle, katma değer vergisi hariç, yapım işlerinde 5.000.000 €; merkezi idare tarafından açılan mal ve hizmet alımlarında 130.000 €; merkezi nitelik taşımayan diğer mal ve hizmet alımlarında 200.000 €; sektöre! direktife göre, yapım işlerinde 5.000.000 €; mal ve hizmet alımlarında 400.000 €; Telekomünikasyon sektöründeki mal ve hizmet alımlarında 600.000 €'dur; ayrıntılı bilgi için bkz; **Priep,** s. 174 vd.

ihale hukl!□unun ko_n□r•cu hükümlerinden yararlanma_ im□fınının bulunma. mas□elcştırılmektedır- . Yeri gelmişken hemen belirtelıın kı, 4735 sayılı Ka. mu ihale Kanununun 8. maddesinde yer alan "eşik değerler", Avrupa Birliği direktifleri ve üye devletlerin ihale mevzuatında yer alan "eşik değerler"dcn farklı bir anlama sahiptir: Kamu İhale Kanununun 8. maddesinde belirtilen eşik değerlerin[28] altında kalan ihaleler, Kamu İhale Kanununun kapsamı dı. şında kalmamakta, sadece ilan süresi ve diğer bazı usuller bakımından farklı esaslara tabi tutulmaktadır.

2000 yılı Mayıs ayında Avrupa Parlamentosu bu direktiflerde çeşitli de. ğişiklikler yapılmasını ihtiva eden bir "reform paketi" sunmuştur. Bunun so. nucu olarak, iki yeni direktif 29 Ocak 2004 tarihinde Avrupa Parlamentosunda onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bunlardan ilki, 2004/18/EG sayılı Direktiftir. Bu Direktif ile, klasik sektörlere, yani mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin 3 eski direktif (92/50/EWG; 93/36/EWG; 93/37/EWG) tek bir direktif içerisinde düzenlenmiştir. Ancak tek bir direktif altında yer almalarına karşın, mal, hizmet ve yapım işlerine ilişkin hükümler halen farklılık taşımaktadır. İkinci yeni direktif, 2004/17/EG sayılı Direktif olup, su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektöründe yer alan kuruluşlara ilişkin ihaleleri düzenlemektedir. Bu yeni sektöre! Direktifte, 90/351/EWG sayılı eski sektöre! Direktiften farklı olarak, telekomünikasyon sektörü kapsam dışına çıkarılmıştır. Başka bir deyişle, telekomünikasyon sektöründe yapılacak ihaleler, Direktifin uygulama alanına girmemektedir. Ayrıca bu yeni iki direktifte de "eşik değerler" yaklaşık % 25 oranında arttırılmıştır[29]• Bu yeni direktiflerin temel amacı, ihale usullerinin basitleştirilmesi, modernize edil-

---

[27] **Pietzcker,** Zweiteilung, s. 13 vd.; **Priep,** s. 105/106; **Dreher,** NZBau 2002, s. 421 vd.

[28] Kamu İhale Kanununun 8. maddesinde belirtilen eşik değerler ve diğer bazı maddelerde yer alan parasal limitler, Kamu İhale Kanununun 67. maddesinde verilen yetkiye binaen Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenmektedir. Bu konudaki son güncelleme, Kamu İhale Kurumunun 25.01.2007 tarih ve 26414 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2007/1 No'lu Tebliği ile yapılmıştır.

[29] Bu eşik değerler l Ocak 2006 tarihinden itibaren, katma değer vergisi hariç, yapım işlerinde 5.278.000 €; merkezi idare tarafından açılan mal ve hizmet alımlarında 137.000 €; merkezi nitelik taşımayan diğer mal ve hizmet alımlarında 211.000 €; sektöre! Direktife göre, yapım işlerinde 5.278.000 €; mal ve hizmet alımlarında 422.000 €'dur; bkz. Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission vom 19. Dezember 2005 zur Anderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europaischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Anwendung auf Verfahren zur Auftragsvergabe.

mesi ve esnek hale getirilmesi olup, buna yönelik olarak çeşitli yeni hükümlere yer verilmiştir[30].

Avrupa Birliği hukukunda, sadece ihale esasları ve ihalede takip edilmesi gereken usulleri belirleyen ve yukarıda belirtilen direktiflerin çıkarılması ile yetinilmemiş, ayrıca ihaleye katılacak kişi ve kurumların haklarını korumak üzere, ihtilatların halline (itiraz ve şikayet başvurularına) ilişkin iki direktif çıkarılmıştır. Bunlardan 21.12.1989 tarih 89/665/EWG sayılı Direktif[1] klasik sektörler, yani mal, hizmet ve yapım işlerine; 25.2. l992 tarih 92/13/EWG sayılı Direktif[32] ise, "istisnai sektörler" olarak adlandırılan su, enerji, ulaştınna ve posta hizmetlerine ilişkindir. Kısaca "İhtilaf Direktifleri" olarak adlandırılan bu direktiflerde, iiye devletler, ihale usullerine uy□lmasını denetleyecek bir mekanizma oluşturmakla yükümlü tutulmuşlardır. ihtilafların çözümüne ilişkin bu direktiflerin genel amacı, etkin ve hızlı denetim ve hukuka aykırılıkların giderilmesi mekanizmalarının oluşturulmasıdır. Asgari standart olarak, menfaati ihlal edilen isteklilerin ihtiyati tedbirlerle korunması, hukuka aykırı ihale kararlarının iptali ve tazminat talep etme hakkının tanınması öngörülmüştür[33].

---

[30] Bu yeniliklerden en önemlileri, çerçeve anlaşma yapılabilmesine izin verilmesi, "rekabetçi diyalog", yani ihale öncesi ihaleyi açan kurumun isteklilerle ihale şartlarını müzakere etmesi imkanının öngörülmesi ve elektronik ihale usulünün düzenlenmesidir; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Koppelmann/ Messerschmidt/Kühnen,** Einl., Nr.4; **Rechten,** NZBau 2004, s. 366 vd.; **Wirth/Fischer,** Nr.2 vd.; **Knauff,** M., Die Reform des europaischen Vergaberechts,.EuZW 2004, s. 141 vd.; **Möller,** J.C., Vergaberecht 2006, BauRb 2005, s. 376 vd.; **Prie□,** s. 89 vd.; **Byok/Jaeger/Rudolf,** Einführung, Nr.67 vd.

[31] ABIEG L395/33,30.12.1989.

[32] ABIEG L 76/14,213.3.1992.

[33] 11.05 2006 tarih ve I.P/06/601 sayılı basın duyurusunda Avrupa Birliği Konseyinin bu ihtilaf direktiflerini revize eden yeni bir tasarı hazırladığı belirtilmektedir. Bu tasarıda isteklilere daha iyi hukuki koruma sağlayacak tedbirler yer almaktadır. Buna göre, ihale kararı ile sözleşmenin imzalanması için belirli bir asgari sürenin geçmesi öngörülmektedir. Böylelikle isteklilerin, hukuka aykırı ihale işlemlerine daha çabuk ve etkin bir şekilde itiraz etmesi ve henüz sözleşme imzalanmadan ihale kararının iptali imkanına kavuşturulması amaçlanmaktadır. Tasarının bu düzenlemesi sadece ihaleye çıkan işler bakımından değil, Avrupa Birliği mevzuatına göre son derece istisnai durumlarda söz konusu olan "doğrudan temin" yoluna gidilen durumlarda da uygulanacaktır. Basın duyurusuna göre, bu şekilde gerek kamuoyunda gerekse istekliler nezdinde ihalenin adil bir şekilde yapıldığına ilişkin bir güven duygusunun oluşturulmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

Kamu ihaleleri, bazı uluslararası anlaşmalara da konu olmuştur. Bunlar. dan en önemlisi. Uruguay Turu (Uruguay Rounde; Uruguay-Rundc) sonu. cunda, Fns'm Marckeş kentinde 15.04.1995 tarihinde imzalanan Dünya Ti. caret Örgütünün kuruluşuna ilişkin anlaşmanın ekinde yer alan anlaşmalar. dan biri olan kamu ihalelerine ilişkin anlaşmadır (Agreement on Goverıncnı Procurement-GPA). Türkiye'nin henüz onaylamadığı bu anlaşmada da belir. li bir eşik değeri[33] aşan ihalelerde uygulanacak esaslar tespit edilmiştir[34].

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI ve İNCELEME PLANI

Bu çalışmanın konusunu kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerli. lik şartları oluşturmaktadır. Aşağıda birinci bölümde de ayrıntılı olarak ince. leneceği gibi, idarenin taraf olduğu sözleşmeler, idare hukukuna tabi idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ince. lemenin konusu idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri ile sınırlı olup, idari sözleşmeler üzerinde durulmayacaktır.

İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri incelenirken ağırlıklı olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre ihalesi sonuçlandırılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre akdedilen sözleşmeler esas alınacaktır. Hiç kuşkusuz, 4734 ve 4735 sayılı kanunlara göre yapılan özel hukuk sözleşmelerine ilişkin olarak bu çalışmada varacağımız sonuçlar, ilgili mevzuat veya işin niteliği farklı bir sonuca varmayı gerektirmediği sürece, idarenin taraf olduğu diğer özel hukuk sözleşmeleri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa veya çıkarılan özel kanunlara göre akdedilen özel hukuk sözleşmeleri bakımından da geçerli olacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş ve geçerlilik şartları açısından hangi hukuki rejime tabi olduğu sorunu incelenecektir. Bu bölümde ilk olarak kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği tahlil edilecek ve hangi kurallara tabi olduğu sorunu ele alınacaktır. Daha sonra, sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşme öncesi döneme, yani ihale dönemine ilişkin olarak idari yargıda verilen iptal veya yürütmeyi durdurma kararlarının kamu ihale sözleşmelerinin de kendiliğinden geçersiz hale gelmesine yol açıp açmayacağı tartışılacaktır. Bu sorun, özellikle özelleştirme

---

[34] Merkezi idare tarafından yapılan ihalelerde bu eşik değerleri, mal ve hizmet alımları bakımından 130.000; yapım işleri bakımından 5 milyon "özel çekim hakkı"; diğer kamu ihalelerinde mal ve hizmet alımları bakımından 200.000, bazı sektörlerde 400.000, yapım işlerinde 5 milyon "özel çekim hakkı"dır. "Özel çekim hakkı" (Special Drawing Right; Sonderziehungsrechte) Uluslararası Para Fonu-lMF'nin para birimidir.

[35] GPA'da yer alan bu esaslara ilişkin kısa ve toplu bilgi için bkz. **Byok/Jaeger/Rudolf,** Einführung, Nr. 153 vd.; **Prie,** s. 48 vd.

u□ gulamalarının h11.1-.nıiındığı soıı yıll;ırdn daha da bllyllk bir üiicm kazaıı-mıştır. Bu sonıiıa ilişkiıı olnrak 4734 c 4735 sayılı kanunlanı tabi sözlc□ınc-kr bal-.ımınd:ın tespit cch:ccğ.imiz esnslar, idarenin tarar olduğu diğer özel hul-.u" sö1.lı.:şınclcri için de geçerli olacaktır.

İh.inci böliimdc. knmu ihale sözleşmelerinin imzalanmasından önceki dönemde ortaya çıkan ve özel hukuka ilişkin bazı sorunlar üzerinde durulacaktır. İlk olarak belirli bir iş için ihaleye çıkılmasının, ihaleye katılanlar ve öıı.:llih.lc de ihnlcyi kazanan kişi veya kurum açısından bir sözleşme yapına vnadi olarnk nitelendirilip nitelendirilmeyeceği iizcrinde durulacaktır. Ayrıca ihalenin iptal edilmesinin eya ihale tamamlanmış olmasına rağmen sözleşme imLalaıımama 111111 özel hukuk kökenli bir tazminat talebi hakkı doğurup doğurmayacağı e bu tazminat talebinin hukuki niteliği incelenecektir. İkinci bölümde ele alınacak bir diğer husus, sözleşmenin kuruluşu açısından idareniıı taraf olduğu sözleşmelerin diğer özel hukuk sözleşmelerine göre farklılık nrzcttiği noktalardır. Bu bağlamda kamu ihale sözleşmeleri bakımından icap ve kabul kavramları ile sözleşmenin kurulduğu an üzerinde durulacaktır. Ayrıca sözleşmenin içeriği ve şekline ilişkin sorunlar incelenecektir.

Üçüncü ve son bölümde, kamu ihale sözleşmelerinin hükümsüzlüğü incelenecektir. Bu böliimde kamu ihale sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek butlan ve iptal sebepleri ile yetkisiz temsil üzerinde durulacaktır.

Çalışına, varılan belli başlı sonuçları ihtiva eden bir' sonuç kısmı ile tamam!anacaktır.

KAMll ıılALE SÜZLEŞMF.LERİNİN KlllUlLll□lJNllN "I' <□F.ÇERLİLİ{□İNİN TAUİ OLDUĞU il U Kll Kİ RIC:,JİM

§ I) GENEL OLARAK İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELER ve BUNLARIN TÜRLERİ

l. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELER

Hıugo Grotius, bugün dahi geçerli olan bir ölçütü kullanarak, devletin faaliyetlerini ikiye ayırmaktadır. Bunlardan ilkinde devletin kamu gücü ile donatılmış üstün bir konumda faaliyette bulunması *(acıus regis qua regis)* ve bu faaliyetlerin kamu hukukuna tabi tutulması söz konusu iken, diğerinde özel hukuka tabi şahısların karşısına onlarla eşit konumda çıkmakta ve bu faaliyetleri özel hukuka tabi olmaktadır *(aclıs qui a rege, sed ut quovis alio _fia111)*[1]. Kannı hukuku-özel hukuk ayrımının temelini oluşturan bu kriter, idarenin yaptığı sözleşmeler bakımından da büyük bir önem taşımaktadır.

Hemen belirtelim ki, kamu idaresinin özel hukuk kişileri ile bir sözleşme yapması fikrine başlangıçta karşı çıkanlar olmuştur. Örneğin, ünlü Alınan idare hukukçusu ***Otto Maye/,*** idarenin bir sözleşmenin tarafı olmasının düşünülemeyeceğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, "idare" ve "sözleşme" kavramlarının bir arada düşünülmesi ve birlikte telaffuz edilmesi imkansızdır; çünkü "sözleşme" eşit konumda olan iki tarafın mevcudiyetini gerektirir. Oysa "idarenin" bir gerçek veya tüzel kişi ile eşit konumda olması düşünülemez; zira o üstün bir güç ve bu gücün gerektirdiği üstün yetkilerle donatı!-

---

Flume, s. 34; **Rittner,** ZHR 152 (1988), s. 318. Bkz. ayrıca **Regler,** s. 130: Bu yazar kamu hukuku-özel hukuk ayrımının *Ulpianus 'a* kadar geriye gittiğini be-1irtmektedir.

2 **Mayer,** O. Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR 1888, s. 1 vd., (Kleine Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 1, Beriin 1981), s. 30. Bkz. ayrıca **Pakeerut,** s. 27 vd.; **Schlette,** s. 28 vd; **lmboden,** s. 9 vd.; **Höfling/Krings,** JuS 2000, s. 625; **Lange,** NVwZ 1983, s. 313; **Hafelin/Müller,** Nr.1068; **Klein,** s. 51; **Onar,** C.111, s. 591.

mıştır. İdarenin bir sözleşmenin tarafı olması, deyim yerinde ise, onun bu üstün konumundan vazgeçmesi anlamını taşıyacaktır. Eklemek gerekir ki, bu kavramsal argümanın yanında, idarenin bir sözleşmenin tarafı olamayacağı görüşünün temelinde aslında bir korku da yatmaktadır: İdare hukuku, kökeni çok eskilere dayanmayan, yeni bir disiplindir. Bu disiplinin gelişimini tamamlayıp, bağımsız bir nitelik kazanması, ancak kendisine özgü kavram ve kurumların oluşması ile mümkün olacaktır. Bu anlamda idare hukukuna özgü kurum ve kavramlar, tek taraflı idari tasarruflar, icrai kararlar ve statüler dir. Bir özel hukuk kavramı olan "sözleşmenin"[3] idare hukukuna girişinin bu disiplinin bağımsız niteliğine zarar vereceğinden endişe edilmiştir[4]. Bazı yazarlar ise, bir sözleşmenin mevcudiyeti için irade özgürlüğü esasının geçerli olması gerektiği, buna karşılık idare hukukunda irade özgürlüğünün mevcut olmadığı gerekçesiyle idari sözleşme kavramına karşı çıkmışlardır. Ancak zamanla bu karşı görüşler aşılmıştır ve idarenin tek taraflı işlemler yanında sözleşme de yapabileceği modern hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir[6].

Devlet, ihtiyaç duyduğu mal, hizmet veya diğer edimleri esas itibariyle şu üç yoldan temin edebilir[7]:

- İlk olarak ihtiyaç duyduğu edimi kendisi üretebilir.
- İhtiyaç duyduğu edimi, sahip olduğu üstün gücü kullanarak veya muhafaza ederek temin edebilir. Devletin sahip olduğu üstün güce dayanarak tek yanlı olarak bireylere yükümlülükler yüklenmesine, genellikle savaş ve seferberlik dönemlerinde rastlanır. Devletin bu tür dönemlerde, ya tüm yurt-

---

[3] Hemen belirtelim ki, sözleşmenin bir özel hukuk kurumu olarak nitelendirilmesine karşı çıkan yazarlar vardır. Bu yazarlara göre, "sözleşme" hukukun sadece bir dalının sahiplenebileceği bir kurum olmayıp, hukukun temel bir kurumudur; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Schlette,** s. 11 vd.
Maurer, H., Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten, in: Hermann Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Vertrage und Absprachen, Baden-Baden 1990, s. 18/19; **Klein,** s. 51.

[5] **Burckhardt,** W., Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in: Festgabe zur Feier des Fünfzigjahrigen Bestehen des Schweizerischen Bundesgerichts, Bern 1924, s. 40 vd. Altmışlı yılların başında *Giacometti* ve *Bul/inger* tarafından idari sözleşme kavramına yöneltilen eleştiriler hakkında toplu bilgi için bkz. **Pakeerut,** s. 79 vd.

[6] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schlette,** s. 56 vd. Alman Hukukundaki idari sözleşme (Verwaltungsvertrag) ile Fransız Hukukundaki idari sözleşme (contrat administratit) kavramları arasındaki ilişki ve farklılıklara ilişkin son derece ilginç tespitler için bkz. **Pakeerut,** s. 90 vd. Fransız Hukukunda idari sözleşme kavramının tarihçesi hakkında bkz. **lmboden,** s. 17 vd.

[7] **Rittner,** ZHR 152 (1988), s. 319/320. Karş. ayrıca **Renner/Rubacb-Larsen/Sterner,** NZBau 2007, s. 411; **Regler,** s. 28.

taşlar için öngöreceği genci bir hizıncı yUkllınlllliğli söz konusu olur ya da belirli bir şahıstan ihtiyaç duyduğu edimi ifa etmesini ister. Bazen de devletin ihtiyaç duyduğu edimi temin etmesi, tek taranı bir idari tasarrufa değil, özel hukuk kişileriyle yaptığı sözleşmelere dayanır□ ancak bu sözleşmelerde idare kamu hukukundan doğan üstün konumunu tamamen veya kısmen muhafaza eder. İdari sözleşme olarak adlandırılan bu sözleşmeler üzerinde aşağıda tekrar durulacaktır.

- Devlet, ihtiyaçlarını özel hukuka tabi hukuki işlemler ve özellikle de sözleşmeler ile karşılayabilir.

Kamu ihaleleri ile devlet, ihtiyaçlarını sözleşme ile karşılamaktadır. Ancak bunu yaparken, yukarıda belirttiğimiz ikinci yolu, yani idari sözleşme biçimini kullanması, ya da üçüncü yolu seçmesi, yani özel hukuk sözleşmesi yapması söz konusu olabilir. Kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme mi, yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu hususu aşağıda(§ 2/11) ayrıca incelenecektir. Burada, ister idari sözleşme, ister özel hukuk sözleşmesi olsun, idareyi bir sözleşme yapmaya sevk eden nedenler üzerinde kısaca durulması yararlı olacaktır:

İdareyi bir sözleşme yapmaya sevk eden birinci ve en önemli neden, idarenin ihtiyaç duyduğu edimleri tek taraflı idari tasarrufla temin etmesine imkan tanıyan yasal bir temelin bulunmamasıdır[8]. İdarenin tek taraflı idari bir kararla, kamu hizmetlerini yürütebilmesi için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri üçüncü şahıslardan temin etmesine imkan tanıyan yasa hükümleri istisnaidir ve bunlara genellikle savaş ve seferberlik dönemlerinde rastlanır. Bu tür istisnai durumlar dışında, idarenin ihtiyaç duyduğu edimleri tek yanlı bir idari kararla tedarik etmesi genellikle mümkün değildir. Bu nedenle idare ihtiyaç duyduğu mal ve edimleri tedarik etmek için, özel hukuk alanında faaliyet gösteren kişi veya kurumların işbirliğine, daha açık bir ifade ile, onlarla bir sözleşmeye yapmaya muhtaçtır. İkinci olarak, ihtiyaç duyulan edimlerin teminine ilişkin taraflar arasında sürekli bir ilişkinin kurulmasında, hem idarenin hem de sözleşmenin diğer tarafının menfaati bulunabilir[9]. Böylelikle idare açısından, belirli bir süre ihtiyaç duyduğu edimleri ne şekilde karşılayacağı kaygısını ortadan kaldıran bir hukuki temel meydana getirilmiş olur.

il. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ

İdarenin kamu hizmetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu edimleri temin etmek amacıyla gerçek veya tüzel kişilerle yaptığı sözleşmelerin tamamı, aynı karakteri haiz değildir. İdare hukuku literatüründe yerleşmiş bir de-

---

8 **Hafelin/Müller,** Nr.l077; Karş. ayrıca **Günday,** s. 166.

9 **Hafelin/Müller,** Nr. l076.

·im ile "idarenin sözkşmclcri". tabi oldukları hukuki rejim açısından, "idıiri sözlt'şmeler" ve "özel hukuk sözleşmeleri" olmak iizerc ikiye ayrılır:

A) İDARİ SÖZLEŞMELER

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden, kamu hukukuna tabi olanları "idari sözleşme" olarak adlandırılmaktadır. İdari sözleşmelerin tanımına Türk ıncv. zuatında rastlanmaz. Buna karşılık Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu. nun 5-t. paragrafında, idari sözleşmeler, "kamu hukuku sahasında kurulan, değiştirilen veya sona erdirilen sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır[10]. Türk Hukukunda idari sözleşmelerinin en önemli örneğini "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri'□oluşturmaktadır[11].

İdari sözleşmeler, iki taraflı bir hukuki işlem olması noktasında, idari ka. rarlardan ayrılmaktadır. Kamu hukukuna da tabi olsa, idari sözleşmelerde hem idare hem de sözleşmenin diğer tarafı bakımından çeşitli hak ve yüküm'. lülükler doğmaktadır. Oysa idari kararlar, kamu gücüne dayanan tek taraflı hukuki işleınlerdir[12]. Bazen bir idari kararın çıkarılmasına, özel huk_□ka tabi gerçek veya tüzel kişinin katkıda bulunması söz konusu olabilir. Orneğin, idari karar, gerçek veya tüzel kişinin başvurusu üzerine çıkarılmış ya da çı-karılan bir idari karara gerçek veya tüzel kişi muvafakat etmiş olabilir. Ancak bu tür durumlarda dahi, özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişinin bu idari kararın içeriğini belirleme hususunda, idari sözleşmelerde olduğu kadar söz hakkı bulunmamaktadır[13].

İdari sözleşmeler, bir başka tek taraflı idari işlem olan idarenin düzenleyici işlemlerinden[14], hem iki taraflı bir hukuki işlem olması, hem de somut bir hukuki ilişkiyi düzenleyici yönüyle farklıdır. Düzenleyici işlemler, somut bir hukuki ilişkiyi düzenlemeyip, genel nitelikte kurallar ihtiva ederler[15].

---

[10] **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwVfG, Nr. l vd.; **Lange,** NVwZ 1983, s. 313. Türk Hukukunda **Günday,** (s. 166), idari sözleşmeleri, "İdarenin İdare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmeleri" olarak tanımlamaktadır.

[11] İdari sözleşmelerin diğer türleri hakkında bkz. **Gözler,** s. 439 vd.; **Günday,** s. 175 vd.; **Onar,** C.111, s. 1595 vd.

[12] **lmboden'e** göre, idari kararlar (tasan-uflar), hukuki işlem dahi sayılmazlar; idari tasarruflarla hukuk somut bir şekilde icra edilir; bkz. **lmboden,** s. 38/39.

[13] **Hafelin/Müller,** Nr. l053/1054. İdari kararlar ile idari sözleşmeler arasındaki ilişki hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Pakeerut,** s. 48/49.

[14] Kavram hak.kında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler,** s. 397 vd.; **Günday,** s. 99 vd.

[15] **Hafelin/Müller,** Nr.1055.

B) İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olması da mümkündür. Bu takdirde, gerek sözleşmenin kuruluşunun gerekse ifasının özel hukuk esaslarına ve Borçlar Kanununa tabi olması gerekir. Ancak sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen, sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde çok sayıda idari nitelik taşıyan karar bulunduğu, çoğu zaman bir ihale süreci yaşandığı için, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde, özel hukuka tabi iki kişinin yaptığı sözleşmelerde söz konusu olmayan bir dizi hukuki sorun ortaya çıkmaktadır. Esasen bu çalışmanın ana konularından birini de bu sorunlar oluşturmaktadır ve aşağıda yeri geldiğinde ayrıntılı bir biçimde incelenecektir.

III. İDARİ SÖZLEŞME-ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ AYRIMINDA KULLANILAN KRİTERLER ve BU AYRIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari sözleşmeler, idare hukukunun en sorunlu alanlarından birini oluşturmaktadır[16]. Özellikle idari sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Bu ayrımda kullanılan kriterler, idarenin taraf olduğu her iki sözleşme tipini birbirinden ayırmada çoğu zaman yetersiz kalmaktadır[17]. Hemen hemen her bir kriter bakımından, söz konusu kriterin yetersiz kaldığı bir örnek bulmak mümkündür. Bu çalışmanın asıl konusunu oluşturmamakla beraber, doktrin ve uygulamada idari sözleşmeleri idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etmek için kullanılan kriterlere kısaca göz atmak yararlı olacaktır[18]:

İdari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımında, ilk olarak, kanunda sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı

---

16 **Tekinsoy,** "İdari sözleşmeler, herkesin var olduğunu bildiği ama belirli bir kısım örnekleri (özellikle de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) dışında bulmakta zorluk çektiği bir hukuksal kurum niteliğindedir" dedikten sonra şöyle devam etmektedir: "İdari sözleşmelerin 'kamu hukukunun en ümitsiz bölümlerinden biri olduğu' görüşü sebepsiz değildir." bkz. **Tekinsoy,** s. 183.

17 Karş. **Klein,** s. 1O.

18 Hemen belirtelim ki, bu kriterlerin kullanılması sonucunda, idarenin taraf olduğu sözleşme, ya "idari sözleşme" olarak nitelendirilip kamu hukukuna tabi tutulacak ya da "özel hukuk sözleşmesi" olarak kabul edilip özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Doktrindeki hakim görüş, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin kısmen kamu hukukuna kısmen özel hukuka tabi tutulmasını, başka bir ifade ile, sözleşmenin kısmen idari sözleşme kısmen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildiği karma sözleşme biçimini reddetmektedir; bkz. **Klein,** s. I ı; **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwVfG, Nr. 77; karş. ayrıca **Stelkens,** s. 729 vd.

arnştırılınaktndır[19]. özleşmenin hukuki niteliğinin kanunla belirlenmesi, açık , C) a ört ilHl bir şd,ildc gerçekleşebilir. Kanunun sözleşmenin hukuki niteliği. nin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğunu öngördliğU duruın. larda açık belirleme söz konusudur[20]. Buna karşılık, sözleşmenin hukuki ni. teliği ve uygulnnacak hükümlerden bahsetmeksizin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümii için görevli yargı organlarının öngörülmesi duru. munda dolaylı bir belirlemeden söz edilmektedir. Buna göre, ihtilafların idari yargıda çözüleceği düzenlenmişse"idari sözleşme", adli yargıda görüleceği veya tahkime gidilebileceği öngörülmüşse özel hukuka tabi bir sözleşmenin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Eğer kanundan bir sözleşmenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılıyorsa artık başkaca bir hususun araştırılmasına gerek kalmayacağı için sorunun çözümünün basit olduğu ifade edilmektedir[21].

Hemen belirtelim ki, Türk Hukuku bakımından, sözleşmenin hukuki niteliğinin kanunla belirlendiği durumlarda dahi, ortaya bazı sorunlar çıkmak. tadır. İlk olarak, bazen kanun koyucunun bu tür bir nitelik belirlemesi yap. masına anayasal mülahazalarla karşı çıkılmıştır. Bunun en tipik örneğini, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" oluşturmaktadır. 3996 sayılı Kamın, "köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri-

---

19 **Hafelin/Müller,** Nr.!057; **Tekinsoy,** s. 185.

20 Kanunun açıkça idari sözleşme olarak düzenlediği hukuki ilişkilere örnek olarak, 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanunun ve 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanunun, idare ile ilgililer arasında yapılacak olan sözleşmelerin idari sözleşme olduğunu öngören hükümleri; yine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 34. maddesi gösterilebilir. Bunun tam tersi, yani kanunun idarenin taraf olduğu sözleşmenin açıkça özel hukuka tabi olduğunu öngörmesi de söz konusu olabilir. Örneğin Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5. maddesine göre "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir". 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3. maddesine göre "Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir". Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler,** s. 432; **Tekinsoy,** s. 186.

21 **Gözler,** s. 431/432; **Günday,** s. 168.

nin vcyn ynbnncı şirketlerin g{\rcvlcndirilıncsinc ilişkin usul ve csııslnrı" dllzcnlcmektedir (m. 2). Bu Knnunun 1999 yılında ynpılın değişikliklerden önceki metninde şu dUzcnleme yer nlmnktnydı: "Yllksck Planlnnrn Kurulunca belirlenen idare ile serınnyc şirketi veyn ynbnncı şirket arnsında imtiyaz tc□kil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. 13u sözleşme özel hukuk hOkllınlerinc tabidir". Ancnk Anayasa Mahkemesi, kanundaki bu açık nitelendirmeyi yeterli görmemiş, 3996 sayılı Kanuna göre yapılacak sözleşmelerin konusunu oluşturacak işleri. idari sözleşme-özel hukuku sözleşmesi ayrımında göz öniinde tutulan ve aşağıda inceleyeceğimiz kriterler açısından değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi yap-işlet- devret olarak adlandırılan bu sözleşmelerin aslen imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ve bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasının, "idari nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkarılması" anlamına geleceği gerekçesiyle, 3996 sayılı Kanunun 5. maddesini iptal etmiştir[22]. Gerçi 1999 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerden sonra 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile iptal edilen bu hüküm yeniden ihdas edilmiştir. Ancak yine de bu örnek, Ulkemizde, bir kanun hükmü ile sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin tartışmaları sona erdirmediğini açıkça gözler önüne sermektedir.

Öte yandan Türk Hukukunda son yıllarda gerçekleşen değişiklikler sonucunda, kanunun dolaylı bir belirleme yaptığı, yani uyuşmazlıkları çözmekle görevli mahkemeyi belirlediği durumlarda sözleşmenin hukuki niteliğini tartışmaya artık mahal kalmadığı yönündeki tespit de kuşkulu hale gelmiştir. Biraz önce belirtildiği üzere, kanunda uyuşmazlıkların idari yargıda çözüleceğinin öngörüldüğü durumlarda idari sözleşmenin, adli yargıda çözüleceğinin ya da tahkime gidilebileceğinin öngörüldüğü durumlarda özel hukuka tabi bir sözleşmenin mevcudiyetinin kabulü gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu kriter de artık kesin bir kriter olmaktan çıkmıştır. Zira 1999 yılında Anayasanın 125. maddesinde 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinde dahi tahkim kaydına yer verilebileceği öngörülmüştür. Bu nedenle idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların mutlaka idari yargıda görüleceği ve dolayısıyla idari yargının görev alanı dışında kalan bir idari sözleşmenin söz konusu olamayacağı ya da tahkim kaydı ihtiva eden bir sözleşmenin mutlaka özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı ileri sürülemeyecektir. Görüldüğü gibi, sorunun çözümünün en

---

[22] Anayasa Mahkemesi'nin, 28.6.1995 T., 1994/71 E., 1995/23 K., sayılı kararı (AMKD, S. 32, C. 1, s. 144 vd.). Bu iptal kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Gözler,** s. 432: "Anayasa Mahkemesinin bu kararı tamamıyla yanlıştır. Kanun koyucu çıkardığı bir kanunla bir sözleşmeyi özel hukuk hükümlerine tabi tutabilir ve keza istediği bir sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların adlı yargıda çözülebileceğini öngörebilir".

kolay olduğu ileri sürülen kanunla belirleme ihtimalinde dahi idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesi arasındaki çizgi belirsiz hale gelmiştir.

Kanunla sözleşmenin hukuki niteliğinin doğrudan veya dolaylı bir şekilde belirlendiği durumlarda dahi hal böyle iken, kanunda bu konuda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda sorunun büsbütün içinden çıkılmaz bir hal alacağını tahmin etmek hiç de güç değildir. Esasen kanun ile idarenin taraf olduğu sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi fazla rastlanan bir durum değildir. Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmayan bu tür durumlarda, doktrin ve uygulamada geliştirilen bazı kriterler yardımıyla sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesine çalışılmaktadır.

Bugün artık kullanılmayan bir kritere göre, sözleşmenin taraflarından birinin bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğu durumlarda sözleşmenin kural olarak idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir[23]. Bu görüş, bu gün artık terk edilmiş olan, idarenin sadece idare hukuku alanında faaliyette bulunacağı, özel hukuk sözleşmesi biçimini kullanma yetkisinin bulunmadığı anlayışına dayanmaktadır[24]. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, idarenin idari sözleşme yanında özel hukuk sözleşmelerinin de tarafı olacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin taraflarından birinin kamu hukuku tüzel kişisi olması, sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayacaktır[25]. Hatta, sözleşmenin sadece bir tarafının değil, her iki tarafının da kamu hukukuna tabi tüzel kişi olduğu durumda dahi, sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığının kabulü zorunlu değildir. İki kamu hukuku tüzel kişisinin, faaliyetlerinin kamu hukukuna tabi olmadığı alanlarda, özel hukuk sözleşmesi yapması mümkündür[26]. Ayrıca karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, özel hukuka tabi iki taraf arasında yapılan bazı sözleşme-

---

23 **Pestalozza,** C., Formen Missbrauch des Staates, München 1973, s. 173/174.

24 **Lange,** VwZ 1983, s. 314; **Bürgi;** Rechtsregime, Nr.21. Bkz. ayrıca **Tekinsoy,** s. 192:"idarenin sözleşmeleri arasından bir kısmının idari sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı araştırıldığına göre, idarenin her türlü sözleşmesinde olduğu gibi idari sözleşmelerde de taraflardan birinin idare olması normaldir. Bu nedenle de, kamu tüzel kişisişartı, idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri bakımından ayırdedici bir ölçüt olma özelliği göstermez. Ancak bu şart genel olarak idari sözleşmenin organik ölçütü olarak kabul edilebilir. Önkoşul niteliğindeki bu ölçüte göre sözleşmenin taraflarından *en az birinin* idare olması gerekir."; **Kutlu,** s. 26.

25 **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwVfG, Nr. 76; **Hafelin/Müller,** Nr. 1060; karş. Ayrıca, **Gözübüyükffan,** C.I, s. 523: "Ancak bu unsur belirleyici bir unsur sayılamaz; zira idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapma olanağı da bulunmaktadır. Bir başka deyişle, taraflardan biri idare olan her sözleşme idari sözleşme değildir".

26 **Gözler,** s. 433/434; **Tekinsoy,** s. 193.

leri idari sözleşme olarak nitelendiren hukuk sistemlerinin olduğu görülmektı!dir[7].

Günümüzde hakim olan görüş. sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi mi, yoksa idari sözleşme mi olduğu incelenirken, sözleşmenin içeriğinden hareket etmektedir[8]. Bu noktada sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar ihtiva edip etmediği veya idarenin karşı tarafa göre üstün bir konumda olup olmadığı araştırılmaktadır.

Kamu hizmeti ölçiitüne göre, eğer idarenin taraf olduğu sözleşmenin konusu idarenin yerine getimıekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti ise sözleşme idari bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir[29]. Ancak bu kriter de idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden kesin çizgilerle ayırt etmekte yetersiz kalmaktadır. Çünkü tüm dünyada kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleşmeleri ile üçüncü şahıslara gördürülmesine imkan tanıyan bir eğilim gözlemlenmektedir. Buna göre, idare kamu hizmetlerini üçüncü şahıslara gördürürken idari sözleşmeler yapabileceği gibi, özel hukuka tabi sözleşmeler yapması da müınkündür[30]. Özellikle 1999 yılmda Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile "kamu hizmeti" kriteri tek başına idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerden ayıran bir kriter olma özelliğini kaybetmiştir[31]. Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir". Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin mutlaka idari sözleşme niteliği taşıyacağını iddia etmek artık mümkün olamayacaktır.

---

27 İsvıçre Hukuku için bkz. **Hafelin/Müller,** Nr. I I00; **Klein,** s. I I; Alman Hukuku için bkz. **Lange,** NVwZ 1983, s. 32 I; Fransız Hukuku için bkz. **Tekinsoy,** s. 194: Bu yazara göre, GSM mobil telefon hizmetleri alanında faaliyet gösteren özel hukuka tabi şirketlerin bu faaliyetleri idari nitellik taşıyan bir imtiyaz sözleşmesine dayandığı için, birbirleriyle yaptıkları arabağlantı sözleşmelerinin de imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde, Türk Hukukunda da, taraflarının ikisi de özel hukuk kişisi olan bir idari sözleşme türünün ortaya çıktığı söylenebilir.

28 **Gözler,** s. 434; **Günday,** s. 168; **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwYfG, Nr. 76; **Schlette,** s. 112 vd; **Lange,** NVwZ 1983, s. 314; **Klein,** s. 1 1; **Regler,** s. 138; **Kutlu,** s. 27.

29 **Hafelin/Müller,** Nr.1058; **Kutlu,** s. 227/28. Kamu hizmeti ölçütü hakkında daha ayrıntılı bilgi için, bkz. **Bilgen,** s. 37 vd., s. 69 vd.; 112 vd.; **Tekinsoy,** s. 196 vd.

30 **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwYfG, Nr. 76.

31 Benzer yönde **Ulusoy,** A.D., Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ankara 2004, s. 72: "Bu değişiklikle mevcut sistemimizdeki kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki hassas denge bozulmuş ve hukuksal bir karmaşaya davetiye çıkarılmıştır".

"Özel hukuku aşan şartlar" veya "idarenin karşı tarafa göre üstUn ve ay. ncalıkh konumda olması" ölçi1tleri[32] de söz konusu ayrımı tatmin edici bir biçimde gcrçekleştinnede yetersiz kalmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, bir sözleşmenin "özel hukuku aşan şartlar" ihtiva etmesi veya "sözleşmenin özet hukuku aşan bir hukuksal rejime tabi" olması, idarenin taraf olduğu bir söz. !eşmeyi "idari sözleşme" olarak nitelendirebilmek için yeterli değildir[33]; ola. maz. Kanımca, özel hukuk açısından değerlendirildiğinde "özel hukuku aşan şart" veya "özel hukuku aşan hukuksal rejim" ifadelerinin herhangi bir anlamı yoktur. Türk Özel Hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddedeki sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, tarafların bir özel hukuk sözleşmesinin içeriğini serbestçe belirlemesi müm. kündür. Borçlar Kanunu hükümlerinin neredeyse tamamı düzenleyici niteliktedir ve tarafların yapacakları sözleşmede bu düzenleyici nitelikteki hüküm.)erden farklı bir düzenlemeye gidebilmeleri imkanını bizzat Borçlar Kanununun kendisi öngörmektedir. Daha açık bir ifadeyle, sözleşme özgürlüğünü, yani öngördüğü düzenleyici hükümlerin sadece tarafların aksine bir anlaşma yapmamaları halinde uygulanacağını kabul eden bir özel hukuk sist_eminde, •'özel hukuku aşan şart" deyimi kavramsal bir çelişki oluşturacaktır. idarenin doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmede, hizmet gereklerini göz önünde tutarak sözleşmede dilediği gibi bir düzenleme yapmasının önünde özel hukuk açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

BK.m. 19/20 hükümlerinde sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı, bu nedenle özel hukuk sözleşmelerinde kamu ihtiyaçlarının özelliklerine uygun bir düzenlemeye yer verilmesinin mümkün olamayacağı da, idari sözleşme biçiminin tercih edilmesine bir gerekçe olarak kullanılamaz. Çünkü BK. m.19/20 hükümlerinde sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, yani sözleşmenin içeriğinin kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, ahlaka aykırı veya imkansız olmaması şeklindeki kurallar, sadece özel hukuk sözleş□eleri için değil, hiç kuşkusuz, idari sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Orneğin, emredici bir hukuk kuralına aykırı bir sözleşme, hem özel hukukta hem de kamu hukukunda geçersiz bir sözleşmedir[34].

---

[32] Fransız Hukukunda geliştirilen ve Türk doktrin ve içtihatlarında da kullanılan bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilgen,** s. 53 vd., s. I O I vd. ve s. 127 vd.; **Gözler,** s. 435; **Gözübüyük/Tan,** s. 435; **Günday,** s. 169/170; **Tekinsoy,** s. 201 vd.; **Kutlu,** s. 28 vd.

[33] **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwVfG, Nr. 76.

[34] Karş. **Tekinsoy,** s. 202: "Özel hukuk alanında hukuka aykırı ama kamu hukuku alanında hukuka uygun olabilecek şartlar çok sınırlıdır ve çoğunlukla özel hukuku aşan şart, özel kişiler arası ilişkilerde mümkün ya da alışıldık olmayan bir şart anlamına gelir". Başka görüşte, **Schumacher,** Nr. 1762: Bu yazara göre,

Özel hukuku aşan şartlar veya idarenin sözleşmenin karşı tarafına göre üstün bir konuma sahip olması kriterinin uygulanmasma ilişkin olarak verilen önıeklerin. özel hukuk açısından bakıldığında, tam olarak ikna edici olduğunu söylemek güçtür. Bir idari sözleşmede yer alabildiği halde, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların serbest iradeleri ile kararlaştıramayacakları şartlara örnek olarak şunlar gösterilmektedir: İlk olarak sözleşme konusu borcun cebri icrasının veya bir tarafa vergi muafiyetleri tanınmasını öngören bir hükmün niteliği gereği özel hukuk sözleşmelerinde yer alamayacağı belirtilmektedir[35]. Sözleşme konusu borcun cebri icrasına ilişkin kayıtla ne kastedildiği tam olarak açık değildir. Akla iki ihtimal gelmektedir: İlk olarak bu tür kayıtlarla, idarenin alacağını yargısal yollara başvurmaksızın tahsil edebilmesi kastedilmiş olabilir[36]. Ancak bir alacağın, ifa edilmemesi halinde, yargısal yollara başvurmadan tahsili, ihkakı hak anlamını taşır ve bunun sadece özel hukuk sözleşmelerinde değil, idari sözleşmelerde de mümkün olmaması gerekir. Yok eğer bu tür kayıtlarla bir alacağın farklı bir yargılama veya tahsil usulüne tabi olması, örneğin idari sözleşmelerde idarenin alacakları bakımından Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun uygulanması kastediliyorsa, bu dahi bir sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirmek için yeterli olmayacaktır: Çünkü Türk mevzuatında bunun aksine sonuçlar çıkarılabilecek bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten de 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 12. maddesinin "g" bendinde, "BOTAŞ' ın doğal gazla ilgili alacakları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır" hükmü yer almaktadır. BOTAŞ özel hukuka tabi bir anonim şirket olmasına ve yaptığı sözleşmeler bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımasına rağmen, alacaklarının tahsili bakımından 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaktadır.

Özel hukuk sözleşmelerinde vergi muafiyetlerine yer verilemeyeceği, buna karşılık idari sözleşmelerde bunun mümkün olduğu iddiası ile de neyin kastedildiği belli değildir. Eğer bununla, bir bütün olarak sözleşme konusu faaliyetin vergiden muaf olacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi kastediliyorsa, kanımca objektif nitelikte bir hukuk normu (kanun, tüzük veya yönetmelik) ya da idarenin genel nitelikte bir düzenleyici işlemi bulunmadığı

---

kamu hukukundaki emredici kural sayısı özel hukuka göre daha fazladır. Kanımca, bu son anılan yazar, özel hukuk sözleşmeleri bakımından da kamu hukukundaki emredici hukuk kurallarının sözleşmenin geçersizliğine yol açabileceği gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Aşağıda ili. Bölümde inceleneceği üzere, BK. m. 19 anlamında sözleşmenin geçersizliğine yol açacak emredici hukuk kurallarının kapsamına kamu hukukundaki emredici kurallar da dahildir.

35 Bkz. **Gözler,** s. 435.

36 Örneğin **Tekinsoy,** s. 203, Conseil d'Etat kararlarında bu ifadenin kullanıldığını bildirmektedir.

sürece, böyle bir şeyin idnri sözleşmeler bakımından da mümkün olamaması gerekir. Yok eğer bu ifadeyle, sözleşme konusu faaliyetten doğan vergi yu. 1-..iinc taraflardan birinin katlanması veya taraflardan birinin vergi ödemekten kuı1ulması kastediliyorsa, aynı sonuca özel hukuk mekanizmaları ile de ulaşılması mümkündür. Zira tarafların özel hukuk sözleşmelerinde, bir yan edim olarak vergi mükellefiyetinin idareye veya sözleşmenin diğer tarafına ait olacağını kararlaştırmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Özel hukuku aşan şartlara örnek olarak ayrıca, idareye özel kişi üzerinde denetleme, özel kişinin uygulayacağı fiyat tarifesini tespit etme, çalışma saatlerini belirleme, diğer sözleşmeci taraf üzerinde yaptırım uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme yetkilerinin tanınması; sözleşmeci özel kişiye belirli faaliyetler için izin alma yükümlüğü getirilmesi gösterilmektedir. Bu tür kayıtların tarafların eşitliğine aykırı nitelik taşıdığı gerekçesiyle özel hukuk sözleşmelerinde yer alamayacağı, buna karşılık idari sözleşmelerde kamu yararının korunmasına hizmet eden bu tür kayıtlara yer verilebileceği ileri sürülmektedir[37].

Kanımca bu tür kayıtlara özel hukuk sözleşmelerinde yer verilemeyeceği iddiası, bir *petitio principii* niteliği taşımakta ve özel hukuktaki "tarafların eşitliği" ilkesinin yanlış bir şekilde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü ve taraflarm eşitliği ilkelerinin anlamı, tarafların bir sözleşmenin yapılması esnasında, bu sözleşmeyi yapıp yapmama veya içeriğini belirleme hususunda özgür ve eşit olması, hiçbirinin diğerini bu hususta zorlayamamasıdır. Esasen idari sözleşmeler bakımından da, sözleşmenin kurulması anında, idare ile sözleşmenin karşı tarafı arasında kural olarak bir eşitlik mevcuttur. Eğer taraflar, sözleşmenin kurulması anında eşit değil ve sözleşmenin diğer tarafı idarenin karşısında "ast" konumunda bulunuyorsa, kavramsal olarak bir sözleşmeden değil, tek taraflı bir idari tasarruftan söz edilebilir[38].

Sözleşmenin yapılması esnasında eşit ve özgür olan tarafların, bu sözleşmenin içeriğini düzenlerken eşitliği bozmaları, taraflardan birine, diğerine oranla üstün bir hukuki konum tanımaları, BK. m.19-21 hükümleri saklı kalmak kaydıyla mümkündür. İdare hukukunda, idari sözleşmelerde dahi idarenin tek yanlı üstün konumunu kullanırken, sözleşmenin mali dengesini bozmaması ve diğer tarafın uğrayacağı zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de, idarenin, karşı tarafın zararını tazmin etmek

---

37 **Gözler,** s. 435; karş. ayrıca **Bilgen,** s. 127 vd.; **Gözübüyük/Tan,** s. 435; **Onar,** C.IJI, s. I595 vd.

38 **Hafelin/Müller,** Nr.l060; **Schumacher,** Nr.1754.

kaydıyla. knmu hizmetlerinin ve kaniu yararının gerektirdiği hu tek yanlı yetkileri kendi inde tutmasının, özel hukuk ilkelerini ihlal edici bir yanı bulunmamaktadır. Buna göre özel hukuk sözleşmelerine de konacak hükümlerle, karşı tarafın uğrayacağı zararları veya üstleneceği ek külfetleri karşılamak kaydıyla. idarenin kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde, tek yanlı talimat erme, sözleşme konusu işin kapsamında değişiklik yapma (iş artırımı veya eksiltilmesi) veya sözleşmeyi tek yanlı olarak feshetme yetkisini[39] saklı tutmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[40]. Aynı şekilde, fiyatı belirleme yetkisinin sözleşmenin tarafı olan idareye veya sözleşme dışında bulunan başka bir kamu tüzel kişisine bırakılması da, sözleşmenin özel hukuk niteliğine bir zarar vermeyecektir. Hatta bazen sadece idare ile özel hukuka tabi şahıslar arasında yapılan sözleşmelerde değil, sözleşmenin her iki tarafının da özel hukuk kişisi olduğu durumlarda tarifeler bir idari makam tarafından düzenlenmekte veya onaylanmaktadır. Örneğin, elektrik, petrol ve doğal gaz alanmda bu yetki, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna[41] verilmiştir.

Görüldüğü üzere, özel hukuku aşan şartlar kriteri, idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etmekte çoğu zaman yetersiz kalmaktadır[42]. Bu

---

[39] İdarenin tek yanlı fesih yetkisinin idari sözleşmelerde taşıdığı önemi vurgulamak için özellikle idari nitelikteki imtiyaz sözleşmelerinde söz konusu olan Raşa (Rachat; bay-out) imkanına işaret edilmektedir. Raşa, imtiyaz sözleşmelerinin devamı esnasında idarenin imtiyazın bütün tesisatı ile birlikte satın alınması ve imtiyazın sona erdirilmesine ilişkin verdiği karar olarak tanımlanmaktadır; bkz. **Onar,** C.111, s. 1641. Hemen belirtelim ki, aynı kayda özel hukuk sözleşmelerinde de yer verilmesi mümkündür. Nitekim idarenin son zamanlarda yapişlet-devret modeliyle yaptığı ve özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan çok sayıda sözleşmede bu tür kayıtlara yer verilmektedir.

[40] Karş. **Balta,** T.B., İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1968, s. 190: "Bir sözleşmede kamu hukukuna bağlı (...) şartların bulunması ona idari nitelik veremez. Çünkü sözleşmenin idari oluşu onun bütünü ile idare hukukuna bağlı olması sonucu doğurur. Sözleşmede kamu hukukuna ait bir kısım şartların bulunuşu böyle bir sonuç çıkarmaya yetmez. Nitekim benzer şartlar özel hukuk sözleşmelerinde de yer alabilir. Böyle bir durum sadece ilgili sözleşmenin kamu hukukuna bağlı bir takım şartları kapsadığı anlamına gelir".

[41] 4628 sayılı Kanunla Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuş, daha sonra 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunuyla da Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu adını almıştır. Kuruma, 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile petrol piyasasını, 5307 Sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ile de sıvılaştırılmış petrol gazları piyasasını düzenleme ve denetleme görevleri verilmiştir.

[42] **Tekinsoy'un** bildirdiğine göre, son zamanlarda Fransız Hukukunda "özel hukuku aşan şartlar" kriteri yerine "özel hukuku aşan hukuki rejim" kriteri kullanıl-

şartlara_kural olarak özel hukuk sözleşmelerinde de yer verme imkanı ıncv. cuttur. idarenin taraf olduğu idari sözleşmelerde idarenin bu tür tek yanlı ycı. kilerinin, sözleşmede herhangi bir düzenleme olmasa dahi mevcut olduğu'l bu nedenle idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasmda en azında,; bu yönüyle bir fark olduğu ileri sürülebilir. Gerçi, iki sözleşme türü arasında bu noktada bir fark olduğu kabul edilebilir; ancak yukarıdaki açıklamalar ile varmaya çalıştığım sonuç, özellikle idari ve sınat kamu hizmetlerine[44] ilişkin olarak. "idari sözleşme" biçiminin vazgeçilmez olmadığı, benzer sonuçlara özel hukuk kavram ve kurumları ile de ulaşmanın mümkün olduğudur.

Türk yargı uygulamasına göz atıldığında, idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımında, yukarıda incelediğimiz kriterlerin küınülatif bir biçimde arandığı görülmektedir[45]. Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık 1994 tarihli kararında şöyle denmektedir:

·'Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir"[46].

Benzer esaslara Danıştay l O. Dairesi'nin 29.4. l 993 tarihli kararında da yer verilmektedir:

"Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir"[47].

---

maktadır. Özel hukuku aşan hukuksal rejim, "tarafların iradesinden bağımsıı', "objektif düzen" olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinsoy,** s. 204/205. Kanımca "özel hukuku aşan şart" kriteri gibi "özel hukuku aşan hukuksal rejim" krite□i de bu ayrımı anlaşılabilir kılmaktan uzaktır. Özellikle, endüstriyel ve ekonomik kamu hizmetleri alanında, bir sözleşmeyi ve bu sözleşmenin içeriğini düzenleyen kamu hukuku kökenli objektif hukuk kurallarına çok sıklıkla rastlanmaz. Bu alandaki objektif nitelikteki hukuk kuralları, daha ziyade sözleşmenin kurulmasından önceki aşamayı düzenlemektedir. Sözleşmenin ku: rulmasından önceki aşamayı düzenleyen hukuk kuralları kamu hukuku kökenlı olsa bile, bu durum daha sonradan yapılacak sözleşmenin idari sözleşme sayılması sonucunu doğurmayacaktır. Bu hususlar ve özellikle kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği, bir sonraki paragraf altında aynca incelenecektir.

43 Bkz. örneğin bu şekilde **Gözler,** s. 483 vd.

44 **K**avram için bkz. **Gözler,** s. 513 vd.

,,5 Bu içtihatlar hakkında ayrıntılı ve toplu bir bilgi için bkz. **Tekinsoy,** s. 206 vd.

46 A nayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 T., I994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı kararı (AMKD, S. 31, C. 1, s. 300).

-17 Danıştay 10. Dairesi'nin 29.4.1993 T., 1991/1 E., 1993/1752 K. sayılı kararı (DO, S. 88, s. 463-466).

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de aynı yönde verilmiş çok sayıda kararı bulunmaktadır. Örneğin 8.7.1991 tarihli kararda şöyle denmektedir:

"İdari sözleşme, İdarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve knınu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. idare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir"[48].

Buraya kadar ki açıklamalarımızı bir ara sonuç olarak toparlamak gerekirse: Sınai ve ekonomik kamu hizmetleri alanında "idari sözleşme", varlığı ve kullanılması mutlaka zorunlu olan bir kavram değildir[49]. Bu alanda idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında yapılan ayrımda başvurulan kriterler, iki sözleşme türünü ikna edici bir biçimde birbirinden ayımıada yetersiz kalmaktadır. Ayrıca bu tür kamu hizmetleri bakımından idari sözleşmelerle varılmak istenen sonuçlara, özel hukuk sözleşmeleri ile de ulaşmak çoğu zaman mümkündür.

Peki, o zaman -özellikle idare hukuku literatüründe- bu ayrıma bu kadar büyük bir önem atfedilmesinin sebebi ne olabilir? Kanımca bunun ilk nedeni, idare hukuku[50] ve borçlar hukuku arasındaki "alan hakimiyeti" mücadelesidir. İdare hukukuna gönül verenler, haklı olarak, uzun yıllar geleneksel kamu hizmeti anlayışının bir sonucu olarak idare hukuku alanına dahil olan "idari sözleşme" kavramının, kamu hizmeti anlayışında meydana gelen değişiklikler nedeniyle erozyona uğramasına ve idare hukukun bu önemli kavramlarından birinin değersiz hale gelmesine karşı çıkmaya çalışmaktadırlar. Bu nedenle bu ayrıma, sahip olduğundan daha fazla bir önem verilmesinin[51] temelinde yatan bu faktörün göz ardı edilmemesi gerekir.

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme sayılmasının yararları, sanıldığı kadar büyük değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, kamu hizmetlerinin ve kamu yararı gereklerinin özel hukuk sözleşmelerinde de göz önünde bulundurulması imkanı mevcuttur. Bir sözleşmenin özel hukuk söz-

---

[48] Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8.7.1991 T., 1991/15 E., 1991/16 K sayılı kararı (RG20.10.1991-21027).

[49] Tam tersi yönde bir gözlem için bkz. **Klein,** s. 13: Bu yazar "idari sözleşme" kurumunun kabul edilmesiyle birlikte idarenin artık özel hukuk sözleşmesi yapmada menfaatinin bulunup bulunmadığı hususunun yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

[50] İdare hukukunu sadece kamu hukukunun bir alt dalı olarak nitelendirmenin hatalı olduğu, esasen "idare hukuku" yerine **"idarenin hukuku"** ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı, bunun da idarenin faaliyetinin türüne göre uygulanacak kamu hukuku ve özel hukuk kurallarından oluşan bir "hukuki rejim" olduğu görüşü için bkz. **Bürgi,** Rechtsregime, Nr.3.

[51] Bu ayrımın sadece teorik açıdan değil, pratik sonuçları itibariyle de büyük önem taşıdığı görüşünde **Schlette,** s. 116/117.

!eşmesi değil de, idari sözleşme sayılmasında bir ölçUdc anlm;ılmru,ı *müm,*. idin tek□amr. ihtilafların idari yargıda çözüme bağlanması ve UçUncU şahı\. ların ·öllc meye karşı dava açma imkanının bulunmasıdır. Açıkça dile &C-1J. rilıneıneklc beraber. kamu yararının ve dolayısıyla idarenin konmm□ında idari yargı makamlarının daha titiz davranacağı, özel hukuk sözleşmesi biçj. minin tercih edilmesi durumunda bir takım usulsiiz]ükler karşısında kamu) ararının korunmasının çok giiç olacağın.dan endişe edildiği kuvvetle muhtemeldir.

Bu düşünce doğru ise, iki açıdan eleştiriye mahkumdur. İlk olarak sözleşmenin tarafını oluşturan idarenin ve onunla bağlantılı olarak kamu yaran. 11111, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel hukuk şahıslarına karşı gerçek. ten korunmaya muhtaç olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. İdari sözleş.- menin varlığı halinde uygulama alanı bulacağı kabul edilen kamu hukuku kurallarının ortaya çıkış ve gelişim süreci göz önünde tutulduğunda, bu sorunun olumsuz cevaplandırılması gerekir. Kamu hukuku kurallarının asli fonksiyonu, üstün bir konuma sahip olan idarenin, sahip olduğu üstün güç ve yetkileri kullanırken yurttaşlara zarar vermemesi için onun hareket alanını mümkün olduğu kadar sınırlamaktır. Dolayısıyla idarenin tarafı olduğu bir ilişkide korunması gereken idare değil, sözleşmenin diğer tarafı olmalıdır. Yok eğer idari makamlarda bulunan kişilerin kanunun verdiği yetkileri kötüye kullanmasından ve kamu yararına aykırı hareket etmelerinden endişe ediliyorsa, buna ilişkin önlemlerin, kamu görevlileri bakımından caydıncı cezai hükümler getirilmesi suretiyle alınması gerekir; yoksa idarenin sözleşmelerini mümkün olduğu ölçüde "idari sözleşme" olarak nitelendirmek suretiyle değil!

Kamu yararının gözetilmesinin ve usulsüzlük ihtimallerinin engellenmesinin bir diğer yolu, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin yapılmasından önceki aşamaları, ihale sürecini doğru ve eksiksiz bir biçimde düzenlemektir. İhale hukuku kuralları, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması durumunda bu hususu göz önünde tutan ve sözleşmeyi bu farklılıkla birlikte sözleşmeler hukukuna entegre eden kurallardır. İyi işleyen bir ihale sisteminde idarenin zarara uğratılması endişesine yer olmayacaktır.

Öte yandan idarenin taraf olduğu sözleşmelerin idari sözleşme sayılması ve ihtilatların idari yargıda görülmesi halinde kamu yararının daJıa sağlam bir biçimde korunacağı düşüncesi, özel hukuka ve adli yargıya yapılan büyük bir haksızlıktır. Özel hukuk, kanun dışı hareketlere göz yuman, her türlü u□ul□ü□lü_ğün cai□ lduğu bir alan değildir. İdare hukukundan çok daha eski bır dısıplın olan, bınlerce yıllık bir tarihi olan, kavram ve kurumları bu köklü tarihin testinden geçen özel hukuk, bu tür kanuna aykırılıklara ve usulsüzlüklere engel olacak mekanizmalara sahiptir. Bu husus üzerinde aşağıda (§ 3/111/C) yeniden durulacaktır.

Ayrıca belirtelim ki. ülkemizde bir idnri sözleşmeler doktrini tam olarak oluşmuş değildir. Sözleşmenin "idari" olarak nitelendirilmesinin ve kamu hukuku kurallarına tabi olduğunun tespitinin, gerek sözleşmenin kurulması gerekse ifası esnasında ortaya çıkan problemlerin çözümünde hukuk uygulayıcısına pek bir yararı olmayacaktır. İdari olarak nitelendirilen ve kamu hukukuna tabi tutulan sözleşmeyle ilgili bir sorunla karşılaşan yargıcın, bu sözleşmeyi kamu hukukunun hangi kuralları ile çözeceği meçhuldür. Zira kamu hukuku kuralları *per defitioııem* genellikle sözleşme hukukuna ilişkin kurallar ihtiva etmezler. Peki ama yargıç ihtilafı nasıl çözecektir? Normal bir özel hukuk sözleşmesinde uygulanması söz konusu olan kurallardan hangileri idari sözleşmelerde uygulanmayacaktır? İdare hukuku literatüründe bu soruların etraflı ve tatmin edici bir cevabı bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, genç bir disiplin olan, daha ziyade tek taraflı idari tasarruflar, icrai nitelikteki idari kararlar ve düzenleyici işlemlerin tipilojisini oluşturmaya ve kendine has bir kavramsal çerçeve yaratmaya çalışan idare hukukunun, başka bir disiplinin (özel hukukun) merkez kavramlarından biri olan "sözleşme" kavramını ihmal etmesi anlaşılabilir bir durumdur.

Bir sözleşmenin "idari" olarak nitelendirilmesi ve idari yargı denetimine tabi tutulmasının belki bir tek yararı olabilir: Bu takdirde idarenin yaptığı sözleşmelerin "kamu yararına aykırı olduğu veya kamu yararının yeterince özetilmediği" gerekçesiyle geçersiz sayılması belki daha kolay olacaktır. idari yargı içtihatları incelendiğinde, gerek özelleştirme işlemlerinin gerekse diğer kamu imtiyaz sözleşmelerinin temelinde yatan idari işlemlerin iptalinde sıklıkla bu gerekçenin kullanıldığı görülmektedir. Ancak hukuk devletine yakışan, idarenin etraflıca düşünmeden, kamu menfaatlerini yeterince gözetmeden yaptığı sözleşmelerden kurtulmasını, sözleşmeyi idari olarak nitelendirip idari yargı denetimine tabi tutmak ve son derece soyut bir kavram olan "kamu yararına aykırılık" gerekçesiyle geçersiz saymak olmamalıdır; yapılması gereken idarenin kötü sözleşmeler yapmasına engel olacak mekanizmalar oluşturulmasıdır. Ahde vefa ilkesi de bunu gerektirir. İdare hukukunun ve idari yargının ontolojisi, bireyleri idareye karşı koruma üzerine şekillenmiştir; kötü sözleşme yapan idareyi bireylere karşı korumak idare hukukun amacı olamaz, olmamalıdır.

IV. İDARENİN İDARİ SÖZLEŞME VEYA ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ ARASINDA SEÇİM YAPMA YETKİSİNİN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

İdari sözleşme kavramı, kanımca varlığına mutlak surette ihtiyaç duyulan bir kurum olmamasına rağmen, idarenin şu veya bu gerekçe ile idari sözleşme biçimini tercih etmesi söz konusu olabilir. Bu noktada iki temel sorun ortaya çıkmaktadır: İIk sorun, idarenin ister idari nitelikte olsun, ister özel

hııl-.ııka tnhi olsun., özleşme yapına yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Ba1. kabir ifadeyle. idarenin tek turoflı idari tnsnrnıflur yerine, iki taraflı bir i□lc; ol:m ·özleşme ynpma yetkisi mevcut mudur? ikinci sorun, idarenin sözlc1me) apma) et"isinc snhip olduğu bir ulnndn, bu sözleşmenin tUrünli seçme Yt.1• kisinin bulunup bıılunmodığıdır. Daha açık bir ifade ile idare, idari sözlc1me \'cya özel hukuk sözleşmesi orasında bir seçim yapma hakkına sahip midi(!

Birinci sorun, yani idarenin tek taranı idari tasarnıOar ile idari sözleşme biçimi arasında tercih yapına yetkisinin bulunup bulunmadığı, daha ziyade idare hukukunu ilgilendiren bir meseledir. İdare hukuku doktrinindeki hakim görüş. idarenin idari tasarruf biçimi yerine idari sözleşme yapına yoluna gi. debilmesi için, bu hususta kanuni bir yetkiye sahip olması gerektiği yönündedir. Ancak hakim görüşe göre, idarenin tek taraflı idari tasarruf yerine idari sözleşme yapabilmesi için, mutlaka kanunun idareyi bu hususta açıkça yetkili kılması şart olmayıp, idari sözleşme yapma yoluna gidilmesine açık bir alan bırakması, en azından idari sözleşmenin yapılmasını yasaklamamış olması gerekir[52]. Kanunda açıkça yetkilendirilmediği sürece, idarenin, "idari" nitelikte dahi olsa sözleşme yapamayacağı görüşü (normative Emıachtigunslehre)5[3] bugün için artık aşılmıştır. Alınan İdari Usul Kanunun 54. paragrafında da açıkça, idarenin idari tasarrufta bulunmaya yetkili olduğu alanlarda idari sözleşme yapabileceği hükme bağlanmıştır.

İkinci sorun, yani idarenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi biçimi arasında tercihte bulunma hakkının bulunup bulunmadığı bakımından da aynı esaslar geçerlidir: Hakim görüşe göre, kanun tarafından açıkça yasaklanmadığı sürece, idarenin idari sözleşme yerine özel hukuka tabi sözleşme yapma yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir[54].

---

[52] Bkz. **Machler,** s. 365; **Gross,** s. 145/146; **Pakeerut,** s. 86/87; **Schumacher,** Nr. 1779 vd; **Klein,** s. 55; **Hafelin/Müller,** Nr.1069 vd. Karş.ancak **Kutlu,** s. 1l/12.

[53] Bu görüş Alman idare hukukçusu **Fritz Fleiner'e** kadar geriye gitmektedir; bkz. **Fleiner,** F., lnstitutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (3. Neudruck 1995), s. 211/212.

[54] Yuk.dn.52'de anılan yazarlara ek olarak bkz. **Höfling/Krings,** JuS 2000, s. 627; **Lange,** NVwZ 1983, s. 314; **Maurer,** § 3, Rnr.9; **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 54 VwVfG, Nr. 76; **Bürgi,** Rechtsregime, Nr.29 ve Nr.56 vd.; **Regler,** s. 133. Buna karşılık **Stelkens,** idarenin özel hukuka tabi sözleşmeler yapmasının, özel hukuk hükümleri gereği tam ehliyetli olmasının bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, tüzel kişilerin fiil ehliyetini sınırlandıran *"ultra vires"* doktrininin de reddedilmesi gerekir; bkz. **Stelkens,** s. 64 vd. ve s. 680. İdarenin idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi biçimleri arasında kural olarak seçim yapma yetkisinin bulunmadığı görüşü için bkz. **Schlette,** s. I22 vd.

İdarenin özel hukuk s()zleşmesi ve idari sözleşme biçimleri arasında seçim □ apma yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunu Tiirk Hukukunda fazla incelenmiş değildir. **ÖZA Y,** ayrıntılı bir tartışmaya girmeden, kamu idare, kurum ve kuruluşlarının idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi seçenekleri arasmdn bir seçim yapma imkfüına sahip olmadığını belirtınektedir[55]. Benzer ifaddere **KUTLU'da** da rastlanır[5<1]. Buna karşılık, sorunu ayrıntılı bir biçimde inceleyen **BİLGEN,** idarenin idari hizmet sözleşmeleri ve imtiyaz sözleşmelerinde, yani idarenin bir kamu hizmetinin yürütülmesini tamamını veya bir kısmını özel kişilere devrettiği sözleşmelerde böyle bir seçim hakkının bulunmadığını, bunun dışında kalan durumlarda idarenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi arasında tercih yapma imkanının mevcut olduğunu kabul etmektedir[57].

İdarenin bu yönde bir seçim hakkının bulunduğu içtihatlarda da kabul edilmektedir. Örneğin, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 24.9.1940 tarihli kararında şöyle denmektedir:

"İdare velev ki amme menfaati ile alakadar bir ihtiyacı temin bakımından olsun akdedeceği mukavelelerde hususi hukuk hükümlerine veya idari mukavele ismile anılan şekilde amme hukuku hükümlerine istinad suretile akid yapmakta serbesttir"[58].

Aynı şekilde Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 8.7.1941 tarihli başka bir kararında da şu ifadelere yer verilmiştir:

"A.mme hizmetinin işlemesi için salahiyetli makamlar mesela imtiyaz mukaveleleri gibi amme hizmetlerine iştiraki tazammun eder mahiyette mütebariz bir amme mukaveleleri karakterini taşıyan mukaveleler haricinde ammenin menfaatine muvafık gördükleri şekil ve surette mukavelelerini dilerlerse hususi hukuk hükümlerine uygun ve medeni bünyede, dilerlerse amme hukuku hükümlerine tabi idari mahiyette tanzim edebilirler"[59].

Kanımca, sınai ve ticari kamu hizmetleri ile kamu ihale sözleşmeleri bakımından, 1999 yılında Anayasa'da gerçekleştirilen değişiklikleri de göz önünde bulundurmak suretiyle şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

Doktrindeki hakim görüşe uygun olarak, kanun açıkça yasaklamadığı sürece, idarenin özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme biçimleri arasında

---

55 **Özay,** Günışığında Yönetim, s. 523; aynı yazar, Alangoya'ya Armağan, s. 871.

56 **Kutlu,** s. 13: "Sözleşme yapmaya yetkili idare idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi yapma konusunda tam bir serbestiye sahip değildir.".

57 Bkz. **Bilgen,** s. 88 vd.

58 Dava Daireleri Umumi Heyeti, 24.9.1940 T., 1940/239 E., 1940/290 K., (DKD, S. 14, s. 52-56); karar için ayrıca bkz. **Bilgen,** s. 89.

59 Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyeti, 8.7.1941 T., 1941/141 E., 1941/216 K., **(Bilgen,** s. 89). Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aynı yöndeki 26.2.1952 tarihli kararı için bkz. **Bilgen,** s. 89, dn.55.

□□•m):ıpımı) ctl-.i·inin hulunduğunu kabul etmek gerekir. Kanunun söztq. m 'nİn niteliğini açı□ça belirlediği dunıınlarda, idnrc buna uymak ve kanunda □:ng□·ruıınc)□n usulü □ullanmamnk zorundadır. Dolayısıyla sözleşme biçimi. ni bdirleme hususunda kamın koyucunun idareye oranla daha öncelikli bir tercih) apma □et.kisi mevcuttur. Ancak Kanun Koyucu bu tercihini idari söz. leşm lehine kullanabileceği gibi. bunun tam tersine de kullanabilir ve wz. !eşmenin özd hukuk hükümlerine tabi olacağını öngörebilir. Örneğin, 3996 s3) ılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un (20.12.1999 tarih ve 4493 s.K. ile değişik} 5. maddesine göre. "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile senna. □ e şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.'· 4283 sayılı ··Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun..un 3. maddesine 1.7.2006 tarih ve 5539 sayılı kanunla eklenen 6.fıkra hükmüne göre, "bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir... Kanun Koyucunun sözleşmenin açıkça özel hukuk hükümlerine tabi tuttuğu bu tür durumlarda, artık idari sözleşme yapılması imkanının bulunmadığını kabul etmek gerekir[60].

Öte yandan, Anayasa'nın 47. maddesine, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile eklenen 4. fıkra hükmüne göre, "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir". Bu düzenleme ile de Kanun Koyucu, doğrudan doğruya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için özel hukuk sözleşmesi biçimin kullanılmasını, sadece bu imkanın kanunda açıkça düzenlenmesi halinde kabul etmiştir. Dolayısıyla bu alanlarda kanuni bir yetki olmadığı sürece idarenin özel hukuk sözleşmesi yapma yetkisi bulunmayacaktır.

Buna karşılık kamu hizmeti ile dolaylı bir ilişkisi olan, idarenin kamu hizmetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu edimlerin teminine ilişkin sözleşmeler, yani bu çalışmanın asıl konusunu oluşturan kamu ihale sözleşmeleri bakımından kanunda yasaklanmadığı sürece idarenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi arasında seçim yapma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Türk kamu ihale mevzuatında bu yönde, yani idari veya özel hukuk sözleşmesi yapma imkanını ortadan kaldıran bir düzenleme bulunup bulunmadığı, bir sonraki paragraf altında kamu ihale sözleşmelerinin hukuki nitel iği tartışılırken ayrıntı Iı olarak incelenecektir.

---

[60] **Gözler**, bu yeni yasal düzenlemeleri, Türkiye'de yargı organlarının imtiyaz sözleşmesi saplantısına tali kurucu iktidarın tepkisi olarak nitelendinnektedir; bkz. **Gözler,** s. 555 vd.

§ 2) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

I. KAVRAM

Giriş kısmında da belirtildiği üzere, idarenin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmelere "kamu ihale sözleşmeleri" adı verilmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri, idarenin kamu hizmetlerini yürütebilmek için ihtiyaç duyduğu edimlerin karşılanmasına yönelik "tedarik sözleşmeleridir (Beschaffungsvertrag)". Bu sözleşmeler, kamu harcamasını gerektiren sözleşmelerdir.

Hemen belirtelim ki kamu ihale sözleşmelerinin bu tanımı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan hareketle yapılan bir tanımdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2. maddesinde, bu Kanunun, yine bu maddede sayılan " idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapını işlerinin ihaleleri" bakımından uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ihaleler bakımından Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır'. Bu açıdan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kapsamı daha geniştir. Bu Kanunun 1. maddesine göre, "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür". 4734 sayılı Kanıu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununu yürürlükten kaldırmamış, sadece kendi kapsamına giren ihaleler bakımından uygulanamayacağını öngörmekle yetinmiştir[2]. Bu nedenle, mal, hizmet ve yapım ihaleleri dışında kalan ihaleler bakımından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaya devam edecektir[3]. Giriş kısmında belirtildiği üzere bu çalışmanın kapsamı,

---

Kamu İhale Kurumu'nun da, kamu kaynaklarının harcanmasını ve bütçeden ödenek ayrılmasını gerektirmeyen ihaleler bakımından 4734 sayılı Kanunun uygulanmayacağı yönünde çok sayıda kararı vardır; bu kararlar için bkz. **Uz,** A., Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005, s. 135 vd.

[2] 4734 sayılı Kanunun 68. maddesinin (a) bendinde şu düzenleme yer almaktadır: "Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz".

[3] 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulama alanına ilişkin olarak toplu bilgi için bkz. **Oder,** B, Kamu İhale Hukuku,

473-t ve 4735 sayılı kanunların uygulama alanına giren, yani kamu **kayn.a** hnrcanınasını gerektiren tedarik sözleşmeleri ile sınırlıdır.

11. HUKUKİ NİTELİĞİ

Bu başlık altında inceleyeceğimiz sorun, kamu ihale sözleşmelerinin)u. karıda yapılan ayrım anlamında bir özel hukuk sözleşmesi mi, yoksa idari sözleşme mi olduğudur. Bu noktada ilk olarak açıklığa kavuşturulması gereken husus, kamu ihale mevzuatında, ihale sonucunda düzenlenecek sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğuna ilişkin bir düzenlemenin bulunup bulunmadığıdır. Kamu ihale mevzuatında sözleş.-menin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunduğu takdirde, artık bir önceki başlık altında tartıştığımız, idarenin özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme biçimi arasında seçim yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmayacak ve idare kanunda öngörülen sözleşme biçimi dışında başka bir sözleşme yapamayacaktır. Bu nedenle kamu ihale sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğu sorunu, ihale mevzuatında bu yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde ortaya çıkacaktır.

Türk Hukukunda, 2490 sayılı "Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu" ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde bu Kanunlara göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu görüşü hakimdir[4]. Bazı yazarlara göre, bu sözleşmelerin kategorik olarak, özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmesi doğru olmayıp, sözleşmenin içeriği itibariyle idari sözleşmeniteliği taşıması söz konusu olabilir[5]. Kanımca gerek 2490 sayılı Kanunda gerekse 2886 sayılı Kanunda sözleşmenin mutlaka özel hukuk esaslarına dayalı olarak düzenlenmesi gerektiği anlamına gelecek herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, bu kanunların uygulama alanına giren işler bakımından idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımını anlamlı bulanlar için, idarenin idari sözleşme yapma imkanına sahip olduğunun kabulü doğru olacaktır. Ancak yukarıda özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme ayrımını incelerken belirttiğim üzere, her iki ihale kanununun uygulama alanına giren işler bakımından, idari sözleşme yapılmasına bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca gerek 2490, gerekse 2886 sayılı kanunlar bakımından ihale sonucunda düzenlenecek sözleşmelerde, sözleşmenin özel hukuka tabi olmadığına ilişkin bir düzen-

---

Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 582/583; **Gözler,** s. 454; **Günday,** s. 179 vd.

4 **Onar,** C.111, s. 1599; **Gözübüyük/Tan,** s. 514/515; aksi görüş için bkz. **Özay,** s. 511.

5 **Gözler,** s. 437; **Tekinsoy,** s. 223.

leme bulunmadığı siirece, söz konusu sözleşmeleri, hakim görüşe uygun olarak. özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekir.

Yeni Türk kamu ihale mevzuatı, bu tartışmayı sona erdirmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasında şu düzenleme yer almaktadır: "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur". Bu açık düzenleme karşısında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi ihaleler sonucunda kurulan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı hususunda herhangi bir tereddüt kalmamıştır[6].

Ancak doktrinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bakımından da, kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığının kabul edilmesinin doğru olmadığını, sözleşmenin konusuna ve ihtiva ettiği hükümlere göre idari bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin söz konusu olabileceğini savunan yazarlar vardır[7]. Bu görüş taraftarlarına göre, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenecek sözleşmeler de idari sözleşmenin şartlarını taşıyabilir. Ayrıca bu sözleşmeler kamu hizmetinin ifasına ilişkin olabilir. Örneğin, yol yapımına ilişkin bir kamu ihale sözleşmesinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetinin ifasına ilişkindir ve böyle bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması gerekir. İdarenin özel kişilerle yaptığı, yiyecek, araç-gereç satın alınmasına ilişkin sözleşmeler ilke olarak özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte, bu tür sözleşmelere özel hukuku aşan hükümler konulursa, bunların da idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir[8]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, Kamu İhale Kanununa göre akdedilen sözleşmelerde, taraflar özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi eşit de değildirler. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun bazı maddeleri idareye özel hukuku aşan yetkiler vermiş ve keza sözleşmeciye de özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen yükler yüklemiştir (örneğin 4735 sayılı Kanun m.24)[9]. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre

---

6 **Gözübüyük/Tan,** s. 517: "05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğini açıklığa kavuşturmuştur".

7 **Gözler,** s. 437 ve s. 470 vd.; karş. ayrıca **Tekinsoy,** s. 223; **Günday,** s. 200/20 I: "Özetle, İdarenin 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar kapsamındaki işlere ilişkin olarak yapacağı sözleşmelerin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olmadıkları, bazı öğeleri yönünden Kamu Hukuku kayıt ve şartlarına tabi oldukları açıktır".

8 **Gözler,** s. 470/471.

9 **Gözler,** s. 472; **Günday,** s. 200/201. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24 maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: "Mal ve hizmet alımla-

□:ıpılm::a" "im sö1lçşmclı:rindc, kirn süresinin kural olmak IO yılıa'){J,n, cnğ.ı dillcnlcndiği (m.64) gibi. ynpılncuk kim söLleşmclcri Gayrıincnkut□• r:ıhırı Hnldrnıd□ Knnun l□Okllmlcrinc de t!ihi değildir'". Ayrıca 4735 \a;ı□ Kmnu lhnlc özlcşmclcrı Knnununun 36. maddesinde, bu kanunda hük bulunmayan hollerde Borçlnr Kanununun uygulanacağının öngörUJrnc\i, n.: 1 le sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gcrckıirrnt, diği gibi, 4734 sayılı Kanunun da bir özel hukuk kanunu olduğu anlamına gelmez: zira idari sözleşmelere de Borçlar Kanununun her zaman için &tntl hüküm olarak uygulanma ihtimali mevcuttur'[1].

Kanımca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Gerçi tek başına 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 36. maddesinde Borçlar Kanunu hükümlerine yapılan atıftan kamu ihale sözleşmelerinin mutlaka özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyacağı şeklinde bir sonuç çıkarılamaz. Nitekim Alman İdari Usul Kanununun 62. paragrafında, bu kanunda hüküm bulunmayan haJ. !erde idari sözleşmelere Alman Medeni Kanununun kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesindeki hüküm, herhangi bir farklı yoruma imkan vermeyecek ölçüde **açık** bir düzenlemedir. Bu düzenlemeden çıkan sonuçlar ana hatları itibariyle şunlardır:

---

nyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye *esas* proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % l0'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise% 20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oram sözleşme bazında% 40'a kadar arttırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin% 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici karına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.".

10 **Günday,** s. 200.

11 **Gözler,** s. 472.

Madde açıkça kamu ihale sözleşmelerinde tarafların eşit olduğundan söz etmektedir. Hatta bununla da yetinilmemiş ve ihale dökümanı ve sözleşmede bu ilkeye aykırı düzenlemeye dahi yer verilemeyeceği belirtilmiştir. İdari sözleşmelerde asla söz konusu olmayan, özel hukuka tabi sözleşmelerin karakteristik özelliğini oluşturan "tarafların eşitliği" ilkesi bu emredici nitelikteki düzenleme ile koruma altına alınmıştır.

Aksi görüş taraftarlarının bu açık düzenleme karşısında, idari nitelikte bir kamu ihale sözleşmesinin nasıl düzenleneceğini izah etmeleri gerekir. İdarenin kamu hukukundan kaynaklanan üstün bir güce sahip olmasının mümkün olmadığı bir idari sözleşme nasıl tasavvur edilebilir? Eğer taraflar eşit ise, artık bir idari sözleşmeden de söz edilemeyecektir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun bazı hükümlerinde idare lehine ve ihale kendisine bırakılan istekli aleyhine ceza ve tazminat hükümleri öngörülmüş olması da, sözleşmenin mutlaka özel hukuk sözleşmesi olması gerektiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Bazı özel hukuk kökenli kanunlarda, sözleşmenin taraflarından biri lehine hükümler yer alması sıkça rastlanan bir durumdur. Örneğin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununda kiracı lehine çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Aynı şekilde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda da, tüketici lehine, satıcı aleyhine çok sayıda düzenleme yer almaktadır. Esasen bu kanunların çıkarılış amacı da kiracıyı veya tüketiciyi korumaktır. Nasıl ki, taraflar arasındaki eşitliğe aykırı düzenlemelere yer verdiği için, kira ve tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımadığı, yine 6570 ve 4077 sayılı kanunların birer özel hukuk kanunu olmadığı iddia edilemiyorsa, aynı şekilde kamu ihale sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi olmaaığı iddia edilemeyecektir.

Kamu ihale sözleşmelerinde tarafların eşit konumda bulunmadığı ve kamu ihale mevzuatında özel hukuku aşan, özel hukukta rastlanmayan düzenlemelerin bulunduğuna ilişkin olarak verilen örnekler de ikna edici olmaktan uzaktır. İlk olarak belirtelim ki, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapılan kira sözleşmelerinin Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerine tabi tutulmamasından hareketle, sözleşmenin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olmadığı sonucuna varılamaz. Çünkü Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerini ve sözleşme özgürlüğünü kiracı lehine sınırlandıran bir kanundur. Bu nedenle bir sözleşmenin Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerine tabi olmaması, sözleşmenin kamu hukuku karakteri taşıdığı görüşüne değil, olsa olsa özel hukuk esaslarına tabi olduğuna bir örnek teşkil edebilir.

Aynı şekilde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yapım işlerinde iş artışı veya eksilişini düzenleyen 24. maddesi de, bu Kanuna tabi işlerde idari sözleşme düzenlenebileceği görüşüne dayanak teşkil etmemekte-

dir. Özel hukukta, eser sözleşmelerinde iş artışı ve eksilişi sıkça rastlananve konuya ilişkin literatürde ayrıntılı olarak incelenen bir sorundur[12]. Ancak Borçlar Kanununda bu soruna ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. 4735 sayılı Kanunun 24. maddesi, idarenin taraf olduğu eser sözleşmeleri ba. kınından sorunu açık ve ayrıntılı bir düzenlemeye bağlamıştır. Özel huku. kun, deyim yerindeyse, klasik sorunlarından birine ilişkin yasal bir düzenlemenin, sözleşmenin tam olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımadığı görüşüne gerekçe olarak kullanılması isabetsiz olmuştur.

Sonuç olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, sadece kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmekle kalma. mış. aynı zamanda idari sözleşme yapma imkanını da ortadan kaldımıştır[13]. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasının hukuk politikasına ilişkin bu tercihinin, idarenin idari sözleşme düzenleme imkanını ortadan kaldıması yönünden eleştirilmesi anlayışla karşılanabilir. Ancak yü. rürlükte olan hukuk açısından 4735 sayılı Kanuna tabi sözleşmelerin idari nitelik de taşıyabileceği ileri sürülemez. Bu görüş olsa olsa, 4735 sayılı Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrasına benzer bir hüküm ihtiva etmeyen 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi ihaleler bakımından savunulabilir ki, kanımca bu dahi oldukça güçtür.

111. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

A) GENEL OLARAK

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı hususunun tespiti, kamu ihale sözleşmelerin hangi hukuki rejime tabi olacağı sorusunu tam olarak cevaplandırmamaktadır. Bunun nedeni, bu özel hukuk sözleşmesinin taraflarından birinin "idare" olması ve sözleşmenin kurulması anına kadarki sürecin ihale hukukunun katı şekil kuralları ile düzenlenmiş olmasıdır. Bu yüzden kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi tespit ederken, sadece sözleşmenin kurulması ile başlayan dönemin değil, ondan önceki dönemin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Bir bütün olarak ihale ilanı ile başlayan ve sözleşmenin ifası veya ifa edilmemesi ile sona eren sürecin tabi olduğu hukuk kurallarının tespiti, özellikle ilgililerin hak ihlalleri karşısında hangi hukuk düzeninin sunduğu huku-

---

12 Bkz. örneğin **Gauch,** Werkvertrag, Nr.768 vd.

13 Alman Hukukunda da, kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanunun 97 vd. paragraflarının gerekçesinde, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı ve idari sözleşmelere uygulanamayacağı belirtilmektedir; bkz. **Bürgi,** NZBau 2002, s. 60.

ki imkanlardan yararlanacağı sorunu bakımından önem taşımaktadır. Hemen hdirtdim ki... ilgililer" ifadesi ile kastedilen sadece kamu ihale sözleşmelerinin tnratları değildir. Esasen kamu ihale sözleşmelerinin taraflarından her biri diğerinin kanuna veya sözleşmeye aykırı davranışı halinde, ona karşı sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan talepleri ileri sürme imkanına sahip olacaktır. Ancak idarenin ihale sürecindeki hukuka aykırı eylem ve işlemleri, başka şahısları da etkileyebilir. İhale sürecine katılan, fakat idarenin hukuka a) kırı olarak tekliflerini değerlendirmeye almadığı veya reddettiği diğer istekliler de bu anlamda ..ilgililer" kapsamına dahildir[14]. Diğer isteklilerin idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı sahip oldukları hukuki korumanın tiirü, kapsamı ve tabi oldukları yargı yolu, ihale işlemine kamu hukuku veya özel hukuk kurallarının uygulanmasına göre farklılıklar gösterecektir. Yeri gelmişken. ihaleye katılan isteklilere tanınan hukuki koruma imkanlarının üzerinde kısaca durulması yararlı olacaktır:

İhaleye katılan isteklilere tanınabilecek ilk koruma "asli koruma"dır (Primarrechtsschutz). İstekliler kendilerine tanınan bu tiir koruma ile, idarenin ihale sürecisinde yaptığı hukuka aykırı işlemleri iptal ettirme ve hukuki sonuç doğurmasına engel olma veya idareyi hukuka aykırılıkları gidermeye zorlama imkanına sahiptir[15]. İkinci koruma türü ise "tali koruma" (Sekundanderrechtsschutz) olarak adlandırılmaktadır ve bununla istekliler idarenin hukuka aykırı işlemlerini iptal ettiremeyip, sadece bu yüzden uğradıkları zararların tazminini talep etine hakkına sahip kılınmaktadır. Tali kanıma, hukuki veya fiili nedenlerle ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı işlemlerine karşı asli konuna imkanlarından yararlanmanın mümkün olmadığı, yani idarenin hukuka aykırı işlemlerinin iptal ettirilemediği durumlarda devreye giıınektedir[16]. Avrupa Birliğinin gerek klasik sektörlere gerekse istisnai sektörlere ilişkin ihtilaf direktiflerinde, üye devletler, ihale işlemlerinin etkin bir şekilde denetlenmesini sağlayacak mekanizmaları oluşturmakla yükümlü tutulmuştur[17]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile, ihale işlemlerini denetlemek üzere Kamu İhale Kurumu kurulmuş ve ihaleye katılan isteklilere asli koruma sağlanmıştır[18]. Ancak asli korumanın mümkün olmadığı durumlarda devreye girecek tazminat talepleri (tali koruma) bakımından Kamu İhale Kanununda yer alan düzenlemeler Avrupa Birliği standartlarından oldukça

---

,□ Özellikle Kamu İhale Kurumuna yapılacak itiraz başvuruları bakımından ehliyet şaılı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Uz,** s. 393 vd.; **Yılmaz,** s. 224 vd.

15 **Kligner,** s. 118.

16 **Moetzke/Pietzcker/ Prie□/Marx,** Yor§ 102 GWB, Rnr.4; **Kligner,** s. 118.

17 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Prie□/Niestedt,** s. 5 vd.

18 İhaleyi açan kurumun işlemlerine karşı isteklilerin Kamu İhale Kurumuna yapacakları itiraz başvurusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Uz,** s. 381 vd.; **Yılmaz,** s. 115 vd.

uzak□ır. 13u hu·u• ilzcrindc n□nğıda ihale sürecinde *söL* konusu olabilce<:k ta7tnıırnt talepleri incelenirken yeniden durulacaktır.

B) KA1\IU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİAıfE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Karşılaştırmalı hukukta kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu görüşlerden bir kısmı yürürlükteki hukukta benimsenen çözümü izah etmeye çalışırken, bir kısmı ise olması gereken hukuka ilişkin değerlendirmeleri ifade etmektedir. Bazı görüşler ise (örneğin, aşağıda inceleyeceğimiz ayrılabilir işlem teorisi). kamu ihale sözleşmesinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşme-i niteliği taşımasından ya da tüm sürecin özel hukuka mı yoksa kamu huku-kuna mı tabi olduğundan bağımsız olarak, idarenin sözleşme yapma karan-nın temelinde yatan işlemlerin iptalinin mümkün olup olmadığı sorununu incelemektedir. Bu görüşleri esas itibariyle dört ana başlık altında toplamak mümkündür.

1) Kamu Hukuku Teorisi

Bu teoriye göre[19], gerek ihale sürecinin gerekse bu sürecin sonunda imzalanan kamu ihale sözleşmesinin kamu hukuku kurallarına tabi olması gerekir. Kamu gücüyle donatılmış idarenin yaptığı tüm işlemlere kamu hukuku kuralları uygulanmalıdır; meğer ki kanun açık bir hükmü ile özel hukuk kurallarının uygulanacağını düzenlemiş olsun.

Bu görüş taraftarlarına göre, ihale sürecinde veya sözleşmenin kurulması aşamasında söz konusu olabilecek usulsüzlükleri engellemek veya yaptırıma bağlamak hususunda kamu hukuku kuralları, özel hukuk kurallarına oranla daha elverişlidir. Zira idare hukuku kuralları, idarenin hukuka uygun davranmasını temin etmek üzere oluşturulmuş kurallar bütünüdür. Ayrıca idari

---

[19] Bu görüş taraftarları için bkz. **Zuleeg**, ZEuP 2004, s. 637 vd.; *aynı yazar*, Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Auftrage, WuV 1984, s. 113 vd.; *aynı yazar*, Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, YerwArch 73 (1982), s. 400 vd.(Ancak bu ya□r daha eski tarihli bir eserinde, NJW 1962, s. 2231 vd. aşağıda inceleyeceğimız özel hukuk teorisini savunmaktaydı); **Zezschwitz**, F.v., Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Yerwaltungsprivatrechts, NJW 1983, l875 vd.; **Schlette,** s. 150 vd.; **Ruthig,** NZBau 2005, s. 499; Hizmet imtiyazları bakımından aynı görüşte **Bürgi**, NZbau 2005, s. 614; karş. ayrıca **Gözler**, s.470 vd.

□rırg.ı. idaı't'nİn taraf olduğu ihtilallnrı çözllmc bağlamn hususunda, nclli yargı□a oranla daha fazla tecrilbelidir[10].

Bu göriişii savunan yazarlara göre, idare hukuku kurallnrının kamu ihale sözle□mesinin ynpılnrnsından önceki dönemde uygulanması, buna karşılık sözleşmenin özel hukuka tabi tutulması karışıklıktan başka bir işe yaramayacaktır. Bu takdirde ya idnre hukuku ya da özel hukuk kuralları gereksizdir. ürecinin bir kısmına idare hukuku kurallarının, diğer kısmına ise özel hukuk kurallarının uygulanması, farklı hukuki sonuçların doğumuna yol açacaktır. Ömeğin, ihale kararına göre ihaleyi bir isteklinin kazanmasına rağmen, idarenin başka bir istekli ile sözleşme yapması söz konusu olabilecektir.

Bu görüş Almanya□da özellikle eşik değerlerin altında kaldığı için Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanunda (GWB) yer alan ihale kurallarına tabi olmayan ihaleler bakımından savunulmuştur.

2) Özel Hukuk Teorisi

Alman Hukukunda savunulan bu teoriye göre, kamu ihalelerinde devlet ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet edimleri için serbest piyasada talepte bulunmaktadır. Bu yönü itibariyle devletin, aynı amaçla serbest piyasada faaliyette bulanan özel şahıslardan herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Kanm ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla idarenin yaptığı bu sözleşmeler birer özel hukuk sözleşmesidir. Ancak sadece kamu ihale sözleşmesi değil, sözleşmenin yapılmasından önceki dönem, yani ihale siireci de niteliği itibariyle bir özel hukuk ilişkisidir. Sözleşme yapma hazırlıklarınm, yani ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında bir özel hukuk ilişkisi kurulmuş olur. İdare bu süreçte, bir özel hukuk sözleşmesinin kurulmasına ilişkin irade beyanmda bulunma kararını oluşturur; idarenin bu kararı, yapılmak istenen sözleşmenin hukuki niteliğini paylaşır, yani bir özel hukuk işlemidir. Bu nedenle kamu ihaleleri, gerek sözleşmenin yapılmasından önceki dönem, gerekse sözleşmenin yapılmasından sonraki dönem olarak bir bütün teşkil eder ve özel hukuka tabidir[21].

---

[1]° **Frenz,** VergabeR 2007, s. 14; **Tettinger,** P.J., Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, s. 3474.

[21] **Maurer,** § 17 Nr.31; **Schoch/Schmidt-Allmann/Pietzner/Ehlers,** § 40 Rdnr. 250; **Boesen,** Einl., Rnr. 3; **lngenstau/KorbionNygen,** Rnr.1O ve 46; **Pietzcker,** Zweiteilung des Vergaberechts, s. 18; *aynı yazar*, ZHR 162 (1998), s. 456/457; *aym yazar*, FS für Redeker, s. 505; *aym yazar*, NJW 2005, s. 2882; *aym yazar*, ZfBR 2007, s. 134/135; **Ziekow/Siegel,** ZfBR 2004,s. 32/33; **Kligner,** s. 484 vd.; **Byok/Jaeger/Rudolf,** Nr.76 vd.; **Waldner,** s. 33 ve s. 117; **Renner/Rubach-Larsen/Sterner,** NZBau 2007, s. 411/412; **Siegel,** DYBL 2007, s. 942 vd.

f"L.,,,,-...in i lı.oousu □im□n□ "-mnu hizmetini□erine gctirn1ck ama, •)·
• ti□ • Ju□m.□ı. t\ m süre-cin t ret huk.uka tabi tutulmasına \!ogcl t□ıl ronez. l □ in dahil t ldu□u bir ilişlinin l,,.nınu huJ..uJ...un,a eya öLcl hukul.a tabi kılınn snl\b. h ngi nın· ·ın tsl-.ip □dil fiği d□ğiL idarenin hangi hu□uli işlem h'-:iminı 1-..ull ndığı t'in□mlidir. ksi . önde nıyık bir dUzcnlcme bulWlmadti;, SÜR'\: d, idare □ürütmekle □ükümlü olduğu kamu görevinin ifası ·m. □hu ·u lur.ıllanndan yararlanabilir□.

İdarenin. özel hul,.ul,. şahıslan bakımından me, cut olmayan kamu huku.. ı.md3n do□ bazı ,-asal ,·ükümlülüklerinin ve uvması gereken kuralların lunnms.ı. kamu ihalelerin özel hukuka tabi olmasına ve ihtilafların adli)ar-:::-m "izülmesine engd teşkil etmez. İdare bakımından söz konusu olan bu yülümlülükla-, e U) ulması gereken kurallar. sürece uygulanacak özel hukul h- ·ümlerini l:>aren tmnamlamakta_ bazen değiştim1ekte. bazen de onun yerini almakradır. Bu nedenle ihtilafı çözmekle görevli adli yargı mercii. idarenin ·anm hukukundan do□ _vükümlülüklerini de □oöz önünde bulundurarak birsonuca,11.racaknr::3.

İdarenin bir anayasal yükümlülük olarak işlem ve eylemlerinde eşit da\·-ranmak zorunda olması da. ihale sürecinin kanm hukukuna tabi tutulmasına bir gerekçe olarak kullanılamaz. Böyle bir gerekçeden hareket edenlerin görüşlerinin iç nnarlılığı bakımından deYletin asla özel hukuk alanında faaliyet gösreremeyeceğini de kabul etmeleri gerekirdi. Oysa bugün, idarenin özel bu.b.--uka tabi faali_vetlerinin de söz konusu olabileceğ i hususunda bir tereddüt bulunmamal---radır. İdarenin ihale işlemlerini yürütürken istekliler arasında eşit dananrna.. şarmarneyi Ye ihale türünü buna göre belirleme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna özel hukuk çerçevesinde de vanlabilir[2].ı.

Kamu ihale sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi saymak, fakat ondan önceki ihale sürecini idare hukuku kurallarına tabi tutmak, aslında bir bütün olan süreci. yapay bir şekilde ikiye bölmek anlamına gelir. Oys□ kamu ihaleleri ile yapılmak istenen şey, idarenin bir özel hukuk sözleşmesi yapma hususundaki iradesinin oluşturulmasıdır. Alman Hukuku bakımından bu iradenin oluşması ile birlikte özel hukuk sözleşmesi de kurulmak'tadır. Dolayısıyla, aşağıda incelenecek olan iki aşama teorisi anlamında idare hukukuna tabi olan ve idarenin bir idari işlem olarak ihale karan alabileceği birinci aşama mevcut değildir. Tüm süreç özel hukuk esaslarına göre başlamakta, devam etmekte ve sona ennek.1edir. İdarenin kamu hukukundan doğan yüküm-

---

22 BVerwG, Urt. vom 2.5.2007-6 B 10/07, NZBau 2007, s. 821; **Waldoer,** s. 127.

□ BVerwG, Urt. vom 2.5.2007-6 B 10/07, NZBau 2007, s. 822; karş. aynca **Stelkens,** s.414; **KJigner,** s. 485, dn. I048; **Waldner,** s. 122.

24 **Hüttinger,** s. 206; **Renner/Rubacb-Larsen/Sterner,** NZBau 2007, s. 411; BVerwG, Urt. vom 2.52007-6 B 10/07, NZBau 2007, s. 822.

Hllill-..kri, *01d* hukuk csnslnrını tıımrıml:ıyıcı bir □ckildc birlikte gl\z önllııdc ıllllll lıK'alı.tır.:ı□.

Yulı.nrıda ana hntlnrı itibariyle özetlemeye çalıştığım lizcl hukuk teorisi. bl'lirli çşi"- dc□crleri nşan ve bıı nedenle "Rekabetin Knnınmnsına İ lişkin Kanun"(GWB)'dn yer alım ihale kurallnrınn (*9 97 vd.) t.1bi olan ihaleler bakımından mutlak hnkıın görilş niteliği tnşıınnktadır. Son yıllarda Alman Hukukunda bazı mahkemeler ve doktrindeki bazı yazarlar, eşik değerlerin altında lı.alan \'C dolayısıyla G\Vl3 □ 97 vd. hiikilınlerine titbi olmayan ihaleler bakımından. özel hukuk özleşmesinin kunılınasındnn önceki aşamanın idare hukukuna t□bi olması ve ihtilafların idari yargıda görülmesi görüşünü savunmaktadır-('\. Ancak Alman Danıştayı (Bundesverwaltungsgericht) 02.05.2007 tarihli kararıyla, bu görüşü reddetmiş ve eşik değerler altında kalan ihalelerde de tüm sürecin özel hukuk kurallarına tabi olduğuna karar vernıiştir[7].

3) Ayrılabilir İşlem Teorisi

Ayrılabilir işlem teorisi(la theorie de l'acte detachable) Fransız Hukukunda ortaya atılan ve Fransız Hukukunun etki alanında bulunan ülkelerde (Belçika, İtalya, İspanya, Poıiekiz) kabul edilen bir teoridir. Bu ülkelerin bir diğer özelliği de kamu ihale sözleşmelerini, kural olarak özel hukuk sözleşmesi değil, idari sözleşme olarak nitelendirıneleridir; ihale sonucunda özel

---

25 BVerwG, Urt. vom 2.5.2007-6 B 10/07, NZBau 2007, s. 823; **Kligner,** s. 484; **Waldner,** s. 121.

26 OVG Münster, NVwZ-RR 2006, s. 223 = NZBau 2006, s. 67; NVwZ 2006, s. 1083 = NZBau 2006, s. 797; NVwZ-RR 2006, s. 842 = NJW 2006, s. 3450 = NZBau 2006, s. 533; OVG Bautzen, NZBau 2006, s. 393; VG Koblenz, NZBau 2005, s. 412; VG Trier, BeckRS 2006, s. 25066; VG Neustadt, NZBau 2006, s. 335; **Hermes,** JZ 1997, s. 915; **Huber,** JZ 2000, s. 882; **Niestedt/Hölzl,** NJW 2006, s. 3682; **Priefl/Hölzl,** ZfBR 2005, s. 593; **Stelkens,** s. 1035; **Frenz,** VergabeR 2007, s. 14; karş. ayrıca **Krohn,** NZBau 2007, s. 496.

17 BVerwG, Urt. vom 2.5.2007-6 B 10/07, NZBau 2007, s. 820 vd. Bu kararın eleştirisi için bkz. **Bürgi** NZBau 2007, s. 737 vd.; **Krohn,** NZBau 2007, s. 496; **Hormann,** VergabeR 2007 s. 431 vd. Eşik değerler altında kalan ihalelerde de sürecin tamamen özel hukuka tabi olduğu görüşü için bkz. ayrıca OVG Schleswig, NZBau 2000, s. 216; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2006, s. 845 = NZBau 2006, s. 396; OVG Berlin-Brandenburg, NZBau 2006, s. 668; VGH Mannheim, BeckRS 2007, s. 20302; VG Potsdam, NZBau 2006, s. 68; VG Karlsruhe, NZBau 2006, s. 672; **Hüttinger,** s. 206; **Köster,** NZBau 2006, s. 542/543; **Pietzcker,** NVwZ 1983, s.124/125; *aynı yazar,* NJW 2005, s. 2882; *aynı yazar,* ZfBR 2007, 134/135; **Ruthig,** NZBau 2005, s. 499 vd.; **Byok,** NJW 2006, s. 2076.

lmkuk. sözl□şmcsi ynpılınası islisırni dunımlnrdn kabul cdilini□tir2H. l laııa Frnn -a\fa 1 _ ı\rnlıl-. 2001 lnrihli "Murccf Kı:ınunu"[29] ile lllm kamu ihale söz. kşmckrinin idari sözleşme niteliği tnşıdığı ve ihtilafların idari yargıda çözll-k-cegi dilzcnlcnınişlir-"[0].

ı\) rılabilir işlem teorisi, idarenin tarı:ıf olduğu sözleşmelere karşı iptal d:wası açılamaması, sadece tam yargı davasına konu edilebilmesi esasının) ol açtığı sorunlara bir çözilm bulmak amacıyla geliştirilmiştir[31]• Fransız Hukukunda bir silre hakim olan "blok teorisi"ne göre, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin kurulmasından önceki tek yanlı idari işlemler, sözleşme ile bir bütünlük oluşturur[31]. İdarenin sözleşmelerinin ise, klasik idari işlem türlerinden furklı olarak tek taraflı bir işlem değil de iki taraflı bir işlem olması nedeniyle üçüncü şahısların menfaati ihlal edilmiş olsa dahi, sözleşme yargıcı (jugc du contrat) önünde iptali talep edilememektedir. Ayrılabilir işlem teorisine göre. idarenin, sözleşme yapma kararı da dahil olmak üzere, taraf olduğu sözleşmeye ilişkin her işleminin temelinde bir idari işlem mevcuttur. Sözleşmeden şeklen veya düşünsel olarak ayrılabilen bu idari işlemlerin iptali dava edilebilir. İhale açılması, ihale şartnamesi ve ilanı, isteklilerden birinin ihale dışı bırakılması, ihalenin sonuçlandırılması ve sözleşme yapma kararı alınması, sözleşmenin feshi gibi işlemler, bu anlamda sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan işlemler olup, taraflarca veya menfaati ihlal edilen üçüncü şahıslarca idari yargı makamları önünde iptal davasına konu edilebilir[33]• Ayrılabilir işlem teorisinin sadece idari sözleşmeler bakımından değil, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir[34].

Ayrılabilir işlemin idari yargıda iptalinin sonuçlarına gelince: Doktrindeki hakim görüş, iptal kararının otomatik olarak "tarafların kanunu" (Code Civil Art.l 134) niteliği taşıyan sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağını kabul etmektedir. İptal kararı üzerine bu kararın gereğini yerine getirmek

---

28 **Boesen,** Einl., Rnr.6; **Pietzker,** ZHR ȷ62(1998), s. 457 ve orada dn.108; **Bücbl,** s. 77.

29 LOI no 2001-1168 du 11 decembre 2001 portant ınesures urgentes de refonnes a caractere economique et financier, Art.2.

30 **Ax/Hartmann,** s. 129.

31 **Laubadere/Venezia/Gaudamet,** s. 546; **Clerc,** s. 141; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.321/322; **Sezginer,** s. 111; **Bücbl,** s. 78.

32 Bkz. **Erkut,** s. 39 ve orada dn.2 l8'de zikredilen yazarlar.

33 **Laubadere/Venezia/Gaudamet,** s. 546; **Long/Weil/Braibant/Delvolve/ Genevois,** s. 94/95; **Clerc,** s. 141; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr. 321/322; **Hök,** ZfBR 2001, IV/1.

34 **LaubadereNenezia/Gaudamet,** s. 546; **Long/Weil/Braibant/Delvolve/ Genevois,** s. 94; **Clerc,** s. 141; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.321/322.

idarenin takdirine bırakılmıştır. İdare, ihlalin türi\ne göre sözleşmenin butlanını tespit ettinne talebiyle sözleşme yargıcına başvurabileceği gibi, karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebilir veya feshin sonuçlarının ağır olmasını. sözleşme konusu işin ifa edilmiş kısmını veya kamu hizmetinin gereklerini göz önünde tutarak sözleşmenin ifasına devam da edebitir3[5]• Ayrılabilir işlemin iptalinin kamu ihale sözleşmesinin geçerliliği üzerinde doğrudan bir sonuç doğunnaması, bu kuramın eleştirilmesine ve bu teorinin, "teke□11nül etmemiş zihinsel bir faaliyet" olarak nitelendirilmesine yol açmıştır.:-[6].

Bu konuya ilişkin olarak Fransız Danıştayının (Conseil d'Etat) 2004 yılında verdiği iki karara[37] değinmek yararlı olacaktır. Söz konusu kararlarda, idarenin ihale işlemlerinde aleniyet veya rekabetin sağlanması ilkelerine aykırı işlem tesis etmesi durumunda mağdur olan isteklilerin idare mahkemesi başkanına başvurabileceği kabul edilmiştir. Kendisine başvurulan idare mahkemesi başkanı, idarenin ihlal ettiği bu yükümlülüklere uymasına, sözleşmenin imzalanmasının veya ihaleye ilişkin diğer her türlü kararların icrasının durdurulmasına karar verebileceği gibi söz konusu idari işlemleri iptal de edebilir. Ancak Fransız Danıştayına göre, idare mahkemesi başkanına başvurma imkanı sadece kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önce mevcut olup, sözleşmenin kurulmasından son·ra iptal kararı verilemez[38].

---

35 **LaubadereNenezia/Gaudamet,** s. 547; **Long/Weil/Braibant/Delvolve/ Genevois,** s. 96/97; **Clerc,** s. 142; **Hök,** ZfBR 2001, IV/1; **Büchl,** s. 79; **Kutlu-Gürsel**, Tekinalp'e Annağan, s. 603 ve orada dn.16'da zikredilen yazarlar. Bu hususlar ve ayrılabilir işlemin iptalinin kamu ihale sözleşmesinin geçerliliği üzerindeki etkisine ilişkin daha farklı görüşler hakkında bkz. **Sezginer,** s. 165 vd.

36 Bu eleştirilere göre, ayrılabilir işlemin iptalini sağlayan kişinin elde ettiği sonuç "platonik" bir sonuçtur. Çünkü iptal kararı üzerine idarenin bazı yaptırımlarla sözleşmenin butlanını tespiti talebinde bulunmaya veya sözleşmeyi feshe zorlama mümkün olsa da, menfaatler dengesi sözleşmeye devamı gerektirebilir. Bu takdirde mağdur edilen istekli tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır. Ayrıca ihale yetkilisinin hukuka aykırılığı gizleyebildiği durumlarda yargısal korumanın da pek anlamı olmayacaktır. Ayrılabilir işlem teorisinin bu eksikliklerinin giderilebilmesi için, ihale kararı ile sözleşmenin yapılması aşamaları arasında bir bekleme süresinin, ayrıca ihale kararının ilan edilmesi yükümlülüğünün öngörülmesi önerilmektedir; bkz. **Clerc,** s. 142-143 ve orada dn. 529-531'de zikredilen yazarlar. Bkz. ayrıca **Büchl,** s. 79/80.

37 Conseil d'Etat, 29.03.2004, Cte de communes Central littoral, req. N° 258114 ve 258116; Conseil d'Etat, 02.06.2004, Commune de Dijon, Contrats et Marches Publics, N° 264325.

38 Bkz. ayrıca **Ax/Hartmann,** s. 130.

Bnıı)rızarlar ı\vnıpn Dirliğinin ihtilaf direktiflerinde de nyrılnbilir işlem tcürisinin kabul edildiğini ileri sUrınektcdir[39]. Kanımca bu abartılı bir yo. nımdur. A\'nıpa Birliği ihtilaf direktiflerinde asgari standart olarak öngfüu. kn hukuki koruma imkanlurının burada özetlemeye çalıştığım liim teoriler çerçevesinde de sağlanması mümkiindiir.

Ayrılabilir işlem teorisi, Türk Hukukunda da gerek idare hukuku doktrininde. gerekse Danıştay kararlarında sıkça zikredilen bir kavramdır. Kanımca Türk Kamu İhale Hukuku açısından ayrılabilir işlem teorisine gerek bulunmamaktadır. Fransız Hukukunda bu teorinin ortaya çıkmasına yol açan sebepler Tiirk Kamu İhale Hukuku bakımından mevcut değildir. Fransız Hukukundan farklı olarak, Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Oysa Fransız Hukukunda, kamu ihale sözleşmeleri idari sözleşme niteliği taşımakta ve bu teori, idarenin özel hukuk sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilse de, idari sözleşmeler göz önünde bulundurularak geliştirilmiştir.

Öte yandan yeni Türk ihale mevzuatı, sözleşmenin kurulması aşaması ile ihale aşamasını ayrılabilir işlem teorisi anlamında bir "düşünsel faaliyete" gerek olmaksızın bizatihi kendisi ayırmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda idarenin ihale işlemlerine karşı, önce idareye daha sonra Kamu İhale Kurumuna, bu kurumun kararlarına karşı ise idari yargıya başvurma imkanı açıkça düzenlenmiştir (KİK. m.55-57). 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulanması bakımından da, ihale sürecindeki işlemlerin idari yargı denetimine tabi olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Kanımca idari sözleşmeler bakımından da ayrılabi]ir işlem teorisine gerek bulunmamaktadır. Çünkü idarenin sözleşmenin hazırlık aşamasında yaptığı tek taraflı idari işlemlerin sözleşme ile bir bütün]ük oluşturduğunu kabul eden "blok teorisi" Türk Hukukunda hiçbir zaman genel kabul görmemiştir. Ayrıca Danıştay'ın, Fransız Hukukunda hakim olan anlayışın aksine[40], idari sözleşmelerin de iptal davasına konu edilebileceğini kabul eden kararları bulunmaktadır[41]. Dolayısıyla Fransız Hukukunda idarenin taraf olduğu söz-

---

39 Bkz. **Clerc,** s. 141.

40 Fransız Hukukunda da son yıllarda idari sözleşmelerin iptaline ilişkin olarak verilmiş karar örnekleri için bkz. **Gözübüyükffan,** Nr.667.

41 **Danıştay I˙ DDGK, 11.11.2004 T., 2002/196 E., 2004/1850 K.** "Danıştay Onuncu Dairesince, davacı şirketin, dava konusu ihaleye katılmaması nedeniyle, ihalenin ve ihale sonucu imzalanan sözleşmenin iptalini istemekte menfaati olmadığı belirtilmiş ise de; davacı tarafından, diğer iddiaları yanında, l990 yılından beri söz konusu Hazine arazisinin kendilerine kiralanması ve tahsis edilmesi için bir çok kez başvuruda bulunmalarına rağmen sonuç elde edilemediği, herhangi bir ilan yapılmadan ihalenin gerçekleştirilmiş olduğu, Dalaman Milli Emlak Müdürlüğünün ve Dalaman Belediyesinin dahi böyle bir ihale yapıldığından ha-

lçşmclcr bakımından ayrılabilir işlem· teorisinin ortnyn çıkmasına yol açan lnıJ.ı.uki zemin. Türk 1-hıkukundn mevcut değildir. Bu nedenle ayrılabilir işlem teorisi, Tiirk 1-hıkukunda, idarenin tnrnf olduğu sözleşmeler bakımından değil. sadece dava konusu yapılamayan bazı idari işlemler bakımından bu işlemden ayrılabilir nitelikteki işlemlerin iptalini sağlamak amacına yönelik bir fonksiyon icra edebilir[42].

Hal böyle iken, ayrılabilir işlem teorisinin hem idari sözleşmeler hem de özel hukuk sözle.,meleri ile bağlantılı olarak bu kadar sıkça telaffuz edilmesini anlamak giiçtür. İşin daha da ilginç yanı, ayrılabilir işlem teorisinin tüm

---

berleri olmadığı, gerek ihale şartlarının gerekse ihalenin, usulüne uygun olarak belirlenip yapılmadığı, ihale sonrası proje yeri değişikliği yapılarak ihaleyi kazanan fımıaya, öncekine göre daha büyük olan ve kendilerinin de kiralamak istedikleri arazilerin verildiği, 3621 sayılı Kıyı Kanununa ilişkin hiçbir işlem yapılmadan ihaleye çıkıldığı ileri sürülerek, ihale ile ilgili olarak yapılan hazırlık çalışmalarının hukuka ve usule uygun gerçekleşmediği iddiasıyla bakılan davanın açıldığı ve davacının; söz konusu ihalenin, ihale sonrasında ihaleyi kazanan şirketle yapılan sözleşmenin ve söz konusu taşınmazların ilgili şirkete tahsis edilmesine ilişkin işlemlerin iptalini istediği anlaşıldığından, davacı şirketin, dava konusu işlemlerden dolayı meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilendiği sonucuna ulaşılmış olup, davanın esasının incelenmesi gerekirken, menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir."; **Danıştay 10. D., 1999/2407 E., 2002/347 K.:** "Bu açıklamalar karşısında, 4283 sayılı Yasa ile düzenlenerek Yap-İşlet Modeliyle getirilen üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu anlaşıldığından, 2575 sayılı Yasanın 24. maddesi uyarınca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin iptaline ilişkin bulunan davanın görüm ve çözüm yerinin, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir." (her iki Karar için bkz. Danıştay Bilgi Bankası); Danıştay, 12.D., 2.11.1976 T., 74/1958 E., 76/2141 K., DD sayı 26-27, s. 509; Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 13.5.1977 T., 76/456 E., 77/254 K., DD. Sayı 28-29, s. 261; Danıştay 10. Dairesi, 29.4.1993 T., 1991/l E., 1993/1752 K., DD. Sayı 88, s. 463 vd. Bkz. ayrıca **Gözübüyük/Tan,** Nr.666: "İdare hukuku öğretimizde idari sözleşmenin geçerliliğinin ya da uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tam yargı davası konusu oluşturacağı; hukuka aykırılığın önlenmesi amacıyla da olsa, idari bir işlem gibi iptallerinin istenemeyeceği kabul ediliyordu. Bununla beraber Danıştay'ın yirmibeş yıldır idari sözleşmelere karşı ilgililerce açılan iptal davalarını kabul edip karara bağladığı da bir gerçektir."; **Sezginer,** s. 127 vd.; **Kutlu-Gürsel,** Tekinalp'e Armağan, s. 603.

42 Ayrılabilir işlem kuramının idarenin taraf olduğu sözleşmeler dışındaki uygulama alanları için bkz. **Laubadere/Venezia/Gaudamet,** s. 707; **Sezginer,** s. 55 vd.; **Özay,** Günışığında Yönetim, s. 513 vd.; **Erkut,** s. 128 vd.

□ mı hırı ile tı) gulnnmııdığı dn görillıncktcdir. Ayrılabilir işlem teorisi, bir ·(-.nrnlı..i hnşlık allındn incclcycccğıiniz iki nşnma teorisinden daha gcniıitir. (ilnJ..i1 iki :ışnma teorisine göre, sadece kamu ihale sözleşmesinin kurulma. ·ından ön□cki idari işlemler idari yargının denetimine tabi olduğu halde, a) rılabilir işkın teorisi sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada da söı-kşıneden ayrılabilir nitelikteki idari işlemlerin idari yargıda iptaline imkan sağlmnaktadır-ı[3]. Oysa Danıştay, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde. sözleşmenin kurulmasından sonra idarenin sözleşmeyi feshetmesi gibi. temelinde bir idari kararın yer aldığı ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlerin iptali amacıyla açılan davaları reddetmekte ve ihtilafın adli yargıda görüleceğini kabul etmektedir[44].

.ı; Bkz. Clcrc, s. 142. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Nr.327: Bu yazar Nr.338 vd.'da ayrılabilir işlem teorisinin iki aşama teorisine oranla İsviçre İhale Hukukuna daha uygun düştüğü görüşünü savunmaktadır.

.ı.ı Bkz. örneğin, **Danıştay 6. D., 12.03.1998 T., 1997/1550 E., 1998/1455 K.:** --Dava, eczacı olan davacının davalı idare ile yaptığı ilaç sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin 23.7.1993 günlü, 848 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesince, ... Defterdarlığı personeline ilaç verilmesi amacıyla yapılan sözleşmenin idari sözleşme sayılmasına olanak bulunmadığı ve uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri doğrultusunda adli yargı yerlerince çözümlenebileceği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle görev yönünden reddi yolundaki temyize konu Gaziantep İdare Mahkemesinin 19.10.1994 günlü, E:1993/771 K:·1994/1125 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 12.3.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi. "**Danıştay 13. D.,** 12.04.2005 T., 2005/1217 E., 2005/1947 K. : "Dava, Davacının Tedaş Bursa Elektrik Dağıtım Müessesesi ile yaptığı "Serbest Tüketicilere (Karboğaz Karbondioksit ve Kurubuz Sanayi ve Tic. A.Ş.) Enerji Nakli Yapılması ve Sistem Kullanma Bedellerinin Tahsiline ilişkin Protokol"ün 6. maddesinin iptali, Karboğaz Karbondioksit ve Kurubuz Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne enerji satışı nedeniyle Ağustos 2003 tarihinden itibaren enerji nakli için davacıdan tahsil edilen ödemelerin sözleşme hükümleri çerçevesindeki faiz oranlarıyla birlikte geri ödenmesi, bundan böyle dağıtım sistem kullanım bedeli tahakkuk ettirilmemesi □olun_daki başvuru_nun reddine ilişkin 05.0J.2004 günlü, 142 sayıJı işlemin iptali ıstemıyle açılmış, idare Mahkemesince; 4628 sayılı Yasa'da da belirtildiği üzere elektrik enerjisinin alınıp satılmasına ilişkin yapılan sözleşmelerin özel hukuk h□k□□lerine □öre yapılan ticari anlaşma niteliğinde olduğu, bu şekilde yapılan bır sozleşmenın 6. maddesinin iptali ve iptali istenilen sözleşme maddesi gereği TEDAŞ Bursa Müessesesi Müdürlüğünce tahsil edilen kullanım bedelinin iadesi ve bundan sonra alınmaması isteminin reddi nedeniyle çıkan bu uyuşmazlığın

omıç olarak. özellikle idnrcnin tnrnf olduğu özel hukuk sözleşmeleri l akımından. ayrılabilir işlem teori ine gerek bulunmadığı, esasen sıkça zik-□dilmı:sinc rağmen bu teorinin uygulanmadığı söylenebilir.

./-) jki Aşama Teorisi

İki aşama teorisi (Zwei tufentheorie; theorie des deux niveaux) ilk olarak Alman Hukukunda H.P. **IPSEN** tarafından devlet teşviklerinin hukuki niteliğini açı□laınak üzere 1951 yılında yazdığı bir hukuki mütalaada ortaya atılmıştır-1:-_ Bu yazara göre, idarenin devlet teşviki verip vem1eyeceğine ("ob..) ilişkin kararı idari bir işlem olmasına rağmen, bu teşvikin ne şekilde· C,,ie..) verileceği taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile belirlenir ve bu ·özleşme özel hukuka tabidir. Daha sonra bu teori kamu ihalelerine de aktarılmıştır.ı[6]. İlk başlarda kamu ihale sözleşmeleri bakımından fazla taraftar bulmamıştır. Bu teorinin aslında bir bütün olan ihale ve bunun sonucunda sözleşme yapılması sürecini yapay bir biçimde ikiye ayırdığı, bunun ise pratikte farklı hukuk disiplinlerinin uygulanması ve farklı yargı yerlerinin göre li olması nedeniyle karışıklıklara ve gecikmelere yol açacağı ileri sürülmüştür[47]. Ancak halen özel hukuk teorisinin hakim olduğu Almanya'da son yıllarda, özellikle de eşik değerlerin altında kalan ihaleler bakımından, bu

---

görüm ve çözümünün adli yargı yerinin görev alanına girdiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle görev yönünden reddi yolundaki temyize konu Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 28.01.2004 tarih ve E:2004/78, K:2004/49 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 12.04.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" (Her iki karar için de bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

45 **lpsen** söz konusu hukuki mütalaayı, Alman Federal Ekonomi Bakanlığının bir film yapımcısına yeterince yurtsever olmadığı gerekçesiyle teşvik vermekten kaçınması olayına ilişkin olarak kaleme almıştır; ihtilafa yol açan "Eva im Abendkleide" adını taşıya film projesi ise hayata geçirilememiştir; bu hususlara ilişkin olarak bkz. **Stelkens**, s. 968; **Ennuschat**, NJW 2007, s. 2224.

46 Alman Hukukunda iki aşama teorisinin uygulama alanı, sadece devlet yardımları ve kamu ihaleleri ile sınırlı tutulmayıp, kamu binaları ve tesislerinden veya kamuya ait kara ve suyollarından yararlanılması hallerini de kapsar bir biçimde genişletilmiştir; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Schoch/Schmidt-Aflmann/Pietzner/Ehlers**, § 40 VwGO, Rnr.246 vd.

47 İki aşama teorisine yöneltilen bu eleştiriler hakkında toplu bilgi için bkz. **Zuleeg**, NJW 1962, s. 2231 vd.; **Maurer**, § 17, Rnr.14 vd.; **Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner/Ehlers**, § 40 VwGO, Rnr. 255 vd; **Stelkens**, s. 970 vd.

t□oriyi savuı□□m ya□ar!a□·ın sayısınd□ ?ıı.· artış gözleınlenmektcdir'[18]. Bazı ya zarlar bu gelışıneyı. "ıkı aşama teorısının Rönesans'ı" olarak adlandırmakt· dır"□. İki aşama teorisi İsviçre Hukukunda hakim olan görüştiir[50]. Aşağıt 3) nntılı olarak ispat edileceği iizere, Türk Hukukunda da, adı konmasa dah□ hakim olan anlayış. iki aşama teorisidir.

.Kamu ihale sözleşmeleri ba□ımından "iki aşama teorisinin" esaslarını şu şekılde özetlemek mümkündür: idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşamalı bir işlem söz konusudur: Birinci aşama, sözleşme yapılmasına kadar olan aşamadır. Bu aşama, ihale veya benzeri sürecin başlangıcı, uyulması gereken esaslar ve mevzuat, ihale işleminin yapılması ve sonuçlandırılmasından ibarettir. Bu ilk aşamada idarenin yaptığı her türlü eylem ve işlem •'idari" bir nitelik taşımakta olup idare hukuku kurallarına tabidir. İkinci aşamayı ise, birinci aşamada tamamlanan idari işlemin icrası safhası oluşturmaktadır. İdare hukuku kurallarına tabi olan birinci aşamanın tamamlanmasından sonra, bir özel hukuk sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu ikinci aşama, yani yapılan özel hukuk sözleşmesi, tamamen özel hukuka tabi olup, bu konudaki uyuşmazlıkların karara bağlanma yeri ise adli yargı veya sözleşmede öngörülmesi kaydıyla tahkim mahkemesidir.

İki aşama teorisinin meydana getireceği sonuçlara gelince: İkinci aşamada yapılan özel hukuk sözleşmesi ile ilgili tüm sorunlar, örneğin, böyle bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı, sona erdirilip erdirilemeyeceği ve diğer

---

-ıs Alman Hukukunda iki aşama teorisini savunan yazarlar için bkz. **Bürgi,** NVwZ 2007, s. 739 vd.; aynı yazar, Rechtsregime, Nr.71; **Hermes,** JZ, 1997, s. 9I4/915; **Huber,** JZ 2000, s. 882; **Triantafyllou,** NVwZ 1994, s. 946; **Niestedt/Hölzl,** NJW 2006, s. 3682; **Prie8/Hölzl,** ZfBR 2005, s. 593; **Stelkens,** s. 1035; **Gonzalez-Varas,** GewArch 2002, s. 317/318; **Hormann,** VergabeR 2007 s. 431 vd.

-19 **Regler,** s. 264. Karş. ayrıca **Triantafyllou,** NVwZ 1994, s. 946: Bu yazar "iki aşama teorisinin yeniden doğuşu"ndan söz etmektedir.

50 **Gauch,** ZSR 114 (1995) I, s. 331; *aynı yazar,* Werkvertrag, Nr.5 I2: *aynı yazar,* BR.2003, s. 5; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Zürich 2003, Nr. I072; **Gali/Moser/Lang,** Nr.529; **Hafelin/Müller,** Nr. 287 vd.; **Klein,** s. 147; **Gross,** s. 147 vd.; **Rhinow,** R., Neuere Entwicklungen im Öffentlichen Prozessrecht; SJZ 99 (2003), s. 525; **Hauser,** M., Zuschlagkriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, s. 1405 dn.l. İsviçre Hukukunda ayrılabilir işlem teorisini savunan yazarlar için bkz. **Clerc,** s. 484; **Beyeler,** Öffentliche Beschaffung, Nr.319 vd. ve Nr. 338 vd. Buna karşılık **Spühler,** ihale kararı ile sözleşmenin kurulması aşamaları arasında bir ayrım yapılmasını eleştirmekte ve Alman Hukukunda olduğu gibi ihale kararı ile birlikte sözleşmenin kurulması gerektiğini, dolayısıyla sürecin bir bütün olarak değerlendirilmesin daha doğru olacağını belirtmekte, ancak bir bütün teşkil edecek bu sürece kamu hukukunun mu, yoksa özel hukukun mu uygulanacağı sorusunu cevapsız bırakmaktadır; bkz. **Spühler,** ZBL 2004, s. 375 vd.

sonınlar münhasıran borçlnr hukuku kurallnrınn göre çözllınlcnir. Bunun sonucu olarnk da idari işlem aşamasında meydana gelen herhangi bir sakatlık 'c□a bu aşamaya ilişkin idari işlemlerin bir kısmının ya da tamamının iptal edilmesi. özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersiz hale gelmesi sonucunu doğurmayacaktır. Sözleşmenin geçerli olup olmadığına sadece bu sözleşmenin tabi olduğu borçlar hukuku kurallarına göre karar verilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk Hukukunda da bu teori hakimdir. Gerçi "iki aşama teorisi" ifadesine ne idare hukuku literatüründe ne de yargı kararlarında rastlamak mümkündür. Bunun yerine daha ziyade "ayrılabilir işlem teorisi□· sıkça telaffuz edilmektedir. Bu durum, iki aşama teorisinin Alman Hukuku kökenli olması, buna karşılık ayrılabilir işlem teorisinin Fransız Hukukunda ortaya çıkması ve Türk İdare Hukukunun da ağırlıklı olarak Fransız İdare Hukukundan etkilenmesi ile açıklanabilir. Ancak gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin açıklamalar iki aşama teorisinin yukarıda özetlemeye çalıştığım esasları ile tamamen uyum içerisindedir. İlk olarak doktrindeki duruma göz atılması yararlı olacaktır:

GÜNDAY, idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin olarak şunları yazmaktadır:

"Sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşama tamamen İdare Hukukuna tabidir. Bu nedenle sözleşmenin yapılmasına kadar ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır.

... Buna karşılık sözleşmenin yapılmasından sonraki aşamada ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm yerine gelince: Ülkemizde idari sözleşmelerin uygulama alanı, yukarıda da belirttiğimiz üzere bir hayli daralmış olup, idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleş□eleri ile idari hizmet sözleşmeleri dışındaki sözleşmeleri idari sözleşme sayılmadığından, bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğu kabul edilmektedir"[51].

GÖZÜBÜYÜK/TAN ise, "Sözleşmeden Ayrılabilir İşlemlerin Yargısal Denetimi" başlığını kullanmakla beraber aynı hususlara işaret etmektedir:

"2886 sayılı Yasa'daki usul izlenerek yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görev alanına girmekle beraber, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan evrede idarece yapılan işlemler idari işlem kabul edilip denetimlerinin idari yargının görev alanına girdiği konusunda yargı kararlarında süreklilik gözlenmektedir"[52].

GÖZLER de konuya ilişkin olarak şunları yazmaktadır:

" ....Kamu ihale sözleşmesinin kendisi özel hukuka ve dolayısıyla adli yargıya tabi olsa bile, bu sözleşmenin akdedilmesine kadar ki ortaya çıkan uyuşmazlıklar

---

51 **Günday,** s. 201/202.

52 **Gözübüyük/Tan,** Nr.653.

1'amu hukukuna (idare hukukunn) tabidir ve dolayısıyla bu uyuşmazlıkların çözüm)eri idari yargıdır. Doktrin ve yurgı karurlun da bu yöndedir. Yine doktrin ve yargı içtihntlıırındn imznlandıktnn sonrn kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu \ıı bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir"[9].

Yarı.?.ı kararlarında da durum farklı değildir. Aynı esasları dile getiren sa. yı ız Y;rgıtay Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararı mevcuttur. Örnek kabilinden bu kararlardan bir kaçını aktarmak yararlı olacaktır:

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 17.6.1997 tarihli kararının özet kısmında, *..De,·lei İhale Kaıumıma göre yapılan ihalelerin iptali davası idari yargıda görülürse de; ihale ile oluşan eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılır"* dendikten sonra karar metninde şu ifadeler yer alma"-.1adır:

--Eser sözleşmesinin yapılmasından önceki safhada, ihalenin iptali ile ilgili olarak idare ile ihaleye katılan arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri, idari yargıdır.

Oysa, somut olayda, ihaleden sonra taraflar arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılmış bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözüm yeri de adli yargıdır"[54].

Aynı esas, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 07.03.2003 sayılı kararında şu şekilde dile getirilmektedir:

"Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın süregelen içtihatlarına göre 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemler 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olup, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında akdedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemler ise, anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabidir"[55].

Uyuşmazlık Mahkemesi de OI Temmuz 2004 tarihli kararında, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin olarak şu ifadelere yer vermektedir:

"Kamu ihalelerinde, idarenin yasada belirtilen usul kurallarına uyması zorunlu olup, buna göre ihale kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönt□minin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedır. Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği

---

53 **Gözler**, s. 473.

54 **y** argıtay 15. Hukuk Dairesinin 17.06.97 T., E. 1997/2847, K. 1997/3122 sayılı kararı (kar□r için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

55 Danıştay idari Dava Daireleri Genel Kurulunun 7.3.2003 T., 2002/725 E., 2003/88 K. sayılı kararı (karar için bkz. Oanıştay Bilgi Bankası).

bu tOr ihale işlemleri hnkkmclıiki nrgısııl dcııctiıiiıı. idare hukuku ilkelerine güre idnri□argı) erlerince npıln ağı t:ırtışımısızdır.

ncak. ihıikıiin kcsinlcşmcsindcıı sonraki işlemlerin h:ıngi hukuki rejime tabi t,la .ağının tespiti için, bu işlemlerin tnrnflnr arnsındn akdedilmiş süzlcşınenin kapsamında olup olmadığının. bir bnşku deyişle, davanın süzlcşmc lıllk(lınlcrinin uygulanması ve yonıınlnnmnsındnn doğup doğmadığının incelenmesi gcrekmcktcdir"[16].

eni Türk ihale mevzuatı da iki aşama teorisine uygun düzenlemeler ihtiva etmektedir. Her şe den önce, şekli açıdan bakıldığında Türk kamu ihale □i□temi sözleşmenin kurulmasından önceki aşamayla, sözleşmenin kurulmaından sonraki aşamayı bir birinden ayırmaktadır: Sözleşmenin kurulmasından önceki ihale aşamasına ilişkin usul ve esaslar 4734 sayılı "Kamu İhale Kanunu..nda düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki aşama ise ayrı bir kanunda, 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu"nda düzenlenmiştir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sözleşmenin kurulmasına, içeriğine ilişkin esaslar yer almaktadır. Kanun tamamen özel hukuk esaslarına dayanmaktadır. Örneğin, Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrasında, "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur" hükmü yer almaktadır. Ayrıca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 36. maddesinde, "bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi yeni Türk İhale Hukuku şeklen iki aşamalı sistemden hareket etmektedir. İdare hukukuna tabi ihale aşaması 4734 sayılı Kanunda düzenlenirken, sözleşmenin yapılması ile başlayan ve özel hukuka tabi aşama 4735 sayılı Kanunda düzenlenmiştir.

Hemen belirtelim ki, yeni Türk İhale Hukuku sadece şekli olarak değil, içerik itibariyle de iki aşama teorisinden hareket edildiğini gösteren düzenlemelere yer vermektedir. İsviçre Hukukunda iki aşama teorisinin en önemli dayanaklarından birini Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun (Bundesgesetz über das öffentliehe Beschaffungswesen- BoeB) 32. maddesinin ikinci fıkrası ve "İç Pazara İlişkin Federal Kanunun" (Bundesgesetz über den Binnenmarkt) 9. maddesinin 3. fıkrası oluşturmaktadır. Her iki hükümde de, ihale işlemlerine itiraz halinde İtiraz Komisyonunun yetkileri söz-

---

[56] Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.07.2004 T., 2004/31 E., 2004/ 106 K. sayılı kararı (29 Kasım 2004 tarih ve 25655 sayılı RG). Tamamen aynı ifadelere 16.06.2003 Tarih, 2003/7 E., 2003/51 K. sayılı kararda da yer verilmiştir (11.07.2003 tarih ve 25165 sayılı RG). Uyuşmazlık Mahkemesi, her iki kararında da, ihale sürecinin sonucunda yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı durumlarda, bu sözleşme ile ilgili ihtilafların adli yargıda görüleceğini belirtmektedir.

!eşmenin kurulması anı ile smırlandırılmı□, ihaleye katılanlardan biri ile ihale konusu işe ilişkin sözleşme yapılmış ise, itiraz Komisyonunun sadece huku. ka aykırılık durumunu tespitle yetineceği düzenlenmiştir. Benzer bir dUzcn. leme, □özleşmenin kurulmasından önceki aşama□• düzenleyen 4734 sayılı Kamu ihale Kanununda da yer almaktadır: Kamu ihale Kanununun 55. mad. desine göre. sözleşme imzalanmadan önce ihale işlemlerine ilişkin olarak ön. ce ihaleyi yapan idareye başvurulur. Bu itirazın yapılması kural olarak ihale işlemlerini durdurur ve itiraz sonuçlanmadan özel hukuk sözleşmesi imza. lanmaz; imzalanırsa bu sözleşme geçersizdir. Bu itirazın reddedilmesi halinde Kamu İhale Kuruluna başvurulur. Kamu İhale Kanununun 56. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazen şikayet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınmaz.".

Kanımca da kamu ihaleleri ve bunun sonucunda yapılan sözleşme sürecini en iyi izah eden teori iki aşama teorisidir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, idare hukuku öğretisi, süreci mümkün olduğu kadar idare hukuku kurallarına tabi kılmak isterken, özel hukukçular kendi hukuk dallarının uygulanmasından yana tavır sergilemektedir. Ancak **Bürgi'nin** de isabetli bir şekilde ifade ettiği üzere[57], kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi tespit ederken, sorunu özel hukuk ve kamu hukukunun hakimiyet alanlarının muhafazasına ilişkin bir tartışma haline getirmemek gerekir. İhalenin ve bunun sonucunda kamu ihale sözleşmesi yapılması sürecinin tamamını tek başına bu iki hukuk dalından birinin kurallarına tabi kılmak mümkün değildir. Bunun sebebi açıktır: Özel hukuk niteliği taşıyan kamu ihale sözleşmesinin taraflarından birini idare oluştunnaktadır ve idare sözleşmenin karşı tarafını seçerken tamamen serbest olmayıp, ihale hukuku kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. Başka bir ifade ile kamu ihale sözleşmesinin taraflarından istekli bakımından sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü mevcut olduğu halde, idarenin bu anlamda bir serbestısi bulunmayıp, kamu hukuku kuralı niteliği taşıyan ihale mevzuatı ile bağlıdır. Dolayısıyla sürecin tabi olduğu hukuki rejimi belirlerken bu hususun göz önünde tutulması gerekir.

Bu noktada, ihale süreci idare hukukuna tabi ise, kamu ihale sözleşmesinin □_asıl özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebildiği sorusu akla gelebilir. Ozel hukuk sözleşmelerinde Borçlar Kanunu sözleşmenin kuruluşunun, şeklinin, içeriğinin ifa ve ifa edilmemesinin tabi olduğu esasları belirlemektedir. Buna karşılık, Borçlar Kanununda sözleşmenin karşı tarafının ne şekilde belirleneceği düzenlenmemiş olup bu hususta taraflara irade özgürlüğü tanınmıştır. Taraflardan birinin bu anlamda bir özgürlüğe sahip olmaması ve sözleşmenin karşı tarafını belirlerken kendisi için bağlayıcı nitelik taşıyan

---

57 **Bürgi,** NVwZ 2007, s. 740.

□a11esa,1nm uygun hareket etmesi. sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteli□□□

teorisine göre. kamu ihale si\zlcşıncsinin kıınılınasından önceki dönem mur., hasmm kamu hukukuna t:ibidir. ı\ncnk bu kuralı kalı bir şekilde yorumlama. mak gerekir. İhale silrcci kamu hukuku karakterli ihale mevzuatı ile düL.cn-lenmiş olsa dahi. netice itibariyle söz konusu olan bir özel hukuk sözkıme-sinin kurulmasına yönelik hazırlık dönemidir. Kamu ihale sözleşmelerini *dı-*ğer özel hukuk sözleşmelerinden tek farklı tarafı, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması ve idare açısından sözleşmenin karşı tarafını bclirkmc prosedürünün ihale hukuku kuralları ile düzenlenmiş olmasıdır. Bu nedenle istisnaen de olsa sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde de özel huku. ka ilişkin bazı problemler söz konusu olabilir. İhale hukuku kurallarında ay-rıntılı olarak düzenlenmeyen bu sorunların çözümünde özel hukuk kuralları-nın tamamlayıcı bir şekilde uygulama alanını bulacağının kabulü gerekir□'- Aşağıda ikinci bölümde bu sorunlar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

[61] Bkz. ve karş. Beyeler, Ö̇ ffentliche Beschaffung, Nr. 335 vd.

§ 3) İDARİ YARGIDA VERİLEN İPTAL KARARLARININ ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ SORUNU

1. GENEL OLARAK

İdari yargıda verilen iptal kararlarmın, idarenin tarafı olduğu özel hukuk sözleşmelerinin geçerliliğine etkisi sorunu, idare hukuku ile özel hukukun ve özellikle de borçlar hukukunun kesişme noktasını oluşturmaktadır. İhale işlemlerinin kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önce Kamu İhale Kurumu veya idari yargı makamları tarafından iptal edilmiş olmasına rağmen idarenin kamu ihale sözleşmesini yapması durumunda sorunun çözümü nispeten kolaydır. İhale işlemi iptal edilmiş olmasına rağmen idarenin sözleşme yapmış olması halinde, hiç ihale yapılmadan kamu ihale sözleşmesi yapılmasına benzer bir hukuki sorun ortaya çıkar ki, bu sorun aşağıda(§ 7/11/C/2) ayrıntılı olarak incelenecektir.

Daha karmaşık ve çözümü güç olan sorun, idari yargının, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonra idarenin ihale sürecindeki işlemlerinden herhangi birinin iptaline veya yürütmesinin durdurulmasına karar vermesinin, kendiliğinden kamu ihale sözleşmesinin geçersizliğine yol açıp açmayacağıdır. Sorunun ortaya çıkmasına yol açan sebep, idari yargıda verilen iptal kararlarının dava konusu işlemi geriye etkili bir şekilde oıiadan kaldırmasıdır. Bu sorunun çözümü hususunda idare hukuku kurallarına mı, yoksa özel hukuk kurallarına mı başvurulacaktır?

Türk Hukukundaki durumu incelemeye geçmeden önce karşılaştırmalı hukuktaki duruma kısaca göz atılması yararlı olacaktır.

il. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM[1]

A) İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Hukukunda bu soruna ilişkin olarak ileriye sürülen görüşlerin Türk Hukuku bakımından özel bir önemi bulunmaktadır. Bunun birinci nedeni, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıması ve Türk Borçlar Kanununun İsviçre Borçlar Kanunundan iktibas edilmiş olma-

---

Aşağıda inceleyeceğimiz ülkeler dışında kalan diğer hukuk sistemlerindeki durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Priep,** s. 425 vd.; **Priep/Niestedt,** s. 195 vd.; **Priep/Hausmann,** EuR 1999, s. 208 vd.

sıdır. Ayrıc:ı lsviçre ihale Hukukunda da. Türk Hukukunda olduğu gibiiki aşama tcori·i knhul edilmektedir.

İlk olarak lsviçre Federal Mahkeınesi'nin son yıllarda verdiği bazı kararlarcbn söz etmek faydalı olacaktır:

İsviçre Federal Mahkeınesi'nin 28 Ocak 2004 tarihli kararına konu olan olayda Basel Kantonu bir caddenin yeniden düzenlenmesi projesi kapsamında birinci etabı oluşturan yeraltı inşaat işlerini ihaleye çıkarmıştır. İhaleyi 666"343.85 Frank'lık teklifle ·•Z Konsorsiyumu" kazanmış ve daha sonra bu Konsorsiyumla söz konusu işe ilişkin eser sözleşmesi imzalanmıştır. İhaleye teklif veren bir diğer fırına olan "X Konsorsiyumu"nun ihale işlemlerinin iptali için idari yargıda açtığı iptal davası reddedilmiştir. Bunun üzerine *X* Konsorsiyumu, ihale işlerinde keyfi davranma yasağının, doğruluk ve dürüstlük kuralının, eşitlik ilkesinin ve diğer bazı ihale hükümlerinin ihlali iddiasıyla ihale kararının iptali için Federal Mahkemeye başvurmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, ihaleyi kazanan fırına ile sözleşme imzalanmasından sonra dahi ihale kararının iptalinin istenebileceğini, ancak bu talebin kabulü halinde imzalanan sözleşmenin geçerliliğinin bundan etkilenmeyeceğini, ihale işleminde hukuka aykırılıklar bulunduğunun tespitinin iptal talebinde bulunan firmanın idareden tazminat talep etmesi bakımından önem taşıyacağını hükme bağlamıştır[2].

21 Ocak 2004 tarihli karara konu olan olayda Zug Kantonu ulusal karayolunun yenilenmesi çalışmalarının ikinci etabı çerçevesinde yeraltı inşaatı ve yol yapımı işini ihaleye çıkannıştır. İhale yaklaşık 37,7 milyon Frank bedelle "B Konsorsiyumuna" verilmiştir. İhaleye katılan bir diğer firma "L Konsorsiyumu" ihalenin iptali için idaİ·e mahkemesinde dava açmış, ancak bu talebi reddedilmiştir. Bu arada "8 Konsorsiyumu" ile sözleşme imzalanmıştır. Bunun üzerine "L Konsorsiyumu" ihale işlerinde keyfi davranma yasağının, doğruluk ve dürüstlük kuralının, eşitlik ilkesinin ve diğer bazı ihale hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle, idare mahkemesinin kararının bozulması ve ihalenin iptali için Federal Mahkeme'ye başvurmuştur. Federal Mahkeme, ihaleyi kazanan firma ile sözleşme yapıldıktan sonra da ihale kararının iptal edilebileceğini, ancak bunun sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini, sadece ihaleyi kaybeden firmanın tazminat talepleri bakımından önem taşıyacağını belirtmiştir[3].

Federal Mahkeme'nin 26 Haziran 2000 tarihli kararına konu olan olayda ise Basel Kantonu bir otoyoldaki 1735 metre uzunluğundaki tünel (Chienbergtunnel) işini yaklaşık 105 ın ilyon İsviçre Frankı bedelle bir konsorsiyuma vermiştir. İhaleye giren diğer firmaların, ihale kararının, hukuka

---

2 Bger. 28 Januar 2004, Dosiemr. 2p.231/2003, Gerekçe I.1.

3 Bger. 21Januar 2004, Dossiemr. 2P. I I/2003, Gerekçe I.1·

nykırı t lduğu iddia ı ile iptnlini istemeleri llzcrinc sonın Federal Mahkcme'nin önüne gclmi,tir. Yüksek Mahkeme, idarenin ihaleyi kazanan firma il,eözle,ıne yapma□ından onra da ihaleye ilişkin idari kararın iptali için da\'a açılabileceğini, ancak idarenin ihale kararının iptal edilmesi halinde dahi, daha önce yapılan özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini muhafaza edeceğine hükmetnıiştir."[1]

Aynı esasların kabul edildiği çok sayıda başka lsviçre Federal Mahkeme i kararı mevcuttur[5]. Bu kararların tamamının ortak özelliği, idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmelerinde, idari işlem aşamasına ilişkin iptal kararlarının otomatik olarak ikinci aşamada yapılan özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği tespitini ihtiva etmesidir.

Aynı çözüm, doktrinde de kabul edilmektedir. **GAUCH,** "Eser Sözleşmesr adını taşıyan ünlü eserinde, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerine ilişkin olarak şunları yazmaktadır:

"Özel hukuk açısından vurgulamak gerekir ki, bir kez kurulmuş sözleşme (ikinci aşama), temelinde yatan idari işlemin (ilk aşama) iptal edilmesi ile ortadan kalkmaz. Ayrıca bu sözleşmenin kamu ihale kurallarının ihlali suretiyle yapılmış olması da onun BK m.20 hükmü gereği butlanına yol açan bir durum değildir. Sözleşmenin varlığı, ihale kararının iptal edilmesinden, sa-

---

4 Bger. 26 Juni 2000, Dossiernr. 2P.4/2000, Gerekçe 1 c.

5 Bu kararlara örnek olarak bkz. isviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Mart 2007 tarihli kararı (Dosiernr: 2P.242/2006 /ble, gerekçe 2.2); 30 Kasım 2006 tarihli kararı (Dosiernr: 2P.136/2006/zga, gerekçe 1.2); 29 Kasım 2006 tarihli kararı (Dosiemr. 2P.193/2006/zga, gerekçe 1.3); 29 Mayıs 2006 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.103/2006/leb, gerekçe 4.2); 6 Şubat 2006 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.202/2005/vje, gerekçe 1.2); 8 Aralık 2005 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.I84/2005/ bie, gerekçe 1.1); 11 Şubat 2005 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.I 89/2004/ast, gerekçe 1.1); 13 Temmuz 2004 tarihli kararı (Dosiemr. 2P.I1/2004, gerekçe 1.2); 12 Temmuz 2004 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.14/2004, gerekçe 1.2); 7 Temmuz 2004 tarihli kararı (Dosiernr. 2P. l/2004, gerekçe I.2); 25 Şubat 2004 tarihli kararı (Dosiemr. 2P.214/2003, gerekçe 1.2); 6 Şubat 2004 tarihli kararı (Dosiernr. 2P. l 76/2003, gerekçe 1.1); 29 Ekim 2003 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.161/2003, gerekçe 1.2); 9 Eylül 2003 tarihli kararı (Dosiemr. 2P.47/2003, gerekçe 1.2); 11 Temmuz 2003 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.282/2002, gerekçe 1.2); 20 Şubat 2003 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.226/2002, gerekçe 1.1); 30 Mayıs 2000 tarihli kararı (Dosiemr. 2P.l5l/1999, gerekçe 2.b); 3 Mart 2000 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.222/l 999, gerekçe 2.b). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararlarını http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm adresinden temin etmek mümkündür. Bkz. ayrıca, **Beyeler,** Jusletter 14 Mai 2007, Rnr.131/132.

dece bu husus (bozucu veya geciktirici) şart olnrnk kararlaştırılmış ise etkilenir[6].

Hemen hemen aynı ifadeler, yazarın "İsviçre Borçlar Hukuku, Genci 110. kümter·· adını taşıyan eserinde de yer alınaktadır.[7] Bu yazar, konuyla ilgili çok sayıdaki diğer çalışmalarında da, *"stabilitas coıtıracti"* esasmın geçerli olduğunu. yani idari işlemin iptalinin, yapılmış bir özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini ortadan kaldırmayacağını; birinci aşamadaki idare hukuku esas. !arına aykırılığın tek başına, yapılan özel hukuk sözleşmesini BK m.20 hük. müne göre batıl hale getirmeyeceğini ifade etmekte ve idarenin idari yargıda verilmesi muhtemel bir iptal kararını özel hukuk sözleşmesinde bozucu veya geciktirici şart olarak öngörebileceğini belirtmektedir[8].

STÖCKLİ[9] ve **GALLİ/MOSER/LANG**[10] da, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin idari yargıda verilen iptal kararlarından etkilenmeyeceğini, sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığı, şekli, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi gibi sorunların özel hukuka tabi olduğunu belirtmektedir.

Aynı esaslar **WOLF** tarafından, ihale kararlarına karşı itiraz yollarını incelediği çalışmasında tekrar edilmektedir. Bu yazar da özel hukuk sözleşmesinin yapılmasından sonra, açılacak iptal davalarında ihale kararının iptalinin sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağını, mahkemenin iptal edilen ihale işleminin hangi noktalarda hukuka aykırı olduğunu tespitle yetineceğini belirtmektedir[11].

İsviçre hukukunda, imtiyaz sözleşmelerinin de, ihale aşamasındaki hukuka aykırılıklar sebebiyle geçersiz sayılamayacağı, bu durumda ihaleye katılan ancak devre dışı kalan diğer isteklilerin sadece idareye karşı tazminat davası açma hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir[12].

B) ALMAN HUKUKUNDA

Sonuç itibariyle aynı çözüm Alman Hukuku bakımından da geçerlidir. "Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanunun" (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrankungen) 114. paragrafının ikinci fıkrasında da, ihale kararı ile birlikte meydana gelen sözleşmenin sonradan ortadan kaldırılamayacağı düzenlenmiştir.

---

6 **Gauch, Werkvertrag,** Nr.512.

7 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.l072.

8 Bkz. **Gauch,** ZSR 114 (1995) l, s. 330-332; *aynı yazar,* recht I997, s. 173; *aynı yazar,* BR 1996, s. 104-105; *aynı yazar,* FS. Fleiner, s. 604.

9 Bkz. **Stöckli**, BR, 2002, s. 4.

10 **Galli/Moser/Lang,** Nr. 529.

11 **Wolf**, ZBL, 2003, s. 16 ve 28.

12 **Kunz,** s. 349 ve s. 367/368.

Alınan Hukukunda hakim olan anlayışa göre, idarenin ihale hukuku kurallarına aykırı hareket etmesi, sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale gelmesine yol açmaz[13]. Bir sözleşme, bu sözleşmede mevcut sakatlıklar nedeniyle ortadan kaldırılabilir. Bu sözleşmenin dışında kalan bir husus nedeniyle sözleşme geçersiz hale gelmez. İhale aşamasındaki hukuka aykırılıklar, bu anlamda sözleşmenin dışında kalan bir durum olup, yapılan özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğine dokunmayacaktır[14]. Alman Hukukunda, ihale hukuku kuralları, § I34 BGB anlamında sözleşmenin her iki tarafına yasak getiren ve ihlali halinde sözleşmenin butlanına yol açan emredici hukuk kuralı olarak değerlendirilmemektedir[15]. Ayrıca *pacta sımd servanda* ilkesi ve kendisiyle sözleşme yapılan isteklinin bu sözleşmenin geçerli olacağına ilişkin güveni. mağdur edilen diğer isteklilerin ihale kurallarına aykırı olarak yapılan sözleşmenin sona erdirilerek tasfiye edilmesine ilişkin menfaatine üstün tutulmaktadır[16]; kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonra idarenin ihale kurallarına aykırı işlemleri nedeniyle devre dışı bırakılan istekliler, sadece tazminat talep etme hakkına sahiptir.

İhale kurallarına aykırılığın, yapılan kamu ihale sözleşmesinin geçersizliğine yol açabilmesi, kanun koyucunun ihale mevzuatında geçersizlik sonucunu açıkça öngördüğü durumlarda söz konusu olabilir. Ayrıca idarenin ihale üzerinde bırakılan istekli ile işbirliği içerisinde, diğer isteklileri veya kamuyu zarara uğratma niyetiyle bilinçli olarak ihale hukuku kurallarına aykırı hareket etmesi, sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle butlanı(§ 138 BGB) sonucunu doğurabilir[17].

Ancak idarenin ihale mevzuatını tamamen göz ardı etmesi ve ihale yapmadan bir kimse ile sözleşme yapması halinde farklı bir hukuki durumun mevcut olduğu kabul edilmektedir. *"De facto-vergabe"* olarak adlandırılan bu tür durumlarda sözleşmenin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar üzerinde aşağıda(§ 7/11/C/2) ayrıntılı olarak durulacaktır.

---

13 Bkz. **Priep/Niestedt**, s. 43; **Kligner,** s. 166; **Wegmann**, NZBau 2001, s. 476; **Antweiler,** DB 2001, s. 1975; **Lötzsch/Bornheim,** s. 2136; **lngenstau/ Korbion/Vygen**, Einl., Nr.46; **Boesen**, Einl., Nr.4; **Waldner**, s. 169; **Gonzalez-Varas**, GewArch 2002, s. 317/318.

14 **Boesen,** Eiıl., Nr.4; **Lötzsch/Bornheim**, s. 2136.

15 **Lötzch/Bornheim**, NJW 1995, s. 2136; **lngenstau/Korbion/Vygen**, Nr.94; **Priess,** age., s. 336; **Heilbronner,** NZBau 2002, s. 475.

16 **Kligner,** s. 166; **Wegmann,** NZBau 2001, s. 476; **Antweiler,** DB 2001, s. 1975; **Waldner**, s. 170.

17 **Müller-Wrede/Kaelble**, Vergaberecht 2002, s. 5/6; **Priep!Niestedt,** s. 43.

C) A ɹ -USTVRJ'A HUKUKUNDA

, usturya Hukukunda da özel hukuk sözleşmesinin yapılmasından SO11. ra. ihale aşamasındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle sözleşmenin gççcrsi1. s..1, ılaınavacacı esası kabul edilmektedir. İhale aşamasındaki hukuka aykırı: tıklar sadece. ihlal edilen normun açıkça sözleşmenin geçersiz olduğunu öm!ördüğü takdirde bu sonucu meydana getirir[18]. Nitekim 31 Ocak 2006 ta. rihli Federal İhale Kanununun (Bundesgesetz über die Vergabc von uftragen) *§* 132 ve *§ 173* hükümlerinde, hangi durumlarda sözleşmenin batıl olacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

D) İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiliz Hukukunda da durum farklı değildir. İngiliz Hukukunda, kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından sonra, ihale aşamasındaki hukuka aykın.)ıklar nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Özellikle, ihale hukuku kurallarına aykırı olarak bir teklifin kabul edilmesi ve sözleşme yapılmasından sonra, teklifleri haksız bir şekilde göz önünde tutulmayan şahısların ihale işlemini İptal ettirmeleri durumunda dahi yapılan sözleşmenin geçerli olduğu, mahkemenin sadece hukuka aykırı şekilde devre dışı bırakılan teklif sahipleri lehine bir tazminata hükmedebileceği kabul edilmektedir (The Public Works Contracts Regulations 1991, art. 32/7)[19].

E) FRANSIZ HUKUKUNDA

Yukarıda(§ 2/111/8/3) ayrılabilir işlem *teorisi* izah edilirken de belirtildiği üzere, Fransız Hukukundaki hakim görüş, ayrılabilir işlemin İptali kararının otomatik olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağını kabul etmektedir. İhale işleminin iptali üzerine idare, ihlalin türüne göre sözleşmenin butlanını tespit ettinne talebiyle sözleşme yargıcına başvurabileceği gibi, karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebilir veya feshin sonuçlarının ağır olması, sözleşme konusu işin ifa edilmiş kısmını veya kamu hizmetinin gereklerini göz önünde tutarak sözleşmenin ifasına devam da edebilir[0]. Hatta Fransız Danıştay'ı 2004 yılında verdiği iki kararda, kamu

---

18 **Priess,** s. 464; **Priep/Niestedt,** s. 233; **Büchl,** s. 96 vd.

19 **Kligner,** s. 166 dn.66; **Priep/Niestedt,** s. 245; **Priess,** s. 475. Buna karşılık Amerikan Hukukunda sözleşme yapılmış olsa dahi, ihale sürecinde hukuka aykırıl kların m vcudiyetinin tespiti halinde kamu menfaati gerektiriyorsa sözleşmenın geçersız sayılabileceği kabul edilmektedir. Scanwell-Doktrini olarak adlandırılan bu esas hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Achenbach,** NZBau 2004, s. 247; *aynı yazar,* der Schutz unterlegender Bieter, s. 54.

20 Bkz. yuk. § 2 dn.35'de zikredilen yazarlar.

ihale s(,zlcşmesinin ynpılmasındnn sonra ihale işleminin iptalinin dava cdi-1"mt>□ tC 'ğine lı..arar vermiştir□[1].

G) AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ KARARLAR/

AYnıpa Birlii:?.i Adalet Divanı da, ihale kararı sonucunda sözleşme imzahnmış ise. ihale aşamasına ilişkin olarak bazı hukuka aykırılıkların tespit □ilmiş olması durumunda dahi, sözleşmenin geçerliliğini muhafaza etmesi \e mağdur edilen isteklinin tazminat talebiyle yetinmek zorunda kalmasının Topluluk mevzuatına aykırılık teşkil etmeyeceğini kabul etınektedir[22].

111. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

A) DOKTRİNDEKİ DURUM

Türk Hukukunda, idari yargıda verilen iptal kararlarının, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin geçerliliği üzerine etkisi, incelenmesi ihmal edilmiş bir sorundur. Bu sorunu inceleyen, en azından ortaya atan, az sayıdaki yazarın görüşlerinin aktarılması yararlı olacaktır.

Özel hukuk literatüründe, sorunu kısmen de olsa inceleyen tek yazar - tespit edebildiğim kadarıyla- **KARAYALÇIN'dır.** Bu yazarın kullandığı ifadelerden, idari yargıda verilecek iptal kararlarının, otomatik olarak özel hukuk sözleşmesini geçersiz hale getirmeyeceği görüşünde olduğu sonucu çıkmaktadır[23].

İdare hukuku literatüründe konuyu inceleyen yazarlardan **GÖZÜBÜYÜK!f AN,** sorunun gerek Türk gerekse yabancı hukuk öğretisi ve yargı kararlarında tam bir çözüme kavuşturulamadığını tespit ettikten sonra Fransız Hukukundaki gelişmeleri özetlemektedirler. Bu yazarlar, genellikle benimsenen görüşün ayrılabilir işlemin iptalinin otomatik olarak sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmayacağı yönünde olduğunu, sözleşme ile iptal edilen ayrılabilir işlem arasındaki ilişkiye göre bir çözüme varılması gerektiğini ifade etmektedirler. Buna göre, iptal edilen ayrılabilir işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturuyorsa, iptal kararının sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açması gerekir. Ayrılabilir işlem ile sözleşme arasında dolaylı bir

---

[21] Bu kararlar için bkz. yuk. § 2 dn.37.

[22] EuGH Rs. C-81/98, Alcatel Austria, Slg.199, 1-7671, Nr.37; Bkz. ayrıca **Steinberg,** NZBau 2007, s. 228; **Priess,** s. 30 I; **Priell/Gabriel,** NZBau 2006, s. 220; **Bitterich,** NJW 2006, s. 1846.

[23] Bkz. **Karayalçın,** Y., Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, iV, Ankara 1992, s. 143: "İdari işlemin iptal edilmesi, ticari işlemi etkilemeyeceğine göre İdare ne yapacaktır?".

ilişki □eız konusu ise. iptal karnrmm sözleşmenin geçerliliğini ctkilcıncyccc. ğinin □:1hul edilmesi gerekir□".

Hemen hemen nynı görüş. UZ tarafından da kabul edilınektcdi.-2[5]. Ancak bu y,1zar. açıklnmalnrınm son kısmında, şu ilginç tespiti yapmaktadır:

"Görüldüğil üzere. ayrılnbilir işlemin iptali halinde sözleşmeler bakımından ne gibi hukuki sonuçlarınortnyu çıkabileceği hususunda sadece idare hukuku açısından)'3pılacak dcğerlendirmekr konunun çözümüne her zaman tam anlamıyla hizmet etme) ebilir. Zira bir tarafla. idare hukuku ilkeleri uyarınca yürütmenin durdurulması v□ veya iptal kararı ile birlikte, karara konu işlem ve bu işleme dayalı yapılan işlemler hiç yapılmamış gibi eski durumun geri gelmesi gereği ve idarenin yargı kararlarını yerine getimıe zorunluluğu; diğer tarafta ise, idareye güven ilkesi ve idari işlemlerin hukuka uygunluğu karinesinden yola çıkarak iyiniyetli bir şekilde sözleşme imzalayan karşı tarafın iyiniyetinin korunması gereği, kolayca çözümü mümkün olmayacak bir hukuki soruna işaret etmektedir. Konunun özel hukuk boyutu ise, bu çalışmanın sınırlarını aşan bir incelemeyi gerekli kılmaktadır"[26].

KARAHANOĞULLARI'na göre ise, eğer idarenin sözleşme yapma kararının idari yargı organları tarafından hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiği hükme bağlanırsa, sözleşmenin tarafı olan idarenin, yargı kararlarını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerekir2[7].

Bu sorunu en ayrıntılı olarak inceleyen yazar **ÖZAY** olmuştur. Bu yazar, elektrik dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesi çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile şirketler arasında yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerinden doğan bir ihtilafa ilişkin olarak verdiği hukuki görüşe iki eserinde aynen yer vem1iştir[28]. Yazarın bu konuda ileri sürdüğü görüşlerin daha iyi anlaşılabilmesi için ihtilafın tarihi gelişimini kısaca aktarmak yararlı olacaktır:

24 Kasım 1996 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde elektrik dağıtım faaliyetinin özelleştirilmesi amacıyla 3096 sayılı Kanun çerçevesinde ihaleye çıkmıştır. Bakanlar Kurulunun görevlendirme kararı üzerine Bakanlık ile ihaleleri kazanan proje şirketleri arasında önce imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. 2000 yılı Ocak ayında yürürlüğe giren 4501 sayılı Kanun, mevcut imtiyaz sözleşmesi tarafı şirketlere, Hükümetten imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesine dönüştürmeyi talep etme hakkı tanımıştır. Birçok şirket bu imkandan yararlanmış ve Bakan-

---

24 Bkz. **Gözübüyük/Tan,** Nr.658-664.

25 Bkz. **Uz,** s. 454 vd.

26 Uz, s. 460.

27 **Karahanoğulları,** O., Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara 2002, s. 340.

28 Bkz. **Özay,** Alangoya'ya Armağan, s. 871 vd.; *aym yazar*, Günışığında Yönetim, s. 525 vd.

lar Kumlu tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verilen yetkiyle, mevcut imtiyaz sözleşmeleri yeniden düzenlenerek özel hukuka tabi uygulama anlaşmaları imzalanmıştır. Ancak daha sonra Bakanlar Kurulunun hem imtiyaz sözleşmesi hem de özel hukuk sözleşmesi yapılmasına ilişkin yetkilendinne kararlarının iptali istemiyle Danıştay'da davalar açılmıştır. Bu da-
, a'3rın büyük çoğunluğunda Danıştay, Bakanlar Kurulunun yetkilendirme kararlarını iptal etmiştir. Bu iptal kararları üzerine imzalanan özel hukuk sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı hususunda ihtilaf çıkmış ve şirketler sözleşmede yer alan tahkim kaydı nedeniyle ihtilafı Milletlerarası Ticaret Odası (lnternational Chamber of Commerce) kurallarına göre tahkime götürmüşlerdir. **ÖZAY□ın** iki eserine aynen aktardığı hukuki görüş, bu tahkim davalarından 12815/MS sayılı davaya ilişkindir. Gerçi yazarın hukuki görüşünde incelediği sözleşme, idarenin özelleştirme faaliyetleri çerçevesinde yaptığı bir özel hukuk sözleşmesidir. Ancak hiç kuşkusuz varılan sonuçlar kamu ihale sözleşmelerine de rahatlıkla aktarılabilir. Yazarın, burada incelediğimiz sorunlara ilişkin tespitlerinden bazıları şunlardır:

«Görevlendirme kararının iptali üzerine aradaki sözleşmenin kurucu iradelerinden biri ortadan kalkmıştır. Çünkü, İdari Yargının verdiği iptal kararları "geriye yürür"', retroaktif"tir, yani o işlem ve karar "hiç yapılmamış gibi" bir "fiktif sonuç" doğurur. "Eğer görevlendirme hiç yapılmamış ise", ona dayalı sözleşmenin de yapılmış bulunması bir anlam taşımaz. Diğer bir söyleyişle, görevlendirmenin iptali ile sözleşme de baştan itibaren geçersiz hale gelmiştirn[29].

«... İdarenin "Özel Hukuk" hükümlerine göre yapmış olduğu bir sözleşme de olsa, bunun gerçekleşme anma kadar geçen hazırlık aşamalarında yapılan işlemler İdari nitelikte olduğundan, hem bunların İdare Hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerekmekte, hem de bu muamele sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılık başlı başına bir sonuç doğurması halinde,"ayrılabilir işlem" kuramı uyarınca idari yargı yerleri önüne götürülecek türden bir davaya konu olabilmektedirn[30].

«....Tek konusu, anılan sözleşmelerin imzalanmasına yönelik görevlendirme olan ve bu yönüyle bire! işlem niteliği taşıyan Bakanlar Kurulu Kararlarının iptalinin, bu kararlara dayanılarak imzalanan sözleşmelere etki etmeyeceği kabul edilirse, Danıştay'ın bu kararları niçin iptal ettiği sorusunun cevaplandırılması imkansızlaşırn[31].

«....Ayrıca.. İdare hukukunda asıl olan "ehliyet" değil, "yetkisizlik"tir. İdare hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, İdare işlem ve eylemlerde bulunurken, serbest irade ile hareket etmeyip, yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş esas ve usullere uygun olarak davranmak zorundadır. Bu esasların başında da "yasallık ilkesi" gelir. İdare Hukukunun bu temel ilkesine göre, idare Anayasa ve Kanunlarda

---

29 **Özay,** Alangoya'ya Armağan, s. 878; *aynı yazar,* Günışığmda Yönetim, s. 529.

30 **Özay,** Alangoya'ya Armağan, s. 879/780; *aynı yazar,* Günışığında Yönetim, s. 530.

31 **Özay,** Alangoya'ya Armağan, s. 880; *aynı yazar,* Günışığında Yönetim, s. 531.

öngö□lıneyen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylcm<.Jc bulu nuın/-. na.

«K'.□a A_□'nıpası ülkel_□ri :.e bu arada öze!likle Türkiye'de "idare" memeliler aile. sınden fok a benzer. Çunku fok hem denızde hem de kısa bir süre için olsab'l "kaı_.-.ada da yaşayan bir n□emeli, halk arasındaki ismiyle balıktır. Ne var ki, f□□ denızde de karada da hep bır balıktır, karaya çıktığında mutasyona uğrayarak den. i de yaşayan bir hayvan olmaktan çıkmaz, yani tür değiştirmez»[33]. [2]

Ancak **ÖZAY,** hukuki görüş verdiği bu davanın akıbetinden söz etmemektedir. Hemen belirtelim ki ICC-Tahkıın Heyeti, söz konusu tahkim yargılaması so,nucunda verdiği 21 Ekim 2004 tarihli kararda (ICC Case No: 12815/MS}'\ Danıştay'ın iptal kararı ile birlikte sözleşmenin de geçersiz hale geleceği görüşünü kabul etmemiş[35] ve sözleşmeyi bu gerekçe ile ifadan kaçınan idarenin şirketin müspet zararlarını tazminle yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Bu vesileyle, aynı soruna ilişkin diğer ICC-tahkim kararları hakkında kısaca bilgi verilmesi yararlı olacaktır: Bu konuya ilişkin olarak verilmiş ilk karar olan 23 Aralık 2003 tarihli kararda (ICC Case No: 12 l 80/DB/EC)3[6] idari yargıda verilmiş iptal kararının özel hukuk sözleşmesinin de geçersizliğine yol açacağı kabul edilmiştir. Ancak daha sonraki diğer tüm tahkim kararlarında aksi görüş kabul edilmiştir. Yukarıda zikredilen 21 Ekim 2004 tarihli karara ek olarak, 16 Mart 2004 tarihli (ICC Case No:

---

[32] **Özay,** Alangoya'ya Armağan, s. 886; *aym yazar,* Günışığında Yönetim, s. 535/536.

[33] Yazar bu ilginç benzetmeyi şu keyifli sözlerle devam ettirmektedir: «Bu benzetme "penguen" ile de yapılabilir. Çünkü o da hem suda hem de karada yaşayabilmektedir, üstelik "smokin" giymiş bir adama da benzediği için daha cana yakın bir yaratıktır. "İdare"yi "fok"a benzetmek daha doğrudur gibime geliyor. Çünkü, aslında "denizde yüzmek" yani "Kamu Hukuku" alanında yaşamaya daha alışkın olduğu için orada rahat hareket eder, "kara"da yani "Özel Hukuk" alanında belki aynı "cevvaliyeti"(agilitiy, activity, quickness) gösteremediği için "yürüyemez" de "sürünür". Ama gerçek olan şudur ki, her iki alanda da "İdare İdaredir", tür değiştirmez ve özelliklerini yitirmez»; bkz. **Özay,** Alangoya'ya Armağan, s. 895 ve orada dn.34; *aynı yazar,* Günışığında Yönetim, s. 545 ve orada dn.lO13.

[3□] Güney Ege Enerji i•sletmeleri Limitet Sti. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti.

[35] **Güran,** ICC-Tahkim kararının burada incelediğimiz soruna ilişkin l•ngilizce orijinal metnini yayınlamıştır; bkz. **Güran,** S., Kamu Hizmeti Uygulama Sözleşmelerinde Gündeme Gelen İdare Hukuku Meseleleri, Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 45 vd.

[36] İsedaş-İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.S. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti.

12-H JıMS)"'[7]• 20 Mnrt 004 tnrihli (ICC C'nsc No: 12575/MS)[11]<, 17 Mart 2005 tnrihli (ICC Cnsc No: 12236/MS/[1] ve 18 Temmuz 2006 tarihli (IC • l asc o:1J58Q/f-'M)'w knrnrlarda. Drını□tay tnrnfındnıı verilen iptal knrnrların özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini ctkilcıuıcycccği knbul edilmiştir.

B) 1□.ıRGI KARARLARINDAKİ DURUA1

İdnri yargıda verilen iptal veya yUriitınenin durdunılması kararlarının idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerine etkisi sorununu doğrudan doğruya inceleyen bir yiiksek mahkeme kararı, tespit edebildiğim kadarıyla mevcut değildir. Gerçi Danıştay 1. Dairesi bazı kararlarında, yukarıda işaret edilen enerji dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesi kapsamında yapılan işletme hakkı devri sözleşmelerinde, Bakanlar Kurulunun yetkilendirme kararlarının Danıştay tarafından iptalinin sözleşmenin geçeri iliği üzerindeki etkisine ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

"'Görüldüğü üzere, sözü edilen kanunların hükümlerine göre akdedilen sözleşmelerin hukuki dayanaklarını Bakanlar Kurulu kararları oluşturmaktadır. Yargı kararlarının hukuki sonuçları ve uygulanmasıyla ilgili olarak yukarıda belirtilen açıklamalara göre 3096 ve 3996 sayılı kanunlara dayanılarak alınan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştay'ca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, Bakanlar Kurulu kararları uyarınca yapılan sözleşmeleri hukuki dayanaktan yoksun bırakmıştır. Dolayısıyla, iptal davasına konu olan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştay'ca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi nedeniyle Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağı kalmadığından idarece uygulanma olanağı bulunmayan söz konusu sözleşmelerin mevcut sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir"[41].

Ancak Danıştay Birinci Dairesinin mahkeme sıfatı bulunmamakta, bu dairenin verdiği kararlar da istişarı nitelikte olup yargı kararı niteliği taşı-

---

[37] Kanel- Kangal Elektrik Limitet Şti vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti: Ancak bu davada, şirketin müspet zararlarının tazmini talebi, sözleşmeye göre sadece menfi zararların tazmininin talep edilebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

[38] SBD- Sakarya Bolu Elektrik Dağıtım A.Ş. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti.

[39] Süsel - Süzer Soma Elektrik Üretim Limitet Şti. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti.

[4°] Kızılırmak Elektrik Dağıtım ve Ticaret A.S. vs. Eneıji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti.

[41] Danıştay 1.0., 13.3.2003 T., E.2003/14; K.2003/25, DKD 2003, yıl: **1,** sayı:1, s. 3 vd. Aynı tespitleri içeren bir başka karar için bkz. Danıştay 1. Dairesinin 12.07.2001tarih, E.2001/**88,** K.2001/99 sayılı kararı.

ınamak.tadır.ı□. Danıştay·ın mahkeme sıfatı taşıyan diğer daireleri ise vcrdikkri k.arnrlarda. ih:ıle işlemin iptali veya yürütmesinin durdurulmasına karar , ennekle yetinmekte. bu kararın özel hukuk sözleşmesinin geçerliliği üzerindeki etkisi hususunda, -büyük ihtimalle bilinçli olarak-, herhangi bir dcğcrlendinnede bulunınaın:ıktadır. Kanımca bu tutum son derece isabetlidir. Bir id:ıri yargı merciinin özel hukuk sözleşmelerinin geçerli olup olmadığına karar vermesi. özel hukuk-kamu hukuku ayrımına ters düşerdi.

Yargıtay·ın da dorudan doğruya bu sorunu incelediği bir kararını tespit edemedim. Ancak Yargıtay□ın, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimin ne olduğunu belirleyen ve burada incelediğimiz sorunun çözümü bakımından bazı ipuçları elde etmeye müsait çok sayıda kararı mevcuttur. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21 Mart 2001 tarih, E.2001/19-257, K.2001/285 sayılı kararında, idarenin yaptığı özel hukuka tabi bir sözleşmede, sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorununu Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirmiştir[43].

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 9.6.1998 tarihli kararında (E. 1998/4614; K. 1998/5241) ise şu ifadeler yer almaktadır:

·'öte yandan, dava konusu sözleşme, davacıya ait arsa üzerine davalı tarafından tesisler yapılıp belirli bir süre kullanıldıktan sonra devredilmesini ve bu süre içinde kira bedeli ödenmesini öngören, yaygın ve bilinen adıyla yap-işlet-devret modeline göre oluşturulmuş, salt kira sözleşmesi niteliğinde olmayıp, onun dışında hukuki boyutları da bulunan katına ve yapıldığı andan itibaren bütünüyle özel hukuk hükümlerine tabi olan bir sözleşmedir. Bu nedenle, davacı idarenin tek taraflı bir kararla böyle bir sözleşmeyi feshetme yetkisinin bulunmayacağı, aynı nedenle, bu sözleşmeden

---

41 Danıştay 1. Dairesinin mahkeme sıfatının bulunmadığı, bizatihi Danıştay tarafından da kabul edilmektedir. Bkz. örneğin Danıştay 6. Dairesi'nin 21.09.1994 tarih ve E. 992/1437, K. 994/3095 sayılı kararı: "Öncelikle Anayasa, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası uyarınca Danıştay Birinci Dairesince verilen bu kararın bir yargı kararı olup olmadığını saptamakta yarar bulunmaktadır. Yasal düzenlemeler ve doktrin de, bir kararın yargı kararı niteliğini kazanabilmesi için kararın alt derece mahkemesince verilmesi ve üst mahkemeye başvuru hakkının bulunması koşulunu zorunlu görmektedir. Danıştay Yasasının 1. maddesinde, 'Danıştay Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir' denmek suretiyle Danıştay'ın yargısal ve danışma ve inceleme mercii olarak görev yapmak üzere kurulduğu açıkça ifade edilmiştir. Nitekim Danıştay Birinci Dairesi de danışma ve inceleme mercii olarak kurulmuş ve mahkeme niteliği bulunmayan bu Dairenin verdiği kararlar da yargısal nitelik taşımamaktadır"; karar için bkz. Danıştay Dergisi, Sayı: 90, s. 661.

43 Yüksek Mahkeme, Borçlar Kanunu kurallarına göre bir sözleşme meydana gelmediği için uyuşmazlığın adli yargının görevi dışında olduğu sonucuna varmıştır; bu karar için bkz. YKD. 2002/3, s. 355 vd.

dog:m ti) uşmazlıklnrla ilgili olnmk idari yargı yerlerinin gOrcvli olnınuyocakları çok nrıl-tır. Hal böyle olunca, davacı idarece nlınnn ihalenin feshi knrarının, dnvn konusu özleşme yönünden herhangi bir hukuki sonuç doğurmayncnğındn kuşku ve duraksumn) a)Cr olmamalıdır. Esasen davacının, alınnn fesih knrıırımı rağmen sözleşmenin iptali için işbu davayı açmış olmnsı da, fesih knrarının taraflar orasındaki sözleşmeyi hu1'uken sona erdiıneyeceğinin davacı tarnfındnn da kabul edilmekte olduğunun göstergesidir. Mahkemenin davacı tarafından alman ihalenin foshi kararına karşı davalının idari yargıya başvuıınamış olması nedeniyle, taraflar arasındaki sözleşmenin kendiliğinden ortadan kalkmış bulunduğuna ilişkin gerekçesi, bu nedenle yerinde değildir.

Nihayet, ihale yapılıp taraflar arasında dava konusu sözleşme düzenlendikten ve üzerinden iki yıla yakın bir süre geçtikten sonra, açılan iş bu davayla sözleşmeden dönülmesi, Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralına aykırı olduğu gibi. idarenin, devamlılığı ilkesini de ihlal eder mahiyettedir. Kişilerin idare organlarıyla yaptıkları sözleşmelerin, sonradan meydana gelebilecek yönetim değişikliklerinden etkilenmeksizin, yapıldıkları andaki hal ve şartlarla sonuna kadar uygulanacaklarına güvenmeleri, Anayasa'da düzenlenmiş bulunan hukuk devleti ilkesinin başta gelen gereklerindendir. Hukuk devleti, kurallar koyma ve koyduğu kurallara uyulmasını sağlamanın ötesinde, bunlara öncelikle kendisi özenle uyan devlettir. İdarenin belirli bir dönemdeki yönetim organlarınca hukuka uygun olarak akdedilen bir sözleşmenin, görevi sonradan devralan kişi ve organlarca, hukukumuzca egemen olan sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi bir kenara bırakılarak iptalinin istenmesi, anılan ilkeye aykırıdır. **Somut olayda, yapılan sözleşmenin tüm gerekleriyle yürüyeceğine inanılarak, davalı tarafından sözleşmeye ve projesine uygun şekilde inşaata başlanıp, keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda belirtildiği üzere tesis inşaatı %35 oranında tamamlandıktan ve belirli bir miktarda masraf yapıldıktan sonra, davalının, sözleşme öncesi işlemlerde bizzat kendisince yapıldığı ileri sürülen, varlığı ve davalı tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği ve kanıtlanamayan usulsüzlüklere dayanmak suretiyle, iptal isteğinde bulunması, az yukarıda açıklanan iyiniyet kuralı ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır"**[44].

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 22 Aralık 1994 tarihli kararında ise şöyle denmektedir:

"Taraflar arasında noterde yapılan sözleşmeden sonra, **ihalenin yapılışındaki usulsüzlüğe dayanılarak,** Belediyece sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sebep dışında yükleniciye izafe olunan bir kusura dayanılmamıştır. Ayrıca, davacının temerrüdünün oluştuğu ileri sürülerek bir ihtarname de çekilmemiştir. Bu durumda, akdin bozulmasında davalı Belediyenin kusurlu bulunduğu kabul edilerek, davacının kar mahrumiyeti talebi hakkında bir karar verilmelidir',4[5].

---

[44] Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 9.6.1998 T., E. 1998/4614, K. 1998/5241 sayılı kararı (karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). (Karar metninde yer alan vurgu tarafımdan eklenmiştir).

[45] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 22.12.1994 Tarih, E.1994/2169, K. 1994/7804 sayılı kararı (karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). (Karar metninde yer alan vurgu tarafımdan eklenmiştir).

Bu 1-..onudaki açıklamalnrn son vermeden önce önemli bir hususa işarcı edilmesi gerekmektedir: Son yıllarda kamu ihaleleri ve özelleştirme kapsamında yapılan bazı özel hukuk sözleşmelerinin. Danıştay tarafından iptal ka. r.ırı \'eritmesine nığmen. idare tarafından ifasına devam edilmektedir. Önıcğin. U AŞ ve ÇİTOSAN'ın özelleştirilmesi işlemleri Danıştay tarafından iptal edilmiş olmasına rağmen, şirketler ile yapılan özel hukuk sözleşmelerinin ifasına hüklimet tasarrufu ile devam edilmiştir[46]. Aynı şekilde Bcrgama·daki altın madenlerinin özelleştirilmesi kararının Danıştay tarafından iptal edilmesine rağmen, Bakanlar Kurulu bu projeye ihaleyi kazanan şirketin devam etmesine karar verıniştir[47]. Benzer bir biçimde, çok yakın bir tarihte yap-işlet modeline göre faaliyet gösteren bir elektrik santralinin faaliyetlerine son vermesi gerektiği yönündeki Danıştay kararına rağmen Bakanlar Kurulu 22 Ağustos 2005 tarihli Kararı ile santralin faaliyetine devam etmesine karar vermiştir.ıs_ İşin ilginç tarafı, sözleşmenin ifasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararları da Danıştay tarafından iptal edilmektedir[49].

C) GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanımca idari yargıda verilen iptal veya yürütmenin durdurulması kararları, daha önceden kurulmuş kamu ihale sözleşmesinin sırf bu nedenle kendiliğinden geçersiz hale gelmesi sonucunu doğurmaz. Bir özel hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığı, özel hukuk esaslarına göre belirlenir. Kamu ihale sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşü kabul edilince, bu nitelendirmenin bütün sonuçları ile birlikte kabul edilmesi, yani

---

-H, Yüksek Planlama Kurulunun ve Özelleştirme Yüksek Kurulunun bu yöndeki kararları ile Bakanlar Kurulunun aynı doğrultudaki ilke kararları için bkz. Gözübüyük/Tan, Nr.661.

-I7 ?_5 Mart 2002 tarihli ve 2002/4 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

[48] 22 Ağustos 2005 tarihli ve 2005/1 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararında, Danıştay Kararına uymama gerekçesi olarak, "... *santralin faaliyet/erinin durdurulmasının kamu yararı bakımından uygun olmayacağından, söz konusu santralin üretiminin kesintiye uğratılmadan sürdiirıilınesi gerekmektedir"* ifadesi yer almaktadır.

.1[9] Bkz. örneğin Danıştay IO. D., T. 28.5.2004; E. 2002/4061; K. 2004/5219: "Anayasanın ve 2577 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan hükümleri ile ortaya konulan hukuki durum karşısında, yargı yerlerince verilen kararların, ilgili mercilerce uygulanması asıl olup, bu yoldaki hukuki işlemlerinde yine aynı merciler tarafından hukuk kuralları çerçevesinde yapılması hukuka bağlı devlet ilkesinin bir gereğidir. Hal böyle iken, Bakanlar Kurulunun iptali istenilen, 27.4.1992 tarihli kararı ile bu kararda sözü edilen, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı alınması açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır"; (karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

s01kşıncnin kunılınnsı. geçerlilik koşullnrı, ifası, ifn cdilıncmcsiniıı sonuçlan ,c St)ll:l ermesi .g ibi sorunların özel hukuka tfibi tutulması gerekir.

Yukarıda(§ 2/111/13/4) kamu ihale sözleşmelerinin tfibi olduğu hukuki rejim incelenirken de ayrıntılı olarak izah edildiği llzere, Tlirk Hukukunda iki □,şama teorisi kabul edilmektedir. İki aşama teorisinin sonuçlarından biri de, idari işlem aşamasında meydana gelen herhangi bir sakatlığın veya bu aşama□a ilişkin idari işlemlerin bir kısmının ya da tamamının iptal edilmesinin, özel hukuk sözleşmesini otomatik olarak geçersiz hale getirmemesidir; sözleşmenin geçerli olup olmadığına sadece bu sözleşmenin tabi olduğu borçlar hukuku kurallarına göre karar verilecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 56. maddesinde, sözleşme imzalanmış ise. Kamu İhale Kurumunun ihale işlemlerini denetleme yetkisinin artık mevcut olmadığı hükme bağlanmıştır[50]. İdari yargıda verilen iptal veya yürütmeyi durdurma kararlarının kamu ihale sözleşmesini kendiliğinden geçersiz hale getireceğini kabul eden yazarların, Kamu İhale Kurumuna itirazın neden sadece sözleşmenin imzalanması anına kadar mümkün olduğu sorusunun cevabını vermeleri gerekir. Mademki ihale işlemlerinden herhangi biri ne zaman iptal edilirse edilsin bu durum sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır: o halde sözleşmenin kurulmasından sonra dahi ihale dönemindeki hukuka aykırılıkların gündeme getirilebilmesi ve Kuruma itiraz edilebilmesi, kurumun da ihale işlemlerini iptal edebilmesi gerekirdi.

Kanımca 4734 sayılı Kanunda Kuruma itiraz imkanını sözleşmenin imzalandığı an ile sınırlandıran bu düzenlemenin bir anlamı vardır: Kamu İhale Kanununun bu düzenlemesi ile Türk Kanun Koyucusu, bir yandan ihaleye katılan şahıslara bir hukuki koruma sağlarken, diğer yandan ihale sürecine ilişkin ihtilatların sözleşmenin imzalanmasından önce halledilmesini, bu hususun mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin kurulmasından sonra tartışma konusu yapılmasının önüne geçmek istemiştir.

İdari yargıda verilecek bir iptal ya da yürütmenin durdurulması kararının otomatik olarak kamu ihale sözleşmesini batıl hale getinneyeceğinin bir diğer kanıtını da 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi oluşturmaktadır. Bu hi.ikme göre, yüklenicinin ihale sürecinde (4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olan aşamada) bazı yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun, örneğin, ihaleye fesat karıştırdığının anlaşılması halinde, bu husus sözleşmenin feshi sebebi sayılmıştır. Hatta bazı şartlarla idareye, söz konusu hukuka aykırılık durumuna rağmen, sözleşmeyi feshetmeyip işe devam etme imkanı tanınmıştır. Bu hüküm açıkça, ihale sürecindeki her türlü hukuka aykırılığın sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceğini gözler önüne sermektedir. Çünkü örneğin, ihale üzerinde bırakılan ve kendisi ile sözleşme

50 Bkz. yuk . § 2/1II/B/4.

) apılan isteklinin ihale işlemlerine fesat karıştırdığı iddiasıyla idari yargıda iptal davası açılsa ve ihale iptal edilse dahi, bu iptal kararı otomatik olarak sözh:şınenin geçersiLliğine yol açm?yacaktır. Zira aksi söz konusu olsaydı bu tür hukuki aykırılıkların Kamu ihale Kanununun 21. maddesinde fesih ·ebebi olarak öngörülmesinin bir anlamı kalmazdı. Ayrıca bu tiir aykırılıklar nedeniyle idari yargıda verilecek bir iptal kararı özel hukuk sözleşmesini geçersiz hale getirmiş olsaydı, idarenin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde belirtilen şartların mevcut olması halinde dahi işe devamının mümkün olamaması gerekirdi.

Yukarıda doktrinde ileri sürülen görüşler aktarılırken de işaret edildiği gibi. **ÖZAY,** idareyi fok veya penguene benzetmekte, bunların denizde yaşayan hayvanlar olmakla beraber ara sıra karaya da çıktığını, sırf karaya çıkması nedeniyle tür değiştirmediğini; aynı şeyin idare bakımından da geçerli olduğunu, özel hukuk alanında işlem yapsa da, "idarenin yine idare olduğunu.. ifade etmektedir[51]. Kabul etmek gerekir ki, bu teşbih, "hatasız" bir teşbihtir. Ancak bundan yazarın çıkardığının tam tersine bir sonuç çıkmaktadır. Denizde yaşayan ve oraya alışkın fok veya penguen, karaya çıktıkları anda tür değişimine uğramazlar; ama karaya çıkınca da karada geçerli olan kurallara tabi olurlar, denizdeki alışkanlıklarını karada devam ettiremezler. Aynı şey idare bakımından da geçerlidir. İdare özel hukuk alanında faaliyette bulunduğu takdirde "idare" sıfatını kaybetmez. Esasen böyle bir şeyi iddia eden de yoktur. Ancak özel hukuk alanında faaliyette bulunduğu takdirde artık özel hukukta hakim olan kurallara tabi olacaktır. Ayrıca unutmamak gerekir ki, özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme ayrımında hukuki nitelendinneye konu olan husus, faaliyetin sahibi değil, bizatihi kendisidfr[52].

İdarenin idari sözleşmeler yanında özel hukuk sözleşmeleri de yapabileceğinin kabulü aslında pragmatik bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır: Özel hukuk sözleşmeleri ile kamu ihtiyaçlarının daha rahat bir şekilde karşılanabileceğine, deyim yerinde ise idarenin hareket alanının -kanunun çizdiği sınırları aşmamak kaydıyla- genişleyeceğine inanılır. Hatta bu durum idare hukuku literatüründe "özel hukuka kaçış" şeklinde sloganlaştırılan endişelerin doğmasına yol açmıştır[53]. Ancak bir kez devletin özel hukuk alanında faaliyet göstereceği kabul edilince, onun bu hukuk sahasında geçerli olan oyun kurallarına riayet etmesi gerekir[54]. Bir yandan sözleşmeyi özel hukuk söz-

---

[51] Bkz. yuk. § 3/111A.

[51] Özel hukuk-kamu hukuku ve idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımında, işlemin taraflarından birinin idare olmasının tek başına belirleyici bir kriter olarak değerlendirilemeyeceği hususu için bkz. yuk. § J/JII, dn.24 civarı.

[53] **Fleiner,** s. 326; bk□: ayrıca **Kunnert,** s. 14; **Rittner,** ZHR 152 (1**988),** s. 327.

[5] **Ogorek,** R., Das <Offentliche> und das <Private>, Die Dichotomie des Rechtes und die Privatisierung staatlicher Aufgaben, Hans Caspar von der Crone/Rolf H.

l"şmcsi rılarnk nitelendirip, nmn öte ynndnn idare hukuku nlıınııdnki knvram , t." k.uralların olduğu gibi (izel hukuka nktnrılmnsı kabul edilemez. "ldnre lıuk.uk.unun kontroliindc", "idari yargının vesayeti atlında" bir özel hukuk sözleşme. *i* diişiiniilemez. idari yargıda verilmiş bir ipini knrarının, geriye etki k.umlı ıı.erekçcsiyle özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersizliğine ynl açması. kamu hukuku-özel hukuk nyrımı ile bağdaşmayacak bir sonuçtur. Bir özel hukuk sözleşmesinin hukuki yazgısı hususunda karar verme yctk.isi. münhasıran adli yargıya aittir. Oysa iptal kararlarının geriye etkisi ileri sürülerek özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersiz hale geleceğini kabul etmek. idari yargı makamlarının özel hukuk ilişkilerine ilişkin bağlayıcı karar veııneleri sonucunu doğuracaktır. Ancak idari yargının özel hukuk özleşmeleriıiin geçerli olup olmadığı hususunda karar venne yetkisi bulunmamaktadır.

Yukarıda idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımına ilişkin değerlendirmelerde de ifade ettiğim üzere, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin geçerliliğini, özel hukuk sözleşmesi niteliği de taşısa, bir şekilde idari yargının denetimine tabi tutmak isteyen görüşün temelinde, açıkça telaffuz edilmese dahi, özel hukuka kuşku ile bakan bir düşünce yatmaktadır. Devlet serbest piyasadaki işlemlerinin hacmi itibariyle, "devasa bir müşteri" konumundadır. Üstelik bu müşteri, iyi bir ödeyicidir; iflas etmesi söz konusu olamaz ve kötü sözleşme yapsa dahi bunun bedelini yurttaşlardan toplanan vergilerle karşılama imkanına sahiptir. Gelgelelim idare, işlem hacminin büyüklüğü oranında bir piyasa tecrübesine sahip değildir. Üstelik siyasi etkiye, rüşvet veya benzeri yollarla manipüle edilmeye açık bir müşteridir[55]. Bu ve benzeri nedenlerle idarenin serbest piyasadaki faaliyetlerinin bir şekilde kontrol edilmesi gerekir. Kamu hukukçuları, ne şekilde hareket edeceği önceden kestirilemeyen idarenin kamu hukuku kuralları ile daha iyi dizginlenebileceği, özel hukuk kurallarının bu alanda yetersiz kalacağı endişesini taşırlar.

Ancak özel hukuk her türlü usulsüzlüğün caiz görüldüğü bir alan değildir Özel hukuk, iki "kilo yıldan"[56] fazla bir tecrübenin ürünü, son derece gelişmiş bir geçersizlik rejimine sahiptir. Butlan ve iptal edilebilirlik gibi yaptırımlar, sözleşmenin kuruluşu aşamasında söz konusu olabilecek usulsüzlükleri yeterince cezalandırır. Üstelik iki aşama teorisi, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarından birinin idare olduğu

---

Weber/Roger Zach/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, s. 16; **Forstmoser,** P., Wer <A> sagt muss auch <B> sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98 (2002), s. 217 vd.

55 Bkz. ve karş. **Kunnert,** s. 18; **Pietzcker,** ZHR 162 (1998), s. 432.

56 "Bin yıl" anlamına gelen bu ifadeyi **Bucher'den** ödünç alıyorum; bkz. **Bucher,** E., Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, s. 395.

ve idarenin ihale kuralları ile bağlı olduğu gerçeğini göz önUnde bulundurmakta ve bu nedenledir ki, □özleşmenin kurulmasından önceki aşamayı idare hukukuna tabi tutmaktadır. iki aşama teorisinin anlamı, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin kurulmasından önceki aşamanıntamamen yok sayılması, bu aşamada ne tür hukuka aykırılık söz konusu olursa olsun sözleşmenin geçerli sayılması demek değildir. İki aşama teorisi çerçevesinde de, özel hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığı incelenirken, sözleşmenin kurulmasından önce söz konusu olabilecek hukuka aykırılık durumları göz önünde tutulacaktır. Bu değerlendirme yapılırken adli yargı hakiminin veya hakem heyetinin ihale aşamasına ilişkin olarak verilen idari yargı kararlarını yok sayması veya yeniden taıiışma konusu yapması da mümkün değildir. İki aşama teorisinin anlamı şudur: Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleşen hukuka aykırılıklar veya idari yargıda verilen yürütmeyi durdurma veya iptal kararları nedeniyle ortaya çıkan durum, özel hukuk kuralları ve özellikle de Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilecektir. Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleşen bir hukuka aykırılık durumunun veya verilen iptal kararlarının özel hukuk sözleşmesinin geçersizliğine yol açabilmesi için, bunların aynı zamanda BK.m.I9 ve 20. maddeleri anlamında da bir geçersizlik sebebi olması gerekir. Bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin anlamı, bu sözleşmenin gerek geçerlilik koşullarının, gerekse ifa ve sona erme aşamalarının tamamen özel hukuka, Borçlar Kanununa tabi olmasıdır. Eğer idari yargıda verilecek bir yürütmeyi durdurma veya iptal kararının, BK. m.19 ve 20 anlamında bir butlan sebebi olup olmadığına bakılmaksızın, otomatik olarak özel hukuk sözleşmesini de geçersiz hale getireceği kabul edilecek olursa, artık söz konusu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi çok giiç olacaktır.

İdare hukukunun, dolayısıyla idari yargının, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde adli yargıya oranla daha uzman olduğu iddiası, ispata muhtaçtır. Gerçi idari yargının "tek yanlı idari işlemler" ve bunların denetimi konusunda adli yargıya oranla daha deneyimli ve birikimli olduğu kabul edilebilir. Ancak idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri, idarenin "üstün güç sahibi" olarak tesis ettiği klasik tek taraflı işlemlerden farklıdır. İdare, özel hukuka tabi bir sözleşmeye taraf olurken, sözüm ona karşı taraf ile eşit konumda olduğunu kabul etmektedir. Geçerli olup olmadığı tartışma konusu yapılan işlem de bir özel hukuk kavramı olan "sözleşmedir". Bir adli yargı hakimi, "idari işlem" kavramına ne kadar yakın veya uzak ise, idari yargı hakimi de "sözleşme kavramına" o ölçüde yakın veya uzaktır. Esasen kamu ihale sözleşmeleri alanında "uzmanlık" iddialarının bir "vehimden" öte anlamı bulunmamaktadır. Çünkü kamu ihale (sözleşmeleri) hukuku, idare hukukundan dahi genç, birden fazla disiplinin iç içe geçtiği, birçok sorunun

hı\111 n,-ıklıı1.n knvuştıınılnnıııdıgı son derece kıırmıışık bir disiplindir. Ostelik, sı)ıı l irknç on yıldır, knınu ihlnlc hukukun yünllnll belirleyen ne idurc hukuku ne de borçlar lrnkukııdur knmu ihale hukuku, hemen hemen tamamen A, nıpn Birliıı,i direkti ilerinin çizdiği yörllngedc seyrini sllrdllrıncktcdir[7].

İdari ynrgıda verilen iptııl karnrlnrının dnlıu önceden kurulmuş kamu ilıak sözlcşnıdcrini *"<!o ip.w"* geçersiz hale getirmesini nrzu edenlerin, teorik dlı;li\klerlc karşılaşmadan bu amaçlarına ulaşnbilıncleri ve görllşlcrinin iç tutarlılığını konıynbilınelcri için, idarenin özel hukuka tabi sözleşme yapamayacağını da kabul etmeleri gerekir. Mademki özel hukuk kuralları idarenin kontrol altında tutulmasında yetersiz kalmaktadır; o zaman idarenin bu "tehlikeli sahaya"(!) girmesine de izin verilmemelidir. Sadece ihale sürecinin değil bu siirecin sonunda yapılan sözleşmenin de kamu hukukuna tabi olmasını gerektiğini savunan "kamu hukuku teorisi"[58] taraftarları, hiç olmazsa kendi içlerinde tutarlı kalmaktadır.

Ancak şu ironik duruma da işaret etmeden geçmeyelim: Kamu ihale sözleşmelerinin münhasıran idari sözleşme biçiminde yapılmasına müsaade eden, "ayrılabilir işlem teorisinin anavatanı", "Türk İdare Hukukunun (hukukçularının?) Kıblesi"[59] konumundaki Fransız İdare Hukukunda dahi, iptal kararlarının her durumda kamu ihale sözleşmelerinin *eo ipso* geçersiz hale getireceği görüşü hakim olamamıştır: Bazen karşı tarafa tazminat ödenerek sözleşmenin feshedilmesi suretiyle iptal kararı yerine getirilmekte; bazen de hizmet gereği veya işin ilerleme durumu göz önünde bulundurularak sözleşmenin ifasına devam edilmektedir.[60]. İdari sözleşmeler bakımından dahi kabul edilen bu esasların, özel hukuk sözleşmeleri bakımından "evleviyetle" kabul edilmesinde, hatta sözleşmenin özel hukuk niteliği göz önünde bulundurularak daha da ileri gidilmesinde tereddüt edilmemelidir.

Öte yandan Fransız İdare Hukukunda geçerli olan bu esaslar, "sözleşme geçersiz hale gelmiyorsa, idari yargının iptal kararının anlamı nedir" sorunumm da bir ölçüde cevabını oluşturmaktadır. Yargı kararlarının gereğini yerine getirmenin tek yolu, kamu ihale sözleşmesinin geçersiz sayılması değildir; karşı tarafın zararlarını tazmin ederek sözleşmenin feshi suretiyle de "yargı kararlarına saygılı bir hukuk devletine olan imanın tazelenmesi" mümkündür. Sözleşmenin batıl sayılması veya feshedilmesi yerine, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemler nedeniyle devre dışı bırakılan istekliye ida-

---

57 Bu yönde benzer tespitler için bkz. **Regler,** s. 165; **Maurer,** § 17 Nr.32. Karş. ayrıca **Kunnert,** s. 23 vd.; **Müller,** NVwZ 2007, s. 885.

58 Bkz. yuk. § 2/lll/B/1.

59 Kuşkusuz bu nitelendirme, medeni hukukçular bakımından İsviçre için de yapılabilir.

60 Bkz. yuk. § 2/111/8/3.

renin tazminat ödemekle yilküınli\ olması ist!, iptal knrnrının gereğinin yerine getirilmesinin bir başka yoludur.

 rıca bazı durumlarda iptal kararına rağmen sözleşmenin ifasına devam edilmesi de. herhalde son derece gelişmiş bir idare hukuku sistemine sahip ohm Fmnsız Hukukunda, yargı kararlarının ciddiye alınmadığı şeklinde y0. ruınlanamaz. Aksine bu durum, idare hukuku ilkeleri yanında ve onlar kadar önemli başka bazı temel hukuk ilkelerinin de mevcut olabileceğini ve bu il elerin uygulanmasının iptal kararına rağmen sözleşmenin geçerli sayılmasını gerektirebileceğini açıkça göz önüne sermektedir. Bu noktanın bir parça daha açılması yararlı olacaktır:

İdare hukukunun en önemli ilkelerinden birini oluşturan yasallık ilkesi[61], iptal kararının. idarenin taraf olduğu sözleşmeleri otomatik olarak geçersiz hale getireceği görüşüne gerekçe olarak kullanılamaz. Kuşkusuz Anayasa'da ifadesini bulan (m. 6,8 ve 123) yasallık ilkesi, idarenin tüm işlemleri, bu arada yapacağı özel hukuk sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Buna göre idare. özel hukuk sözleşmeleri akdederken de tamamen serbest değildir; kaynağını yasadan almayan herhangi bir yetkiyi kullanamaz ve kendisi için çizilen kanuni sınırların dışına çıkamaz. Ancak bu ilkeden,"idarenin uymakla yükümlü olduğu ihale mevzuatına her aykırılığın, kamu ihale sözleşmesinin de kendiliğinden geçersizliğine yol açacağı şeklinde bir sonuç çıkarmak son derece güçtür. Alman idare hukukçusu[62] **Stelkens**'in de isabetli bir şekilde belirttiği üzere, yasallık ilkesinden hareketle idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri bakımından çıkartılabilecek tek sonuç, bu ilkenin, idarenin kanuna aykırı davranışlarının sonuçları belirlenirken göz önünde tutulması

---

[61] İdarenin yasallığı ilkesi yanında, kamu ihale sözleşmeleri bakımından tartışmalı olan bir başka husus, eşitlik ilkesi gibi Anayasa'da düzenlenen temel hakların kamu ihale sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. İsviçre ve Alman hukuklarında hakim olan anlayış bu soruyu olumlu cevaplandırmakta ve idarenin gerek ihale sürecinde gerek sözleşmenin kurulması aşamasında anayasal güvence altındaki temel hakları gözetmekle yükümlü olduğunu kabul etmektedir; İsviçre Hukuku için bkz. **Klein**, s. 90/91; **Machler**, s. 127 ve 173; Bkz. ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Mart 2007 tarihli (Dossier-Nr. 1P.342/2006/fun) kararı, gerekçe 2.2. Alman Hukuku için bkz. **Schlette**, s. 66 vd.; **Adam**, s. 108 vd.; **Bürgi**, Rechtsregime, Nr.45 vd.; **Bitterich**, NVwZ 2007, s. 891 vd.; **Binder** ZZP 113 (2000), s. 211 vd.; **Siegel**, DVBL 2007, s. 942 vd. Kanımca bu tartışma Türk Hukuku açısından fazla bir öneme sahip değildir; zira temel hakların en çok üzerinde durulan türü olan eşitlik ilkesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesinde, kamu ihalelerine hakim olan temel ilkeler arasında sayılmaktadır.

[62] D.oğması muhtemel tereddütlerinin önüne geçmek için hemen belirtelim ki, "idarenin Yasallığı" (Gesetzsmassigkeit der Verwaltung) ilkesi Alman Anayasasında da (Art.20 Abs.3) açıkça düzenlenmiştir.

□'rcilidir. Eğer hnşkn bazı hukuk ilkeleri ve kurnlları, idarenin kendisini bağlı\□nn mc,·ztrnta aykırı hareket etmesine rağmen sc□zlcşmcıiin geçerli sayılınastnı g.crektiri) orsa. hukuka aykırılığın sonuçlnrı belirlenirken bunların da dik.k.ate alınmnsı □crckir. Ynzarn göre, idarenin yaptığı sözleşme ile özel huk.uk csaslnrı çerçevesinde bnğlı olması ilkesi. ynsnllık ilkesinin ne altında ne de i\stiinde. onunla eş değerde başka bir hukuk ilkesidir. Sözleşmenin karşı tarafının da idare ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinin diğer özel hukuk sözkşmclcri bakımından geçerli olan hukuki rejime tabi tutulmasını talep etmeye hakkı ardır[63]. Yasallık ilkesinin özel hukukta geçerli olan sözleşme özgiirlüğü ilkesi ile ne ölçüde bağdaştığı aşağıda ayrıca incelenecektir[64].

Öte yandan, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin geçerlilik koşullarının özel hukuk kurallarına tabi tutulması, "idarenin yasallığı" ilke-ini tamamen göz ardı etmemektedir. İdarenin yasallığı ilkesine ters düşen birçok kanrn ihale sözleşmesi, bu nedenle olmasa dahi BK. m.19 ve 20 hükümlerine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilecektir[65]. Ne kadar yinelense yine de azdır: İki aşama teorisi, idarenin ihale sürecinde uymakla yükümlü olduğu kuralların mevcudiyetini asla inkar etmez. İki aşama teorisinin bu noktada, "yasallık ilkesini" idare hukukundaki tüm sonuçları ile birlikte özel hukuk sözleşmelerine de aktarmak isteyen kamu hukuku teorisinden tek farkı şudur: İdarenin riayet etmekle yükümlü olduğu bu kurallara aykırılığın sözleşmenin butlanına yol açabilmesi için, söz konusu hukuka aykırılığın BK. m.19 ve 20 anlamında da bir butlan sebebi teşkil etmesi gerekir[66]. BK. m.19 ve 20 anlamında kamu ihale sözleşmesinin butlanına yol açan sebepler aşağıda III. bölümde[67] ayrıntılı olarak incelenecektir.

---

[63] Bkz. **Stelkens,** s. 930/931.

□ Bkz. aşa. § 4/11.

[65] Karş. **Stelkens,** s. 931: Bu yazar ihale kurallarına bilinçli olarak açıkça aykırı hareket edilmesi halinde, temsil yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle sözleşmenin batıl sayılabileceğini belirtmektedir.

[66] Esasen idari sözleşmeler alanında dahi, ihale sürecindeki her hukuka aykırılığın sözleşmenin kendiliğinden geçersizliği sonucunu doğuracağı görüşü hakim değildir; genellikle ihlal edilen normun anlam ve amacına, ihlalin ağırlığına göre bir ayrım yapılmaktadır; bu konuda ileri sürülen görüşlere toplu bir bakış için bkz. **Stelkens,** s. 934 dn.139; **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 59 VwVfG, Rnr. 52 vd.; daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Schlette,** s. 536 vd.; **Pakeerut,** s. 149 vd. Yeri gelmişken belirtelim ki, Alman Hukukunda, İdari Yargılama Usulü Kanununun (VwVfG) 59. maddesinde, her hukuka aykırılığın idari sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, geçersizliğin, bu maddede öngörülen durumlarda söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır; ayrıntılı bilgi için bkz. **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 59 VwVfG, Rnr. 1 vd.

[67] Bkz. aşa. § 7.

Bir açıdan özd hukuk kuralları, idarenin yasallığı ilkesini, idare hukuku k.uralların:ı oranla daha güçlü bir şekilde göz önünde tutmaktadır. Bilindiği gibi. idare hukukunda idarenin işlemleri hukuka uygunluk karinesinden yararlanır Ye iptal edilmediği sürece geçerliliğini muhafaza eder[68]. iptal davasmın ise İYUK·ta öngörülen süreler içerisinde açılması gerekir. Bu sürelerin dolmasından sonra hukuka aykırılık iddialarının idari yargı önüne taşınması söz konusu olmayacaktır. Oysa Borçlar Kanunu açısından sözleşmenin butlanı sonucunun kabulü için, ihale sürecindeki hukuka aykırılık iddialarının bir mahkeme kararı ile tespit edilmesi ve hukuka aykırı işlemin iptal edilmesi şart değildir; idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı süresi içerinde iptal davası açılmamış olsa dahi. BK. m.19 ve 20 anlamında butlan sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde sözleşmenin geçersizliği sonucuna varılabilecektir.

Ayrıca modern ihale hukukunda, Avrupa Birliği direktiflerinin de etkisiyle, oluşturulan denetim mekanizmaları, adeta bir filtre işlevi görerek, idarenin yasallığı ilkesini bir başka açıdan teminat altına almaktadır. İstekliler kendilerine tanınan asli hukuki koruma çerçevesinde, idarenin ihale mevzuatına aykın işlemlerine itiraz etme, şartları varsa bunları iptal ettirme ve bu şekilde ihale mevzuatına aykırı bir sözleşmenin yapılmasına engel olma imkanına sahiptir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55 ve 56. maddelerinde de bu denetim mekanizmasına yer verilmiştir.

Olması gereken hukuk açısından, kamu ihale hukukunda öngörülen bu denetim modelinin biraz daha geliştirilmesi ve burada incelediğimiz sorunun kökten çözülmesi imkanı mevcuttur: Aşağıda ikinci bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Türk İhale Hukukuİ1da ihale kararı ile birlikte sözleşme kurulmamakta, ihale kararından sonra ihaleyi açan kurum ile ihale üzerinde bırakılan isteklinin bir araya gelerek sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, Türk Hukuku açısından ihale kararı ile sözleşmenin kurulması iki ayrı işlem olup, aralarında bir zaman dilimi mevcuttur. Kamu İhale Kanununun 55 ve 56. maddelerinde önce idareye, idarenin kararı üzerine Kamu İhale Kurumuna belirli süreler içerisinde itiraz etme imkanı tanınmıştır. Bu imkan sadece sözleşmenin kurulmasından önce mevcuttur. Aynı Kanunun 57. maddesinde Kamu İhale Kurumunun kararlarına karşı "Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde" dava açılabilir. Dava açılacak mahkeme idari mahkemedir ve davanın açılabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Kamu İhale Kanununun 57. maddesinde bu davaların öncelikle görüleceğinden söz edilmesine rağmen, genellikle bu tür davalar sözleşmenin imzalanmasından sonra sonuçlanmakta ve verilen kararın ihale işleminin iptali yönünde olması durumunda kaçınıl-

68 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Günday,** s. 154 vd.; **Gözler,** s. 269.

mu bir biçimde burndn incelediğimiz hukuki sorun ortnyn çıkmnktndır. Ynpılac□k bir knmın değişikliğiyle, idari davn nçmn yolıımın dn sözleşmenin □ağırmasından önceki aşamaya kaydırılması ve bu dava sonuçlanmadan sözleşmenin imzalannrnyncağı öngörülebilir. Buna göre, ivedilik ve kanm yararı nedeniyle sözleşme yapılabileceğine karar verilen haller hariç, ihale kararı ve sözleşmenin yapılması arasında asgari bir bekleme siiresi (örneğin 45 glin \·eya iki ay) getirilebilir. Hızlandırılmış bir yargılama usulü ve miinhasıran bu işlere ilişkin davalara bakılacak bir yargı yerinin belirlenmesi suretiyle, tüm hukuka aykırılık iddialarının bu süre içerisinde ileri süriilmesi ve karara bağlanması sağlanabilir. Böylelikle sözleşmenin kurulmasından sonra, idare hukuku kökenli hukuka aykırılık iddialarının da ileri sürülmesi, idare hukuku mülahazaları ile kamu ihale sözleşmesinin geçerliliğinin tartışma konusu yapılması engellenmiş olur.

Esasen yürürlükteki hukukumuz açısından meselenin çözümünün başka bir basit yolu daha mevcuttur: Yukarıda iki aşama teorisini özetlerken de işaret ettiğim üzere, idarenin kamu ihale sözleşmelerine, hatta Kamu İhale Kanununa tabi olmayan diğer (örneğin özelleştirme işlemleri çerçevesinde yapılan) tüm özel hukuk sözleşmelerine, idari yargıda verilmesi muhtemel iptal veya yürütmeyi durdurma kararlarını bozucu şart olarak koymasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 5. maddesi uyarınca hazırlanacak tip sözleşmelere bu yönde bir hüküm konabilir. İhale kararının veya diğer ihale işlemlerinden herhangi birinin iptali halinde bozucu şaii da gerçekleşecek ve sözleşme kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir. Görüldüğü gibi iki aşama teorisi, kamu hukuku teorisi taraftarlarının arzu ettiği hukuki sonucu elde etme imkanını herhangi bir teorik güçlükle karşılaşmadan sunmaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından sonra iptal kararı verilmesi üzerine sözleşmenin geçersiz hale geleceği görüşünü ödün vermeden savunanların, idarenin yasallığı ilkesini sözleşmenin yapılmasından sonra değil, yapıldığı esnada da hatırlamaları ve enerjik tavırlarını, idareyi, yapacağı sözleşmelere iptal kararını bozucu şart olarak koymaya zorlamada kullanmaları daha yararlı olacaktır.

Sonuç olarak, İdari yargıda ihalenin iptaline ilişkin olarak verilen iptal kararının daha önceden yapılan özel hukuk sözleşmesini de geçersiz hale getirip getirmeyeceği, Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddelerine göre belirlenir. İdarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesinin, taraflardan birinin idare olması ve idarenin riayet etmekle yükümlü olduğu bazı kuralların mevcudiyeti dışında, normal bir özel hukuk sözleşmesinden herhangi bir farkı bulunmamaktadır:

«Kamu ihtiyaçlarmın tedariki daima iş sahibi ile işi alan arasında yapılan sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşmenin kuruluş aşamasının kamu ihale sürecine tabi olması onun bir özel hukuk sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştir-

ıncz. "Kamu" sıfatı sadece, idarenin, işi ihale eden ve ihale sözleşmesinin tarafı olduğu anlamını taşır. Özellikle tedarik sözleşmesinin kuruluşu, şckli değiştirilmesi ve sona erdirilmesi uygulanacak özel hukuk kurallarına göre gerçekleşir. Sözleşme ile ilgili ihtilatlar bakımından olağan adli mahkemeler yetkilidim[60].

69 BGE 125 I 212/213; **Stöckli,** Vergaberecht, s. 492.

il.BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE ve SÖZLEŞMENİN KURULMASI AŞAMASINDA ORTAYA ÇIKAN ÖZEL HUKUKA İLİŞKiN SORUNLAR

§ 4) İDARENİN SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

1. GENEL OLARAK SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU ve SONUÇLARI

İrade özgürlüğü ve onun borçlar hukukundaki görünüm biçimini oluşturan sözleşme özgürlüğü, 19. yüzyıldan itibaren hakim olmaya başlayan liberal düşüncenin etkisiyle hazırlanan bütün diğer büyük kanunlar gibi, Türk-İsviçre Borçlar Kanununun da temel direğini oluşturmaktadır[1]. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, taraflar kendilerini ilgilendiren özel hukuk ilişkilerini serbestçe düzenleme özgürlüğüne sahiptir.

Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi Anayasa tarafından da teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 48. maddesine göre, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir". Aynı şekilde Borçlar Kanununun 19. maddesinde de sözleşme özgürlüğü varsayımından hareket edilmiş ve tarafların sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği çerçeve içinde kalmak kaydıyla serbestçe belirleyebilecekleri düzenlenmiştir[2].

Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 1: "Yurttaşlar ve Borçlar Yasasının omurgası, «bireysel, özel mülkiyet» ise, kolu kanadı da« irade özerkliği (muhtariyeti) varsayımrndır.....«Bireyin» bu irade özerkliği, bu varsayıma sımsıkı bağlı başka bir varsayımla, «hak ehliyetinde eşitlik» varsayımıyla kaynaşıp bütünleşerek, iki bireyli «sözleşme» hukuksal ilişkisinde «sözleşenlerin» «sözleşme özerkliklerine», «sözleşme serbestliklerine» dönüşmektedir".; BGE 129 111 281; **Paulus/ Zenker,** JuS 2001, s. 1; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 612.

[2] **Gürzumar,** s. 42: Yazar BK. m.19 hükmünün sözleşme yapma özgürlüğüne dolaylı olarak işaret ettiğini belirtmektedir.

Dl)k.trinde- hakim olan görilşc göre, sözleşme özgürlüğü; tarafların bir ·özleşme yapıp yapmama. sözleşmenin karşı tarafını belirleme, sözleşmenin i eriğini düzenleme. sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmeyi değiştinnc , eya sona erdinne özgürlüklerini kapsar[3]. Genel olarak sözleşme özgürlüğünün kapsadığı bu özgürlüklerden, burada incelediğimiz sorunu ilgilendiren özgürlük, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüdür. Buna göre, özel hukuk sözleşmelerinde herkes, bir sözleşmeyi) apıp yapmama, sözleşme yapmaya karar verirse kiminle sözleşme yapacağını belirleme özgürlüğüne sahiptir. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün de iki boyutu vardır: Olumlu yönüyle sözleşme yapmama özgürlüğü (positive Abschlussfi-eiheit), bir kimsenin sözleşmese! bir yükümlülük altına girip girmeme hususunda tamamen serbest olmasıdır. Sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz yönünü (negative Abschlussfreiheit) ise, sözleşme yapmaktan kaçınan bir kimsenin bu davranışının hukuken korunması, onun sözleşme yapmaya zorlanamamasıdır[4]. Doktrinde, sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü ile sözleşmenin kapsamını belirleme özgürlüğünü "geniş anlamda sözleşme yapma özgürlüğü" başlığı altında inceleyen yazarlar da vardır[5].

Diğer özgürlükler gibi, sözleşme özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük değildir. Nitekim BK. m.19 hükmü, sözleşme özgürlüğünün kanunun çizdiği çerçevede söz konusu olduğunu hükme bağlamaktadır. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün sınırlandırılması halinde, karşımıza "sözleşme yapma zorunluluğu" kavramı[6] çıkmaktadır. Sözleşme yapma zorunluluğu, hukuk düzeninin belirli bir kişi veya kişilere, bu yönde bir iradesi olmamasına rağmen, bazı şahıslar lehine onlarla sözleşme yapma yükümlülüğü yüklemesidir[7]. Sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz yönünü sınırlandırmakta ve sözleşme yapmaktan kaçınan kişinin davranışı

:; **Machler,** s. 169/170; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 613 vd.; **Bucher,** AT, s. 89/90; **Schwenzer,** Nr.26.01 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 19 vd.; **Kramer,** Art.19/20, N.42 **vd.;Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altop,** s. 364 vd.; **Eren,** s. 277; **Gürzumar,** s. 42.

Gauch/Schluep/Schmidt, Nr. 613; **Kaeble,** ZfBR 2003, 111/1; **MünchKomm/ Kramer,** 5. Aufl., Yorbem. zu §§ 145-157 8GB, Rnr.8 dn.53.

5 Bkz. örneğin **Kaeble,** ZfBR 2003, III/1.

6 Doktrinde "sözleşme yapma zorunluluğu" (Kontrahierungszwang) kavramı ile "sözleşme yapma yükümlülüğü" (Kontrahierungspflicht) kavramlarını birbirinden ayıran yazarlarolmakla beraber, hakim görüş bu iki kavramı eş anlamlı olarak kullanmaktadır; bkz. **Klett,** BJM 2005, s. 165 dn.26 ve orada zikredilen yazarlar.

7 **Nipperdey,** s. 7; **Klett,** BJM 2005, s. 166; **Bydlinski,** F., Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, s. 3; **Kaeble,** ZfBR 2003, III/1.

onuna gönncmekte. buna bazı ynptırımlar bağlanmnklndır. Bu konu llzcrink aşağıda yeniden durulacaktır.

, özk□me yapma yiikümlülnğü. kanundan doğabileceği gibi, hukuki işkınden (ömeğin. ön sözleşmeden) de doğabilir. Kanımca, örneğin, ön sözll'şmedc. bir kimse irade özgürlüğünün kendisine verdiği yetkileri kullanarak sert *st* iradesiyle ileride bir sözleşme yapma yükümlülüğü altına girdiği için, Irnkuk.i işlemden doğan sözleşme yapına zorunluluğu, gerçek anlamda sözkşmc yapma özgürlüğünün bir istisnasını oluşturmaz.

Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, sadece belirli bir sözleşme□ i) apmakla sınırlı olmayıp, sözleşmeyi makul şartlarla yapma, bu sözleşmeyi devam ettinne ve haklı bir neden olmaksızın sona erdirmeme yükümlüliiklerini de içerir[8]. Bu nedenle kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu. sadece sözleşme yapına özgürlüğünü değil, dolaylı olarak sözleşme özgürlüğünün diğer alt kollarını oluşturan sözleşmenin içeriğini belirleme ve sözleşmeyi sona erdinne özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır.

Görüldüğü üzere, sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme özgürlüğüne çok ağır bir müdahale teşkil etmektedir[9]. Sözleşmenin kavramsal olarak sözleşme yapma özgürlüğünü de bünyesinde barındırdığını, bu nedenle sözleşme yapma zorunluluğu sonucu taraflar arasında meydana gelen hukuki ilişkinin artık bir sözleşme olarak adlandırılamayacağını savunan yazarlar olduğu gibi[10], borçlar hukukunda sözleşme yapma zorunluluğunun yeri olmadığını ve böyle bir zorunluluğun sadece kamu hukukuna dahil ilişkilerde söz konusu olabileceğini savunan yazarlar'[1] da vardır.

Sözleşme yapma zorunluluğunun kanundan doğması iki türlü olabilir: Bazen bir kanun hükmü açıkça, doğrudan doğruya sözleşme yapma zorunluluğu getirebilir. Bu durum "doğrudan doğruya" veya "özel" sözleşme yapına zorunluluğu olarak adlandırılınaktadır[12]. Açıkça sözleşme yapma zorunluluğuna yer veren kanun hükümleri, daha ziyade kamu hukuku kökenlidir[13].

Bazen de sözleşme yapına zorunluluğu, doğrudan doğruya kanunun açık bir hükmünden değil, bazı kanuni düzenlemelerden dolaylı olarak çıkarıl-

---

8 **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., Vorbem. zu §§ 145-157 8GB, Rnr.9.

9 **Paulus/Zenker,** JuS 2001, s. 5.

1° **KJett,** BJM 2005, s. 168; bkz. ayrıca **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 1106/1107.

11 **Bucher,** recht 2003, s. 115. Yazar istisnaen Art 28 ZGB (MK. m.24) hükmünden hareketle sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir.

12 **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., Vorbem. zu §§ 145-157 BGB, Rnr.9.

13 Kanunda açıkça öngörülen sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin örnekler için bkz. **Oğuzman/Öz,** s. 144 vd.; **Oğuzman/Barlas,** s. 144; **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., Vorbem. zu §§ 145-157 BGB Rnr.10; **Klett,** BJM 2005, s. 163/164; **Paulus/Zenker,** JuS 2001, s. 5.

ınaJı.tadır. Bu ıür durumlarda, "fenci" vcyn "dolaylı" sözleşme yapına *wrun*-hıluğundnn [1.1] söz edilmektedir' . Hemen belirtmek gerekir ki, burada kullanılan "genci" ifadesi, bir kural niteliğinde sözleşme yapına zorunluluğu bulun. duğu anlamını taşımamııktadır. Zira kural olan sözleşme yapma özgUrlliğU. dür. Buna karşılık sözleşme yapına zorunluluğu istisnai bir nitelik taşır. Genel sözleşme yapma zorunluluğu ile ifade edilmek istenen husus, özel bir ka. nun hükmü bulunmamasına rağmen, her somut olayda, belirli şartların varlığı halinde, genel olarak sözleşme yapına sonucunun çıkarılabileceğidir.

Alınan hukukçusu **NIPPERDEY[16]'a** kadar geriye giden genci bir söz. leşme yapma zorunluluğu fikri, bugün doktrin ve içtihatlarda da yerleşmiştir. Amaç. somut olayda bir tarafın sözleşme yapmaktan kaçınmasının haksız, hukuk vicdanını rahatsız edici nitelik taşıması halinde, buna engel olmak ve sözleşme yapmaktan kaçınan tarafı sözleşmeye zorlamaktır. Ancak bu amaca ulaşmak için kullanılan hukuki mekanizmalara, daha açık bir deyişle, vanı. mak istenen bu sonucun hukuki dayanaklarına bir göz atıldığında, oldukça geniş bir görüşler yelpazesi ile karşılaşılır. Bu konuda ileri sürülen görüşle• re[17] kısaca işaret edecek olursak:

Bir görüşe göre, dolaylı, genel sözleşme yapma zorunluluğu, MK. m.2'de ifadesini bulan doğruluk ve dürüstlük kuralından çıkar. Buna göre, sözleşme yapmaktan kaçınmanın doğruluk ve dürüstlük kuralına aykınlık teşkil ettiği durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğunun kabulü söz konusu olabilir[18]. Bir başka görüşe göre, sözleşme yapmaktan kaçınma, bazı istisnai durumlarda BK. m.41/11anlamında ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına zarar

---

1□ **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., Yorbem. zu §§ 145-157 8GB, Rnr.13; **Gürzumar,** s. 54.

15 Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme özgürlüğü, Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin bir türünü oluştunnaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine doku• nulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" hükmü yer almaktadır. Açık bir kanun hükmü olmamasına rağmen, dolaylı yoldan, genel nitelikte bir sözleşme yapma zorunluluğunun çıkarılmasının Anayasa'nın bu hükmü ile nasıl bağdaştırılacağı, özel hukuk literatüründe genellikle incelenmesi ihmal edilen bir sorundur; bu yönde ayrıntılı ve ilginç değerlendirmeler için bkz. **Gürzumar,** s. 39 vd.; karş. ayrıca **Hafelin /Haller,** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, s. 87; **Camprubi,** AJP 2004, s. 384 vd.

16 **Nipperdey,** H. C., Kontrahierungszwang und diktierter Ye1rag, Jena 1920.

17 Bu görüşler hakkında toplu bilgi için bkz. **Klett,** BJM 2005, s. 175 vd.; **Camprubi,** AJP 2004, s.401 vd.; **Arnet,** AJP 2003, s. 596/597; **Gürzumar,** s. 53 vd.

18 **Gürzumar,** s. 53; **Oğuzman/Öz,** s. 146; **Oğuzman/Barlas,** s. 194; **Arnet,** AJP 2003, s. 596/597.

\ l'rtnc nitdiği ta□ıyabilir. Bıı tnkdirdc znnır gören kişinin. nakden tazmin yerin' a□ nen tazmin talebinde bulunarak, hakim kararıyla sözleşmenin kunılma□mı sağlnnrnsı miimkün olabilir[10]. Almanya'da eskiden hakim olan görliş, □□1kşmc yapmn zorunluluğunu. ahlnka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verilmesini yaptırıma bağlayan § 826 hükmüne dayandırmaktaydıw. Bir diğer g0rüş taraftarları. sözleşme yapına zorunluluğunun genel bir hukuk ilkesi t,la!l ahlak.a aykırı davranış yasağmdan kaynaklanabileceğini belirtmektedir-'. Bazı yazarlar ise. sözleşme yapmaktan kaçmmanm istisnaen kişilik haklarına aykırı bir nitelik taşıyabileceğini ve bu tür durumlarda sözleşme yapma zorunluluğunun kişilik hakları ihlal edilen kişinin hakime başvurabilt'. eğ.ini öngören MK. m.24 hükmünden çıkarılabileceğini belirtmektedir[2]. is,·içre Federal Mahkemesi sözleşme zorunluluğunu ahlaka aykırı davranış □asağı ilkesine dayandırırken[23], Yargıtay daha ziyade MK. m.2 hükmünden hareket etmektedir[24].

Genel. dolaylı sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağının ne olduğu. bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığı için, burada söz konusu göıiişlerin aktarılması ile yetinilecektir. Ancak bu noktada sözleşme yapma zorunluluğuna bağlanan sonuçlar üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. Doğrudan veya dolaylı bir sözleşme yapına zorunluluğunun mevcudiyetinin kabul edilmesi halinde, ilk olarak, karşı taraf bu yükümlülüğün aynen ifasını, yani sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın sözleşmenin kurulmasına ilişkin beyanda bulunmasını talep edebilir. Sözleşme yapma zorunluluğu bulunan tarafın bundan kaçınması durumunda, diğer taraf mahkemeye başvurarak kaçınan tarafın beyanda bulunmaya mahkum edilmesini talep edebilecektir. lahkemenin bu talebi kabul etmesi halinde, hakim kararı, sözleşmenin kurulmasına ilişkin beyanda bulunmaktan kaçınan kişinin beyanı yerine geçecek ve sözleşme kurulmuş olacaktır. Hatta usul ekonomisi ilkesi uyarınca, karşı tarafın sadece sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın bu yönde beyanda bulunmasını değil, bununla birlikte sözleşme gereği yerine getirmekle yü-

---

19 **Klett,** BJM 2005, s. 178 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 365; **Eren,** s. 284/285; **Schwenzer,** Nr. 26.13; **Kramer,** Art.19/20 OR, N.110.

20 **MünchKomm/Kramer,** 5. Autl., Vorbem. zu §§ 145-157 8GB, Rnr.13 ve orada dn.76'da zikredilen yazarlar ve içtihatlar.

21 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.1114.

21 **Bucher,** recht 2003, s. 107 vd; **OR-Bucher,** Vorbem. Zu Art.1-40, N.7.

13 BGE 129 il 45; karş. ayrıca Bger., Urteil vom 1.6.2006, 5P.97/2006: Bu karara ilişkin kısa bir değerlendirme için bkz. **Fuhrer,** S., Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2006, s. 358.

2□ Bkz. **Gürzumar,** s. 56 dn. 67'de zikredilen kararlar.

J..ümlil oldu□u cdimkrin ifosını da talep edebileceği kabul cdilmcktc<lir2s. Bö□ klikle muhatap. kaçman tarafın önce sözleşmenin kurulmasına ili□kin bir beyanda bulunmaya mahkum edilmesini, daha sonra açacağı ikinci bir da, a ile daha önceki dnvadn hakim kararının kaçınan tarafın irade beyanı) erine geçmesi suretiyle kurulan sözleşmenin ifasını talep etme zahmetin<: J..atlanmaktan kurtulacaktır.

İkinci olarak, ister doğrudan ister dolaylı bir sözleşme yapma yUkUınlU-lüğ.üniin mevcudiyetinin kabulü için, karşı tarafın, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeni le uğradığı (müspet) zararların tazminini talep etme imkanına sahip olması gerekir. Eğer muhatabın, diğer tarafın yapmaktan kaçındığı sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etme imkanı bulunmuyorsa, sözleşme yapma zorunluluğundan söz edilemez. Özellikle muhataba, sözleşme yapmaktan kaçınan kişiye karşı uğradığı müspet zararların tazmini değil de, sadece yaptığı harcamaları, yani tam veya sınırlı ölçüde menfi zararlarının tazminini talep etme hakkı tanınmış ise, sözleşme yapma zorunluluğu mevcut değildir demektir. Bu takdirde ortaya çıkan hukuki durum, sözleşme müzakereleri esnasında, sözleşmenin kurulacağı yönünde karşı tarafta haklı bir güven oluşturan tarafın, sonradan sözleşme yapmaktan kaçınması ve bu nedenle diğer tarafın uğradığı zararları culpa in contrahendo esasına dayalı olarak tazminle yükümlü olmasına benzemektedir. Doktrinde, culpa in contrahendo ilkesinden hareketle bir sözleşme yapma yükümlülüğünün çıkarılamayacağı kabul edilmektedir[26]. Burada incelediğimiz, ihaleyi açan kurumun sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorunu ile son derece yakından ilgili bu husus üzerinde, bir sonraki başlık altında yeniden durulacaktır.

II. İHALEYİ AÇAN KURUMUN SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

A) GENEL OLARAK İHALEYİ AÇAN KURUMUN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin olarak yukarıda yapılan genel nitelikteki açıklamalarda da belirtildiği üzere, sözleşme yapma zorunluluğu, özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğüne ve bunun bir görünüm biçimi olan sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil eder ve sadece istisnai durumlarda söz konusu olur. Sözleşmenin her iki tarafının da özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişiler olması durumunda, bu esas son

---

25 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 1105; **Klett,** BJM 2005, s. 181/182.

26 **Arztmann,** s. 72/73; **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., Vorbem. zu §§ 145-157 BGB, Rnr.9 dn.56.

<.kn..--cc t□1hii, c anlaşılır bir husustur. Ancak. acaba sözleşmenin taraflarından birinin k.aımı hukukuna t□lbi bir tüzel kişi olduğu durumlarda da sözleşme özgiirliiğii ilkesinden söz edilebilir mi? İdarenin sözleşme özgürlüğüne sahip olup olmadığı hususu. sadece burada incelediğimiz ihale sürecini başlatan idarenin bu ihaleyi mutlaka bir kamu ihale sözleşmesinin kurulması suretiyle sona erdirmekle yükiimlii olup olmadığı sorunu bakımından değil, aşağıda üçüncü bölümde inceleyeceğimiz kamu ihale sözleşmelerinin geçersizliğine □ol açan durumlar bakımından da büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle burada bu husus üzerinde bir parça durulması yararlı olacaktır.

İdarenin sözleşme yapına zorunluluğu bulunup bulunmadığma ilişkin olarak. bazı yazarlar, bu sorunun sadece idare bakımmdan da sözleşme yapına özgürlüğünün bulunduğunun kabulü halinde ortaya çıkacağını ileri sürmektedirler. Zira bir tarafın sözleşme özgürlüğünü gerekçe göstererek sözleşme yapmaktan kaçınması, sadece onun bu yönde bir özgürlüğe sahip olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Eğer sözleşme yapmaktan kaçınan kişi, sözleşme yapıp yapmama hususunda serbestçe karar verme özgürlüğüne sahip değilse, artık sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığını tartışmak da anlamsız hale gelecektir[27].

Yine bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, devletin sözleşme özgürlüğünü ileri sünnesi, temel hak ve özgürlükler bakımından pek de alışılmış bir durum değildir. Zira temel hak ve özgürlükler, bireyi idareye karşı korumaktadır. Başka bir deyişle, devlet, temel hak ve özgürlüklerin sahibi değil, muhatabıdır. Dolayısıyla devletin riayet etmekle yükümlü olduğu, dokunamayacağı temel hak ve özgürlüklerin, bu kez sahibi olması, söz konusu hakların mantığı ile bağdaşınaz[28].

Anayasa'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin, "Anayasaya ve kanunlara uygun olarak" kullanılacağı ve yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. İdare hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan "yasallık ilkesi"nin[29] hukuki dayanağı olarak, bu düzenlemelere ilaveten, idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olup kanunla düzen-

---

[27] **Kaeble,** ZfBR 2003, 111.

[28] **Kaeble,** ZfBR 2003, 111/2. Karş. ayrıca **Bitterich,** NZBau 2006, s. 759: Yazar irade özgürlüğünün idare için bir amaç olamayacağını, sadece kamu hizmetini yürütmek amacıyla ihtiyaç duyduğu edimlerin etkin bir şekilde tedariki için gerekli bir araç olduğunu belirtmektedir.

[29] Yasallık ilkesi ve idarenin düzenleyici işlemleri bakımından taşıdığı anlama ilişkin olarak bkz., **Öztürk,** B.K., İdarenin Düzenleme Yetkisi-Fransız ve Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı Yönünden Karşılaştırmalı Bir İnceleme, henüz yayın)anmamış doktora tezi, Ankara 2006, s. I67 vd.

knl:·eğ.ini öngören Anaya a'ıım 123. maddesi gösterilebilir. Aenba idarenin kanm hukuku alanındaki l:ıaliyctlcri bakımından geçerli olan "yasallık ilkesi". idarenin özel hukuka tabi faaliyetleri bakımından da geçerli sayılacak mıdır'? Bu husus. idare hukuku ile borçlar hukukunun kesiştiği bir alan olan kamu ihale sözleşmclt!rİ bakımından ortaya çıkan cevabı güç sorulardan birini oluştumrnktudır. 1 lemen belii1mek gerekir ki, idarenin özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğünden istifade edip edemeyeceği Türk Hukukunda incelenmesi büyük ölçüde ihmal edilmiş bir sorundur[30]. Alman ve İsviçre hukuklarında da sorun neredeyse sadece idare hukukçuları tarafından incelenmiş olup. tespit edebildiğim kadarıyla, özel hukuk literatüründe bu konuya ilişkin etraflı bir değerlendirme yapılmamıştır.

GIACOMETTI, idarenin sözleşme özgürlüğüne ilişkin olarak şu ikileme işaret etmektedir: Bir yandan özel hukukta mevcut olan serbest hareket imkanı, idarenin özel hukuk alanında faaliyette bulunmasının gerekçesini oluşturmaktadır. Ama diğer yandan, yasallık ilkesinin devre dışı bırakılması ve temel hak ve hürriyetlerin korumasız kalması tehlikesinin mevcudiyeti nedeniyle, idarenin özel hukuka tabi faaliyette bulunmasına karşı bir argüman olarak da kullanılabilir[31].

İdare hukukundaki hakim doktrin, idarenin, özel hukuka tabi şahıslara tanınan şekliyle bir sözleşme özgürlüğünün bulunmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, idare, hem idari nitelikte sözleşmelerinde, hem de özel hukuka tabi sözleşmelerinde bağımsız değildir. İdarenin kamu yararına ve kendisine yasaların belirlediği çerçevede hareket etmesi gerekir. İdarenin sözleşme yaptığı durumlarda, kendi başına buyruk hareket etmesi, herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan serbest tasarruflarda bulunması söz konusu olmamalıdır. İdare asla bir "irade serbestısine (autonomi volonte)" sahip olamaz. Devletin özel hukuk alanında faaliyette bulunması, onun bu sıfatını ortadan kaldırmaz. Devletin özel hukuka tabi ilişkilerinde, tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği, kesinlikle doğru olmayan bir tasavvurdur. Özel hukukta

---

30 Soruna istisnaen değinen yazarlardan **Özay,** bir milletlerarası tahkim yargılamasına ilişkin olarak hazırlamış olduğu ve kitabında yer verdiği hukuki mütalaasında şu ifadeleri kullanmaktadır: "İdare hukukunda, Özel Hukuktan farklı olarak, idare işlem ve eylemde bulunurken, serbest irade ile hareket etmeyip, yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş esas ve usullere uygun olarak davranmak zorundadır."; bkz. **Özay,** Günışığında Yönetim, s. 536; aynı yönde **Kutlu,** s. 17.

31 **Giacometti,** Z., Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, s. 106 vd.

firnli□t'tlC bulunduğu anlnrdn dıı devlet yine devlettir ve yasallık ilkesinin '□t'I"'-krinc ll\.'.1..!.lll olarak hareket etmek zorundndırn.

KanınH:a. idare hukukunda geçerli olan yasallık ilkesi ile özel hukukta gt'\t'rli olan sözleşme özgUrliiğil ilkesi, kamu ihale sözleşmeleri alanında birbirine ters diişcn. biri diğerini dışlayan ilkeler değildir. Kuşkusuz özel huJ-.u"-ta faaliyette bulunsa da, idarenin bu faaliyetlerinin yasal bir dayanağının bulunma-, gerekir. Ancak idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri bakımından önem taşıyan hukuki sorun, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde kendi- - ine sağlanan yasal çerçevenin dışma çıkmasının sonuçlarının ne olduğudur. Bu noktada sorunun münhasıran özel hukuk esaslarına göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, burada incelediğimiz sorun olan sözleşme özgürlüğü ilkesi bakımından sadece idarenin değil, bir de özel hukuka tabi olan diğer sözleşme tarafınm bulunduğunun göz önünde tutulması gerekir. Eğer idarenin sözleşme özgürlüğü bulunmadığı iddiasıyla, idarenin kendisini bağlayan yasal çerçeveyi aşan her davranışının özel hukuk sözleşmesini geçersiz hale getireceği kabul edilecek olursa, artık sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığını iddia etmenin herhangi bir anlamı kalmayacaktır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde, sözleşme taraflarından birinin kamu hukuku kurallarına tabi idare olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiği iddiası doğrudur; ama göz önünde tutulması gereken bir başka husus da, sözleşmenin özel hukuka tabi olduğudur. İdarenin tek yanlı işlemlerine karşı bireyi korumak için dizayn edilen idare hukukunun tüm kavram ve kurumlarının olduğu gibi, tek taraflı değil de iki taraflı bir işlem olan ve özel hukuka tabi olan sözleşmelere de aktarılması kabul edilemez. İdarenin tıpkı özel hukuka tabi bireyler gibi faaliyette bulunmasının bir yanılsamadan ibaret olduğu, özel hukukta faaliyette görünse dahi devletin yine devlet olduğu tezini savunanların, bu görüşlerinin iç tutarlığını sağlamak bakımından devletin taraf olduğu sözleşmelerin asla özel hukuka tabi olamayacağını da kabul etmeleri gerekir. Yok eğer, devletin özel hukuka tabi sözleşmeler de yapabileceği kabul ediliyorsa, o halde bundan böyle oyun kurallarının da özel hukuka göre belirlenmesi kaçınılmazdır. Özel hukukta faaliyet gösteren devlet, devlet olmaktan çıkmasa da, özel hukuk sözleşmesi yaparak en azından devlet kisvesini bir tarafa bıraktığının kabulii gerekir!

Peki özel hukuk sözleşmelerinde yasallık ilkesinin anlamı nedir sorusuna gelince: İdarenin yasallığı ilkesi ile özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğünü telif eden son derece ilginç ve dikkate alınmaya değer bir yoruma **IMBODEN'de** rastlanır. Bu yazara göre, "iç ilişkide yasallık, dış ilişkide sözleşme özgürlüğü ilkesi" geçerlidir. İdare iç ilişkide yasallık ilkesine uy-

---

31 Tüm bu hususlar için bkz. **Machler,** s. 170/171 ve orada dn. l7-19'da zikredilen yazarlar; bkz. ayrıca **Bitterich,** NZBau 2006, s. 759; **Kaeble,** ZfBR 2003, 111/2.

gun olarnk hareket etmek zorundadır. Ancak buna aykırı hareket etmesi tek başına dış ilişkide sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacaktır[33]. Kanımca bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, yasallık ilkesine aykırı hareket edilmesi, idare hukukuna özgü yaptırımları beraberinde getirecek. daha açık bir ifade ile idarenin bu tür eylemleri iptal ve tam yargı davalarına konu edilebileceği gibi, idari ve cezai nitelikteki diğer yaptırımların da uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak bu durum tek başına. yani kendiliğinden özel hukuk sözleşmesinin de geçersiz hale gelmesi sonucunu doğunnayacaktır. Yukarıda iki aşama teorisini açıklarken izah edildiği üzere, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği bakımından münhasıran özel hukuka hakim olan esaslar geçerli olacaktır. Bu nedenle gerek sözleşme özgürlüğü gerekse özel hukukta geçerli olan diğer esasları, sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşmenin iki tarafının bulunduğunu göz önünde tutarak değerlendinnek gerekir.

Bu açıdan bakıldığı takdirde ortaya şöyle bir tablo çıkacaktır. İdarenin özel hukuk sözleşmesi yaparken, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişinin sahip olduğu ölçüde bir serbestisi mevcut değildir. İdarenin özel hukuk sözleşmesi yaparken kanunun kendisine çizdiği çerçevede hareket etmesi gerekir. Ancak, bundan hareketle idarenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmadığı sonucunu çıkarmamak gerekir[34]. Sözleşme özgürlüğünün mevcut olmadığını söylemek için, bu özgürlüğün sadece idareye değil, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel hukuk kişisine yönelik bir kanun hükmüyle ortadan kaldırılmış olması gerekir.

Sözleşme taraflarından birinin hareRet alanının sınırlandırılmış olmasına, özel hukukta ve tarafların her ikisinin de özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişi olduğu durumlarda da rastlanır. Örneğin, sınırlı ehliyetsiz bir şahıs kendisini borç altına sokan işlemleri yasal temsilcisinin iznini veya onayını almadan yapamaz. Aynı şekilde temsil durumunda da temsilcinin yetkisi kendisine verilen temsil yetkisinin kapsamı ile sınırlıdır. Hareket alanı bir kanun hükmü veya hukuki işlemle sınırlandırılan kişinin söz konusu sınırlamaları aşarak işlem yapması durumunda, özel hukuk buna bazı sonuçlar bağlamıştır; yoksa sözleşmenin taraflarından birini, bu örneklerdeki şahıslardan birinin oluşturması durumunda sözleşme özgürlüğünün mevcut olmadığı söylenemez. Ka_nımca aynı şey kamu ihale sözleşmeleri bakımından da geçerli olmalıdır: idare diğer işlemlerinde olduğu gibi, özel hukuk sözleşmesi yaparken de bunun bir yasal temelinin bulunması ve idarenin kamu yararını

33 **Imboden,** s. 52.

34 **Waldner,** s. 126/127.

□'),cterck hareket etmesi gerekir. Buna aykırı davranışın sözleşme llzerindcki etkisi. Ö7.cl hukuk açısından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

Ayrıca idarenin kamu ihale sözleşmesi yapmusının yasal temelini oluştunm kamu ihale mevzuatında aksi yönde davranışta bulunmasını yasaklayan bir hiikiim bulunmadığı sürece, idarenin sözleşme özgürlüğünü ileri sürmesine engel olunmamalıdır. Kamu ihale mevzuatı, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapmasının yasal temelini oluşturmakla beraber, belirli bir davranışta bulunma zorunluluğunun öngörülmediği durumlarda, idareye bir hareket alanı tanındığının ve bu alanda idarenin sözleşme özgürlüğünden de yararlanabileceğinin kabulü gerekir. Acaba kamu ihale mevzuatında burada ele aldığımız soruna ilişkin olarak idareye bir hareket serbestisi, özel hukuk terminolqjisi ile ifade edecek olursak, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü tanınmış mıdır? Aşağıda esas itibariyle bu sorunun cevabı aranacaktır.

B) İHALENİN İPTALİ

1) Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği gibi, kamu ihaleleri ile idare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duyduğu edimleri temin etmeyi amaçlamaktadır. Kamu ihalesi ile başlayan sürecin ideal sona erme biçimi, sürecin kamu ihale usullerine uygun bir şekilde yürütülerek ihalenin "ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılması"(4734 sayılı Kanun, m.40) ve onunla sözleşme imzalanmasıdır. Bu şekilde, hem ihaleyi açan kurumun hem de ihale kendisine bırakılan tarafın menfaatleri tam olarak gerçekleşmiş olur: Bir yandan ihaleyi açan kurum, kamu kaynakları ile finanse edilen ihtiyaçlarını en uygun koşullarda elde ederken, diğer yandan ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli, sözleşme ile elde etmeyi umduğu karı gerçekleştirmek imkanını kazanır.

Ancak kamu ihalelerinde her zaman bu ideal sona erme şeklinin gerçekleşmesi söz konusu olmayabilir. Bazen, başlamış bir ihale süreci ihaleyi açan kurumun tek yanlı bir kararı ile sona erdirilmiş olabilir.

İdarenin daha önceden başlamış bir ihale sürecini durdurması veya iptal etmesinin değişik sebepleri olabilir. Bu sebeplerden ilki, ihaleyi açan kurumun ihalenin finansmanını sağlayamamasıdır. İhaleyi açan kurumun ödenek sıkıntısı içinde bulunması, ihalenin açılmasından önce mevcut olabileceği gibi, sonradan da ortaya çıkabilir[35]. Hemen belirtelim ki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Temel İlkeler" başlığını taşıyan 5. maddesinin 4. fıkrasın-

[35] **Jasper/Pooth,** NZBau 2003, s. 261; **Seharen,** NZBau 2003, s. 586; **Kligner,** s. 567; **Arztmann,** s. 67 dn.217; BGH, Urt. v. 05.11.2002-X ZR 232/00 43/02, NZBau 2003, s. 168.

dıı, "ödeneği bulunımıynn hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz" hlikmU yer almak. tndır. Dolı_ıyı.□ıyla Tü_r1k-h_ı□.u□u bukıınındın. en azından teorik olarak, haş. langıı;tn hır L)dcnck cksıklıgının mevcut nlnmnyacağı ve ödenek sıkmtısınıı ancıık hnşlnngıçta ayrılan kaynağın bıı□kn i□lcrc harcanması nedeniyle sonra. cJan ortnyn ı;ıknhileceği söylenebilir.

Üte yandın bazen ihaleyi açan kunımdıı meydana gelen siyasi vcyn idari yönetim değişiklikleri nedeniyle, ihalenin iptıili söz konusu olabilir. Yeni yöneticiler, eski yönetim tarafından başlatılun ihale siirecini, bu konuda kamunun tedarik ihtiyacı bulunmadığı vcyu ihalenin gereksiz ölçiide harcamalanı yol ıı ı,:ıı cnğı cHlşiincesiyle, iptal etmek isteyebilirler. Bazen de sivil toplum örgOtlerinii baskısı, idareyi ihaleyi iptal etmek zorunda bırakabilir. Yine kamuoyunda belli bir kurumun açtığı ihalelerde sıkça yolsuzluk yapıldığı şeklinde oluşan izlenimlerin verdiği rahatsızlık veya bu tiir iddiaların araştırılması ve kıiınuoyunun güveninin yeniden kn:ı.nnılması gerekçesiyle, daha öncecJen bıı□lnıılnıı□ bir ihale siirecinin durdunılınası söz konusu olabilir[36].

Ba:ı.ı dunıiıılurda ise, ihaleyi açan kurumun kdnrik edilecek mal, hizmet veya yapım işine olan ihtiyacı ortadan kalkabilir yn da söz konusu tedarik ihtiyacını dalın uygun bir şekilde veya başka yollnrdnn karşılama imkanı d□o□gmuş o1a1ı•1•ır[17].

Öte yandım ihnlcyi açan kurumun ihalenin iptalini, açılan ihalenin Uzerinde kalınasıiıı istemediği bir gerçek veya Hlzcl kişiyi devre dışı bırakmak için kullanması dn ihtimal dahilindedir. İdare ihale surecine devam etmesi halinde, hcrhıiıigi bir sebeple ihaleyi kazanmasını istemediği bir gerçek veya tüzel kişinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif suhihi olarak ihaleyi alabileceğinden endişe Clkbilir ve buna engeİ olmak için ihaleyi iptal yoluna gidcbilir[38].

İhalenin iptali ııçık bir beyanla olabileceği gibi, örllilü bir şekilde de gerçekleşebilir. İhaleyi açan kurumun isteklilere ihalenin iptal edildiğini bildirmesi durumunda nçık ipini söz konusu olur. İhalenin iptali genellikle bu şekilde gerçekleşmekle beraber, bazen ihaleyi açan kurum bu yönde açık bir beyanda bulunmaz. Bunun yerine ihale ile ilgili herhangi bir işlem yapmaz; üstelik ihaleyi açan kunımun bu şekilde hareketsiz kalmasının geçici bir durum olduğu ve bir silre sonra ihale işlemlerine kaldığı yerden devam edileceğine dair bir emare de bulunmaz. Bu ihtimalde de, tıpkı ihalenin açıkça iptalinde olduğu gibi, ihale siirecinin sözleşme ile sonlanması ihtimali fiilen

---

□c, Karş. ,lnsper/Pootlı, NZBau 2003, s. 261; Kligner, s. 567; **Arztmann,** s. 69 dn.217.

n• **Beyeler,** AJP 2005, s. 789.

;s **Seharen,** NZBau 2003, s. 586; karş. ayrıca BGH, Urt. v. **18.02.2003-X ZB** 43/02, NZBau 2003, s. 294.

,,,tı'ld,m k.alkmış olur. Doktrinde, ihaleyi açan kurumun hnrekctsiz kalınası, d\ ıın ·erinde ise ihaleyi "siirilnccmede bırnkınasının" da ihalenin iptali :ınl□mı taşıyacnğı kabul edılmcktcdır[39].

ı\şnğıda'.ıı ayrıntılı olarak. inceleneceği Uzcre, bazı hukuk sistemlerinde ih:tlc k.nmrı ile birlikte kamu ihale sözleşmesi de kurulmaktadır. Dolayısıyla hu hukuk ·istemleri bakımından, başlamış bir ihale sürecinin sözleşme kunılnrndan önce sonlandırılması, yani ihalenin iptali, sadece ihale kararı verilinceye kadar söz konusu olabilir. İhale kararı ile birlikte sözleşme kurulduu için. ihale kararından sonra ihalenin iptali söz konusu olamaz. Buna karşılık. Tiirk ve İsviçre kamu ihale sistemlerinde olduğu gibi, ihale kararının sözleşmenin kurulmasına yol açmadığı, başka bir deyişle, sözleşmenin kunılınası için ihale kararınm bildirilmesinden sonra idarenin ayrıca bir kabul beyanında bulunması gereken hukuk sistemlerinde, ihale kararından sonra da ihalenin iptali söz konusu olabilir. Bu hukuk sistemlerinde, ihale kararı verilmiş olınasma rağmen, yukarıda belirttiğimiz ve iptal kararının verilmesinde rol oynayan saiklerle, ihaleyi açan kurum sözleşme yapmaktan kaçınabilir.[40] _ Dolayısıyla Türk Hukuku açısından ihalenin iptali kavramının kapsamına, idarenin ihaleyi karara bağlamış olmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçındığı hallerin de dahil edilmesi gerekir.

Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, ihalenin iptalini, ihaleyi açan kurumun açık bir beyanla veya hareketsiz kalmak suretiyle örtülü olarak, başlamış olan bir ihale sürecini sözleşmenin imzalanmasından önce sona erdirmesi olarak tanımlamak mümkündür[42].

Burada açıklığa kavuşturulması gereken temel sorun, idarenin ihaleyi iptal edip etmemek hususunda serbest olup olmadığıdır. Acaba idarenin sözleşme özgürlüğü bulunmadığı bu nedenle haklı bir sebep olmadığı sürece başlamış bir ihaleyi sonuçlandırarak, ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekli ile sözleşme yapmak zorunda olduğu mu kabul edilecektir? Yoksa idarenin ihale sürecini devam ettirdiği müddetçe kamu ihale mevzuatı ile bağlı olduğu, ancak idarenin bu süreci sözleşme ile tamamlama yükümlülüğü bulunmadığı ileri sürülebilecek midir? Özel hukuk terminolojisini kullanarak daha açık ve kısa sormak gerekirse: İhaleyi açan kurum açısından kural, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü mü, yoksa sözleşme yapına zorunluluğu mudur?

İdarenin sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü bulunup bulunmadığı sorunu bakımından iki hususu birbirinden ayırt etmek gerekir: Bunlardan ilki,

---

39 **Kaeble,** ZfBR 2003, 1/3/b; **Kligner,** s. 565 dn.92; **Arztmann,** s. 68.

40 § 6/11.

41 Karş. **Beyeler,** AJP 2005, s. 786, Nr.11.

42 Benzer bir tanım için bkz. **Beyeler,** AJP 2005, s. 785, Nr.6.

idarenin ihale ·iirccini başlatıp başlatmama, başkn bir ifodc ile ihale açıp aç. mama hu ·usunda özgür olup olmadığı: ikincisi ise, bu siircci bir kez başlrıian idarenin en :wantnjlı teklif sahibi ile sözleşme yapına zorunluluğunun bulu. nup bulunmadığıdır.

Birinci sorun bakımından, yani idarenin ihtiyaç duyduğu edimlerin tcda. riki için ihale yapıp yapmama hususunda serbest olduğunun kabulü gerekir. Başka bir deyişle, idarenin somut bir ihtiyacını özel hukuka tabi bir sözleşme ile piyasadan karşılamak için ihale açına zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna ilişkin kararı idare verecektir. Kamu ihale mevzuatı da idareye bu konuda herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Kamu ihale mevzuatı, idarenin somut bir ihtiyacını özel hukuk sözleşmeleri *ile* karşılamaya karar verdiği andan itibaren devreye girecek; idare, bunun için ihale açmak ve ihale sürecinde ihale mevzuatına riayet etmek zorunda olacaktır[43].

İkinci sorun yani, idarenin en avantajlı teklif sahibi ile sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, ihale sürecinin başlaması ile birJikte ortaya çıkacaktır. İhale sürecinin başlaması ile birlikte kamu ihale kuralları uygulama alanı bulacak ve idare artık kamu ihale mevzuatının kendisine tanıdığı ölçüde serbestçe hareket etme imkanına sahip olacaktır. Acaba idareye bu noktada hangi oranda serbesti tanınmıştır? İdarenin başlamış bir ihale sürecini sözleşmenin imzalanmasından önce dilediği gibi sona erdinne yetkisi bulunmakta mıdır? İhalenin iptali kararına karşı en avantajlı teklifi sunan istekli hangi hukuki imkanlara sahiptir? Bir sonraki başlık altında bu soruların cevabı aranacaktır.

2) İhalenin İptali Sebepleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ihalenin iptaline ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. İdarenin ihale sürecini iptalde tamamen serbest olup olmadığını tespit edebilmek için bu düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

ihalenin iptaline ilişkin ilk düzenleme 4734 sayılı Kamu *ihale* Kanununun "İhaleye Katılamayacak Olanlar" başlığını taşıyan *11.* maddesinde yer almaktadır. Bu hükümde, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına ihalelere katılamayacaklar sayılmış; hükmün son fıkrasında bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale bırakılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu hükme dayanarak ihalenin iptali belirli bir sebebe dayanmaktadır.

---

43 **Bitterich,** NZBau 2006, s. 759.

llrnlcnin iptnlinc ilişkin ikinci dUzcnlcmo, Komu lhulc Knnıınun "ihale , . :ıtindcn Önce ihalenin İ ptnl edilmesi" bnşlıklı 16. mnddcsindc yer nlımıktadır. Ou hHkmc göre, idarenin gerekli gördllğll vcyıı ihale dokUınnnında yer :ll:m belgelerde, ihalenin ynpılnrnsınn engel olan ve dlizeltilmesi mllrnkün huhınmaynn hususların bulunduğunun tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği, bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiğinin isteklilere hemen ilan edilerek duyurulacağı, hu aşamaya kadar teklif vermiş olanlara ihalenin iptal edildiğinin ayrıca tebliğ edileceği. ihalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütlln tekliflerin reddedilmiş sayılacağı ve bu tekliflerin açılmaksızın isteklilere iade edileceği. ihalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulmayacağı, ihalenin iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde düzenlenen iptalin mutlaka haklı bir sebebe dayanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü 16. maddede yer alan "idarenin gerekli gördüğü ....hallerde" ifadesi idareye bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu takdir yetkisinin sınırını, idare hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan, idarenin işlem ve eylemlerinde kamu yararını gözetmesi ilkesi oluşturabilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan üçüncü düzenleme "Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali" başlığını taşıyan 39. madde hükmüdür. Bu hükümde, ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, ihalenin iptal edilmesi halinde bu durumun bütün isteklilere derhal bildirileceği, idarenin bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği, ancak, idarenin isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildireceği düzenlenmiştir. Bu hükümde ihalenin iptali bakımından herhangi bir sebep düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, kamu yararına uygun hareket etmek kaydıyla, idarenin ihaleyi iptalde serbest olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak söz konusu hükmün gerekçesine bakıldığında bu izlenimin doğru olmadığı anlaşılacaktır. Gerçekten de 39. maddenin gerekçesinde *"Tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması veya yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamakla birlikte mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması, Kanunun temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti gibi nedenlerle"* ihalenin iptal edilebileceği ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, 39. madde, gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, ihalenin iptalinin, belirtilen bu sebeplerin varlığı halinde hukuka uygun olacağı söylenebilir.

İhalenin iptaline ilişkin son düzenleme, 4734 sayılı Kanunun "İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması" başlıklı 40. maddesinin 6. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükümde, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş işgünü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirt-

me" suretiyle ihaleyi iptal edeceği diizenlcnmiştir. Bu dUzcnlcınccJc huıigi sebeplerin varlığı halinde ihale yetkilisinin ihaleyi iptal edebileceği bclirıil, mcmiştir. Ancak ihale yetkilisinin ihaleyi iptal etmesi halinde bunun gerek. çesini açıkça belirtmesi zorunluluğu öngörilldUğünden, burada da iptal yetkisinin ancak hnklı nedenlerin varlığı halinde kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde. gerekçe belirtme zorunluluğunun herhangi bir anlamı kalmayacaktır.

Kanımca bu düzenlemelerin tümü bakımından şu tespitte bulunmak mümkündür: 4734 sayılı Kanun, ihaleyi açan kuruma herhangi bir gerekç ye dayanma ihtiyacında olmaksızın ihale sürecini iptal etme yetkisi verme-miştir. İhalenin iptal edilebilmesi için, ilgili maddede veya madde gerekçele-rinde belirtilen sebeplerin mevcut olması, iptal için herhangi bir somut se-bepten bahsetmeyen hükümler bakımmdan ise genel olarak haklı bir nedenin bulunması gerekir; aksi takdirde ihalenin iptali işlemi hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta da, ihaleyi açan kuruma serbestçe, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ihaleyi iptal etme yetkisi tanınmamış; iptal _retkisinin bazı sebeplerin varlığı halinde kullanılabileceği düzenlenmiştir. Omeğin Alman Hukukunda VOB/A[44] § 26 hükmünde, ihalenin ancak, ihale şartnamesine uygun hiçbir teklif sunulmaması veya ihale şartnamesinin esaslı surette değiştirilmesi zaruretinin ortaya çıkması ya da başkaca bir önemli sebebin bulunması halinde iptal edilebileceği düzenlenmiştir[45]• İsviçre Hukukunda, ihalenin kamu yararının gerektirdiği veya önemli bir sebebin bulunduğu durumlarda iptal edilmesi mümkündür (Art.XIII/4/b GPA[46]; Art.13/i IVÖB[47] Art.30 Voe8[48])[49].

---

44 VOB/A: "Yerdingungsordnung für Bauleistungen" veya yeni adıyla "Vergabe- und Yertragsordnung für Bauleistungen", Alman Hukukunda yapım işlerine ilişkin ihaleler ve yapılacak sözleşmelerde riayet edilmesi gereken usulleri düzenlemektedir.

45 Ayrıntılı bilgi için bkz. **lngenstau/Korbion/Portz,** § 26 VOB/A, Rnr. 13 vd.; **Kapellmann/Messerschmidt/Dahne,** § 26 VOB/A, Rnr. 5 vd.; **Motzke/ Pietzcker/Prie8/Jasper,** § 26 VOB/A, Rnr. 12 vd.

46 GPA: "Government Procurement Agreement". Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının eki olan bu anlaşma İsviçre tarafından kabul edilmiş ve iç hukuka dahil olmuştur.

47 IVOB: "Interkantonale Yereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen" (Kamu İhalelerine İlişkin 25 11.1994 tarihli Kantonlararası Anlaşma).

48 VoeB: "Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen" (Kamu İhale Tüzüğü)

49 Bkz. **Beyeler,** AJP 2005, s. 790; **Gali/Moser/Lang,** s. 177 vd.

th:,knin iptalinin hnklı bir sebebe dnyanınnsı durıuımındn, isteklilerin tsızmiımt da dnhil idnrcyc knrşı herhangi bir talep ileri sllrmcsi ınllmklln olmu-□□,□□lktır. Ancak ihnlcnin iptnlinin herhangi bir sebebe dayanmaması veya iptal sebebi olarak gösterilen hususların gerçeği yansıtmaması durıuımında, td..Jif n□rcn i·tddilcrin korunması gerekir. Yukarıda(§ 2/111/ı\) kamu ihale sozkşınclerinin tabi olduğu hukuki rejim konusu incelenirken de işaret edildiği gibi. ihaleye katılan şahıslara iki türlii koruma sağlanabilir. Bunlardan il□i asli koruma (Priınarschutz) olup, bununla istekliler ihale usullerine aykırı ülarnk verilen kararları iptal ettirme ve mevzuata aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasını veya düzeltilmesini sağlama imkanına sahiptir. Tali korumayla (ekundarschutz) ise, isteklilere hukuka aykırı ihale işlemlerinin iptalini değil. sadece bu yüzden uğradıkları zararların tazminini talep etme imkanı tanınmaktadır.

İdarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorunu, idarenin ihaleyi haklı bir sebebe dayanmadan iptal etmesi durumunda, isteklilere asli korumanın sağlandığı, yani ihalenin iptali kararının iptali için başvuru hakkına sahip olduklarının kabulü halinde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle ilk önce, haklı bir sebebe dayanmayan ihale iptali kararının iptalinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

3) İptal Kararının İptalinin Mümkün Olup 0/madrğr Sorunu

Haklı bir sebep mevcut olmadan verilen ihalenin iptali kararlarının, bundan menfaati zarar görenlerin başvurusu nedeniyle iptal edilmesine kısaca •'iptalin iptali" (Aufhebung der Auflıebung) adı verilmektedir. Haklı bir sebebe dayanmayan ihale iptali kararlarının iptali için, ya ihale sürecinin başlamasından sözleşmenin imzalanması anına kadar ihale ile ilgili işlemlerin mevzuata uygun olup olmadığını denetlemek üzere oluşturulan mercilere (ülkemizde Kamu İhale Kurumu) başvurulur; ya da ihalenin iptali kararı bir idari işlem niteliği taşıdığı için[50], bu işlemin de iptali için idari yargıda dava açılır. İdari yargıda ihalenin iptali kararı için dava açılabilmesi hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Tartışmalı olan husus, Kamu ihale Kurumuna ihalenin iptali kararının iptali için başvurulup vurulamayacağıdır.

Türk Hukukunda Kamu İhale Kurumu bir dönem, inceleme yetkisinin ihale süreci ile sınırlı olduğu, ihalenin iptali ile birlikte ihale süreci geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, ihalenin iptali kararlarına ilişkin şikayet ve itiraz başvurularını incelemeyeceği yönünde kararlar vermiştir. Örneğin Kamu İhale Kurumunun 07.10.2003 tarih ve 2003/UK.Z-493 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır:

[50] **Beyeler,** AJP 2005, s. 787.

"4734 sayılı Kamu ihale Knnununun 56 ncı nıuJdcsi 2 ıici fikrasında Kamu, le Kunılu tamlından verilebilecek knrnrlıırın !lç beni halinde sayılmıştır. Belin, maddede. şikayet başvuruları üzerine Kurulca yapılncnk idnri denetimin sınırı , ihale süreci içerisinde ve bu süreçte sonuç doğuran i lcm ve eylemler olduğu **htJ;,..** lenmiştir. *"İlıaleıiiıı ipl<lliıie yiiıie!lik itlari işlem ile ilıale .vllreci .wma* ***erd/Alnıtı***$_{11w}$ bu süreç içerisinde yapılan idnri işlemler ile ilgili olarak Kamu ihale Kurulu taraf dan idari denetim yapılamayacaktır. Ancak, bu idari işlemler idari **yargı yeri** dava konusu yapılabilcccktir"[51].

Aynı şekilde Kamu İhale Kurumunun 14.10.2003 tarih 2003/UK. 529 sayılı kararında şöyle denmektedir:

"Söz konusu ihalenin, ihale yetkilisince alınan 09.09.2003 tarihli **karar ile iptal** edildiği anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 56 ncı maddesi 2 nci fıkrasında Kamu İhale Kurulu tarafından verilebilecek kararlar üç bent halinde sayıJ.. mıştır. Belirtilen maddede, şikayet başvuruları üzerine Kurulca yapılacak idari dene-- timin sınırının ihale süreci içerisinde ve bu süreçte sonuç doğuran işlem ve eylemler olduğu belirlenmiştir. Bu işlem ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmq idari işlemleri tesis tarihi itibariyle ortadan kaldıran bir işlem niteliğinde olduğundan bu aşamada bir ihale ve bu ihaleye ilişkin bir süreçten bahsedilemeyeceğinden, ihale sürecine ilişkin bulunmayan başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına.. karar verildi"[52].

Ancak daha sonra Kamu İhale Kurumu, Danıştay 1. Dairesine başvurarak ihalenin iptali kararlarına karşı yapılan şikayet ve itiraz başvurularını inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda istişari görüş talebinde bulunmuştur. Danıştay I. Dairesi, 13.4.2004 T., 2004/36 E. ve 2004/42 K. sayılı kararında bu hususa ilişkin olarak şu kararı vermiştir:

"İdarelerce ihalelerin iptal edilmesi durumunda bu iptal işlemlerine karşı yapılan itirazen şikayet başvurularını Kamu İhale Kurumunun incelemeye yetkili olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesine göre ihalelere katılmaları yasak olanlardan ihaleye katılanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği, 16 ncı maddesinde, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunun tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği, 39 uncu maddesinde, ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, 40 ıncı maddesinde, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç

---

[51] Bu karar ve Kamu İhale Kurumunun tamamen aynı ifadelere yer veren, aynı tarihli ve 2003/UK.Z-494 sayılı bir başka kararı için bkz. RG 06.11.2003, S.25281.

[51] RG 06.11.2003, S.25281.

, rşsilnil içindt' ihnk kararını onnylnyncnğı vcyn gerekçesini nçıkçn belirtmek - ı □i□k iptnl cdec •g.i. 53 Undl maddesinde, Knmu lhnle Kurumunun. bu Kanunda ,:-Jirtil:'11 es.,s. usul ve işlem lcrin doğnı olarak uygulanması konusunda görevli ve \ ili olduğu. ihalelerin başlangıcından sözl□mcnin imzalanmasına kadar olan süre i .:'fi□indc:i-darece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun \.,tn ıığına ilişkin şika) etleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurumunun görev ve □ !,...ileri ar.ısında bulunduğu. 56 ncı maddesinde de, ihalelere ilişkin olarak yapım 1üt□3hhidi. tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, sözleşme imzalanmadan '- :-e Kunıma bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı, iddia edilen ve düzeltilmesi □ ;:-nilen dunımların bildirilmesi kaydıyla itirazen şikayet başvurusunda bulunulabil□ği hükümlerine yer verilmiştir.

Yukanda açıklanan hükümlerden. Kurumun, ihalelerin başlangıcından ihale söz-□mesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin me,wara aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek bu şikayetler, sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu açıktır"[53].

Danışta* 1. Dairesinin bu kararından sonra Kamu İhale Kurumu, ihalenin iptali kararma karşı yapılan şikayet ve itiraz başvurularını da incelemeye başlamıştır. Örneğin, Kamu İhale Kurumunun 26.09.2005 tarih ve _005/UM.Z-1845 sayılı kararında,

··Danıştay l .Dairesi'nin Kamu İhale Kurumunca görüş istenmesi üzerine verilen 13.0-t.2004 tarih ve E:2004/36, K:2004/42 sayılı kararında, ihalenin iptaline ilişkin işlemlerin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kurumun ***''iptali11 iptali"*** başvurularını incelemeye yetkili olduğunun belirtildiği, ihalenin iptali kararına ilişkin başvurularda ayrıca bir idareye başvuru sürecinin öngörülmediği, ***"iptaliıı iptali"*** başvurularında izlenecek yolun Danıştay kararıyla belirlendiği, bu nedenle Kurumun öncelikle idareye başvuru yapılması konusunda işlettiği prosedürün hukuki dayanağının olmadığı, ayrıca İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 18 inci maddesinde idareye başvurulmadan ya da cevap alınmadan yapılan "itirazen şikayet başvuruları"nın idareye gönderileceği belirtilmiş olup, ***"iptaliıı iptali"ne*** ilişkin başvurularda idareye başvunna gerekliliği öngörülmediği, bu açıdan Kurumun anılan Yönetmeliğin I8/2 maddesinin uygulamasının isabetsiz olduğu, iptal kararıyla idarenin iradesini net bir şekilde ortaya koyduğu bu nedenle idareye şikayetin hukuken sonuç doğunnayacağı, Kamu İhale Kurumuna yapılan başvurunun yapıldığı tarihin idareye başvunna tarihi sayılacağının açık olduğu, Kuruma başvurulmasıyla hukuki yolların işletilmeye başlanıldığı, bu nedenle idarenin başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddine karar vennesinin hukuka aykırı olduğu, idarenin bütünlüğü ilkesi gereği Kuruma yapılan başvurunun idareye yapılmış sayılması gerektiği,"

ifade edilmektedir[54]. Aynı şekilde Kamu İhale Kurumunun 05.03.2007 tarih ve 2007/UY.Z-913 sayılı kararında, *"Anılan mevzuat uyarınca; ihalenin iptali konusunda idarelerin takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetkinin*

---

[53] Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

[>4] RG 07.01.2006, S.26046.

mwlak ıc *smırsı=olmadığı. kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu a ıJ..1ır"* denildikten □onı:a ihalenin iptali kararına ilişkin itiraz başvurusu değerlendim1e□e alınmıştır[5] .

O halde bugün için Türk Hukuku bakımından, ihalenin iptali kararlarına karşı i□ari yargıda iptal davası açılabileceği gibi, bu kararların iptali için Kamu ihale Kurumuna da başvurulabilmektedir[56].

Hemen belirtelim ki ihalenin iptali kararlarının iptalini□ mümkün olup olmadığı karşılaştınnalı hukukta da sorunlara yol açmıştır. Orneğin, Alman Hukukunda uzun bir süre, ihale iptali kararlarının itirazen şikayet başvuruları çerçeYesinde denetlenip denetlenemeyeceği tartışılmıştır. Çünkü İhale Hukukunun Değiştirilmesine İlişkin Kanunun (Vergaberechtsanderungshesetz) ge. rekçesinde, denetimin konusunun henüz sona erdirilmemiş ihale süreci olduğu belirtilmektedir[57]. İhalenin iptali kararı ile birlikte ihale sürecinin sona ern1esi nedeniyle, iptal kararlarına karşı isteklilerin itiraz imkanlarının bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmış ve bu durum farklı yönde mahkeme kararlarının verilmesine yol açmıştır. Bazı kararlarda, haklı bir sebebe dayanmasa dahi ihalenin iptali ile birlikte ihale süreci sona ermiş olacağından artık iptal kararına itiraz edilemeyeceği kabul edilirken, başka bazı kararlarda ihalenin ancak haklı sebeplerin (§ 26 VOB/A) varlığı halinde iptal edilebileceği, haklı bir sebep olmaksızın verilen, yani hukuka aykırı olan iptal kararlarının ihale sürecini sona erdiremeyeceği ve bu nedenle bu tür kararlara karşı isteklilerin itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmiştir[58].

Bu tartışmalar Avrupa Adalet Divanının I 8.6.2002 tarihli Avusturya İhale Hukukunun uygulandığı bir olaya ilişkin verdiği "Hospital Ingenieure" karan[59] ile birlikte sona ermiştir. Avrupa Adalet Divanı bu kararında, İhtilaf Direktifinin 1. maddesinin 1. fıkrasının, hukuka aykırı ihale iptal kararlarına karşı itirazın mümkün olmasını gerektirdiğini; ihalenin iptali kararından etkilenen isteklilerin tazminat talep etme hakkına sahip olmasının yeterli olmadığını belirtmiştir.

Alman Federal Mahkemesi de I 8.2.2003 tarihli kararında[60], ihalenin hukuka aykırı bir şekilde iptal edilmesi halinde, isteklilerin bu kararlara karşı itiraz hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak bu kararda, burada incelediğimiz, idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorununa ilişkin olarak son derece önemli tespitler yer almaktadır: Federal

---

55 RG 24.05.2007, S.2653.

56 Bu hususta bkz. ayrıca **Yılmaz,** s. 170 vd.

57 BT-Drucks. 13/9340, s. 17,19,50. Bkz. ayrıca **Kligner,** s. 566.

58 Tüm bu kararlar hakkında bkz. **Ingenstau/Korbion/Portz,** § 26 VOB/A, Rnr.39-41.

59 EuGH, *Urteil vom* 18. 6. 2002. Rs. C·92/00, NZBau 2002, s. 458 vd.

60 BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, s. 293 vd.

□fahk.cmc huk.\lka ayk.ırı verilmiş iptnl knnırına karşı itirnzlnrı inceleyen kunmnm. iptnl knrarını iptal ederken, ihaleyi nçan kurumu hukuken veya fiilen h.'lşlamış olan ilrnlcyi sözleşme ile sonuçlandırmaya zorlayan işlem tesis edellll'□Ccl'ğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, Alınan İhale Mevzuatı ida□nin bir kez başlnttığı ihale sürecini mutlaka sözleşme ile sonuçlandırmn□ınn ilişkin bir yükünlüliik ihtiva elmeınektedir[61]: Hemen ekleyelim ki, hirnz önce işaret ettiğimiz Avrupa Adalet Divanının "Hospital lngenieure" k.arnrında da. topluluk mevzuatına göre, ihaleyi açan kurumun ihaleyi sözkşınc ile sonuçlandırmak zorunluluğunun bulunmadığı, bu nedenle isteklilerin ihaleyi açan kuruma karşı kendileri ile sözleşme yapılmasını talep etme hakkının mevcut olmadığı ifade edilmiştir[62]. Bu husus üzerinde bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak durulacaktır.

-1) İlıale11i11İptali Kararınm İptalinin Sonuçlan

İhaleyi açan kurum tarafmdan verilen iptal kararının, yapılan itirazen şikayet başvurusu neticesinde Kamu İhale Kurumu veya açılan bir iptal davası sonucunda idari yargı tarafından iptal edilmesi durumunda, iptal edilen ihale sürecinin kaldığı yerden devam edip etmeyeceği; eğer devam edecekse ihaleyi açan kurumun bu süreci ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekli ile yapılacak bir sözleşme ile sonuçlandırma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu noktada aşağıdaki açıklamaların doğru bir şekilde anlaşılması için bir hususun altının çizilmesinin yararlı olacağı kanısındayım: İhaleyi açan kurumun sözleşme yapma zorunluluğunun mevcudiyetini kabul edebilmek için, ihalenin iptali kararı üzerine idarenin ihale sürecini devam ettirmek yükümlülüğünün, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin ise idareden kendisi ile sözleşme yapılmasını talep etme hakkının mevcudiyeti gerekir. İsteklinin bu yönde bir talep hakkının bulunduğu kabul edildiği takdirde, istekli bu talebin aynen ifasını isteyebilecek, idarenin sözleşmenin yapılmasına ilişkin kabul beyanından kaçınması halinde, açılacak dava sonucunda verilen mahkeme hükmünün idarenin irade beyanı yerine geçmesi ile sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Buna karşılık, isteklinin ihaleyi açan kuruma karşı sözleşme yapılmasına yönelik bir talep hakkına değil de sadece menfi zararlarının tazminini talep etme hakkına sahip olduğu kabul edildiği takdirde, sözleşme yapına zorunluluğundan söz edilemeyecektir.

İhaleyi açan kurumun sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, Türk Hukukunda fazla incelenmiş bir sorun değildir. Bu konuya ilişkin olarak **OĞUZMAN/ÖZ** şu açıklamada bulunmaktadır:

---

61 BGH, NZBau 2003, s. 294/295.

62 EuGH, *Urıeil* vom 18. 6. 2002 - Rs. C-92/00, Nr.40/41, NZBau 2002, s. 461.

"Kamu hukıı"u "urnllarıuın güre süzlcşınc yupıuu zoruıluhığu doğuran iki du. ıum. _SS6 su) ılı Devlet lhnlc Kıımınu ile 4734 suyılı Kamu lhule Kanunu uyarınca yaı ıhın ih:ıkkrin kesinleşmesi ilzerinc. ihaleyi kazanan gerçek veya Ulzel **kişi** ile iJ:u□nin st,zkşmc ynpıuıa zorunluluğudur. Ou kıımın kapsamına giren işler bakımın.- dan kcsinkşen ihalelerde. gene bu kanunlarda gösterilen şartlara uygun olmak kay. dı) l:t. idarenin ve ihaleyi alanın birbirine karşı belirlenen içerikte sözleşme yapma □ilkümlülüğü doğmuş olur. Kamu ihale Kanununa göre yapılacak sözleşmelerin tabi olacağı hükümler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda ayrıca düzen. knmi,tir. idarenin sözleşme yapına yükümlülüğünü ihlal etmesi üzerine DIK.m.6<J uy:ırınca diğer taraf ihale için yapmış olduğu tüm masraflarını tazmin ettirebilecek, fakat olumlu zararını isteyeıuıeyecektir. KİK ın.57 hükmüne göre mahkemeye müracaatla d::ı aynı sonuca varılacaktır"[63].

Bu görüşü değerlendirmeye başlamadan önce beliıtmek gerekir ki, Kamu İhale Kanunu açısından konuyla ilgili hüküm 57. madde değildir. İdarenin ihale karara bağlanmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınmasının sonuç. tarı. --sözleşme Yapılmasında İdarenin Görev ve Sorumluluğu" başlığını taşıyan 45. madde de şu şekilde düzenlenmiştir: "İdare, 42 ve 44 üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli sürenin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve **istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır.** Bu zarar, sebep olanlara tazmin ettirilir ve ayrıca haklarmda 60 ıncı madde hükümleri uygulanır". Görüldüğü gibi bu hükümde, ihale üzerinde bırakılan istekliye ihale için yaptığı tüm harcamaların değil, teminat vermek için yaptığı harcamaların tazminini talep etme hakkı tanınmıştır. Oysa Devlet İhale Kanununun 60. maddesinin son cümlesinde, "Müteahhit veya müşteri, ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hak kazanır" hükmü yer almaktadır.

Kanımca DİK. m.60 ve KİK. ın.45 hükümlerinden hareketle, ihaleyi açan kurumun sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu sonucu çıkarılamaz. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, bu hükümlerde, ihale üzerinde bırakılan istekliye sadece değişik kapsamlarda menfi zararlarının tazminini talep etme hakkı tanınmıştır. Buna karşılık, istekliye, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir talepte bulunma imkanı tanınmamıştır.

İhaleyi açan kurumun ihale sürecini başlatması, özel hukuka tabi iki şa· hıs arasında sözleşme görüşmelerinin başlamasına benzer. Aradaki tek fark, kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşme öncesi dönemin kamu ihale mevzuatı ile düzenlenmiş olmasıdır. Sözleşme yapma görüşmelerinin başlaması ile

63 **Oğuzman/Öz,** s. 145.

hirli'k. tnmllnr nrnsındn knynnğını doğruluk ve dllrllstlllk kurulındu bulun hir F-iivc-n ilişkisi mcydnna gelir ve tnrallara birbirlerine zarar vermeme. yarntı-1:ın gHnmc aykırı hareket etmeme yiikilmllilüğil yükler. Ancak özel hukukta, 1'1lc mc yapına görüşmelerinin bnşlamış olması. taraflardan hiçbirine, diğerine l..arşı sözkşme yapılmasını talep etme hakkı vermez. Taranardan birinin bir icapta bulunması. diğer tarafın bu icabı kabul yükümlülitğü doğurmaz"[4]. Tamflnr ara ında başlayan görüşmeler. sözleşmenin kurulması ile sonlanabikccği gibi. bazen göriişmelerin başarısızlığa uğraması ve sözleşmenin kurulammnnsı dn söz konusu olabilir. Bu takdirde, sözleşmenin kurulacağı yönünde diğer tarafta haklı bir güven oluşturan taraf, sözleşmenin diğer tarafının uğradığı menfi zararları culpa in contrahendo esasına göre tazminle yükümlü olur. Kanımca kamu ihale sözleşmeleri bakımından da aynı durum söz konusu olmalıdır. Haklı bir sebep olmaksızın ihaleyi sona erdiren idare, isteklilerin uğradığı zararları tazminle yükümlü olacaktır.

Ne Devlet İhale Kanununda, ne de Kamu İhale Kanununda, idare için başlamış olan bir ihale sürecini mutlaka sözleşme ile sonuçlandırılması şeklinde bir yükümlülük öngörülmüştür. Kamu ihale literatüründeki hakim görüş de, ihaleyi açan kurumun sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmektedir[65]. İdare ihale süreci sonucunda sözleşmese! bir bağlılığa girip girmeyeceğine kural olarak serbestçe karar vermelidir. İdareden çeşitli sebeplerle artık devam etmek istemediği bir işe ilişkin olarak sözleşme yapması beklenemez[66]. Esasen idarenin artık istemediği bir işe ilişkin olarak sözleşme yapmak zorunda bırakılması, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan istekli bakımından da çeşitli sorunlar yaratacaktır. Çünkü istemediği halde sözleşmesel yükümlülük altına girmek zorunda bırakılan idare, sözleşmenin ifası esnasında da gönülsüz davranacak ve sözleşmenin ifa ile sona ermesi hususunda diğer tarafa yardımcı olmaktan kaçınacaktır[67]. Bu nedenle idare-

---

Scharen, NZBau 2003, s. 588.

65 **Kligner,** s. 567; **Arztmann,** s. 672; **Ax/Schneider,** s. 209; **Gauch,** FS. für Fleiner, s. 606 vd.; **Kapellmann/Messerschmidt/Dahne,** § 26 VOB/A, Rnr. 5; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.371 vd.; **Motzke/Pietzcker/PrieO/Jasper,** § 26 VOB/A, Rnr. 12 vd.; **Ingenstau/Korbion/Portz,** § 26 VOB/A, Rnr. 42; **Jasper/Pooth,** NZBau 2003, s. 261; **Seharen,** NZBau 2003, s. 586; **Bitterich,** NZBau 2006, s. 759; **Waldner,** s. 35 ve s. I17; **Hüttinger,** s. 94; **Kaeble,** ZffiR 2003, 1/3/b. Karş. ayrıca Bger, Urteil vom 15. Juni 2007, Dosier-Nr. 2P.329/2006 /fco., Gerekçe.4: İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında ihale kararı üzerine idarenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunup bulunmadığı sorununu ortaya atmış, ancak ihtilaf konusu somut olay bakımından önem taşımadığı için bir çözüme bağlamamıştır.

66 **Jasper/Pooth,** NZBau 2003, s. 264.

67 **Jasper/Pooth,** NZBau 2003, s. 264.

nin ihaleyi haklı bir neden olmaksızın iptal etmesi ve hatta bu iptal kararının da hukuka aykırı olduğu tespit edilerek iptal edilmesi halinde dahi idare sözleşme yapmaya zorlanamayacak, sadece menfi zararın tazmini ile yükürnlu olacaktır. idarenin tazminle yükümlü olduğu menfi zararın kapsamı ve tazminat talep edebilecek kişiler, bir sonraki paragrafta ayrıntılı olarak incele. necektir.

İdarenin başlamış olan bir ihale sürecinde sözleşme yapına zorunluluğunun bulunmadığı şeklindeki sonuç Kamu ihale Kanununa da uygun düşmektedir. Kamu İhale Kanununun "İhale Saatinden Önce İhalenin İptal edilmesi" başlıklı 16. maddesinde yer alan "İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz" ifadesinden; "Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali"" başlığını taşıyan 39. maddesinde yer alan "İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez" şeklindeki düzenlemeden; yine ihale karara bağlanmış olmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınan idareyi sadece isteklinin "teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri" tazminle yükümlü tutan 45. maddesi hükmünden ihaleyi açan kurumun sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

Yukarıda(§ 4/1) da belirtildiği üzere, isteklilerin ihaleyi açan, ancak sonradan iptal eden kuruma karşı müspet zararının tazminini talep edebilmesi, dolaylı olarak idarenin sözleşme yapına zorunluluğunun kabulü anlamına gelecektir. Acaba yukarıda kısa bir dökümünü verdiğimiz ihale mevzuatına ilişkin hükümler karşısında, Türk Hukuku bakımından ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin ihaleyi açan ama sonradan iptal eden kuruma karşı müspet zararlarının, yani ihale kendisine verilmiş olsaydı elde edeceği kazançların tazminini talep edebilmesi mümkün müdür?

Bu soruyu cevaplandırırken bir ayrım yapmak gerekir: İdarenin ihaleyi iptal kararının haklı bir sebebe dayanması halinde, ekonomik açıdan en uygun teklifi veren isteklinin müspet zararının tazminini talep etmesi söz konusu olamaz. Bu durumda, sadece Kamu İhale Kanununun 45. maddesinde sınırlı ölçüde bir menfi zarar tazminatı talep etme imkanı tanınmıştır. Eğer idarenin ihaleyi iptali haklı bir sebebe dayanmıyorsa, yeniden bir ayrım yapmak gerekir: İdare ihtiyaç duyduğu edimleri ihale yoluyla tedarik etme niyetinden kesin olarak vazgeçmişse, isteklilerin müspet zararlarının tazminini talep etmesi asla söz konusu olmamalıdır. Çünkü, en avantajlı teklifi sunan isteklinin müspet zararlarının tazminini talep etme imkanına sahip olması, dolaylı olarak sözleşme yapma zorunluluğunun kabulü anlamına gelir ki, yukarıda izah edildiği üzere, idarenin başlamış bir ihaleyi sözleşme ile sonuçlandırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanımca aynı esaslar, idarenin ihaleyi iptal ettikten sonra, ihale konusu edimi veya ihale şartnamesini esaslı surette değiştirerek yeniden ihaleye çıkması halinde de geçerli olmalıdır. Bu tür du-

"nnl□trd□, I"ll H\'nntnjlı tc"-lif snhibiıiıiı ııtllspct :,nrnrıuın tıızıuiniuıi tnlcp edem 'I\\ 'St gcl\.'I-..İr(\,". Esasen iptnl edilen ihnlcclc en nvnntnjlı teklifi sunan isteklinin, hu yeni nı;ılnn ihaleye kntılıırnk knzanç beklentilerini gerçeğe dlhıllştılnnc imk.□ını mevcuttur.

Buna k.nrşılık, haklı bir sebebe daynnmnksızın ihnlc iptal edildikten sonm, :ı□nı t'<.iim için aynı şartlarla ya da esaslı değişiklik yupılmadan yeniden ilrnkyc çıkılması hnlindc, farklı bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulması □'ı□kcn bir hukuki durum ortnya çıkar. idarenin istemediği bir istekliyi dev□ dışı bırnkmnk ve kamu ihale mevzuatı hükümlerini dolanmak amacıyla ihalenin iptali yoluna gitmesi söz konusu olabilir[6]().

Bu Hir durumlarda, ihaleyi iptal eden idarenin, sonradan başka biriyle sözleşme yapmadığı siirece, iptal edilen ihalede en avantajlı teklifi sunan is□klinin müspet zararının tazminini talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık idare, iptalden sonra yeni bir ihale açmış ve bu ihale başka bir istekli üzerinde bırakılmış ise, ilk ihaledeki en avantajlı teklifi sunan isteklinin müspet zararının tazminini talep edebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[7t)].

Kanımca bu esasın Türk Kamu İhale Hukuku açısından da kabul edilmesi sadece bazı istisnai durumlarda söz konusu olabilir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, iptal edilen ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin, iptalden sonra da açılan yeni ihaleye katılma imkanı mevcuttur. Dolayısıyla□ yeni açılan bu ihaleye katılma imkanı bulunduğu halde katılamayan kişinin, sadece ilk ihalenin haklı bir sebep olmaksızın iptal edildiği olgusuna dayalı olarak müspet zararının tazminini talep edememesi gerekir. Aynı esasın, iptal edilen ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin, bu ihalenin iptali üzerine açılan yeni ihaleye katılması, ancak ihale mevzuatına uygun ve objektif olarak yapılan değerlendinne sonucunda, ilk sırada yer alamadığı durumlarda da kabul edilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, yeni açılan ihalede başka bir isteklinin daha avantajlı bir teklif sunması halinde, iptal edilen ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin müspet zararının tazminini talep etmesi mümkün olmamalıdır. Esasen yeni ihalede daha avantajlı tekliflerin sunulması, iptal edilen ihalede rekabet koşullarının tam olarak gerçekleşmediğini de gösterecektir. Buna karşılık, ihaleyi açan kurumun açıkça kötüniyetle hareket ettiği istisnai durumlarda, iptal edilen ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin

---

68 Karş. **Klingner,** s. 568.

69 Bu durum "Flucht zur Authebung", yani ihalenin iptali yoluna kaçış veya iptale sığınma olarak adlandırılmaktadır; bkz. **Meier,** NZBau 2003, s. 139 dn. 24; **Scharen,** NZBau 2003, s. 586 dn.12

7° **Kaeble,** ZfBR 2003, 11/4/c.

m\lspct z-:mmnm taınıinini tnlcp edebilmesi gerekir. Bu tllr durumlara örnek olar.ık. □eni aı;ıhm ihnlcde. sırf ilk ihalede kendisiyle sözleşme yapılmayan isteklinin ihaleye katılnıasımı engel olmak için ihale şnrtmıınesindc **dcğiıik-**lik)apıldığı veya yeni açılan ihalede idarenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit ederken sıihip olduğu takdir yetkisini açıkça kötüye kullanarak ihaleyi başka bir isteklinin üzerine bıraktığı haller gösterilebilir. Hemen ekleyelim ki. bu tür istisnai durumlarda, iptal edilen ihalede en avantajlı teklifi ·unan isteklinin müspet zararının tazminini talep edebilmesi, ihaleyi açan kurumun başka bir istekli ile sözleşme yapmış olması halinde söz konusu olacaktır. Eğer ihaleyi açan kurum henüz sözleşme yapmamış ise, isteklinin bu tür hukuka aykırı ihale işlemlerine ve kararlarma karşı Kamu İhale Kurumuna başvurarak veya iptal davası açarak hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasını sağlama imkanı mevcuttur.

§ 5) SÖZLEŞMENİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDEKİ EYLEMLER BAKJMINDAN SÖZ KONUSU OLABİLECEK TAZMİNAT TALEPLERİ

I. GENEL OLARAK

Kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önceki ihale sürecindeki bazı eylem ve işlemler nedeniyle tarafların zarar görmeleri ve bu zararların tazmini ihtiyacının doğması mümkündür. Bu zararlar daha ziyade ınalvarlığı zararlarıdır. Gerek ihaleye katılan isteklilerin, gerekse ihaleyi açan kurumun malvarlığı menfaatlerinin ihale sürecinde zarar görme ihtimali mevcuttur.

İlk olarak, ihaleye katılan isteklilerin ihale sürecinde bir zarara uğramaları söz konusu olabilir. İstekliler ihaleye katılmak ve tekliflerini hazırlamak için büyük zaman ayırarak çeşitli hazırlıklar yaparlar. Bunu yaparken bazen ticari sır niteliğindeki bilgileri ihaleyi açan kuruma sunarlar. Ancak ihaleyi açan kurumun veya diğer isteklilerin hukuka aykırı davranışları, ayrılan bu zamanın ve yapılan harcamaların boşa gitmesine veya ticari sır niteliği taşıyan bilgilerin açıklanması nedeniyle isteklinin başkaca zararlara uğramasına yol açabilir. Dolayısıyla ihale sürecine katılmak, istekli için bir finansal risk oluşturmaktadır[1]. Ayrıca eklemek gerekir ki, idarenin veya diğer isteklilerin açıkça hukuka aykırılık teşkil eden eylem ve işlemleri, bir isteklinin, onun ihaleye katılmasının temel saikini oluşturan ticari beklentilerinin boşa çıkmasına da yol açacaktır. Ancak isteklilere tanınan asli koruma araçları, yani idarenin hukuka aykırı işlemlerine itiraz ederek iptal edilmelerini sağlamaları, özellikle kamu ihale sözleşmesinin başka bir kimseyle imzalanmış olduğu durumlarda, onların bu tür zararlara uğramalarına engel olmada yetersiz kalacaktır. Bu nedenle, isteklilere tanınan asli koruma araçlarının, tazminat talebinde bulunma hakkının tanınması yoluyla da desteklenmesi gerekir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, tazminat talepleri, isteklilerin kendilerine tanınan asli koruma araçlarından yararlanmasının mümkün olmadığı veya zarara uğrama ihtimallerini tamamen ortadan kaldırmadığı durumlarda onun yerine geçmekte veya asli koruma araçlarını tamamlamaktadır.

Öte yandan ihale sürecinde, ihaleyi açan kurumun da malvarlığına ilişkin menfaatlerinin hukuka aykırı davranışlardan etkilenmesi ve zarar görmesi ihtimali mevcuttur. İhaleyi açan kurum, ihale ile kamu ihtiyaçlarını uygun

---

Beyeler, öffentliche Beschaffung, Nr. 426.

□oşull:ırda karşılamayı hedeflemektedir. İdarenin ihale sürecinin sonunda) apacağ.ı sözleşme ile bu hedefine ulaşabilmesi için, isteklilerin ciddi ve dürüst hareket etmeleri. tekliflerini ihale mevzuatı ve şartnamede öngörülen e a lara uygun olarak hazırlamış olmaları gerekir. Ancak bazen isteklilerin, fiyat anlaşmaları yaparak veya rüşvet ya da hileli davranışlarla ihaleyi açan kunıma zarar vermeleri söz konusu olabilir. Ayrıca isteklinin gerek bu türden davranışları, gerekse ihale işlemlerine itiraz hususunda kendilerine tanınan hakkı açıkça kötüye kullanarak ihale sürecini uzatma teşebbüsünde bulunmaları, özellikle aciliyeti bulunan büyük projelere ilişkin ihalelerde, projenin geç hayata geçmesi nedeniyle de idareyi bir zarara uğratacaktır2.

Aşağıda, karşılaştırmalı hukuktaki durum da göz önünde bulundurularak, tarafların uğradıkları bu veya benzeri türden zararların tazminini talep edip edemeyecekleri, tazminat taleplerinin hukuki dayanağı ve şartları, hangi tür zararlar bakımından tazminat talep edilebileceği hususları incelenecektir.

Il. KARŞILAŞTIRMALI H:UKUKTAKİ DURUM

Türk Hukukunda ihale aşamasında söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar nedeniyle tarafların birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri tazminat taleplerinin hukuki dayanağını incelemeye başlamadan önce, karşılaştırmalı hukukta bu konuya ilişkin düzenlemelere kısaca göz atılması yararlı olacaktır. Ancak karşılaştırmalı hukukta tespit etmeye çalışacağımız husus, özel hukukun genel hüküm ve esaslarına dayalı olarak ileri sürülebilecek tazminat talepleri değildir. Çünkü genel esaslara, örneğin culpa in contrahendo esasına veya haksız fiillere ilişkin hükümlere dayanan tazminat talepleri bakımından kanm ihale sözleşmeleri herhangi bir özellik arzetmez. Bu noktada Türk Hukuku ile diğer hukuk sistemleri arasındaki tek fark, culpa in contrahendo esasının yorumlanış biçiminde veya bu esasa dayanan tazminat taleplerinin türü ve kapsamı bakımından ya da haksız fillerin şartlarının ve sonuçlarının düzenleniş biçiminden kaynaklanabilir ki, bu tür fark sadece kamu ihale sözleşmeleri bakımından değil tüm özel hukuk sözleşmeleri için söz konusu olacaktır. Dolayısıyla burada önem taşıyan ve aşağıda araştıracağımız husus, diğer ülkelerin ihale mevzuatında, ihale aşamasında gerçekleşen usulsüzlükler nedeniyle ileri sürülebilecek tazminat taleplerine ilişkin özel bir düzenleme bulunup bulunmadığıdır[3].

Beyeler, öffentliche Beschaffung, Nr.426.

[J] Burada incelediğimiz ülkeler dışındaki diğer Avrupa Birliği üyesi ülkelerdeki durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Priefl/Niestedt**, s. 195 vd.; **PrieO,** s. 425 vd.; **Priep/Hausmann,** EuR 1999, s. 208 vd. Amerika Birleşik Devletlerindeki durum için bkz. **Achenbach,** NZBau 2004, s. 244 vd.

ilk olarak **A\'rupa Birli□i** ihale mevzuatında tazminata ilişkin bir dllzcn-lcmc bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

21.12.1989 tarih ve 89/665/EWG sayılı Klasik Sektörlere İlişkin ihtilaf Direktifinin 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, iiye devletler, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar nedeniyle zarara uğrayan isteklilerin tazminat talep etmesine imkan tanıyan bir düzenleme yapma hususunda çaba göstermekle yükümlii tutulmuşlardır. Bu Direktifin temelinde yatan anlayışa göre, tazminat talepleri, ihaleye katılan isteklilere ihale sürecinde tanınan hakların etkin bir şekilde icra edilmesinin vazgeçilmez bir şartını oluşturmaktadır[4]. Zira yukarıda[5] belirtildiği üzere bir kez kurulan kamu ihale sözleşmesinin ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar nedeniyle kendiliğinden geçersiz sayılması kural olarak mümkün değildir. Sözleşmenin batıl sayılabilmesi için özel hukuktaki butlan nedenlerinden birinin bulunması gerekir. Klasik Sektörlere İlişkin İhtilaf Direktifinin 2. maddesinin 6. fıkrasında da, üye devletlere, ihale işlemlerini denetleyen kurumların inceleme yetkisini, sözleşmenin kurulduğu an ile sınırlamak ve bu andan sonra isteklilere sadece tazminat talep etme hakkı tanımak hususunda bir yetki verilmiştir.

Klasik Sektörlere İlişkin İhtilaf Direktifinde, tazminat talebinin hangi şartlarda ve hangi tür zararlar için öngörüleceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna ilişkin bir düzenleme 25.2.1992 tarih 92/13/EWG sayılı İstisnai Sektörlere İlişkin İhtilaf Direktifinin 2. maddesinin 7. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükiimde iiye devletler, etkin bir tazminat mekanizması oluştumıakla yükümlü tutulmuşlardır. Ayrıca tazminat talebi sadece en iyi teklifi sunan istekliye değil, ihale işlemlerinde hukuka aykırılıklar olmasaydı ihaleyi kazanma hususunda "gerçek bir şansa" sahip olacak isteklilere tanınmıştır. İhaleye katılan isteklilerden hangilerinin "gerçek şansa" sahip olduğu, istisnai sektörlere ilişkin ihtilaf Direktifinin 2. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmemiştir. Bu durum "gerçek şans" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır[6].

Bu düzenlemede yer alan "gerçek şans" (real chance; echte Chance) kavramı, tazminat talebinde bulunacak isteklilere illiyet bağının ispatı hususunda büyük kolaylık sağlamaktadır. Tazminat talebinde bulunacak istekli, sadece ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırı hareket ettiğini ispatla yükümlü olacak, buna karşılık bu hukuka aykırılıklar ile uğradığı zarar arasında tabii bir illiyetin bulunduğunu ispat etmek zorunda olmayacak, onun

---

4 **PrieO/Niestedt,** s. 159.

5 Bkz. yuk. § 3.

6 Bu konuda ileri sürülen görüşler üzerinde, aşağıda Alman Hukukundaki durum incelenirken durulacaktır.

sadece bu durumun ihaleyi kazanma şansını ortadan kaldırdığını ispat etmesi yeterli sayılacaktır.

İstisnai sektörlere ilişkin ihtilaf direktifinin 2. maddesinin 7. fıkrasında, ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı davranışları nedeniyle ihaleyi kazanma hususunda sahip oldukları "gerçek şans" ortadan kalkan isteklilere sadece sınırlı bir menfi zarar tazminatı talep etme hakkı tanınmıştır. Bu hükümde isteklilere, sadece "tekliflerini hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptıkları harcamaların" tazminini talep etme hakkı tanınmaktadır. Direktifte tazminat talep etme hakkının fiili zarar niteliğindeki menfi zarar kalemlerinin bir kısmı ile sınırlandırılması ve özellikle müspet zararın tazminini talep etmeye imkan tanınmaması eleştirilere hedef olmuştur[7]. Bu sınırlamanın, tazminat talebinde bulunulmasını, mağdur olan isteklilerin sıkça başvuracakları bir yol olmaktan çıkaracağı ileri sürülmüştür. Avrupa Birliğinde yapılan bir ankette, ankete katılan teşebbüslerin sadece % 8'inin tazminat talep etme hakkını kullandıkları, bu tazminat taleplerinin 2/3'ünün reddedildiği sonucu ortaya çıkmıştır. Tazminat taleplerinin sonuçsuz kalmasının sebebi olarak ispata ilişkin güçlükler ve yargılamaya ilişkin sorunlar gösterilmektedir8. Ancak Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan ve ihtilaf direktiflerinde değişiklik yapılmasına ilişkin 14.06.2006 tarihli tasarıda[9] tazminatın türüne ilişkin olarak bir değişiklik yapılmamıştır[10].

Alman Hukukunda kamu ihalelerinin düzenlendiği "Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanunun" (Gesetz gegen Wetbewerbsbeschrankungen; GWB) dördüncü bölümünde, iki hükümde ihale sürecinde söz konusu olabilecek tazminat talepleri düzenlenmiştir.

---

7 Bu eleştiriler için bkz. Priell/Niestedt, s. 161 vd. Karş. ayrıca **Bitterich,** NVwZ 2007, s. 894.

8 Avrupa Girişimciler Test Forumu (European Business Test Panel) tarafından yapılan bu anketin sonuçları için bkz. http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/pubproc/results/ebtp_public_procurement_consu Itation_preliminary_results_de.pdf.

9 Bu değişiklik tasarısı ıçın bkz. http://ec.europa.eu/intemal_market/publicprocurement/docs/remedies/com-2006-195 de.pdf.

10 **Prie8/Niestedt,** Hollanda'da, isteklilere sözleş□e bedel inin belli bir yüzdesi oranında müspet zararlarının tazminine imkan veren uygulamanın üzerinde düşünmeye değer olduğunu belirtmektedir. Yazarlar Utrecht Eyalet Mahkemesinin bazı kararlarını örnek olarak göstemıektedir: Bunlardan birine konu olan olayda idare ihale açmadan bir kamu ihale sözleşmesi imzalamıştır. Mahkeme, ihale açılmış olsaydı altı isteklinin iştirak edeceği varsayımından hareket etmiş ve tazminat davası açan istekli lehine sözleşme bedeli üzerinden hesaplanan farazi % 3'lük kar payının I/6'sı oranında kar mahrumiyetine hükmetmiştir; bkz. **PrieO/Niestedt,** s. 162 ve orada dn.874.

l3u diizenleınelerin ilki, GWB § 125 hükmünde yer almaktadır. "Hakkın □ötüyc kullnnılınası halinde tazminat" başlığını taşıyan bu hlikınün birinci fıkrasında. ihale işlemlerine karşı yapılan itiraz başvurusunun baştan itibaren haksız olduğunun anlaşılması durumunda, haksız itiraz başvurusunda bulunan isteklinin, bu hakkın kötüye kullanılması yüzünden doğan zararları tazminle yükünıln olduğu düzenlenmiştir. Bu hükmün ikinci fıkrasında, itiraz başvurusunun özellikle şu hallerde hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı öngörülmüştür: 1) Kasten ya da ağır ihmal sonucu sunulan hatalı beyanlar ile ihale sürecinin durdurulması veya bu durumun bir süre daha devam etmesi sağlanmış ise; 2) itiraz ve şikayet başvurusu sadece ihale sürecini durdum1ak veya diğer isteklilere zarar vennek amacıyla yapılmış ise; 3) itiraz veya şikayet başvurusu, sonradan para veya başka bir menfaat karşılığında başvuruyu geri almak için yapılmışsa[11]. Bu örnekler tahdidi nitelik taşımamaktadır. Doktrinde, bu madde anlamında hakkm kötüye kullanılmasının varlığının tespitinde katı davranılması gerektiği, aksi takdirde reddedilen her itiraz başvurusunun, başvuruda bulunan isteklinin tazminat taleplerine muhatap olmasına yol açacağı, bunun ise istekliye tanınan itiraz başvurusu hakkını fiilen ortadan kaldıracağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu maddede düzenlenen tazminat talebinin söz konusu olabilmesi için, itiraz başvurusunda bulunmanın açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması gerekir[12]. Bu hükme göre tazminat talebinde bulunan kişiler, ihaleyi açan kurum ve bazı durumlarda diğer isteklilerdir[13]. İhaleyi açan kurumun tazminini talep edebileceği zararlara örnek olarak, ihalenin geç sonuçlanması nedeniyle ihale konusu işin fiyat artışları nedeniyle daha fazla bir bedelle tamamlanması yüzünden uğradığı zararlar, idarenin fazladan ödemek zorunda kaldığı faizler, ihale konusu projenin geç tamamlanarak kullanılmaya başlanması nedeniyle uğranılan zararlar gösterilebilir[14]. Diğer isteklilerin tazminini talep edebileceği zararlara örnek olarak ise, ihale sürecinin uzaması nedeniyle yapılması gereken ek harcamalar, itiraz başvurusu yapan isteklinin yanlış beyanları nedeniyle başka ihale fırsatlarının kaçırılması yüzünden uğranılan zararlar

---

[11] GWB § 125 hükmünün üçüncü ve son fıkrasında ayrıca, itiraz başvurusunda bulunan isteklinin talebi üzerine İhale Kurumu § 115 Abs. 3 hükmü uyarınca bazı geçici nitelikte tedbirler almış ve bu tedbirlerin baştan beri haksız ve gereksiz olduğu anlaşılırsa, tedbir talebinde bulunan isteklinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan bu tedbirler yüzünden meydana gelen zararları tazminle yükümlü olacağı hükme bağlanmıştır.

[12] **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 125 GWB, Rnr. 4; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Nr.1250; **Noch,** s. 128/129; **Prie6/Niestedt,** s. 179.

[13] **Byok/Jaeger/Gronstedt**, Nr.1254; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 125 GWB, Rnr. 1O.

[1□] **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 125 GWB, Rnr. 11.

gösterilmektedir[15]. Alınan doktrininde, itiraz başvurusunda bulunan kişinin açıkça bu hakkını kötüye kullandığını ispat etmenin son derece güç oldu]u ve dolayısıyla bu hükmün pratik öneminin fazla olmadığı belirtilmektedir' .

Alman Hukukunda, Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanunda yer a. lan ikinci ve daha önemli düzenleme 126. paragraf hükmüdür. Bu düzenlemeye göre, ihaleyi açan kurum, isteklileri koruyan bir hükmü ihlal ederse, bu hukuka aykırılık nedeniyle, ihaleyi kazanma hususunda gerçek şansa sahip olan istekliler, teklif hazırlamak veya ihaleye katılmak için yaptıkları harcamaların tazminini talep edebilir. Görüldüğü gibi bu düzenleme, İstisnai Sektörlere İlişkin İhtilaf Direktifinin 2. maddesinin 7. fıkrasını Alman Hukukunda hayata geçirmiştir. Doktrinde bu hükme göre tazminat talep edilebilmesi için varlığı gerekli olan şartlar şu şekilde sıralanmaktadır:

İlk olarak, ihaleyi açan kurumun, ihale mevzuatının isteklileri koruyan bir hükmünü ihlal etmiş olması gerekir. Dolayısıyla, ihale mevzuatına aykırı her davranış, isteklilerin tazminat talep edebilmesi için yeterli olmayacaktır[17]. İsteklileri korumayı amaçlayan ve ihlalleri halinde tazminat talep etme hakkı doğuran hükümlere örnek olarak, ihaleye katılımı düzenleyen kurallar, ihale işlemlerinin şeffaf ve rekabete imkan sağlayan bir şekilde yürütülmesini öngören kurallar gösterilmektedir[18].

GWB § 126 hükmünde ihaleyi açan kurumun bu nitelikteki ihale hükümlerini kusuru ile ihlal etmiş olması şaı1ı aranmamıştır. Bu nedenle doktrinde, ihaleyi açan kurumun kusuru bulunmasa dahi, mağdur edilen isteklinin tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir[19].

Bu hükümde tazminat talep etme hakkı, ihaleyi kazanma hususunda "gerçek bir şansa" sahip olan isteklilere tanınmıştır. Gerek istisnai sektörlere ilişkin ihtilaf direktifinin 2. maddesinin 7. fıkrasında, gerekse GWB § 126

---

15 **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 125 GWB, Rnr. 11.

16 **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Nr. 1259; **Noch,** 129; **PriefJ/Niestedt,** s. 179.

17 **Motzke/Pietzcker/PrieO,** Syst V Nr. 263; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** *§* 126 GWB, Rnr.2; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr. 1270; **PrieO/Niestedt,** s. 166; **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 11. Aksi görüşte, **Schnorbus,** BauR 1999, s. 95.

18 **PrieO/Niestedt,** s. 179. GWB § 126 anlamında Alman ihale mevzuatında istekliyi koruduğu kabul edilen diğer örnekler için bkz. **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1285/1286; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede** § 126 GWB Rnr. 2.

19 **Schnorbus,** BauR 1999, s. 92; **Noch,** s. 130; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.4; **PrieO/Niestedt,** s. 168; **Motzke/Pietzcker/Prie8/Marx,** § 126 GWB, Rnr. 2; **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 6. Aksi görüş için bkz. **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1300; **Jebens,** DB 1999, s. 1743. **Arztmann'a** göre, (s. 88/89), bu hükümde öngörülen sorumluluğun kusura bağlı olduğu kabul edilse bile, kusuru ispat yükü ters çevrilmiştir ve sorumluluktan kurtulmak isteyen idarenin kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.

hHl-..milndt.' ı...imkrin ihaleyi ı...n,ıınınn hususunda gerçek □ans:.ısıılıip oldukln-ıın:t ilişı...in herhangi bir açıklama bulunınnması, doktrinde farklı görllşlcrin ihi silrillmcsinc yol açmıştır. Bazı azarlar, bu kavrnmı son derece geniş □"mımlnmnı...tn ve ihnlc ıc kntılınnk için gerekli şekli şartlarm tamamını yerine '-!Ctircn her isteklinin. bu madde nnlammda ihaleyi kazanına hususunda □l'_ 'd. ş:rnsa nhip olduc.unu ve tazminat talep edebileceğini belirtınektcdir-kr·l. Bir ba,ka görüşe göre ise. gerçek şansa sahip istekliler, en üst sırada 1'uhın:m. en iyi teklifi veren üç-beş isteklidir[21]. Bazı yazarlar ise, aşırı düşük ,c □ uı...sck teklifler dışında kalan ve değerlendirmeye alınan teklif sahiplerinin gc□ck şnns sahibi olduklarını ileri sürmektedir[22]. Nihayet doktrinde ha-1-..im olan bir diğer görüş taraftarlarına göre, ihaleyi açan kurumun ekonomik tt ıd:rn en avantajlı teklifi belirleme hususunda sahip olduğu ve yargı denetimine tabi olmayan takdir yetkisine dayanarak ihaleyi verebileceği teklif sahipleri. bu hüküm anlamında gerçek şansa sahip olan kişilerdir[23].

Bu görüşlerden de anlaşıldığı üzere, gerçek şansa sahip istekliler, genellikle ihaleye teklif veren istekliler arasından belirlenecektir. Ancak Alman doktrininde ileri sürülen bir fikre göre, bazı istisnai durumlarda ihaleye teklif \'er(e)meyen isteklilerin de GWB § 126 hükmüne göre tazminat talep etme hakkına sahip olması gerekir. Örneğin, ihalenin ilanı için öngörülen sürelere riayet edilmemesi veya ilanda ihale konusu işin yanlış bir şekilde tanımlanması hallerinde durum böyledir[24].

Alman doktrininde, ihaleyi açan kurumun "hukuka uygun alternatif davranış" iddiasını ileri sürerek, yani bir tür kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir[25]. Buna göre idare, ihale mevzuatına uygun hareket etmiş olsaydı dahi, isteklinin ihaleyi kazanma şansı bu-

---

[20] **PrieB**, s. 414/4 I 5; **Prie8/N iestedt**, s. 166; **Hüttinger,** s. 172 vd.

[11] Bkz. **Hucko,** VergabeR 1998, s. 16; karş. ayrıca **Merkle/Schafer,** GPR 2004, s. 1532.

[11] VOB/A 25 Abs. 3 hükmü anlamında teklifleri daha dar bir çerçevede (engere Wahl) değerlendirmeye alınan isteklilerin GWB § 126 anlamında gerçek bir şansa sahip olduğunu savunan bu görüş taraftarları için bkz. **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 25; **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.3.

[23] **chnorbus,** BauR 1999, s. 93; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1293; **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.4; **Motzke/Pietzcker/Priep,** Syst V Nr.270; **Arztmann,** s. 92/93.

[24] **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.4; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1294.

[25] **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr. 4; **Schnorbus,** BauR 1999, s. 1O1; **Arztmann,** s. 99; **Prie8/Niestedt,** s. 168; **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 6 vd.; **Motzke/Pietzcker/Priep,** Syst V Nr.277. Aksi görüşte, **Jebens,** DB 1999, s. 1744; karş. ayrıca **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr. 1300; **Hüttinger,** s. 177 vd.

lunmadığını ve) aptığı harcamaların boşa gideceğini ispat ederek sorumluluk.tan kurtulabilecektir. Bu anlaındn kurtuluş kanıtı olarak önem taşıyacak en önemli iddia. idarenin ihale sürecini hukuka uygun olarak iptal edebileceği iddiasıdır. Hemen belirtelim ki, bu kurtuluş kanıtını, ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırı bazı davranışları bulunmasına rağmen, ihaleyi haklı sebeplere dayanarak, yani hukuka uygun olarak fiilen iptal etmesi ile karıştınnamak gerekir. Bu son ihtimalde, ihale hukuka uygun bir şekilde iptal edildiği için, isteklilerin ihaleyi kazanması ve yaptıkları harcamaların amortizasyonu ihtimali söz konusu olmayacaktır; zira ihalenin hukuka uygun bir şekilde iptali ile birlikte illiyet bağı kesiliniştir[26]. Kurtuluş kanıtı ile kastedilen. ihale fiilen iptal edilmiş olmamasına rağmen, idarenin somut olayda ihalenin iptali için haklı sebeplerin ve buna bağlı olarak ihalenin iptali imkanının mevcut olduğu iddiasıdır. Doktrindeki hakim görüş, idarenin ihalenin iptalini haklı gösterecek sebeplerin mevcudiyetinin farkında olmadığı durumlarda da, bu iddianın dinlenmesi gerektiği ve isteklinin tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği kanısındadır[27].

GWB § 126 hükmüne göre tazminat talep edebilmek için, isteklinin kendisine tanınan asli koruma imkanlarından yararlanmasının, yani hukuka aykırı ihale işleminin iptali için itiraz başvurusu hakkını kullanmış olmasının şart olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki hakim görüş, hukuka aykırı ihale işlemlerine karşı önceden itiraz başvurusunda bulunma ve bu işlemleri iptal ettirme imkanından yararlanmayan isteklinin, tazminat talep hakkını kaybetmeyeceğini kabul etmektedii-2[8].

GWB § 126 hükmünde ihaleyi kazanma hususunda gerçek bir şansa sahip olan isteklilere sınırlı ölçüde bir menfi zarar tazminatı talep etme hakkı tanınmıştır. İstekliler sadece tekliflerini hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptıkları harcamaların[29] tazminini talep edebilirler. İstekliye ihale kendi

---

2<> Karş. **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1300.

27 **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.4; **Arztmann,** s. 99; **PrieD/Niestedt,** s. 168. Aksi görüşte **Jebens,** DB 1999, s. 1744; karş. ayrıca **Byok/Jaeger/G ronstedt,** Rnr.1300.

2s **Jaeger,** NZBau 2001, s. 293; **Arztmann,** s. 1O1/102; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1305; **PrieO/Niestedt,** s. 169/170; aksi görüş için bkz. **Hüttinger,** s. 180 vd.

29 GWB § 126 hükmünde yer alan "tekliflerin hazırlanması veya ihaleye katılmak için yapılan harcamalar" ifadesinden sanki isteklinin ya birini veya diğerini talep edebileceği, buna karşılık her iki harcama kalemini birlikte talep edemeyeceği izlenimi doğmaktadır. Ancak doktrindeki hakim görüş, maddede yer alan "veya" ibaresinin "ve" olarak anlaşılması gerektiğini, isteklinin hem teklifini hazırlamak hem de ihaleye katılmak için yaptıkları harcamaların tazminini talep edebileceği kanısındadır; bkz. **Schnorbus,** BauR 1999, s. 96; **lngenstau/**

t11crindc hırnkılmış olsaydı elde edeceği kürın, yani müspet zarar niteliğindeki)Oksun kalınan karın tazminini talep etme hakkı tanınmadığı gibi, ihtilıf konusu ihale nedeniyle başka sözleşme yapma fırsatını kaçırması yüzünden uğradığı kar kaybını, yani menfi zarar niteliğindeki yoksun kalınan karını talep etme imkiini da tanınmamıştır[30]. İsteklinin bu madde hükmüne göre ı:ızminini talep edebileceği harcamalara örnek olarak, ihale şartnamesini temin etmek veya yeterlilik belgesi almak için yaptığı harcamalar, teklifin hazırlanması ve sunulması için yapılan harcamalar, teminat mektubu için yapılan_harcamalar ve ihaleye katılmak için yapılan harcamalar gösterilmektedˈır[Jf].

Son olarak belirtelim ki, GWB § 126 hükmünün son cümlesinde, isteklilerin başka hukuki sebeplere dayanan tazminat taleplerinin saklı olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla ihale sürecindeki hukuka aykırılık sebebiyle mağdur edildiği iddiasında olan isteklilerin, somut olayda şartları mevcut ise, culpa in contrahendo, haksız fiiller, ahlaka aykırılık veya haksız rekabet ya da kartel hukukuna göre tazminat talep etmesi mümkündür3[2].

İsviçre Hukukunda ihale sürecindeki usulsüzlüklere ilişkin tazminat talebi "Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun" (BoeB) 34. maddesinde düzenlenmiştir[33]. Buna göre ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı eylemleri ile zarar gören istekliler, ihaleye katılmak ve hukuka aykırı ihale işlemlerine itiraz için yaptıkları harcamaların tazminini talep etme hakkına sahiptirler. Hemen belirtelim ki, İsviçre Hukukunda da, isteklilerin tazminat talep etme hakkı, ihaleyi açan kurumun daha önceden sözleşme yapması nedeniyle artık ihale işleminin iptalinin mümkün olmadığı durumlarda söz konusu olacaktır. Kamu İhalelerine ilişkin Federal Kanunun 32. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşme yapılmışsa ihale kurumu sadece ihale işlemlerindeki hukuka aykırılıkları tespitle yetinecektir. Bu tespit, itirazı haklı görülen isteklinin daha sonra 34. maddeye göre tazminat talep edebilmesi bakımından önemlidir. Görüldüğü gibi, İsviçre Hukukunda da isteklilerin tazminat talepleri (tali koruma), daha önceden sözleşme imzalandığı için, asli korumanın, yani hukuka aykırı ihale işlemlerinin iptalinin talep edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda devreye girmekte, bir yandan sözleşme ayakta tutulurken, öte yandan mağdur olan isteklilere tazminat talep hakkı tanınması suretiyle bir

---

Korbion/Müller-Wrede, § 126 GWB, Rnr.5; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1315; **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 16; **Arztmann,** s. 104.

30 **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.5; **Arztmann,** s. 104; **PrieO/Niestedt,** s. 169. Aksi görüşte **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 19.

31 **PrieO/Niestedt,** s. 169.

32 Bu hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. özellikle **Klingner,** s. 178 vd.

33 Kantona! ihale mevzuatlarında tazminata ilişkin özel düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.565 vd.

denge oluşturulmaktadır[34]. Dolayısıyla asli koruına ve tali koruma bir arada bulunamanrnkta tali koruma, yani tazminat talepleri, asli korumanın mümkün olmadığı durumlarda onun yerine geçinektedir[35].

Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun 34. maddesinin 2. fıkrasında, isteklilere sadece s111ırlı bir menfi tazminat talep etme imkanı tanınmıştır[36]. İdarenin hukuka aykırı işlemleri nedeniyle teklifleri göz önünde bulundurulmayan istekliler, sadece ihaleye katılmak ve ihale işlemlerine itiraz etmek için yaptıkları harcamaların tazminini talep edebilirler. Bunun dışında istekliler, ihale konusu işe dair sözleşme kendileri ile yapılmış olsa idi elde edecekleri kazancın tazminini talep edemezler[37].

Ayrıca, yine bir önceki paragrafta yer alan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, masrafların tazmininin talep edilebilmesi için, daha önceden ihale işlemlerine itiraz edilmiş olması ve ihale kurumunun ihale işlemlerinde hukuka aykırılıklar bulunduğunu tespit etmiş olması gerekir. İhale kurumuna itiraz başvurusunda bulunmayan isteklinin BoeB Art.34 hükmüne göre tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır[38].

Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun 34. maddesinde söz edilmemiş olmasına rağmen, İsviçre Hukukundaki hakim görüş de bu maddede öngörülen tazminatı talep eden isteklinin, usulsüzlük olmasaydı ihaleyi kazanma hususunda "gerçek bir şansa" sahip olacağını ispatlamasını yeterli görmektedir[39]. "Gerçek şans" kriterinin esas alınması suretiyle, tazminat talep eden istekliye ihale işlemlerindeki hukuka aykırılıklar ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağını ispat etme hususunda bir kolaylık sağlanmaktadır. Buna göre, tazminat talebinde bulunan isteklinin, idarenin hukuka aykırı işlemi olmasaydı ihaleyi kesin olarak kazanacağını, yani tabii bir illiyet

---

34 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.554/555, Nr.646 ve Nr.703 vd.; *aynıyazar,* BR 2005, s. 83; **Clerc,** s. 621/622.

35 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.646.

36 BoeB 34 hükmünde getirilen bu sınırlamaya yönelik eleştiriler için bkz. **Clerc,** s. 616 vd. ve s. 622/623; **Beyeler,** öffentl iche Beschaffung, Nr.630 vd.; **Galli/Lehmann/Rechtsteiner,** Nr.560; **Gauch,** ZSR l 14 (1995) 1, s. 329; karş. ayrıca **Galli/Moser/Lang,** Nr.706 dn.1470.

37 Bger., Urteil vom 29.05.2006, Dossier-Nr. 2P.103/2006 /leb, gerekçe 4.2. Sadece Neuchatel Kantonu ihale mevzuatında, isteklilere belirli şartların varlığı halinde, ihale bedelinin%5'ini aşmamak üzere, yoksun kalınan karın tazminini talep etme hakkı tanınmıştır; bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr. 629 dn. 1371ve Nr. 658; *aynı yazar,* BR 2005, s. 83

38 **Galli/Lehmann/Rechtsteiner,** Nr. 558; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.575.

39 **Clerc,** s. 618/619; **Galli/Lehmann/Rechtsteiner,** Nr.565; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.591 vd.; *aynı yazar,* BR 2005, s. 83/84; **Galli/Moser/Lang,** Nr.708; **Gauch,** ZSR 114 (1995) 1, s. 330.

bflğ.ının mc, cudiyctini ispnt etmesi nrnnmamakta, onun "gerçek bir şansa" snhip olacağını ispat etmesi yeterli sayılmaktadır. Tabii illiyetin, yani isteklinin hukuka nykırı işlemler olmasaydı ihaleyi kesin olarak kazanacağmı is-,□lt etme-inin. sadece mağdur edilen isteklinin kar mahn11niyetini talep edehik ·cği istisnai durumlarda gerekli olduğu kabul edilınektedir"[10]. Hangi istc"lilcrin ihaleyi kazanına hususunda "gerçek bir şansa sahip olduğu" sorununa ilişkin olarak. Alman Hukukunda ileri sürülen ve yukarıda kısa bir dö"iiıniinli vermeye çalıştığım görüşlerin büyük bir kısmı, İsviçre Hukukunda da savunulmaktadır.ı[1]. Son olarak ekleyelim ki, İsviçre Hukukunda da gerek ihaleyi açan kurumun gerekse isteklilerin culpa in contrahendo, haksız fiiller ve rekabet hukukuna ilişkin kural ve esaslara göre birbirlerinden uğradıkları zararların tazminini talep edebilecekleri kabul edilmektedir[42].

AYustu11ra Hukukunda da ihale mevzuatında tazminata ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. 2006 tarihli Federal İhale Kanununun § 338 vd. hükümlerinde isteklilerin, ihale mevzuatına aykırı hareket eden ihaleyi açan kuruma karşı yöneltebilecekleri tazminat talepleri düzenlenmiştir. Bu tazminat talepleri kural olarak, ihaleyi açan kurumun, başka bir istekli ile sözleşme yapmış olması halinde söz konusu olacaktır. Eğer ihale henüz sonuçlanmamış ve sözleşme imzalanmamışsa, istekliler, ihaleyi açan kurumun mevzuata aykırı işlem ve eylemlerine karşı, kendilerine tanınan asli korumadan yararlanarak söz konusu hukuka aykırı durumları ortadan kaldırma imkanına sahiptirler.ı[3]. Herhangi bir sözleşme imzalanmadığı halde isteklilerin bu maddeye dayalı tazminat talepleri, sadece ihalenin idarece kesin olarak iptal edilmiş.ı.ı olması halinde ileri sürülebilecektir.

Avusturya Federal İhale Kanununun 338. maddesine göre, ihaleyi açan kurumun kusurlu olarak ihale mevzuatına aykırı hareket etmesi halinde, devre dışı bırakılan veya en iyi teklifi veren istekli, ihaleyi açan kurumdan, teklif hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptığı harcamaların tazminini talep

---

□[0] **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.659.

□, Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.591 vd.; karş. ayrıca **Clerc,** s. 618/619; **Galli/Lehmann/Rechtsteiner,** Nr.565; **Galli/Moser/Lang,** Nr.708; **Gauch,** ZSR 114 (1995) l, s. 330.

n Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.432 vd. veNr.719vd.

□[3] **Priell/Niestedt,** s. 233; **Priell,** s. 464.

н Avusturya Hukukunda 2002 tarihli Federal İhale Kanununda, idarenin ihaleyi iptal işlemine karşı isteklilere asli veya tali nitelikte koruma imkanları tanınmamış idi. Avrupa Adalet Divanının "Hospital Ingenieure" kararı üzerine 2006 tarihli yeni İhale Kanununda ihale iptali işlemlerine karşı isteklilere bu kararın iptalini talep etme hakkı veya tazminat talep etme hakları tanınmıştır; karş. **PrieD/ Niestedt,** s. 233 dn.1120; karş. ayrıca **Arztmann,** s. 71 vd. ve özellikle s. 75/76.

etme hal,,.l,,.ınn" sahiptir. Bu laLminnı ıalcplcrııw ilişkin ılıılnllnr idnri yargıda ı.kilil. a ili□argıda gfüillilr (BVcrg ı 2006. □ 341 /\hs. l). /\ncak ihaleyi açan l,,.unıımın ihale aşamıısındnl,,.i usulsilzliiklcri nedeniyle bu ıilr ıazm inat talcpkrinin ileri silrilkhilmcsi ıı;in, mnğdur olan isteklinin önce Federal ihale Kunımuna (l3undcsvcrgabcnmt) itiraz başvurusunda bulunmuş olması ve kunıın tarafından hukuka aykırılıkların tespit edilmiş olması gerekir. Başka bir k) işle, Federal İhnlc Kunıımınn başvuru yapılmamış vç kurum tarafından ih:ık işlemlerinde hukuka aykırılıklar bulunduğuna ilişkin bir karar verilmemiş i ·c. sonradan isteklilerin bu maddede belirtilen tazminat taleplerini ileri siinne. i ınüınl...iin değildir (BVergG 2006, § 341 Abs. l Zif.1). Ancak kendisine tazminat talebiyle başvurulan idareye bir tür kurtuluş kanıtı getinne ınl,,.nnı tanınmıştır. Buna göre idare, ihale mevzuatına uygun hareket etmiş ol·a idi dahi, tazminat ıalebinde bulunan isteklinin ihaleyi kazanına husu□unda "gerçek bir şansa"'[10] ahip olamayacağını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir (BVergG 2006, § 338 Abs.2).

Avusturya Hukukunda da İhale Kanununda yer alan tazminata ilişkin bu düzenlemeler, isteklilerin, başka hukuki sebeplere, örneğin, haksız rekabete veya haksız fiillere ilişkin hükümlere göre tazminat talep etme imkanını[47] ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim Federal İhale Kanununun 338. paragrafının 1. fıkrasının son cümlesinde, mağdur edilen isteklinin alternatif olarak başka hükümlere göre tazminat talep etme hakkının mahfuz olduğu belirtilmektedir. Bu noktada ilginç bir düzenlemeye Federal İhale Kanununun 341. paragrafının 2. fıkrasmda rastlanmaktadır. Bu hükme göre, isteklinin haksız rekabete ilişkin hükümlere göre tazminat talep edebilmesi için, daha önceden Federal İhale Kurumuna itiraz ve şikayet başvurusunda bulunmuş ve Kurumun da ihale işlemlerinde hukuka aykırılıklar bulunduğuna karar vermiş olması gerekir-ıs_

Fransız Hukukunda, ihale sürecinde gerçekleşen usulsüzlükler nedeniyle uğranılan zararların tazmini, sözleşme dışı sorumluluk esaslarına göre

---

.ıs Görüldüğü gibi, bu düzenlemede isteklilere sınırlı ölçüde bir menfi zarar tazminatı talep etme imkanı tanınmıştır.

.ı[6] Avusturya Hukukunda ··gerçek şans" (echte Chance) kavramına ve hangi isteklilerin ihaleyi kazanma hususunda gerçek bir şansa sahip olduğu hususuna ilişkin tartışmalar için bkz. **Arztmann,** s. 149 vd.

-17 Avusturya Hukukunda ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar nedeniyle, culpa in contrahendo, haksız fiiller ve rekabet hukuku hüküm ve esaslarına dayalı tazminat talepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arztmann,** s. 162 vd.

.ıs Avusturya Federal İhale Kanununun böyle bir şart öngören düzenlemesinin Avrupa Birliği mevzuatına aykırı olduğu hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Arztmann,** s. 204 vd.

□kp l'rlilchilmcktedir (l'action en r□sponsnbilitc cxtrncontrnctuellc)'[1]J. Bu ttıminat davnl:m sözleşmenin hukuki niteliğine göre, ynni idnri sözleşme \c□:1 öıcl hukuk sözleşmesi olmalarmn göre idari yargı veya ndli yargıda açıl:1□ak.tır. Tazminat davasının, idarenin sözleşme İnı7.alaınasından sonra da □'ılması milınkiindiir[50].

fağdur edilen istekliler, idarenin ihale ıncvzuatmda yer alan kanuni yü-"iimlilliiklerine aykırı kusurlu davranışları nedeniyle zarar gördüklerini ispat t.'<krek tazminat davası açabilir. Ancak tazminat talebinde bulunan isteklinin ihaleyi kazanma hususunda gerçek bir şansa sahip olduğunu ispat etmesi gerekir. ihaleyi açan kurumun mevzuata uygun hareket etmesi halinde dahi ihaleyi kazanma şansı bulunmayan isteklinin tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır[51]. Buna karşılık ihaleyi kazanma hususunda gerçek şansa sahip olan istekli. en azından ihaleye katılması nedeniyle yaptığı harcamaların tazminini talep etme imkanına sahiptir. Ancak kural olarak, mağdur olan isteklinin yoksun kaldığı karın tazminine ilişkin bir talep hakkı bulunmamaktadır[52]• İstisnai bazı durumlarda, ihaleyi kazanına hususunda gerçek bir şansa sahip istekli lehine, yoksun kaldığı karın bir kısmına hükmedilmektedir. İsteklinin yoksun kaldığı karın tamamının tazminine, sadece, ihale sürecinde hukuka aykırılıklar olmasaydı davacının ihaleyi kazanacağının kesin olduğu durumlarda karar verilmektedir[53].

İhale işlemlerinin tamamlanması, ancak ihale mevzuatına aykırılık nedeniyle sözleşmenin batıl olduğunun anlaşılması halinde, ihale üzerinde kalan ve batıl sözleşmeyi imzalamış olan istekli, yoksun kalınan kar da dahil olmak üzere tazminat talep etme hakkına sahiptir[54].

---

[49] İhale sürecindeki işlemlere ilişkin olarak isteklilere sağlanan asli koruma Uuge precontractuel) çerçevesinde tazminat talep edilip edilemeyeceği sorununa gelince: Fransız Hukukuna ilişkin açıklamalarımızı dayandırdığımız Alınan yazarlar bu konuda farklı tespitlerde bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre "refere precontractuel" usulünde hakimin tazminata hükmetme yetkisi bulunmamaktadır; bkz. **PrielJ/Niestedt,** s. 212/213; **PrielJ,** s. 443. Buna karşılık başka bazı yazarlara göre itiraz başvurusunu inceleyen hakim tazminata da karar verebilir; bkz. **Ax/Hartmann,** s. 131; karş. ayrıca **Hök,** ZfBR 2001, s. 220 vd., VI/2.

[50] **Ax/Hartmann,** s. 132.

[51] Conseil d'Etat, 9.12.1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sevres, Rec., s. 404 **(Ax/Hartmann,** s. 133 dn.257'den naklen).

[52] Conseil d'Etat, 23.03.2004, SIVU pour l'etude et pour le reealisation du golf de Cognac, CJEG I995, s. 27 **(Ax/Hartmann,** s. 133 dn.258'den naklen).

[53] **Ax/Hartmann,** s. 133 ve orada dn.259/260'da zikredilen Conseil d'Etat kararları.

[54] **Ax/Hartmann,** s. 133 ve orada dn.261'de zikredilen Conseil d'Etat kararları. Buna karşılık, **Hök,** ZfBR 2001, s. 220 vd., VI/2, geçersiz bir sözleşmeye dayalı

111. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, ihale sürecinde söz konusu olan hukuka aykırılıklar nedeni ile istekliklerin idareye karşı yöneltebilecekleri bir tazminat talebine ilişkin genel nitelikte bir düzenleme yer almamaktadır. Sadece Kamu İhale Kanununun 41. maddesinde, ihale kararına bağlanmış olmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınan idarenin, isteklinin "teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri.. tazminle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. 44. maddede ise, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaya gelmemesi halinde geçici teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir[55]. Bunun dışında genellikle tazminata ilişkin olarak olumsuz bir ifade kullanılmış ve bazı durumlarda açıkça tazminatın söz konusu olamayacağı hükme bağlanmıştır. Yukarıda idarenin sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını incelerken değindiğimiz üzere, Kamu İhale Kanununun "İhale Saatinden Önce İhalenin İptal edilmesi" başlığını taşıyan 16. maddesinde "İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz·' ifadesi yer almaktadır. Aynı şekilde, "Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali" başlığını taşıyan 39. maddede de, "İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez" şeklindeki bir düzenleme yer almaktadır.

Bu düzenlemeler göz önünde tutulduğunda Kamu İhale Kanununun ihtilaf direktiflerinde öngörülen gereklilikleri yerine getirmediğini tespit etmek gerekir. Zira yukarıda değişik vesilelerle ifade edildiği üzere, ihtilaf direktiflerinde, üye devletlere, istekliler bakımından sadece asli koruma değil, daha önceden sözleşmenin imzalanması nedeniyle asli korumanın mümkün olmadığı durumlarda onun yerine geçecek bir tali koruma, yani tazminat talep etme imkanı sağlayacak bir düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir[56]. Oysa Türk Kamu İhale Kanununda, isteklilere sadece asli koruma sağlanmış ve ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırı işlemlerine karşı önce ihaleyi açan kuruma inceleme talebi ile başvurma (m.54/55), daha sonra Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunma (ın.56) hakkı tanınmıştır. Tazminata ilişkin bir düzenlemeye yer vermemesi, yeni Türk ihale mevzuatının en önemli eksikliklerinden birini oluşturmaktadır.

---

olarak faaliyette bulunan tarafın, yoksun kalınan kar talebinde bulunamayacağını belirtmektedir.

55 Aynı düzenlemeler 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 57 ve 60. maddelerinde de yer almaktadır.

56 Klasik Sektörlere İlişkin 89/665/EWG sayılı İhtilaf Direktifi, Art.2/1/c; istisnai Sektörlere İlişkin 92/13/EWGsayılı ihtilaf Direktifi Art.2/1/d.

ncak kamu ihale mevzuatında, ihale sürecinde gerçekleşen hukuka aykırı da, ranışlar nedeniyle tazminat talep etme hakkının öngörülmemiş olmaı. i teklilerin idareden: hatta idarenin hukuka aykırı davranışlarda bulunan i·teklilerden. başka hukuki sebeplere dayalı olarak tazminat talep etme hakkının bulunmadığı anlamına gelmemektedir. İhale mevzuatında tazminat sorununun düzenlenmemiş olması, kanun koyucunun genel hükümlere göre de tazminat talep etme imkanını devre dışı bıraktığı şeklinde yorumlanamaz; yorumlanmamalıdır. Hakkında özel bir düzenleme bulunmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanacağı, temel bir hukuk ilkesidir.

Öte andan Kamu İhale Kanununun, özellikle ihalenin iptaline ilişkin olarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran (m.16 ve m.39) veya sınırlandıran (m.45) hükümleri de, isteklilerin idareye karşı genel hükümlere göre de tazminat talep edemeyecekleri şeklinde yorumlanamaz. Yukarıda ihalenin iptali konusu incelenirken de belirttiğim üzere, Kamu İhale Kanununa göre idare tarafından ihalenin iptal edilmesinin hukuka uygun bir nitelik arzetınesi için, iptalin haklı bir nedene dayanması gerekir. İhalenin iptali, haklı bir nedene dayanıyorsa hukuka uygun olup, idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kanımca Kamu İhale Kanununun 16 ve 39. maddeleri ve hatta ihale kararına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınan idareden sadece sınırlandırılmış bir menfi tazminat talep edilebileceğini öngören 45. maddesinin de bu şekilde anlaşılması gerekir. Buna karşılık, ihalenin iptalinin herhangi bir haklı sebebe dayanmadığı, hatta tamamen keyfi bir şekilde gerçekleştirildiği durumlarda dahi idarenin Kamu İhale Kanununun zikrettiğim bu hükümleri nedeniyle sorumlu tutulamayacağı görüşü kabul edilemez. Asli fonksiyonlarından birinin isteklileri idarenin hukuka aykırı davranışlarına karşı korumak olan kamu ihale hukuku kurallarının, böyle bir sonuca izin vemıesi düşünülemez.

Bir ara sonuç olarak özetlemek gerekirse: Türk kamu ihale mevzuatında, ihale sürecindeki usulsüzlükler nedeniyle tazminat talep etme hakkı düzenlenmediği için, sorunun genel esaslara göre çözülmesi gerekir. Yukarıda karşılaştırmalı hukuka ilişkin açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tazminat taleplerinin hukuki dayanağı olarak, culpa in contrahendo, haksız fiiller, ahlaka aykırılık ve rekabet hukuku kuralları akla gelmektedir. O halde şartları varsa istekliler, hukuka aykırı hareket eden idareden, bu esas ve kurallara göre tazminat talep edebilecektir. Hemen eklemek gerekir ki, bazen de idarenin ihale mevzuatına aykırı hareket eden istekliler yüzünden zarara uğraması, hatta isteklilerden bir veya bir kaçının, diğer isteklilere zarar vennesi söz konusu olabilir. Bu takdirde idarenin veya mağdur edilen diğer isteklilerin, hukuka aykırı davranan istekliden, yine bu hukuki temellere dayalı olarak tazminat talep etmesi söz konusu olabilir. Aşağıda ihalenin aktörlerinin birbirlerinden culpa in contrahendo, haksız fiiller ve ahlaka aykırılık gerek-

· cin_e dayana_n.tazminat ta!c_pl□ri incelei_ıecckti r. Rekabet hukukuna göre tazmınat tnlcbının ,artlarına ılı, kın olarak ıse, konuyu ayrıntılı olarak incele-) en yazarlara yollamnda bulunmakla yetiniyoruın[57].

A) İSTEKLİLERİN İHALEYİ AÇAN KURUMDAN TAZfıİNAT TALEP ETMELERİ

1) Culpa iu Coıuralıendo Sorumluluğu

a) Kavram ve Kamu İhale Sözleşmeleri Bakımından Taşıdığı Önem

İhale sürecinde söz konusu olan eylem ve işlemler nedeniyle taraflann birbirlerine erdikleri zararlardan dolayı ileri sürülebilecek tazminat taleplerine hukuki dayanak oluşturacak kurumlardan biri 'culpa in conrahendo"dur (sözleşme görüşmelerinde kusur)5[8]. Genellikle bir sözleşmenin kurulmasından önce taraflar arasında bu sözleşmenin kurulmasına yönelik bir müzakere dönemi yaşanır. Sözleşmenin kurulmasından önceki bu müzakere döneminde, taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi meydana gelir. Buna göre tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında ciddi, yani sözleşme kunna niyetiyle hareket etmeleri, sözleşmenin kurulması bakımından önem t□ıyan noktalarda birbirlerini aydınlatmaları, dürüstlük kuralına uygun davranmaları birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için özen göstermeleri ve koruma yükümlülüklerine uygun hareket etmeleri gerekir[9].

İhale sürecinde ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında meydana gelen ilişki, kısaca ihale ilişkisi (Yergabeverhaltnis)6° de bu anlamda bir müzakere ilişkisidir. Bu açıdan esası itibariyle olağan özel hukuk sözleşmeleri ile kamu ihale sözleşmeleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Kamu ihale sözleşme-

---

[57] Bkz. **Hüttinger,** s. 121 vd.; **Kligner,** s. 195-199; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.819 vd.

[58] Jhering tarafından hukuk dünyasına armağan edilen culpa in contrahendo kavramı ve bu kavramın, Jhering'den günümüze geçirdiği gelişim süreci ile kamu ihaleleri bakımından taşıdığı anlam hakkında toplu bilgi için bkz. **Adam,** s. 43 vd.

[59] Taraflar arasında sözleşme görüşmelerine başlanması ile birlikte meydana gelen bu ilişkiden doğan yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gonzenbach,** s. 92 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 949 vd.; **Schwenzer,** Nr.47.01 vd.; **Eren,** s. 1083/1084.

[6O] Kavram için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.409: Bu yazara göre, ihale ilişkisi, ihaleyi açan kurumla tüm istekliler arasında değil, ihaleyi açan kurum ile her bir istekli arasında meydana gelen münferit bir ilişkidir. Ayrıca yine yazara göre, ihale ilişkisi sadece ihaleyi açan kurum ile her bir istekli arasında meydana gelen bir ilişki olup, isteklilerin birbirleri ile olan ilişkisini kapsamaz. Bkz. ayrıca, **Regler,** s. 139 vd.

ferinin)3pılmasından önceki ihale sürecinde, idarenin kamu hizmetlerini yüriitmeJ.. için ihtiyaç du) duğu edimleri piyasadan temin etmek üzere "serbest pi□a-a) a gimıesi.. söz konu udur. Kamu açısından bakıldığında, ihale sürecinde farklı menfaatlerin takibi söz konusudur. Bunlardan ilki, kamunun ihti) aç duyduğu edimi en uygun koşullarda temin etmeye yönelik ekonomik bir menfaattir. Esasen bu açıdan kamu ihale sözleşmeleri ile diğer özel huJ..uk özleşmeleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Özel hukuka tabi şahıslar da. ihtiyaç duydukları edimleri uygun koşullarla temin etmeyi hedeflerler. Ancak kamu ihale sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek bir başka □enfaat daha vardır ki, buna olağan özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmaz. idare. ihti) aç duyduğu edimleri temin edebileceği muhtemel sözleşme partnerini ararken. özel hukuk şahısları gibi sadece ekonomik mülahazalarla hareket edemez. İdarenin kamu ihale sözleşmelerinde, ayrıca kamu menfaatlerini de gözetmesi gerekir[61]. Nitekim bu husus. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ··Temel İlkeler.. başlığını taşıyan 4. maddesinde "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği. gizliliği. kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.. şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenledir ki, ihale mevzuatı ihale sürecini şekli bazı esaslara tabi tutmuştur. Müzakere sürecinin ne şekilde cereyan edeceği bu kurallar ile tespit edilmiştir. İhale sürecinin amacı, idarenin ihti)aç du)duğu edimi sunma ihtimali bulunan kişileri, idarenin böyle bir ihti) acı olduğundan haberdar etmek; onların ihaleyi açan kurumla temasa girmelerini. isteklilerin verdikleri tekliflerden hareketle idarenin piyasa durumu hakkında bilgi sahibi olmasını ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren kişi ile sözleşme yapılmasını sağlamaktır[62].

Bu noktada yanlış anlaşılmaların önüne geçmek için bir hususa işaret etmek yararlı olacaktır: İhale ilişkisi ile eş anlamlı olmak üzere müzakere ilişkisi ifadesinin kullanılması, sanki ihale sürecinde ihaleyi açan kurumun isteklilerle serbestçe müzakerelerde bulunabileceği şeklinde bir izlenim uyandırabilir ki, bu doğru değildir. İhale sürecinde ihaleyi açan kurumun isteklilerle görüşmelerde bulunması sadece seçilen ihale türünün ve buna ilişkin olarak ihale mevzuatı hükümlerinin imkan verdiği ölçüde mevcuttur. Dolayısıyla buradaki "'müzakere.. ifadesini dar anlamıyla değil, geniş anlamıyla,) ani sözleşmenin kurulmasına yönelik hazırlık faaliyetleri olarak anlamak gerekir[63].

61 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.41O.
62 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.718.
6J **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.469.

Tazminat talebine dayanak teşkil edebileceği kabul edilen culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarını ve sonuçlarını incelemeye başlamadan önce. kamu ihale sözleşmeleri bakımından iki sorununun aydınlığa kavuşturulması büyük önem taşımaktadır: Bunlardan ilki, bir özel hukuk kurumu olan c.i.c sorumluluğuna, iki aşama teorisine uygun olarak ihale öncesi dönemin idare hukukuna tabi olduğunu kabul eden Türk Hukukunda başvurulup başvurulamayacağıdır. Bilindiği gibi, idare hukukunda tazminat taleplerinin tam yargı davası biçiminde ve bu davanın tabi olduğu usul ve süre koşullarına uyularak ileri sürülmesi gerekir. Acaba tam yargı davası ile c.i.c. sorumluluğuna dayalı bir özel hukuk talebi arasında yarışma söz konusu olabilir mi? Açıklığa kavuşturulması gereken ikinci sorun ise, aslında biraz önce ortaya attığımız ilk sorunun bir devamı niteliğindedir: Acaba isteklilere, idareye karşı tam yargı davası açma imkanı varken, seçimlik olarak ayrıca bir de c.i.c sorumluluğuna göre tazminat talep etme hakkı tanınmasının pratik önemi nedir?

Birinci sorun yani, devletin bireylere karşı kamu hukukuna göre ve tam yargı davasına konu olacak sorumluluğu ile özel hukuk kaynaklı taleplerin yarışıp yarışmayacağı meselesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk Hukukunda özel olarak incelenmemiş bir sorundur[64]. Ancak idare hukukunun "özerk" bir disiplin olduğunu her fırsatta vurgulayan, kendi uygulama alanına giren konuların başka hukuk disiplinlerine kaydırılmasına veya bu disiplinlere özgü kavramlarla idare hukukuna müdahale edilmesine sert bir şekilde karşı çıkan Türk İdare Hukuku yaklaşımında, bu sorunun olumlu olarak cevaplandırılması ihtimalinin zayıf olduğunu tahmin etmek hiç de güç değildir.

Ancak farklı hukuk disiplinlerinin uygulama alanına giren talepler arasında "yarışma"[65] durumunun varlığının kabulünün önünde teorik olarak herhangi bir engel mevcut değildir; "Yarışma" değil de "dışlama" (Exlusivitat), yani münhasıran bu taleplerden sadece birinin ileri süriilebilmesi, bu hususun kanunda açıkça öngörüldiiğü veya menfaatler durumunun böyle bir uygulamayı gerektirdiği durumlarda kabul edilebilir. Kamu hukuktına göre ileri sürülmesi mümkün bir talep mevcut iken, özel hukuka dayanan bir talebin ileri sürülemeyeceği yolunda genel bir hukuk kuralı veya ilkesi mevcut değildir[66].

---

[64] İsviçre Hukukunda, kamu hukukundan doğan talepler ile özel hukuk kaynaklı talepler arasında yarışma durumu hakkında bkz. **Gross,** s. I51/152; Alman Hukuku için bkz. **Stelkens,** s. 1077.

[65] Taleplerin yarışması hakkında genel bilgi için bkz. **Gauch/Schluep/Rey,** Nr.2927 vd.; **Eren,** s. 1092 vd.

[66] Kamu ihale mevzuatından doğan ve dolayısıyla idare hukukuna tabi talepler ile c.i.c. sorumluluğunun yarışabileceği görüşü için aşağıda dn. 73'te sayılan yazar-

İhaleyi açan kurumun ihale sürecinde yilkUmllilliklcrinc aykırı hareket etmesi halinde sadece idare hukukuna tabi tanı yargı davası açılabileceğinin kabul edilmesi. kamu ihalelerinin tek ve nihai aınac111111 bir ihale açılması ve bu ihalenin ihale mevzuatına uygun yiiriitiilınesi olduğu şeklinde dar bir bakış açısından kabul edilebilir. Oysa kamu ihalelerin nihai amacı tek başına ihale açılması değildir; ihaleyle, kamu ihtiyaçlarını en uygun şartlarda karşılayacak bir sözleşmenin yapılması hedeflenir. Dolayısıyla daha geniş bir bakış açısından sürecin tamamı göz önünde tutulduğunda ve bu sürecin nihai amacınm ihale mevzuatına uygun bir sözleşme yapmak olduğu hususu dikkate alındığında, özel hukuka tabi diğer sözleşmelerde olduğu gibi, kamu ihale sözleşmelerinde de c.i.c. sorumluluğunun söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekecektir[67].

Öte yandan ihaleyi açan kurumun sadece idare hukukuna göre sorumlu tuhılacağı, buna karşılık özel hukuka göre c.i.c. sorumluluğunun söz konusu olmayacağmı ileri sürmek, kannı ihale sözleşmesinin tarafları arasında asimetrik bir durumun ortaya çıkmasına yol açacaktır. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, ihaleyi açan kurumun isteklilerin ihale sürecindeki bazı eylem ve işlemleri nedeniyle c.i.c. sorumluluğuna göre tazminat talep etme hakkı mevcuttur. İdarenin c.i.c. esasına göre sorumluluğunun söz konusu olamayacağını savunan yazarlar dahi, bunun tam tersini, yani isteklilerin idareye karşı c.i.c. esasına göre sorumlu olabileceğini kabul etrnektedir[68]. İsteklilerin bu tür bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, taraflar (ihaleyi açan kurum ile istekliler) arasında bir güven ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi kaçınılmazdır. Bu güven ilişkisinin istekliler tarafından bakıldığında mevcut, buna karşılık, idare tarafından bakıldığında bulunmadığını ileri sürmek büyük bir çelişki oluşturur[69].

Öte yandan, aşağıda üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz gibi, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonra, idarenin şartları varsa esaslı hata nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi söz konusu olabilir. Bu takdirde BK. m.26 hükmü de uygulama alanı bulacaktır. BK. ın.26'ya göre, kendi kusuru ile hataya düşen ve sözleşmeyi iptal eden taraf, diğer tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlüdür. Bu tazminat yükümlülüğünün hukuki dayanağını c.i.c. oluşturınaktadır[70]. Başka bir ifadeyle, kendi kusuru ile hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden idare, sözleşmenin kurulmasından önce güven ilişkisinden doğan yüküm lüliiğiini.i ihlal ettiği için karşı tarafın zararlarını

Iar ve özellikle **Gauch,** ZSR 114 (1995) 1, s. 335; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr. 745.

67 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.721.

68 Bkz. **Clerc,** s. 596/597.

69 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.740.

70 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.851; **Eren,** s. I088; **Buchcr,** s. 280.

tazminle ·Ut..ilınlil olnıa□tndır. idarenin BK. ın.26 hlikınUnc göre sorumlu olma ·ı ·özleşmenin kurulma ·ındıın sonra söz konusu olsa dahi, sorumluluğun □cbebi özleşmenin k.unılmnsından önceki dönemde gerçekleşmiştir. l3K. m.26 hiikmiinün uygulama alanı bulması, idarenin ihale sürecinde c.i.c ·onımluluğunun söz konusu olabileceğini göstermcktedir[71]. İhale dönemindeki yükümlülüklere aykırılık halinde idareye karşı sadece lam yargı davası açılabileceği iddiası, sözleşmeyi esaslı hata sebebiyle iptal eden idareye karşı da lam yargı davası açılması gerektiği şeklinde kabulü mümkün olmayan bir □onuca varılmasına yol açacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşme öncesi dönemin kamu ihale mevzuatı ile düzenlenmiş olması, bu dönemin borçlar hukuku anlamında bir müzakere dönemi olduğu gerçeğini değiştirmez. Yukarıda kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi incelerken de belirttiğimiz üzere, ihale sürecine kamu hukukunun hakim olması, özel hukukun tamamen devre dışı bırakılması anlamına gelmez. Kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasına giden yolda ilk adımı oluşturan ihale sürecinde de, taraflar arasında kaynağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisi kurulur ve tarafların bu ilişkiden doğan yükümlülüklere uygun hareket etmesi gerekir. İhale sürecinin başlaması ile birlikte, ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında, ciddi olarak sözleşme yapma niyetiyle hareket etme yükümlülüğü yanında, taraflardan her birinin, nihai amaç olan kamu ihale sözleşmesi ve bu sözleşmenin ifası bakımından önem taşıyan hususlarda, bilgi verme, aydınlatma, birbirlerinin menfaatlerini koruma yükümlülüğü doğar[72]. Doktrindeki hakim görüş de, ihaleyi açan kurumun, hem ihale mevzuatından, hem de ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin bulunduğunu ve bu yükümlülüklere aykırı davranışın culpa in conrahendo esasına göre tazminat borcu doğuracağını kabul etmektedir[73].

---

[71] **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.741.

[,:1] **Jngenstau/KorbionNygen,** Einl., Rnr.57; **Wagner,** NZBau 2005, s. 437 vd.; **Jebens,** DB 1999, s. 1745; **Arztmann,** s. I 11; **PrieO/Niestedt** s. 172: **Motzke/Pietzcker/Priefl,** Syst V Rnr.154 vd.; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.760 vd.; **Adam,** s. 164 vd.; **Klingner,** s. 180; **Hertwig,** Nr.182; **Hüttinger,** s. 57; **Waldner,** s. 36; **Wagner/Steinkemper,** BB 2004, s. 1584.

[73] **Gauch,** ZSR 114 (1995) 1, s. 335/336; *aynı yazar,* recht 1997, s. 175/176; *aym yazar,* BR 1996, s. 105; *aynı yazar,* Werkvertrag, Nr.471 ve 508; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. l062,1065; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.720 vd.; **Stelkcns,** s. 1077; **cherler,** BR 2003, s. 56; **Galli/Lehmann/Rechtsteiner,** Nr.272 ve 454; **Adam,** s. 164 vd.; **Klingner,** s. 178 vd.; **Arztmann,** s. 108 vd.; **Ohler,** BauRb 2005, s. 153 vd.; **Noch,** s. 131; **Feber,** BauR 1989. s. 554; **Wagner,** NZBau 2005, s. 437 vd.; **lngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.54;

Örcllik.k hu k.onudn Isviçrc I lukukundn ileri silrlllcn gür!lşlcr, Tllrk I ltı-)ı.ulı.u hakıınındnn özel bir önem taşımaktadır. Çilnkll yukarıda kamu ihale □'\ılcşınckrinin tnbi olduğu hukuki rejimi açıklarken de bclıı1tiğimiz llzcrc, b" iv□ 1hıkukundn da. Tilrk Hukukunda olduğu gibi, iki aşama teorisi hakim t,lup. sö1kşıncnin kunılınasından önceki dönemin idare hukukuna, sözleşmenin kunılnrnsındnn sonrnki dönemin özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir. isviçrc 1--hıkukunda, idare hukukuna tabi olan sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde de. istcklilerin ihaleyi açan kuruma karşı c.i.c. sonımluhığuna göre talepte bulunabileceği görüşü hakimdir[74]. İsviçre Hukukunda nvunulan. ancak fazla taraftar bulmayan bir fikre göre, ihale öncesi dönemde ihaleyi açan kurumun culpa in contrahendo esasına göre sorumlu tutulması söz konusu değildir. Bu görüşe göre Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun 34. maddesinde, ihaleyi açan kurumun ihale sürecinde taraflar arasında kurulan güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlali yaptırıma bağlanmış ve mağdur edilen istekli lehine tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür. Culpa in conrahendo da sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında kurulan güven ilişkisinden doğan yükümlülüklere aykırı davranışı yaptırıma bağlamaktadır. Aynı yükiiınlülükleri yaptırıma bağlayan sorumluluk sebepleri arasında ise bir yarışına söz konusu olamaz. İhale süreci ile birlikte taraflar arasında meydana gelen ilişkide ihaleyi açan kurumun yükümlülükleri kamu ihale mevzuatı ile özel olarak düzenlenmiştir ve bu yükümlülüklere aykırı davranış halinde münhasıran ihale mevzuatı uygulanmalıdır[75]. Ancak ihale sürecinde culpa in contrahendo sorumluluğunun söz ko-

---

Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede, § 126 GWB, Rnr.7; **Jebens,** DB 1999, s. 1745; **Motzke/Pietzcker/Priell,** Syst V, Rnr. 59 vd.; **Schnorbus,** BauR 1999, s. 81; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1317; **Priefl/Niestedt,** s. 170 vd.; **Hüttingcr,** s. 61 vd.

[74] Bkz. bir önceki dipnotta zikredilen İsviçreli yazarlar.

[75] Bkz. **Clerc,** s. 598 vd. Bu görüşün ayrıntılı bir eleştirisi için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.747 vd.: Yazar ihale mevzuatından doğan yükümlülükler ile taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerin her zaman aynı olmadığını şu örnekle açıklamaktadır: İdarenin, ödeneği olmadığı için aslında açmaması gereken veya farklı bir ihale usulü ile açması gereken bir ihalede, yaptığı hatayı fark eder etmez, ihaleyi iptal etmesi gerekir. İdarenin ihaleyi iptal etmesi, haklı bir sebebe dayandığı için de ihale mevzuatına uygundur ve bu mevzuata göre tazminat borcu doğunnaz. Oysa ihalenin iptali idarenin kusurundan kaynaklandığı için, idarenin isteklilere karşı culpa in contrahendo esasına dayalı bir tazminat yükümlülüğü doğabilir. Yazar, bu veya benzeri örneklerde olduğu gibi, ihale mevzuatı ve culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanının her zaman kesişmeyebileceğini belirtmektedir. Kanımca bu örnek Türk Hukuku bakımından geçerli değildir. Çünkü 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4. maddesinin 5. fıkrasında ödeneği bulunmayan iş için

mı·u olamayacağını savunan ve Knmu İhalelerine ilişkin Federal Kanunun tazminata ilişkin J..ı. maddesine dayanan bu azınlık görüşünün Türk Hukukuna ak.tarılması milmldln değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğim iizcrc ne :!886 sayılı Devlet İhak Kanununda, ne de 4734 sayılı Kanrn ihale Kanununda. mağdur edilen isteklilere, ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına ayk.ırı davranışları nedeniyle tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından. Kamu ihale mevzuatı ile culpa in contrahcndo ~orumluluğu arnsında, bu sonuncusunu devre dışı bırakacak bir özel hükümgenel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki, yukarıda da belirttiğim üzere. tazminata ilişkin olarak ihale mevzuatında açık bir düzenleme olmasına rağmen İsviçre Hukukundaki hakim görüş, idarenin c.i.c. esasına göre sorumlu tutulabileceği yönündedir.

Yukarıda ortaya attığımız ikinci soruya gelince: Teorik olarak ihale öncesi dönemde ihaleyi açan kuruma karşı isteklilerin c.i.c. sorumluluğuna dayalı talepler ileri sünnesi mümkündür; ancak bu sorumluluğun pratik önemi fazla değildir. Buna karşılık Alman Hukukunda, ihaleyi açan kurumun c.i.c. esasına göre sorumlu tutulması, büyük bir öneme sahiptir. Çünkü aşağıda tazmini talep edilebilecek zararlar başlığı altında da iıiceleneceği üzere, c.i.c. sorumluluğunun şartlarının mevcudiyeti halinde en iyi teklifi sunduğu halde kendisi ile değil de başkası ile sözleşme yapılan isteklinin, müspet zarar niteliğinde yoksun kaldığı karın tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir[76]. Oysa Türk-İsviçre Hukukundaki hakim görüş, c.i.c. esasına dayalı olarak sadece menfi zararın tazmininin talep edilebileceği yönündedir. Hakim görüşten hareket edildiği takdirde, isteklinin sadece ihale için yaptığı ancak idarenin yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle boşa giden harcamalarının tazminini talep etmesi mümkün olacaktır[77].

Öte yandan, ihaleyi açan kurumun taraflar arasında kurulan güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlali halinde, eğer ihlal edilen bu yükümlü-

---

ihaleye çıkılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla idare ödeneği olmayan bir iş için ihale açtığı takdirde, ihale mevzuatından kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Ancak Türk Hukuku bakımından da ihale mevzuatı ile c.i.c. sorumluluğunun kesişmediği örnekler bulmak mümkündür. Örneğin, idarenin herhangi bir ihtiyacı bulunmadığı halde, sırf piyasa araştırması yapmak için ihale açması halinde durum böyledir. Buna ilişkin diğer örnekler üzerinde bir sonraki başlık altında ihale sürecinin başlangıcındaki hukuka aykırılıklar-ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar ayrımı incelenirken ayrıca durulacaktır.

[76] Bkz. aşa. dn.111civarı.

[77] Fiili zarar niteliğindeki bu menfi zarar kalemine ek olarak bir de, isteklinin, ispat etmek kaydıyla, başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırması nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etmesi söz konusu olabilir; bkz. aşa. § 5/Il*l*A/1/c.

lilk.lcr aynı zamanda ihnle ınevzuntında dilzenlcncn yükllmllilüklcr ise, isteklinin (\ cya isteklilerin) liili zarar niteliğindeki menfi zararlnrının tazminini talep edebilmesi için mutlaka c.i.c. sorumluluğuna dayanma zorunluluğu da huhınmanrnktadır. Çünkii idarenin ihale mevzuatına aykırı hareket etmesi halinde, mağdur edilen isteklilerin tam yargı davası ile ve bu davanın kendisine sağladığı ispat kolaylıklarından yararlanarak boşa giden harcamalarının tazminini talep etmesi mümkündiir. Dolayısıyla, isteklilerin c.i.c. esasına dayalı bir talep hakkına sahip olmaları sadece ihaleyi açan kurumun, ihale me,·zuatında düzenlenmeyen, ancak ihale süreci ile başlayan güven ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde bir anlam ifade edecektir.

b) Sorumluluğun Şartları

İhaleyi açan kuruma karşı c.i.c sorumluluğuna dayanarak tazminat talebinde bulunulabilmesi için şu şartlarm mevcudiyeti gerekir:

C.i.c. sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında güven ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Bu güven ilişkisi isteklilerin ihale sürecine katılması ile başlar. C.i.c. sonımluluğunun şartı olan güven ilişkisinin kurulmuş sayılabilmesi için, isteklilerin bağlayıcı nitelikte bir teklif sunmuş olmaları dahi gerekli değildir[78]. Güven ilişkisinin kurulmuş sayılabilmesi için isteklinin ihale sürecine katılması yeterlidir. İhale türleri bakımından bu anlamda güven ilişkisi, açık ihale usulünde ihale dökümanlarının alınması, belirli istekliler arasında ihale veya pazarlık usulünde belirli kişilerin idare tarafından davet edilmesi ile kurulmuş sayılır[79]. C.i.c. esasına göre sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, idarenin bu tür eylemleri ile güven ilişkisinin zemininin oluşturulmuş olması ve idarenin sözleşmeyi yapması muhtemel kişilerin belirlenebilir olması gerekir[80]. Bu tespitten hareketle şu sonuçlarm çıkarılması mümkündür:

Kendisi ile ihaleyi açan kurum arasında bu anlamda bir güven ilişkisi kurulmamış olan kişiler c.i.c. esasına göre tazminat talep etme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla açık ihale usulünde, ihale dokümanı temin etmeyen veya belirli istekliler arasında ihale ya da pazarlık usulünde davet edilmeyen kişilerle ihaleyi açan kurum arasmda bir güven ilişkisi mevcut olmadığı için, bu kişilerin c.i.c. esasına göre tazminat talep etme hakkı bulunmayacaktır[81].

---

78 **Priefl/Niestedt,** s. 171; **Hüttinger,** s. 73/74.

79 **Beyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.763 vd.; **Prie8/Niestedt,** s. 170 vd.; **Arztmann,** s. 11O; **Schnorbus,** BauR 1999, s. 82; **Motzke/Pietzcker/Priefl,** Syst V, Rnr. 103 vd.; **Kligner,** s. 179/180; **Ax/Schneider,** s. 255; **Hüttinger,** s. 77 vd.

80 **Arztmann,** s. 11O; **Motzke/Pietzcker/Priefl,** Syst V, Rnr. 140.

81 Karş. **Priefi/Niestedt,** s. 172.

ynı şekilde başlangıçtan itibaren ihale sürecine dahil edilmeyen kişilerle de ihaleyi açan kurum arasında sözleşme öncesi bir güven ilişkisi mevcut değildir:,_

İdarenin ihale mevzuatına aykırı olarak ihale açmadan doğrudan temin yoluna gitmesi ve bir kimse ile sözleşme yapması durumunda, ihale açılmış olsaydı ihaleye katılacak diğer isteklilere karşı c.i.c. sorumluluğu söz konusu olmayacaktır; çünkii bu kişilerle ihaleyi açan kurum arasında bir güven ilişkisi kurulmaınıştır[83]. Aynı şey, idarenin yanlış bir ihale türü seçmesi, örneğin açık ihale yerine pazarlık usulünü uygulaması halinde de geçerlidir; zira idare, ihale türünün belirlenmesine ilişkin hukuka aykırı kararını istekliler ile güven ilişkisi kurulmadan önce vermiştir ve esasen güven ilişkisi hukuka aykırı olarak tespit edilen bu ihale usulüne göre şekillenıniştir[84].

C.i.c. sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, idarenin bu şekilde kurulan güven ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekir[85]. Bu yükümlülüklere ana hatları itibariyle değinmek yararlı olacaktır :

İhale sürecini başlatan idare ve sürece katılan istekliler, ihale sürecinin ve bunun sonucunda yapılacak sözleşmenin amacına ulaşmasına engel olacak ve özellikle de kendileri tarafından bilinen hususlarda birbirlerini aydınlatmakla yükümlüdürler. Örneğin ihaleyi açan kurumun, ihale konusu işin finansmanı ile ilgili olarak başlangıçta mevcut olan veya sonradan ortaya çıkan sıkıntılarla ilgili olarak isteklileri gecikmeksizin bilgilendirmesi gerekir. Aynı şekilde idarenin, teklifleri etkileyecek değişiklikler, ihale şartnamesi veya diğer ihale dokümanlarında mevcut olan ve fark edilen hatalar, yanlışlıklar, açık olmayan hususlar hakkında ihaleye katılan isteklilere bilgi vermesi gerekir. Özellikle kasten veya ağır ihmal ile yapılan yanlışlıkları gecikmeksizin düzeltmesi gerekir. Aksi takdirde, aşağıda inceleyeceğimiz şartların da mevcudiyeti halinde idarenin c.i.c. esasına göre sorumluluğu söz konusu olur. İdarenin bu sorumluluğundan kurtulması sadece, bilgi vermek ve aydınlatmak zorunda olduğu hususlar tazminat talebinde bulunan istekli tarafından bilinseydi dahi, onun aynı teklifi vereceğini ve sözleşmeyi yapacağını ispat etmesi halinde mümkün olacaktır[86].

---

82 **Kligner,** s. I81.

83 **Prie8/Niestedt,** s. 172; **Arztmann,** s. 11ı; **Motzke/Pietzcker/PrieO,** Syst V, Rnr. 70; **Kligner,** s. 181.

8.ı **Arztmann,** s. 111; **Boesen,** § 126 GWB, Rnr. 45; **Priefl/Niestedt,** s. 172; **Hüttinger,** s. 65.

85 İhale ilişkisinden doğan bu yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I**ngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.57; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.760 vd.; **Motzke/Pietzcker/Prie8,** Syst V Rnr.154 vd.; **Hüttinger,** s. 61 vd.

86 I **ngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.57; bkz. ayrıca **Hüttinger,** s. 61/62.

Üte yandan ihaleyi nçnn kunım, isteklilerin teklineri ile birlikte sunduğu çizimleri. plan. proje ve diğer önemli belgeleri muhafaza etmek, ihale sürecinin onunda bunları iade etmek, teklifler vasıtasıyla elde ettiği teknik ve ticari ·ırları başkaları ile paylaşmamakla yükümlüdür[87].

İdarenin sözleşme yapına niyetiyle hareket etme yükümlülüğün bir sonucu olarak da. haklı bir sebep olmaksızın ihale sürecini sona erdirmemesi gerekir. İlk bakışta bu noktada, kamu ihale sözleşmeleri ile diğer olağan özel hukuk özleşmeleri arasında bir fark olduğu düşünülebilir. Çünkü olağan özel hukuk sözleşmelerinde, taraflarm başlamış bir müzakere sürecini sözleşme ile sonuçlandırma mükellefiyetleri bulunmamaktadır. Taraflar diledikleri zaman sözleşme yapma niyetinden vazgeçebilirler ve bu yüzden karşı tarafa hesap vermekle yükümlü olmazlar. Ancak sorun biraz daha yakından incelendiğinde, aslında bir fark olmadığı görülecektir. Çünkü olağan özel hukuk sözleşmelerinde de, sözleşmenin karşı tarafmda sözleşmenin kurulacağı yönünde ciddi bir güven yaratan tarafın, gerekçe göstermeksizin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi halinde, onun bu yüzden uğradığı zararları c.i.c. esasına göre tazminle yükümlü olacağı kabul edilınektedir[88]. Aslında kamu ihale sözleşmelerinde de aynı şey söz konusudur. İsteklilerin, ihaleyi açan kurumun, ihale bakımından ciddi olduğunu, kurumun haklı bir sebep olmaksızın ihale işlemini sona erdirmeyeceğini kabule hakları vardır ve onların bu haklı güvenlerinin korunması gerekir.

Hemen belirtelim ki, ihale sürecinde söz konusu olan bu yükümlülükler, aynen ifası talep edilebilen edim yükümlülüğü olmayıp, ihlalleri halinde tazminat borcunun doğumuna yol açan yan yükümlülükler niteliğindedir[89]. Bu yükümlülüklerden bazılarının açıkça ihale mevzuatında düzenlenmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir. İhale mevzuatında düzenlenen yükümlülükler bakımından ihaleyi açan kurumun bu yükiimlüliiklere aykırı hareket etmesi halinde, isteklilerin, kendilerine tanınan asli koruma çerçevesinde hukuka aykırı ihale işlemlerinin iptalini talep etme imkanlarının mevcudiyeti, idarenin ihale mevzuatından doğan yükiimlüliiklerinin birer edim yükümlülüğü olduğu anlamına gelmez. Asli koruma araçları ile istekliler, idarenin hukuka aykırı ihale işlemlerinin iptalini sağlarlar. İptale rağmen idarenin, hukuka uygun işlem tesis etmemesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla isteklilerin, idareyi, yükümlülüklerini aynen ifaya zorlamalarını mümkün kılan bir mekanizma mevcut değildir. İsteklilerin itirazen şikayet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanunun 56. maddesine göre düzel-

---

87 **Ingenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.58; **Beyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.774.

88 **Gonzcnbach**, s. 97; **Gauch/Schlucp/Schmidt**, Nr. 951 vd.; **Eren**, s. 1085; **Kramer**, Art.22 OR, N.12 vd.; **Buchcr**, AT, s. 281/282.

119 **Boesen**, § 126 GWB, Rnr. 37; **Arztmann**, s. 109.

tici işlem kararı vennc ·i halinde de aynı şey söz konusudur. Kamu İhale Kunımu bu kararla, mevzuata a kırılığı giderecek düzeltici işlemin ne olduğunu belirler□yoksa ihaleyi açan kurumun yerine mevzuata uygun işlem tesis edemez. İdarenin belirtilen düzenleyici işleme uygun hareket etmemesi yine ihtimal dahilindedir ve özellikle başka bir kimseyle sözleşme imzalandıktan ·onra devre dışı bırakılan isteklinin yapabileceği tek şey tazminat talep etmek olacaktır.

l\'IOTZKE tarafından savunulan[90] ve doktrinde gittikçe daha fazla taraftar toplayan[91] bir görüşe göre, idarenin yükümlülüğe aykırı davranışlarının ihale sürecinin başlatılması aşamasında mı (Beginnfehler) yoksa hukuka uygun olarak başlatılan bir ihale sürecının devamı esnasında mı (Abwicklungsfehler) ortaya çıktığına göre bir ayrım yapmak gerekir. Birinci durumda, idarenin ihale sürecini başlatması veya o ihale usulüne göre ihale açması hukuka aykırıdır. Bu tür hukuka aykırılıklara örnek olarak, idarenin daha baştan itibaren sözleşme yapına niyeti bulunmadığı halde ihale açması, ihalenin ihale dışı amaçlarla, örneğin, piyasa araştırması yapına düşüncesiyle açılması; hukuki veya teknik çerçevesi henüz oluşturulmamış ya da ödenek ayrılmamış bir iş için ihaleye çıkılması; ihtiyaç bulunmadığı veya idarenin kendi içinde karşılayabileceği edimler için ihale açılması ve sonradan bu gerekçe ile ihalenin iptal edilmesi; idarenin belirli istekliler arasında ihale usulünde, aslında asla sözleşme yapmayacağı veya yapamayacağı isteklileri ihaleye davet etmesi gösterilebilir[92]. Doktrindeki hakim görüş, ihalenin daha başlangıçtan itibaren hukuka aykırı olması halinde, tazminat talebinde bulunan kişilerin sayısını oldukça geniş tutmakta ve ihaleye katılan tüm isteklilerin tekliflerini hazırlamak ve ihaleye katılmak için uğradıkları zararların tazminini talep edebileceğini kabul etmektedir. Bu görüş üzerinde, aşağıda tazminat talebinde bulunabilecek kişiler incelenirken tekrar durulacaktır.

Buna karşılık ikinci durumda, ihale süreci hukuka uygun olarak başlatılmış olup, idarenin bu sürecin devamı esnasında yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi söz konusudur. Bu aşamada söz konusu olacak hukuka aykırılıklar bakımından sadece ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Çünkü ihale hukuka uygun yürütülse ve sonuçlandırılmış olsa idi, sadece ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekli sözleşmeyi yapmak ve ihale için yaptığı harcamaların amortizasyonu imkanına sahip olacaktı. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan, ancak idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle

---

90 **Motzke/Pietzcker/Pricll,** Syst V, Rnr. 145 vd.

91 Bkz. örneğin, **Arztmann,** s. 113 vd.; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.767 vd.; **Hüttinger,** s. 90 vd.

92 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.780; **Motzke/Pietzcker/Prie6,** Syst V, Rnr. 146 vd.; **Hüttinger,** s. 90.

ihale üzerinde bırakılmayan isteklinin sadece menfi zararının mı yoksa müspet zarnrının da mı tazminini talep edebileceği sorunu üzerinde aşağıda ayrıntılı olarnk durulacaktır.

İhale□i açan kurumun c.i.c sorumluluğunun söz konusu olabilmesinin bir diğer şartını kusur oluşturmaktadır. İhaleyi açan kurumun yükümlülüğe aykırı da, rnnışının kusurlu olması gerekir. İhaleyi açan kurumun mevzuattan ve□a doğruluk ve diiriistliik kuralından doğan yükümlülüklerine kasıtlı olarak a□J...ırı hareket etmesi halinde bu hususun ispatı fazla güçlük yaratmaz. Ancak ihaleyi açan kurumun ihmalinin bulunup bulunmadığınm tespiti bazı sorunlara yol açar. Çünkü ihaleyi açan kurumun ihmalinden söz edebilmek için. gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, yapması gereken hukuka uygun işlemin ne olduğunu bilebilebilecek durumda olması gerekir. Fakat ihale mevzuatında, çok sayıda muğlak, açıklığa kavuşturulmamış nokta bulunmaktadır ve idarenin doğru davranış biçiminin hangisi olduğu hususunda yanılması söz konusu olabilir. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar, ihaleyi açan kuruma, ihmal isnat etmenin çoğu zaman gi.iç olacağını belirtmektedir. Özellikle idarenin bu konuda hukuki görüş alması ve buna uygun olarak işlem tesis etmesi, ancak bu görüşün sonradan doğru olmadığının anlaşılması halinde durum böyledir[93]. Diğer bazı yazarlar ise, muğlak olan noktaların varlığına rağmen işlem tesis eden idarenin, bunun rizikosuna katlanması gerektiği ve idarenin hukuki bir hata içinde bulunduğu iddiasının son derece istisnai durumlarda göz önünde bulundurulabileceği görüşündedir[94].

C.i.c. sorumluluğuna göre tazminat talebinde bulunan isteklinin, idarenin hukuka aykırı davranışta bulunduğunu ispat etmesi yeterli olup, ayrıca bu davranışın kusurlu olduğunu ispat etmesi şart değildir; tazminat yükümlülüğünden kurtulmak isteyen idarenin kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekı'r[95].

C.i.c. sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ayrıca, ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı davranışı nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması ve bu zarar ile idarenin hukuka aykırı davranışı arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir.

İlliyet bağının varlığından söz edilebilmesi için, tazminat talebinde bulunan isteklinin, söz konusu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi kendisinin sunduğunu ve ihale süreci hukuka uygun bir şekilde cereyan etmiş olsaydı, ihalenin kendi üzerine bırakılacağını ispat etmesi gerekir. Çünkü sadece ekonomik açıdan en uygun teklifi veren isteklinin uğradığı zararlar ile

---

93 **Lötzsch/Bornheim,** NJW 1995, s.2137.

94 **Kligner,** s. 182/183; **Motzke/Pietzcker/Prie8,** Syst V, Rnr. 289.

95 Karş. **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 967; **Schwenzer,** Nr.48.06; **Kramer,** Allg. Einl. Vor Art. 1 OR, N.141.

ida□nin ihnk mcvıiıntııa nyJ..ırı dn ranışı nrnsında illiycı b.ığı bulunnrnktadır. EJ..onomiJ..açıdıın en a nnınjlı teklifi eren istekli dışınduki ki□ilcrin, idn□ hukuJ..:ı uygun dnvranıiıış olsa dı dahi, ihale için yapıkları lwrcaınalaı b Şːtgideceği gibi. onların sözleşme yapmak ve bu sözleşmeden kar elde etme ş:11-1ları da bulunıiıaıiınkıadır. E ascn ısıckliler, ihale sürecine, ihaleyi ka-7.anınadıkları takdirde yaptıkları harcamaların boşa gideceğini bilerek ve bu. mı göze alarak katılmaktadırlar. Dolayısıyla sadece ekononı ik açıdan en a, antajlı teklifi unan isteklinin tazminat talep etme hakk! bulunmaktadır□. Bazı)azarlar. c.i.c oruınluluğu bakımından da istekliye istisnai Sckıörlcre İli kin İhtilaf Direktifinin 2. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen ispaı kolaylılığının tanınabileceğini ve buna göre isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi kendisinin verdiğini ispat etmesinin şaı1 olmadığını, ihaleyi kazanma hu usunda '·gerçek bir şansa" sahip olduğunu ispat etmesinin yeterli sayılma ı gerektiğini belirtmektedir[97]. Kanımca bu anlamda bir ispat kolaylığının tanınabilmesi için, bu hususun kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekir. Bu nedenle tazminat talebinin idarenin sorumluluğunu öngören ve ispat ko. !aylığı sağlayan bir kanun hükmüne değil de c.i.c. sorumluluğuna dayandırıldığı durumlarda isteklinin, ihaleyi kazanma hususunda gerçek bir şansa sahip olduğunu ispat etmesi yeterli sayılamaz.

Yukarıda belirttiğim üzere, doktrindeki hakim görüşe göre, ihalenin başlangıçta hukuka aykırı olduğu ve ihale konusu iş bakımından örneğin, ödenek bulunmadığı için ihale açılmaması gereken durumlarda, sadece ekono. mik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin değil, ihaleye katılan tüm isteklilerin tekliflerini hazırlamak ve ihaleye katılmak için uğradıkları zararların tazminini talep edebilmeleri mümkündür. Bu görüşe göre, eğer idare hukuka uygun hareket etmiş olsa idi, ihaleyi hiç açmayacak ve istekliler de teklif hazırlamak ya da ihaleye katılmak için harcama yapmak zorunda kalınayacaklardır[98].

İhaleyi açan kurumdan tazminat talebinde bulunan isteklinin c.i.c. so. ruınluluğunun yukarıda belirtilen şartlarının somut olayda gerçekleştiğini ispat etmesi gerekecektir. Ancak talepte bulunan istekli, özellikle ekonomik açıdan en avantajlı teklifin kendisine ait olduğunu ispatta büyük zorluklarla karşılaşacaktır. Tazminat talebinde bulunan isteklinin ispat zorlukları ile karşılaşmasının sebepleri şunlardır: İlk olarak tazminat talebinde bulunan istekli diğer isteklilerin teklifleri hakkında çoğu zaman sınırlı bir bilgi sahibidir.

% **Kligner,** s. 183/184; **Binder,** ZZP 113 (2000), s. 201 dn.37; **PrieO/Niestedt,** s.
n 176; **Arztmann,** s. 115; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.797.
Beyeler, öffentliche Beschaffung, Nr.799.

')ıı **Arztmann,** s. 114; **Feber,** BauR 1989, s. 558/559; **chnorbus,** BauR 1999, s. 89; Motzke/Pictzcker/Prie0, Syst V, Rnr. 146; Byok/Jaeger/Gronstedt Rnr.1321; Beyeler, öffentliche Beschaffung, Nr.795.

l ,la□ısıyl.ı mkiplcrinin teklifleri ile kendi teklifini knrşılnştırmnsı ve kendi tddifinin ekonomik nçıdan en avantı□jlı olduğunu ispat etmesi pek de kolay l)lına□acnktır. Bu nedenle Alınan uygulamasında bu noktada istekliye ispat J...fıla□ lığı sng1anmakta ve eğer ihale mevzuatına aykırılık mevcut ise, ihaleyi nçan kurumun tnzminat tnlcbinde bulunan isteklinin ekonomik açıdan en :n:mtajlı teklif sahibi olmadığını ispatla yükümlü olduğu kabul edilmcktcdir[99]. Ancak bu ispat kolaylıkları da istekliye her zaman yardımcı olmayabilir. Zira ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit bakımından idarenin bir değcrlendinne yetkisi mevcuttur. Dolayısıyla idare, kendisine tanınan bu hareket alanının sınırlarını aşmamak kaydıyla, hukuka uygun hareket etmiş olsa idi dahi yine de tazminat talebinde bulunan isteklinin değil, başka bir isteklinin ihaleyi kazanacağını ispat edebilir. Bu nedenle Alman içtihatlarında, ihaleyi açan kurumun ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirlerken kullanacağı kriterleri ve bu kriterlerin ağırlığını ihale dokümanlarında belirtmesi gerektiği kabul edilınektedir[100]. Bu görüş kabul edildiği takdirde, idarenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi değerlendirirken bir takdir yetkisıioı söz konusu olmayacaktır.

Son olarak ekleyelim ki, tazminat talebinde bulunan isteklinin genellikle açık ihale usulünde karşılaşacağı bu güçlükler, pazarlık usulüne göre yürütülen ihalelerde had saflıaya ulaşacaktır. Zira pazarlık esnasında tekliflerin nasıl şekilleneceği henüz belli olmadığı için, tazminat talebinde bulunan isteklinin en avantajlı teklifi kendisinin sunduğunu ispat etmesi çoğu zaman imkansızdır. Böyle bir ispat olsa olsa, pazarlık görüşmelerinin başladığı ve nihai tekliflerin verildiği hallerde mümkün olabilecektir.

c) Tazmini talep edilebilecek zararlar

Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli, hukuka aykırı hareket eden ihaleyi açan kurumdan menfi zararlarının tazminini talep edebilecektir[102]. Her türlü zarar gibi,

---

99 Bkz. **Kligner,** s. 186/İ87 ve orada dn. 81.

100 BGH, Urt. V.17.2.1999, NJW 2000, s. 139; BGH Urt. V. 26.10.1999, NZBau 2000, s. 37/38.

101 **Kligner'e** göre, burada idarenin sahip olduğu bir takdir yetkisi (Errnessen) değil, karar verme hususunda bir hareket alanıdır (Beuıteilungsspielraurn); bkz. **Kligner,** s. 185/186.

102 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.786; **Byok,** NJW 2006, s. 2083; **Heuvels,** NZBau 2005, s. 572; **Kapellmann/Messerschmidt/Dahne,** § 26 VOB/A, Rnr. 31; **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 24; **Arztmann,** s. 116; **Klingner,** s. 190; **Ohler,** BauRb 2005, s. 155; **lngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.69; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.7; **Motzke/Pietzcker/Prie0,** Syst V, Rnr. 241; **Schnorbus,** BauR 1999, s. 90/91;

menfi zarar da liili zarar ve yoksun kalınan kar unsurlarından oluşur. isteklinin fiili zarar olarak talep edebileceği menfi zarar kalemlerine örnek olarak, ihale dokümanlarını temin etmek için ödediği bedeller; teklifini hazırlamak, örneğin. plan. proje ve hesaplama işleri için yaptığı harcamalar; teklifini sunmak için yaptığı posta, telefon ve diğer iletişim masrafları ve ihaleye katılmak amacıyla yaptığı seyahat harcamaları gösterilebilir[103]. **VYGEN'e** göre, idarenin teklifi hazırlamak veya ihaleye katılmak için kullandığı personelin bu çabalarının boşa gitmesi nedeniyle bir tazminat isteyebilmesi için, ihaleye katılmasaydı, söz konusu iş gücünü gelir sağlayıcı başka bir işte kullanacağını ispat etmesi gerekir[10].ı.

Tazmini talep edilebilecek bu zararlar, isteklinin idarenin ihale mevzuatına ve aralarında kurulan ihale ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getireceğine olan güveninin, idarenin hukuka aykırı davranışı nedeniyle boşa çıkmasından kaynaklanan zararlardır. Tazminat talebinde bulunan isteklinin bu tür bir güven duymasına engel olan vakıaların mevcudiyeti halinde, örneğin, somut olayda ihaleyi açan kurumun hukuka uygun hareket edeceği hususunda kuşkular mevcut ise, isteklinin bu güveni korunmaz ve tazminat talebinde bulunamazıo[5]_

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren isteklinin tazminini talep edebileceği harcamalar, sadece teklifini hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptığı harcamalardır. Buna karşılık, kendisi ile ihaleyi açan kurum arasında sözleşmenin yapılacağına duyduğu güven nedeniyle, sözleşmenin yapılmasından önce bu sözleşmenin ifası için bazı hazırlıklara girişmesi ve harcamalarda bulunması halinde, sonradan bu güvenin boşa çıkması nedeniyle bu harcamaların tazminini talep edemez. Hatta ihalenin tazminat talebinde bulunan istekliye bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi, isteklinin sözleşmenin ifasına yönelik olarak yaptığı, ancak kendisi ile sözleşme imzalanmaması nedeniyle boşa çıkan harcamalarının tazminini talep etmesi kural olarak mümkün değildir. Çünkü aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere[106] üzere, ihale kararı niteliği itibariyle idarenin kimle sözleşme yapacağı yönünde bir iç

Byok/Jaeger/Gronstedt, Rnr.1319; **Prie6/Niestedt**, s. 173; **Wagner/Steinkemper**, BB 2004, s. 1584.

[103] **lngenstau/KorbionNygen**, Einl., Rnr.72; **Hüttinger**, s. 103.

[1□] **lngenstau/Korbion/Vygen**, Einl., Rnr.72.

[105] **Pricfl/Niestedt**, s. 174; BGH, *Urteil* vom 3. 6. 2004 - X ZR 30/03, NZBau 2004, s. 517: Bu kararında Alman Federal Mahkemesi, ihale dokümanlarında işin görülme koşulları ve fiyata ilişkin muğlak ve dolayısıyla tamamen farklı şekillerde yorumlanabilecek hususların bulunması halinde, isteklinin bu hususların kendisine en uygun gelen tarzda yorumlanacağına ilişkin güveninin korunmayacağını belirtmektedir.

[106] Bkz. aşa. § 6/JII/D.

km□n olup. sözk□mc) apnıa yiikiiınliiliiğii doğurmaz. Dolayısıyla. ihale lizcrindc hırnkılan isteklinin. ihale kararına rağmen kendisi ile sözleşme yapılmayahikceği ihtimalini göz önünde bulundurması gerekir. Bu ihtimalin varlığına mğmen. sözleşmenin ifasına yönelik hazırlıklara girişen istekli bu riski göze alarak hareket etmiş sayılmalı ve kendisi ile sözleşmenin yapılmaması halinde iistlendiği bu riskin sonuçlarına katlanmalıdır[107].

Bu kuralın istisnası sadece, isteklinin ihaleyi açan kurumun talebi üzerine. henüz yapılmamış sözleşmenin ifasına ilişkin hazırlıklara başlaması halinde kabul edilebilir. Örneğin ihale konusu işin aciliyetinin bulunduğu, ancak ihale kararına itiraz edildiği için sözleşmenin imzalanamamış olduğu hallerde: ihaleyi açan kurum, ihale işlemlerinin hukuka uygun gerçekleştiği ,e bu nedenle diğer isteklilerin itirazlarının reddedileceği varsayımından hareket ederek ihale üzerine bırakılan istekliden zaman kaybetmemek için sözleşmenin ifasına yönelik hazırlıklara başlamasını talep etmiş olabilir. Bu tür durumlarda masrafların boşa çıkması riskinin ihaleyi açan kurum tarafından üstlenildiği kabul edilmeli ve sonradan ihale kararının iptali ve sözleşmenin yapılamaması halinde, istekliye boşa giden bu harcamaların da tazminini talep etme hakkı tanınmalıdır[108].

Yukarıda belirtildiği gibi, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin yoksun kalınan kar niteliğindeki menfi zararını talep etmesi de hukuken mümkündür. Bu takdirde, tazminat talebinde bulunan isteklinin hukuka aykırı ihale sürecine katıldığı için başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını, örneğin sırf bu nedenle başka bir ihaleye girmediğini ispat etmesi gerekecektir[109]. Bazı yazarlara göre isteklinin bir ihaleye katıldığı için başka sözleşme yapma tekliflerini reddetmesine çok sık rastlanmaz[110]. Ayrıca ekleyelim ki, bu hususun ispatı da çoğu zaman çok güç olacaktır. Örneğin, isteklinin sırf bu ihaleye katıldığı için, aynı dönemde yapılan başka bir ihaleye katılmaktan vazgeçtiğini ileri sürmesi halinde sadece bu hususu ispat etmesi yeterli olmayacak, aynı zamanda o ihalede de ekonomik açıdan en avantajlı teklifin kendisi tarafından verileceğini ve sözleşmenin kendisi ile yapılacağını da ispat etmesi gerekecektir ki, bunun hemen hemen imkansız olduğu açıktır. Bu nedenle isteklinin başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı için uğradığı zararların tazminini de talep etmesi genellikle mümkün olmayacaktır.

Alman Hukukunda savunulan ve Alman Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilen bir görüşe göre, isteklinin bazı durumlarda idarenin culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak müspet zarar niteliğindeki yoksun

---

[107] **Beyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.808.
[108] **Beyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.809.
[109] **Kligner**, s. 190 dn.97; **Beyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.786.
[11°] **Kligner**, s. 190 dn.97.

k:ılınan lı.arının tazminini talep etmesi mümkündür. Bunun için iki şartın me, cudi) eti aranmaktadır: Birincisi, idarenin hukuka aykırı olarak başka bir istelı.li ile sözleşme yapmış olması gerekir. İdare ihale konusu işe ilişkin sözleşme) apınamış. yani. ihale niyetinden, hukuka aykırı da olsa, kesin olarak \'azgeçmiş ise. müspet zarar talep edilemez. İkinci olarak isteklinin, ekonomik açıdan en uygun teklifi kendisinin verdiğini ispat etmesi gerekir. Bu şartların varlığı halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi vermesine rağmen başka biriyle sözleşme yapılarak devre dışı bırakılan isteklinin, sözleşme kendisi ile yapılmış olsa idi elde edebileceği karın tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir[111].

Kanımca ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibine sadece, ihaleyi açan kurumun başka bir istekli ile sözleşme yaptığı hallerde müspet zararının tazminini talep etme hakkının tanınması isabetlidir. Çünkü, yukarıda ihalenin iptali konusu incelenirken de belirtildiği üzere, ihaleyi açan kurumun sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Oysa, ihaleden kesin olarak vazgeçen idareye karşı, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibine, iptal edilen ihale konusu sözleşmenin ifası halinde elde edeceği karın tazmininin talep etme hakkının tanınması, dolaylı olarak idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu anlamına gelecektir. Bu nedenle, müspet zarar tazminatı talep etme hakkının sadece, idarenin sözleşme yapma niyetinden vazgeçmediği, ancak ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekliyi devre dışı bırakarak aynı veya tekrarlanan ihalede başka bir istekli ile sözleşme yaptığı durumlarda tanınması görüşü isabetlidir.

Ancak, bu tür durumlarda müspet zararın tazmini talebini c.i.c. sorumluluğuna dayandırmak, hukuken güç gözükmektedir. Çünkü Türk/İsviçre hukuklarında hakim görüş, c.i.c. sorumluluğunda sadece menfi zararın tazmininin talep edilebileceğini kabul etmektedir[112]. Bu anlayış çerçevesinde,

---

[111] **Byok,** NJW 2006, s. 2083; **Heuvels,** NZBau 2005, s. 572; **Kapellmann/Messerschmidt/Dahne,** § 26 VOB/A, Rnr. 31; **Jmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 24; **Arztmann,** s. 116; **Klingner,** s. 191; **Ohler,** BauRb 2005, s. 155; **Noch,** s.131; **Feber,** BauR 1999, s. 557; **lngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.69; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.7; **Motzke/Pietzcker/PriefJ,** Syst V, Rnr. 241; **Schnorbus,** BauR 1999, s. 87; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1319; **Priefl/Niestedt,** s. I74; **Hüttinger,** s. 100/101; **Ax/Schneider,** s. 255/256; BGH, Urteil vom 16.12.2003 - X ZR 282/02, NZBau 2004, s. 283; BGHZ 139,268; 139, 284.

[112] Lüchinger, Nr. 244; Kramer, Art.22 OR, N.44; **Gauch,** Werkvertrag, Nr. 493; Gauch/Schluep/Schmidt, Nr.966; Hürliman, R., Die Haftung des Liegenschaftenschatzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten, BR 2004, s. 109; Gonzenbach, s. 199 vd.; Wahrenberger, A., Vorvertragliche Aufklarungsptlichten im Schuldrecht Zürich 1992, s. 169; **Kırca,** s. 207;

ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin, hukuka aykırı olarak J..endisi ile değil de başkası ile yapılan sözleşmeden elde edebileceği karın tazminini talep etmesi mümkün olmayacaktır. C.i.c sorumluluğunun temelinde. taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan yükümlülüklere 8) kırı davranılmasının tazminat borcuna yol açacağı düşüncesi yatmaktadır. Bu güvenin boşa çıkmasının yol açtığı zararlar ise, menfi zarardır. İsteklinin kendisi ile sözleşme yapılmış olsaydı elde edeceği kar, bu güvenin boşa çıkmasının yol açtığı bir zarar değildir.

Ancak öte yandan, ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına açıkça aykırı hareket etmesi ve kasıtlı olarak, hatta çeşitli manipülasyon veya rüşvet kokulan yayar bir tarzda, ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekli ile değil de. sonraki sıralarda gelen isteklilerden biri ile sözleşme yapması durumunda. mağdur edilen, devre dışı bırakılan isteklinin menfi zarar tazminatı ile yetinmek zorunda kalınası adalet duygusunu derinden yaralayacaktır. Bu tür açık ve ağır mağduriyet durumlarında hukuki kavram ve kurumların somut olayda adil çözümü bulma çabalarının önüne çektiği kalın duvarların gölgesine sığınmak, hukuk vicdanını rahatlatmayacaktır; bazen haksızlığı engellemek adına bu duvarların yıkılıp geçilmesi kaçınılmaz bir hal almaktadır. Ancak "Tutucu bir kavram hukukçusu"nun "ne yazık ki c.i.c sorumluluğunda sadece menfi zarar istenir" söylen1i ile açıkça hakkı yenen isteklinin mağduriyetini sineye çekmek ya da adalet kavramının buyruğu doğrultusunda kavramsal çerçeveyi zorlamak ve gerekiyorsa parçalamak alternatifleri arasında bu ikincisi lehine tercih yapmadan önce, bir "üçüncü yolun" bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Eğer başka bir hukuki zeminde, açıkça ve hukuka aykırı olarak zarara uğratılan isteklinin, kendisi ile yapılmayan sözleşmeden elde edeceği karın tazminini talep etmesi mümkün ise, artık somut olayın gerektirdiği durumlarda c.i.c. sorumluluğunda da müspet zararın tazminine imkan tanınması gerektiği görüşünü hukuken gerekçelendirmeye çalışmaya gerek kalmayacaktır. Bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz üzere, haksız fiil hükümleri bu "üçüncü yolun" kapılarını sonuna kadar açmaktadır. Sözün özü: Ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin kendisi ile değil de başkasıyla yapılan sözleşmeden elde edebileceği kar kaybının telafisini c.i.c. esasına dayandırmaya ve gereksiz bir "kavramsal tahribata" ihtiyaç bulunmamaktadır; kar kaybının karşılanmasını isteyen istekli-

---

Sungurhey, A.K., Yetkisiz Temsil, Istanbul 1988, s. 139 vd. ve 144 vd.; BGE 130 ili 348; BGer Urteil v. 03.02. 2003, Dossier-Nr. 4C.320/2002, gerekçe 4.2. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, c.i.c. sorumluluğu halinde müspet zararın ta,ı1nininin de talep etmek mümkündür; bkz. **Sero7,an,** Borçlar Hukuku s. 256; **Waltcr,** 11.P., Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Gartcn des RcchLı;?, in: ZSR 120 (2001) 1, s. 100.

nin haksız fiil hukukunun kendisine sunduğu enstrümanlardan yararlanması gerekir.

İ teklinin c.i.c. sorumluluğuna göre tazminat talep etmesi halinde, onun birlikte kusurunun bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Isteklinin idarenin açık hukuka aykırı işlemlerine karşı kendisine tanınan asli hukuki korumadan yararlanmaması ve bu işlemlere karşı itirazen şikayet başvunısunda bulunmaması, illiyet bağını kesen bir "birlikte kusur" olarak değerlendirilmeli ve tazminat talebi reddedilmelidir[113]. ihalenin haklı bir sebep olmaksızın iptal edilmesi ve tekrarlanması durumunda, birinci ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan ve iptal sebebiyle tazminat talep eden isteklinin, tekrarlanan ihaleye iştirak etmemesinin de bir birlikte kusur teşkil edip etmeyeceği sorunu bakımından kanımca bir ayrım yapmak gerekir: C.i.c. sorumluluğuna dayanarak sadece menfi zararının tazmini talep eden isteklinin ikinci ihaleye katılmaması, birlikte kusur olarak değerlendirilmemelidir. Buna karşılık, isteklinin bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz haksız fiil hükümlerine d□yanarak kendisi ile yapılmayan sözleşmeden elde edebileceği karın tazmini talebi bakımından bu husus, birlikte kusur olarak göz önünde bulundurulmalı ve tazminat talebi reddedilmelidir[114].

Doktrindeki hakim görüş, tazminat talebine muhatap olan idarenin "hukuka uygun alternatif davranış iddiasında" bulunabileceğini, yani kurtuluş kanıtı getirerek tazminat borcundan kurtulabileceğini kabul etmektedir[115]. Buna göre, idare, hukuka uygun hareket etseydi dahi, tazminat talebinde bulunan isteklinin zarara uğrayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, idare, tamamen hukuka uygun hareket etmiş olsaydı, somut olayda haklı sebep bulunduğunu ve ihaleyi iptal edeceğini [116] ya da tazminat talebinde bulunan istekliyi hukuka uygun olarak ihale dışı bırakacağını [117] ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

---

113 Bkz. ve karş. yuk. dn. 28'de zikredilen yazarlar.

114 Bu noktada bir ayrım yapmadan, genel olarak bu durumun birlikte kusur teşkil etmeyeceğigörüşünde **lngenstau/KorbionNygen,** Einl., Rnr.68.

115 **Kligner,** s. 189; **PriefJ/Niestedt,** s. 174; **Hüttinger,** s. 104/105; **lngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.70; **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.7; **Motzke/Pietzcker/Priefl,** Syst V, Rnr. 244 vd.; **Arztmann,** s. 123; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1319; **Kapellmann/Messerschmidt/Dahne,** § 26 VOB/A, Rnr. 29; **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 27.

116 BGH Urteil v. 26.10.1999-X ZR 30/98, NZBau 2000, s. 37; BGH Urteil v. 17.12.1999-X ZR 1001/97, NJW 2000, s. 140.

117 BGH Urteil v. 16.04.2002 -X ZR 67/00, NZBau 2002, s. 517; BGH, NJW 2000, s. 140.

Tnzrninnt tnlebinin tabi olduğu zaınnnaşıını süresi, c.i.c. sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak benimsenecek göriişe göre değişecektir[118]: C.i.c. □orumluluğunda tazminat taleplerinin haksız fiil zaınanaşıınıııa tabi olduğu knbul edildiği takdirde BK. ın.60□ sözleşme hukukunun uygulanacağı "nbul edildiği takdirde BK. nı.125 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

2) Haksız Fiil Sorumluluğu

İhaleyi açan kurumun hukuka aykırı işlemleri nedeniyle zarar gören istekliler. c.i.c. sorumluluğu yerine[119], haksız fiil hükümlerine dayanarak da da,·a açabilirler. Doktrinde haksız fiil hükümlerine dayanmanın, özellikle taraflar arasında güven ilişkisi kurulmadığı için isteklinin c.i.c. sorumluluğuna göre tazminat talebinde bulunamayacağı hallerde büyük önem taşıyacağı kabul edilmekte ve buna örnek olarak, idarenin ihale açmadan bir kimse ile sözleşme yapması (de facto-Vergabe) veya yanlış ihale usulü uyguladığı dunımlar gösterilınektedir[1]:w_Kanımca, idarenin ihale açmadan sözleşme imzaladığı durumlarda, mağdur olan, yani ihale açılmış olsa idi bu ihaleyi kazanacağını ileri süren isteklinin haksız fiil hükümlerine göre dava açma imkanına sahip olmasının, sanıldığı kadar büyük bir pratik değeri bulunmamaktadır. Çünkü bu tür durumlarda, tazminat talebinde bulunan kişinin, ihale açılmış olsaydı bu ihaleyi kendisinin kazanacağını ispat etmesi neredeyse imkansızdır[121]. Kanımca, haksız fiillere dayalı bir tazminat talebinin asıl önemi. ihaleyi açan kurumun kasıtlı ve açıkça hukuka aykırı işlemleri nedeniyle ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekli yerine başka biriyle sözleşme yapması durumunda, mağdur edilen istekliye bu sözleşmeden elde edebileceği karın tazminini talep etme imkanı sağlaması noktasında kendini gösterecektir.

Alman Hukukunda, ihale işlemleri nedeniyle 8GB § 839 anlamında devletin sorumluluğunun söz konusu olamayacağı, zira ihale işlemlerinde idari

---

[118] Bu konuda ileri sürülen haksız fiil görüşü, sözleşmese! sorumluluk görüşü ve kamıa görüşler hakkında toplu bilgi için bkz. **Gonzenbach,** s. 64 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 975 vd.; **Eren,** s. 1085 vd.

[119] Culpa in contralıendo ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişki için bkz. **Gonzenbach,** s. 40 vd.

[120] **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 35; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.11; **Priefl/Niestedt,** s. 177; **Hüttinger,** s. 109 vd.

[121] Benzergörüşte **PrieB/Niestedt,** s. 177.

islemlcre *öıgil* ilstiln bir kamu gilcil kullanılmadığı ve devletin özel hukuk c□a·!arına *u./□* fo:ıliyd gösterdiği görilşü hnkiındir[122].

İhaleyi açan kurumun haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğunun şart. !arını incelemeye başlamadan önce bir noktanın üzerinde kısaca durulması vararlı olacaktır. İhaleyi açan kurumun kamu hukukuna tabi bir tüzel **kişilik** □e ihale işlemini yiirüten personelin de "memur" sıfatını taşımaları durumun. da. Anayasa·nın m.40/11 ve 129/V hükümleri ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin ilk fıkrası hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümlere göre. memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kusurlu ve hukuka aykırı eylem ve İŞ· lemleriyle üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı açılacak tazminat da• valarının, memur veya diğer kamu görevlisine değil, doğrudan doğruya devlete karşı açılması gerekir[123]. Yargıtay, burada "hizmet kusuru"-"kişisel kusur" ayrımı yapmakta ve sadece hizmet kusuru halinde devlete karşı idari yargıda dava açılabileceğini, kişisel kusur durumunda ilgili kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabileceğini kabul etınektedir[124]. Ancak burada sözü edilen kişisel kusurun, ilgili kamu görevlisinin yürüttüğü kamu görevi ile bir ilgisi bulunmayan "salt kişisel kusur" niteliği taşıdığı hallerde, kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açmak söz konusu olabilir[125]. Buna karşılık, kamu görevlisinin kusuru, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevi ile ilgili ve görev esnasında ortaya çıkmış ise (görev kusuru), bu takdirde kamu görevlisinin kusurunun derecesi önem taşımayacak ve kasıtlı olarak hareket etmiş olsa dahi, ilgili kamu görevlisine değil, devlete veya hizmetinde çalıştığı kamu idaresine dava açılma□, gerekecektir[126].

---

111 **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 36; **Kligner,** s. 192; **Sterner,** NZBau 2001, s. 426 dn.40; **Motzke/Pietzcker/Prief1,** Syst V, Rnr. 300; **Schnorbus,** BauR 1999, s. 90/91; **Byok/Jaeger/G ronstedt,** Rnr.1328.

123 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.40/II: "Kişinin, resmı görevliler tarafından va□! haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edılır. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır"; m.*129N:* ..Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar□an d□□□n ta□minat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gosterdıgı şekıl ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir"; 657 s□y'.I'. Devlet Memurları Kanunum. 13: "Kişiler kamu hukukuna tabi görev• !erle ılgılı □!ara-k□ğr□dı_k_ları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhıne degıl, ılgılı kurum aleyhine dava açarlar".

124 Bkz. örneğin Yarg. HGK., T. 29.3.2006, E. 2006/4-86, K. 2006/111; 4. HD., T. 28.3.2006, E. *200511_9□6,* K. 2006/3385; 4. HD., T. 17.2.2005, E. 2005/959; **K.**

125 *2005!1401*(kararlar ıçın bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

126 **Gözübüyükffan,** s. 766 •

Eren, s. 589; **Gözler,** s. 734/735; **Gözübüyük/Tanş** .762.

:\n□□nsn'nm ve Devlet l'vkmurlnrı Kıntınunun yukıırıdn hclirtilcn hU-□Omkrimk dt\1cnlcncn "devletin sonımluhığuntın" hukuki niteliği tıırtışmnh,hr. Üıd lnıku1' litcrnlilrUnck bu sonınn değinen nıidir ynzarlnrcJnn biri olun **l'lU,:ı□·c**□öre, ı\nnynsn'nın ın.40/11hilkınllndc sözll edilen "hnksız işlemler" ifadı:-!-İni işlem· c eylem şeklinde nnlnmnk gerekir ve bunlnr niteliği itibariyk l K. m.41 nnlmnında haksız fiildir[127].

Bu göri\ş idare hukuku litcrntnrllndc bUyllk tepkilere yol açmıştır[12]ıı. Bu □i\ıil,Hn "Tilrk kamusal sonıınhıluk sistemini tiimO ile başkalaştırıp, dokusunu dc□iştirdiği" ileri snriilmiişH\r[12]q. İdari sorumluluğun özel hukukun temel il□ekrindcn bağımsız bir sorumluluk olduğu, ayrıca kanunla değil, yargı □an,rlnrıyla geliştirildiği belirtilnıiştir[130].

Kanımca. idarenin sonınıluluğunun özii itibariyle bir haksız fiil sorumluhığu olduğu tespitinin bu kadar tepki uyandıracak bir tarafı bulunmadığı g.ihi. bu tespit, idarenin sorumluluğunun idari yargıda geliştirilen bazı esaslar çerçeve inde değerlendirilmesine ve tam yargı davaları bakımından geçerli ohm usullere tabi kılınmasına da engel teşkil etmemektedir. Sorumluluk ve tazminat kavramları, özel hukukta yeşeren ve sadece özel hukukun değil genel olarak hukukun temel kavramlarıdır. Bu kavramların köklerinden koparılarak başka bir alana aktarılması ve tamamen değişik bir şekle büründürülmeye çalışılması, kavramın daha da gelişmesine değil, olsa olsa solmasına, renksiz hale gelmesine yol açar.

Bu nedenle idare hukukunun, özel hukuktan "ödünç" aldığı sorumluluk kunımunu işlerken, onun özel hukuktaki gelişim sürecinin mahsulü olan teorik e kavramsal zenginliğine, "özerklik" kaygısıyla sırt çevirmemesi gerekir. Örneğin, özel hukukta sözleşme dışı sorumluluk alanında kullanılan, fiili zarar-yoksun kalınan kar, kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk, kişisel sorumluluk- başkasının eyleminden doğan sorumluluk ayrımları; hukuka aykırılık kavramının ortaya çıkan zarar türleri, özellikle de salt malvarlığı zararları bakımından taşıdığı anlam, idarenin kamu hukukuna dayalı sorumluluğu bakımından da yararlanılması gereken hususlardır. Esasen idare hukuku doktrin ve içtihatlarında da, bunun büyük ölçüde yapıldığı görülmektedir: "İdari sorumluluk konusunda uygulanacak bir idare hukuku ilkesi yoksa, hakim o konuda karar verirken özel hukuk sorumluluğu kurallarından yararlanabilir" tespitini açıkça dile getiren idare hukukçuları olduğu gibi[131], "özerk bir sorumluluk" olduğuna "özel vurgu" yapılan idarenin sorumluluğu-

---

127 **Eren,** s. 590.

128 **Ozansoy,** C., Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku erozyonu, 1. İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap: İdari Yargı, Ankara 1991, s. 79.

129 **Gözübüyük/fan,** s. 760.

130 **Gözler,** s. 722; **Gözübüyük/Tan,** s. 760.

nı Bkz. örneğin **Gözler,** s. 722.

mm şartları sayılırken. idarenin hukuka aykırı bir eyleminin bulunması, bundan bir zarar meydana gelmesi, illiyet bağı bulunmasından söz edilmekte ve buna ek olarak bazen kusur (hizmet kusuru) şartının arandığı, bazen de ku. sursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu belirtilınektedir[132]. Görüldüğü gibi bu şartlar. aslında özel hukuktaki sorumluluğun da şartlarıdır.

Bu değerlendirmeler ışığında şu tespitlerde bulunmak mümkündür: ida. renin Anayasa·nın 40/11. 129/V ve Devlet Memurları Kanununun I 3. maddesindeki sommluluğu, özü itibariyle bir haksız fiil sorumluluğudur. Başka bir deyişle. bu sorumluluk "devletin kamu hukukuna göre haksız fiillerden sorumluluğu..ıun esaslarını düzenlemektedir. Devletin kamu hukukuna göre sorumluluğunun, özel hukuk alanındaki sorumluluktan farklı en temel özelliği, "münhasır" bir sorumluluk olmasıdır: Memur veya diğer kamu görevlilerinin görev kusurları ne kadar ağır olursa olsun, onlara değil sadece idareye karşı dava açılabilir. Kamu görevlisinin kişisel kusuru, tazminatı ödeyen idarenin ilgili kamu görevlisine rücu etmesi bakımından önem taşımaktadır. Bir diğer temel fark, idari yargı uygulamasında geliştirilen "hizmet kusuru" kavramıdır. Hizmet kusuru, idarenin kuruluşundan veya işleyişinden kaynaklanan nesnel nitelikte bir bozukluk veya aksaklıktır. Kamu görevlilerinin görevleri esnasında ve görevleri ile ilgili işledikleri kusur, idare açısından, örgütlenme, organizasyon ve üstlendiği görevlerin ifasında bir kusur olarak değerlendirilmekte ve hizmet kusuru olarak adlandırılmaktadır. Bir hizmetin, kötü işlemesi, hiç işlememesi veya geç işlemesi hizmet kusuru olarak kendisini göstermektedir[133]. İdare hukuku doktrin ve içtihatlarından, hizmet kusuru ile, sorumluluk hukukundaki kusur kavramının değişikliğe uğramış bir biçiminin mi, yoksa hukuka aykırılık unsurunun, yani idarenin kanunen yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğü ihlalinin mi kastedildiği ise tam olarak anlaşılamamaktadır[134]. Burada incelediğimiz kamu ihale sözleşmelerinin kurulmasından önceki dönemde idarenin sorumluluğu bakımından fazla önem taşımayan ve bu çalışmanın da kapsamı dışında kalan bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır. Ancak şu kadarını ekleyelim ki, bu anlamda bir sorumluluk özel hukuka yabancı olmayıp, "organizasyon sorumluluğu"

---

132 Bkz. örneğin **Gözübüyük/Tan,** s. 803 vd.; **Gözler,** s. 756 vd.; **Günday,** s. 329 vd. ve s. 345 vd.

133 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözübüyük/Tan,** s. 776 vd.; **Gözler,** s. 725 vd.; **Günday,** s. 330 vd.

13.ı Bu yönde tereddütlerin oluşmasına yol açan ifadeler için bkz. örneğin, **Gözübüyük/Tan,** s. 777:"Hukuka aykırı bir işlem, genel olarak idari kusur sayılır"; **Günday,** s. 334: "İdarenin hukuka aykırı bir işlem tesis etmesi aslında İdarece yürütülen bir hizmetin kötü olarak yürütüldüğü anlamına gelir. Bu nedenle, İdarenin hukuka aykırı işlem tesis etmesinin hizmet kusuru teşkil edeceğinde kuşku olmamak gerekir".

(Orgnnizationshaf1ungs) bnşlığı nltında öteden beri bilinmektedir. Nitekim .....0nımluluğ.un Birleştirilmesine ilişkin İsviçre Ön Tasarısının" 49a ve 2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 61. maddesinin 3. fıkrasında, "bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışına düzeninin zararın doğmasını 0nkmcye el\'C□rişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dola-□ısıyla sebep olunan znrarları gidermekle yükümlüdür" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi burada da. bir işletmede çalışan şahsın kusuru, işletmenin organizyonunda ve faaliyetlerinde bir kusur olarak değerlendirilmiştir.

Nihayet bir başka farklılık, idarenin sorumluluğu idare hukukuna tabi ve tm1 yargı davasına konu oluşturan bir sorumluluk olduğundan, tanı yargı da,aları bakımından geçerli olan usul ve süre koşulları uygulama alanı bulacaktır. Bu farklılıklar göz önünde bulundurulmak kaydıyla, kanımca idarenin sonıınluluğunun haksız fiil sorumluluğu olarak adlandırılmasınm herhangi bir sakıncası bulunmamaktadır.

Tekrar ihaleyi açan kurumun haksız fiil esaslarına göre sorumluluğunun şartlarına dönecek olursak: BK. ın.41 anlamında bir haksız fiilin söz konusu olabilmesi için, ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı bir davranışı, bu davranışın kusurlu olması, bir zarara yol açması ve hukuka aykırı eylem ve işlem ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

İlk olarak ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı bir davranışının mevcudiyeti gerekmektedir. Ancak hukuka aykırılığın tespiti bakımından, burada ele aldığımız tazminat talepleri bir özellik arzetmektedir: Mağdur edilen isteklinin tazminini talep ettiği zararlar, şahsa veya şeye verilen zarar dışında kalan bir zarar, yani "salt malvarlığı zararı"dır (reine Vermögenschaden)[135]. Türk-İsviçre Hukukunda kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisine göre[136], şahsa veya şeye verilen zararlarda, zararlı sonuç tek başına hukuka aykırılığın kabulü için yeterli sayıldığı halde, salt malvarlığı zararlarında, tek başına zararlı sonucun meydana gelmesi yeterli sayılmayıp, söz konusu malvarlığı değerlerini koruyan bir hukuk normunun mevcudiyeti şartı aranmaktadır[137]. Devletin sorumluluğunda da, salt malvarlığı zararlarının tazmininin talep edilebilmesi için, söz konusu malvarlığı değerlerini koruyan bir normun ihlal

---

[135] "Diğer zararlar" ya da "diğer malvarlığı zararları" olarak da ifade edilen bu kavram için bkz. **Lüchinger,** Nr.401 vd.; **OR-Schneider,** Art.41 OR, N.13; **Gauch/Schluep/Rey,** Nr.2720; **Eren,** s. 480; **Brehm,** Art.41 OR, N.85; **Kırca,** s. 9 vd.; **Rey,** Nr.329 vd.; **Oftinger/Stark,** § 4, N.60.

[136] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren,** s. 547 vd.; **OR-Schneider,** Art.41 OR, N.30 vd.; **Brehm,** Art. 41 OR, N.85; **Kırca,** s. 14 vd.; **Rey,** Nr.329 vd.; **Oftinger/Stark,** § 4, N.9 vd.

[137] **Eren,** s. 556 vd.; **Brehm,** Art. 41 OR, N.36; **OR-Schneider,** Art.41 OR, N.34/35; **Kırca,** s. 15; **Rey,** Nr.329 vd.; **Oftinger/Stark,** §, N.60.

□dilmesi gcrd,tiği kabul cdilıncktcclir[1].[8] ihlalleri halinde salt malvnrlığı zararlarının tazmininin talep edilmesine ıınkfin tıınıynn "korumu ııorınları", sadece genel olarak kamu ynrnrmı değil, belirli bir kişinin ya da grubun hakhmnı ihlallere karşı koruyan norınlardır'-'[9]. l3u nedenle, ekonomik açıdan en a,antnjlı tc:klifi sunan isteklinin, idarenin ihale mevzuatına aykırı hareket etmesi nedeniyle tazminnt talep etmesi, ancak ihlal edilen mevzuat hükmünün bu .ınlamda bir "koruma normu" olarak nitelendirilmesi halinde mümkün olacaktır.

Doktrinde. isteklilere idareden ihale mevzuatına uygun davranmasını talep etme hakkının tanındığı durumlarda, ihale mevzuatının da salt malvarlığı zararlarının tazminine imkan tanıyan bir "koruma normu" olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir[140]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu incelendiğinde, ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırı hareket etmesinden dolayı isteklilere karşı sorumlu tutulduğu, hatta isteklilere mevzuata aykırı davranışların düzeltilmesi için itiraz ve şikayet haklarının tanındığı görülmektedir. Kamu İhale Kanununun 54. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "İdareler ve ihale komisyonları, ihalelerin bu Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususunda yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusuna karşı da sorumludur. Bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu aşağıda belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikayet suretiyle inceleme talebinde bulunabilir". Bu hüküm karşısında Kamu İhale Kanununun, ihlali halinde isteklilere salt malvarlığı zararlarının tazminini talep etme hakkı tanıyan bir "koruma normu" olduğundan kuşku duyulamaz.

Kamu İhale Kanununda yer alan ve idare ile genel kamu menfaati yanında isteklileri de koruyan düzenlemelere örnek olarak, idareyi ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşitliği, gizliliği sağlamakla yükümlü tutan 5. maddesinin 1. fıkrası, aynı maddenin temel ihale usulünün açık ihale veya belirli istekliler arasında ihale olduğunu belirleyen 4. fıkrası, şartnamede ihale konusu işin her türlü özelliğinin belirlenmesini öngören 12. maddesi, ihale ilan sürelerine ilişkin 13. maddesi ve özellikle de "ihalenin ekonomik açıdan en avan-

---

138 **Jaag,** ZSR2003 1, s. 39/40 ves. 60.

139 **Motzke/Pietzcker/Priell,** Syst V, Rnr. 288; **Byok/Jaeger/G ronstedt,** Rnr.1322.

140 Bkz. ve karş. **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 35; **Arztmann,** s. 127; **Klingner,** s. 193; **Dreher,** NZBau 2002, s. 426; **lngenstau/ Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.85; **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.11; **Motzke/Pietzcker/PrieO,** Syst V, Rnr. 288; **PrieO/ Niestedt,** s. 176; **Hüttinger,** s. 114/115; **Wagner/Steinkemper,** 88 2004, s. 1584. Aksi görüşte Schnorbus, BauR 1999, s. 84; karş. ayrıca Byok/Jaeger/ Gronstedt, Rnr.1324.

tajlı tek.lif veren isteklinin üzerinde bırakılacağını" belirten 40. maddesinin 1. fıkrası ile danışmanlık ve hizmet ihalelerinde tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin esasları düzenleyen 52. maddesi gösterilehilir[1]-ıı İhaleyi açan kurumun isteklileri koruyan bu ve benzeri hiikümlere 3) kırı hareket etmesi halinde, bundan zarar gören kişinin aşağıda ifade edeceğimiz esaslara göre tazminat talep etme hakkı doğacaktır.

İkinci olarak, ihaleyi açan kurumun "hizmet kusuru" teşkil edecek bir davranışının bulunması gerekir. İdare hukuku doktrin ve içtihatlarında, kamu kurumlarının "hizmet kusuruna" dayalı sorumluluğunun, sorumluluk hukuktına hakim olan kavramlar açısından nitelendirilmesine rastlanmaz; sadece bu sorumluluğun idare hukukuna özgü bir sorumluluk olduğunun tespiti ile yetinilir[1]-ı[2]. Kanımca, devletin haksız fiil sorumluluğu, özel hukuktaki "organizasyon sorumluluğu"na benzer bir "olağan sebep sorumluluğu"dur. Özel hukuktaki organizasyon sorumluluğunda, işletmenin biinyesinde çalışan kişilerin verdikleri zararların, onların kişisel kusurundan bağımsız olarak söz konusu işletmenin organizasyonundaki bozukluktan kaynaklandığı varsayımından hareket edilmektedir[143]. Aynı şey devletin sorumluluğu bakımından da söz konusudur: Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken verdikleri zararlar, onların kişisel kusurundan bağımsız olarak, idare örgütünün organizasyonunda, yani kuruluş ve işleyişinde bir bozukluk, bir kusur olarak nitelendirilmektedir. Nitekim bu husus Danıştay 13. Dairesinin 02.02.2005 tarihli kararında yer alan şu ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır:

"Bilindiği gibi, idarenin kusurlu sorumluluğundan söz edebilmek için. idarenin himıet kusuruna dayalı davranışından bir zarar doğması ve bu davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Hizmet kusuru kavramı genel anlamıyla bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık. eksiklik ve bozuklukları ifade etmektedir. **Başka bir anlatımla, yasalarla kendisine görev olarak verilen kamu hizmetinin işlemesini sağlayacak örgütü kurmak, gerekli organizasyonu sağlamak, denetimleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlü olan idarelerin, bu yükümlülüklerini gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik hallerinde idarenin hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir.** İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluk halleri, uygulama süreci içinde giderek artmış ve yaygınlaşmışsa da bu haller günümüz öğreti ve içtihatlarında da hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi şeklinde üç ana başlık halinde toplanmaktadır. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olması, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, hizmetin geç işlemesi, hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmemesi beklenen ölçü ve süratin gösteril-

---

[1]□[1] İhale mevzuatlarında yer alan diğer koruma normu örnekleri için bkz. **Ingenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.85.

[142] Bkz. yuk. dn. 130 civarı.

[143] **Jaag**, ZSR 2003, 1, s. 39/40 ve s. 72.

memesi. hizmetin hiç işlememesi de idarenin yük0ınli.1ve görevli kılındığı hizmeti) erine getinncmesi. hareket iz kalınası olarak tnnıınl:ınınaktı:ıdır"[1] [1].

Danıştny 11. D:ıiresi'nin 19.12.2005 tarihli kararında da benzer şekilde şu iradeler yer almaktadır:

"İdarenin sorumluluğunun anayasal dayanağı 2709 sayılı Anayasanın 125. maddesinin son fikrasında yer alan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm olmakla birlikte, idarenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk hali hariç eylem ve işlemlerindeki kusuruna dayandırılmaı gereklidir. **Bir başka ifade ile, idarenin yürütmekle görevlendirildiği kamu hizmetinin kurulması (teşkilatlandırılması-yapılandırılması) ve/veya işletilmesinden kaynaklanan kusurlar nedeniyle doğacak zararların idarece karşılanması gerekmektedir.** Ancak, idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için zararın. idarenin üstlendiği kamu hizmetinin doğrudan yerine getirilmesine ilişkin bir eyleminden doğmuş olması ve bu zararın hizmetin kuruluş veya işleyişindeki kusurdan kaynaklanması zorunludur. Bu bakımdan hizmet kusuru, idarenin görev alanı içindeki hizmetin hiç yapılmaması, gereği gibi yapılmaması veya geç yapılması olarak nitelendiri lebilir"[145].

Benzer ifadelere yer veren çok sayıda başka Danıştay kararı mevcuttur[1][6]. Bir sebep sorumluluğu olarak devletin sorumluluğu, işlem veya eyle

---

ı.w Danıştay 13. Dairesi, 02.12.2005 T.,, 2005/2625 E., 2005/5753 K. (Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Karar metnindeki vurgu tarafımızca yapıimıştır.

ı.ıs Danıştay 11. Dairesi, 19.12.2005 T.,, 2003/2027 E., 2005/5962 K. (Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Karar metnindeki vurgu tarafımızca yapılmıştır.

1.1[6] Bkz. örneğin, **Danıştay** IO. **Dairesi, 23.12.2005 T., 2003/2087 E., 2005/8025 K..:** "Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren durumlardan birisi hizmet kusurudur. Genel olarak hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluk olarak tanımlanmaktadır"; **Danıştay** IO. **Dairesi, 16.12.2003 T., 2002/7475 E., 2003/5193 K.:** "Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin "Sosyal Hukuk Devleti" niteliğinin doğal bir sonucudur. İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlem!erden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, "hizmet kusuru" veya "kusursuz sorumluluk" ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlü-

mi biu:-ıt yapan knmu görevlisinin kusurunun mevcudiyetinden ve derecc-indcn bağımsız bir sonı111luluktur'[17]_

ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırılığı genellikle bir idari işlem ile gerçcklcşccektir[1,11]. İdarenin hukuka aykırı işlemleri bakımından, mc, z.uata aykırı işlem tesis edilmesi durumunda hizmet kusurunun mcvcudi) cti kabul edilmektedir[1].ı[9]. Dolayısıyla burada incelediğimiz somut olay bakımından, mağdur edilen isteklinin, bir zarara uğradığını ve bu zararın ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırı hareketinden kaynaklandığını ispat etmesi yeterli sayılacak, onun ayrıca bir hizmet kusurunun varlığını i patına gerek olmayacaktır.

Yukarıda c.i.c. sorumluluğunu incelerken de değinildiği üzere, ihale mevzuatında çok sayıda muğlak ve açıklığa kavuşturulmamış sorun mevcuttur. Acaba devletin sorumluluğuna dayanarak açılacak tam yargı davalarında, ihaleyi açan kurumun bu hususlara ilişkin değerlendirme hataları bir "hizmet kusuru" olarak nitelendirilebilir mi? Danıştay içtihatlarından hareket edildiğinde, özellikle hukuka aykırılığın bir mahkeme kararı ile tespit edilmiş olması halinde, bu tiir değerlendirme hataları ihaleyi açan kurumu sorumluluktan kurtarmayacaktır[150]. Danıştay IO. Dairesinin 11.11.1996 tarihli kararında bu hususa ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmektedir:

---

lüğünün doğmasına yol açmaktadır"; **Danıştay 10. Dairesi, 12.7.1995 T., 1994/7359 E., 1995/3559 K.:** "Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kuramlardan birisi hizmet kusurudur. Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur". (Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

[148] **Jaag,** ZSR 2003 1, s. 39/40 ve s. 70/71.

[149] Tam yargı davaları bakımından önem taşıyan idari işlem-idari eylem ayrımı için bkz. Danıştay IO. Dairesi, 18.04.2006 T., 2004/8703 E., 2006/2507 **K.** : "Anayasanın 125 inci maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/6 ncı maddesinde ise, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır. İdari işlem; idarenin, idare işlevi ile ilgili konularda aldığı tek taraflı, doğrudan uygulanabilen kararı olarak nitelenebilir. İdari eylem ise; idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir" (karar için bkz. Damştay Bilgi Bankası).

[149] **Gözler,** s. 726.

[150] Alman Hukuku bakımından aynı yönde **Motzke/Pietzcker/Prie8,** Syst V, Rnr. 289. Bkz. ayrıca yuk. dn.94.

"Hukuka aykırı bir işlemin, idare hukuku ilkeleri uyarınca giderilmesi gereken bir hak ihlali meydana getirmiş olması halinde ise, teınyizcn incelenen kararda ifade edilen içtihadi hata veya her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki) anlışlık. hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gibi ölçütler, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırınayacaktır"[151].

Devletin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için isteklinin bir zarara uğraması ve bu zararla idarenin hukuka aykırı davranışı arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerekir. İhaleyi açan kurumun hukuka aykırı işlemi nedeniyle isteklilerin uğradıkları iki tür zarar söz konusu olabilir. Bunlardan ilki fiili zarar, diğer ise yoksun kalınan kardır. Fiili zarar, isteklilerin tekliflerini hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptıkları masraflardır. Yoksun kalınan kar ise ihale konusu sözleşmeden elde edilecek kardır.

ihalenin başlangıcından itibaren hukuka aykırı olması halinde, tüm istekliler fiili zararlarının karşılanmasını talep edebilirler. Eğer ihaleyi açan kurum hukuka uygun hareket etmiş olsaydı, somut olayda söz konusu olan türden bir ihaleyi açmayacak ve isteklilerin de masraf yapmaları söz konusu olmayacaktı. Dolayısıyla ihaleyi açan kurumun bu tür hukuka aykırı davranışları ile isteklilerin uğradıkları fiili zararlar arasında uygun illiyet bağı mevcuttur[152]. Ancak ihale açılmaması gerekirken hukuka aykırı olarak ihalenin açıldığı bu tür durumlarda isteklilerden (ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren de dahil) hiç birinin yoksun kalınan kar talebinde bulunması mümkün değildir. Çünkü idare hukuka uygun hareket etmiş olsaydı ihale açılmayacak ve dolayısıyla hiç kimse ile sözleşme yapılmayacaktı[153].

Ancak eğer ihaleyi açan kurum ihalenin başlangıcında rekabeti ortadan kaldıran davranışlarla bazı isteklileri ihale dışı bırakmış, örneğin, açık ihale

---

151 Danıştay 10.Dairesi,11.11.1996 T., 1995/5361 E., 1996/7290 (Karar için bkz. Danıştay Bilgi Bankası). Bkz. aynı yönde, Danıştay I O. Dairesi, 06. l0.1996 T., 1992/1449 E., 1993/3681 K.,: "Temyizen incelenen kararda da belirtildiği gibi, bir idari işlemin idari yargı yerince iptali, yukarıda da açıklandığı üzere, her zaman idarenin hukuki sorumluluğunu gerektirmeyebilir. Fakat hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemiyle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin, hukuken aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeyle sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamaz esasen öğreti ve uygulamada, idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasında sayılan "içtihadi hata" hali mutlak kurallara bağlı olmaması nedeniyle her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kriter olup, bu kriterin, hukuka aykırı işlemle bir hakkın ihlal edilmiş olduğunun belirlenmesi halinde uygulanması mümkün değildir". (karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

152 **Motzke/Pietzcker/PrieD,** Syst V, Rnr. 294 ve 297.

153 **Motzke/Pietzcker/PrieD,** Syst V, Rnr. 297.

usuliiniin u□gulanması gerektiği lrnldc-, belirli istekliler nrasıııda ihale açmış i□e. ihale dışı kalan isteklilerden. ihaleye katılsa idi ekonomik açıdan en uygun teklif,i·ereceğini ispat eden kişi, yoksun kaldığı karın tazmini talebinde buhınabilir. Hemen ekleyelim ki. ihale dışı bırakıldığı için teklif dahi sunma imk□ınına sahip olmayan isteklinin bu durumu ispat etmesi neredeyse imkansızdır. Dolayısıyla bu ihtimal sadece teorik olarak mevcuttur[15]\

İhaleyi açan kurum hukuka uygun bir ihale siireci başlatmış, ancak bu sürecin devamı esnasında hukuka aykırı hareket etmiş ise iki ihtimal söz konusu olabilir. Bunlardan ilkinde, idare ihaleyi haklı bir sebep olmaksızın ipt:ıl etmiş olabilir. Bu takdirde sadece ekonomik açıdan en uygun teklifi sunan isteklinin yalnızca fiili zararmm tazminini talep etme hakkı bulunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz[155] gibi, idarenin sözleşme yapma zorunluluğu mevcut olmadığı için, ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekli, iptal edilen ihale konusu sözleşme kendisiyle yapılmış olsaydı elde edebileceği kazançların tazminini talep edemeyecektir. İdarenin ihale kararı vermiş olmasına rağmen, ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekli ile sözleşme yapmaktan kaçınması halinde dahi bu esas geçerlidir: İhaleyi kazanan istekli, hukuka aykırı olarak sözleşme yapmaktan kaçınan idareye karşı açacağı tazminat davasında, aynen tazmin talebinde bulunarak idare ile kendisi arasında sözleşme yapılmasına karar verilmesini talep edemez. Borçlar hukuku açısından varılan bu sonuç, devletin sorumluluğuna dayanılarak açılacak tam yargı davaları bakımından evleviyetle geçerli olacaktır. Çünkü tam yargı davalarında sadece nakden tazmin söz konusu olup, aynen tazmine hükmedilemez. İptal edilen ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin yoksun kalınan kar niteliğinde tazminat talebinde bulunabilmesi, yukarıda ihalenin iptaline ilişkin bölümde belirttiğim, idarenin kötüniyetle iptal ettiği ihaleyi sonradan tekrarlayarak başka bir istekli ile sözleşme yaptığı istisnai durumlarda söz konusu olabilir[156].

Hukuka uygun olarak başlatılan, ancak sonradan haklı bir sebep olmadan iptal edilen ihalelerde, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekli dışında kalan kişilerin fiili zararlarının dahi tazminini talep etme hakkı bulunmamaktadır. Çünkü idare hukuka aykırı hareket edip ihaleyi sözleşme ile sonuçlandınnış olsaydı bile, sadece ekonomik açıdan en uygun teklifi sunan isteklinin yaptığı harcamaları amorti etme imkanı mevcut olacaktı. Diğer isteklilerin fiili zararları ile ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır..

---

154 **Motzke/Pietzcker/Prie6,** Syst V, Rnr. 294.

155 Bkz. yuk. § 4/11/8/4.

156 Bkz. yuk. § 4/11/8/4.

Yol,..sun kalınan k:ırıı tazmini. sade□c ihaleyi açan kunıınun ihule konusu sözleşmeyi ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekli ile değil de **başka** bir istekli ile yapması durumunda söz konusu olabilir[157]. Bu takdirde, ekonomi!,.. açıdan en uygun teklifi verdiği halde kendisiyle sözleşme yapılmayan istekli kümül:ıtif bir biçimde fiili zararını ve yoksun kalman karı talep ede. mez: onun tazminat talebi sadece yoksun kalınan kar ile sınırlı olacaktır. Çünkü. teklifini hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptığı masranar, onun sözleşme kendisi ile yapılmış olsaydı dahi katlanacağı harcamalar olup, bu zarar kalemleri ile idarenin hukuka aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır[158].

Zarar gören isteklinin birlikte kusurunun idarenin tazminat yükümlülüğü üzerindeki etkisi ve idarenin hukuka uygun alternatif davranış iddiası bakımından, yukarıda c.i.c. sorumluluğuna ilişkin olarak işaret edilen esaslar geçerli olacaktır[159]. Kısaca tekrarlamak gerekirse: Tazminat talebinde bulunan isteklinin ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı işlemlerine karşı itirazen şikayet başvurusunda bulunmaması, illiyet bağını kesen bir birlikte kusur niteliği taşır ve tazminat yükümlülüğünün doğmasına engel olur. İdarenin ihaleyi haklı bir sebep olmaksızın iptal etmesi ve sonradan tekrarlaması durumunda, iptal edilen ihalede en iyi teklifi veren isteklinin tekrarlanan ihaleye katılmaması, sadece onun yoksun kalınan karının tazminini talep etmesi halinde illiyet bağını kesen bir birlikte kusur olarak değerlendirilir. İsteklinin sadece fiili zararlarının tazminini talep etmesi halinde, onun tekrarlanan ihaleye katılmamış olması, idarenin tazminat borcunun doğumuna engel olmaz. Ayrıca ihaleyi açan kurum, ihale mevzuatına uygun hareket etmiş olsaydı, ihaleyi haklı bir sebeple iptal edeceğini veya ·tazminat talebinde bulunan istekliyi ihale dışında bırakacağını ispat edebilirse, tazminat borcundan kurtulur.

Devletin haksız fiil sorumluluğuna göre açılacak dava, zarar genellikle ihaleyi açan kurumun bir idari işleminden doğduğu için, İdari Yargılama Usulü Kanununun 7 ve 8. maddeleri uyarınca hukuka aykırı işlemin tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren 60 gün içinde açılmalıdır. Adli yargıdan farklı olarak, idari yargıda res'en araştırma ilkesi geçerli olduğu için, söz konusu sürenin geçmiş olması, davalı tarafından defi yoluyla ileri sürülmese dahi, mahkemece göz önünde bulundurulacaktır[160].

---

157 **Motzke/Pietzcker/PrieB,** Syst V, Rnr. 294.

158 **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.12.

159 Bkz. yuk. § 5/111/A/1/c.

160 Dolayısıyla burada bir hak düşürücü süre söz konusudur. Bilindiği gibi özel hukukta hak düşürücü sürelerin kural olarak kesilmesi veya durması söz konusu olamaz. Oysa, İYUK m.11'de dava açına süresinin durması düzenlenmiştir. Bu durum ilk bakışta dava açma süresinin hak düşürücü süre olmadığı izlenimi uyandırmaktadır. Ancak hemen ekleyelim ki, özel hukukta da istisnai bazı du-

Dc\'letin haksız fiil sonımluluğuna ilişkin açıklamalarımıza son vermc-d(;'n i.ince son olarak bir hususa daha işaret edilmesinde yarar bulunmaktadır: :\iman Hukukunda. ihaleyi açan kuruma karşı isteklilerin, ayrıca BK. m.4l/11 hiikmüne benzer bir düzenleme ihtiva eden 8GB § 826 hükmüne göre talepte bulunabileceği kabul edilmektedir. İhaleyi açan kurumun bu hii-□ünı anlamında ahlaka aykırı bir davranışının varlığı halinde, hukuka uygun hareket edilseydi ihaleyi kendisinin kazanacağını iddia ve ispat eden isteklinin tazminat talep etmesi mümkün olacaktır[161]. İsteklinin ahlaka aykırılık gerekçesine dayanmasının en önemli faydasının, haksız fiilden farklı olarak, ihlal edilen normun bir koruma normu niteliği taşıyıp taşımadığının araştınlmasına gerek bırakmaması olduğu ifade edilmektedir[162]. İhaleyi açan kurumun bu hükümler anlamında ahlaka aykırı fiil ve işlemlerine örnek olarak, ihale görevlilerinden birinin rüşvet alarak ekonomik açıdan en uygun teklifi \'eren istekli dışında başka bir kişi ile sözleşme yapılmasının zeminini hazırlaması veya isteklilerden biri ile müzakerelerde bulunarak onun en uygun teklifi hazırlamasına imkan sağlaması gösterilmektedir[163].

Türk Hukukunda devletin haksız fiil sorumluluğunun tam yargı davası ile ve yukarıda belirttiğimiz esaslara göre söz konusu olması nedeniyle, BK. m.41/II hükmüne dayanan bir tazminat talebi ileri sürülemeyecektir. Ayrıca Danıştay, tam yargı davalarında idarenin hukuka aykırı işlem veya eyleminin mevcut olup olmadığını araştırmaktadır ve Yüksek Mahkemenin tazminat borcunu BK.m.41/11 hükmü anlamında ahlaka aykırılığa dayandırdığı bir kararı, tespit edebildiğimiz kadarıyla, mevcut değildir.

B) İHALEYİ AÇAN KURUMUN İSTEKLİLERDEN TAZMİNAT TALEP ETMESİ

Kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önceki dönemde, sadece isteklilerin ihaleyi açan kuruma karşı değil, bunun tam tersi, yani ihaleyi açan kurumun isteklilere karşı tazminat talepleri ileri sürmesi söz konusu olabilir.

---

rumlarda hak düşürücü sürelerin uzaması söz konusu olabilir; bu istisnai durumlar için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 410/411.Ayrıca bir hakkın kullanılabilmesi için öngörülen sürenin zamanaşımı süresi olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu hakkın ileri sürüldüğü yargı düzeninde "taraflarca hazırlama ilkesinin" hakim olması gerekir. Oysa yukarıda belirttiğimiz gibi, idari yargıda "resen araştırma ilkesi" hakimdir.

161 **Motzke/Pietzcker/Priefl,** Syst V, Rnr. 289; **Klingner,** s. 194/195; **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 126 GWB, Rnr. 36; **Arztmann,** s. 128; **lngenstau/Korbion/Vygen,** Einl., Rnr.80; **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 126 GWB, Rnr.11; **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1327.

162 **Motzke/Pietzcker/Priefl,** Syst V, Rnr. 289.

163 **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Rnr.1327; **Klingner,** s. 195 dn.120.

Yukarıda değişik vesilelerle ifade edildiği üzere, sözleşmenin kunılmasından "nceki dönem kural olarak idare hukukuna tabi olmasına rağmen, özel hukuka ilişkin bazı sonınlar ortaya çıkabilir. Bunlardan birini de belirli bir veya birkaç isteklinin hukuka aykırı eylem ve işlemleri ile ihaleyi açan kuruma zarar vermeleri oluşturmaktadır. Esasen bu Uir durumlarda, özel hukuk esaslarının uygulanması bir zorunluluk teşkil etmektedir; zira Kamu ihale Kanumında ihaleyi açan kurumun hukuka aykırı eylemler ile kendisine zarar veren i teklilere karşı tazminat talebinde bulunmasının hukuki temelini oluşturacak bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kamu İhale Kanununun bazı maddelerinde (m.1 O/son; 11/son; 37/son; 44/11 ve ili; 52/XII) isteklilerin teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. İhaleyi açan kurumun tazminat taleplerini incelemeye başlamadan önce bu hükümlerde öngörülen teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin düzenlemelerin tazminat talepleri ile ilişkisi üzerinde durulması yararlı olacaktır.

Kamu İhale Kanununun yukarıda zikredilen maddelerinde düzenlenen irad kaydedilecek teminatlar geçici teminatlardır. Ancak ihale karara bağlanıp sözleşmenin imzalanması aşamasına gelindiğinde, ihale üzerinde bırakılan isteklinin kesin teminat vermesi gerekir (KİK. m.43). Kesin teminatlar ile idarenin uğradığı zararlar arasındaki ilişki kamu ihale mevzuatında açıklığa kavuşturulmuştur. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "Sözleşmenin Feshine İlişkin Düzenlemeler" başlığını taşıyan 22. maddesinin 4. fıkrasında, "gelir kaydedilen teminatlar yüklenicinin borcuna mahsup edilemez" hükmü yer almaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 62. maddesinin 2. fıkrasında da aynı düzenleme bulunmaktadır[164]. Görüldüğü gibi bu hükümlerde sözleşmenin ihale üzerinde bırakılan kişiye atfedilebilecek bir durum sebebiyle feshi halinde gelir kaydedilecek kesin teminat ile idarenin tazminat talebi arasındaki ilişki açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeyi fesheden idare, kesin teminatı gelir kaydedip, buna ilave olarak uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir. Başka bir ifade ile, gelir kaydedilen kesin teminat miktarı, ihale üzerinde bırakılan ancak sözleşmenin feshine sebep olan isteklinin tazminat borcundan mahsup edilemeyecektir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir[165].

---

[164] 2886 sayılı DİK.m.62/II: "Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez".

[165] Yargıtay 13. HD., T. 23.11.2005, E. 2005/10514, K. 2005/17273: "2886 sayılı yasanın 62. maddesinde "gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhidin borcundan mahsup edilemez" hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin feshi nedeniyle davacı idarenin maruz kaldığı zarar, aynı zamanda davalının borcunu oluşturur. Yasada borcun kaynağı yönünden ayrım yapılmadığına göre, anılan Yasa hükmü gereğince idare zararından, gelir kaydedilen teminat tutarının mahsubu da

Anc□1ı-. burada incelediğimiz sonııı, hcıiilz sözleşme ynpılınadaıı önce is-t'k.linin hukuka aykırı işlem ve drıvranışları nedeniyle idrırenin söz konusu i□t□Jı.li□i ihale dışı bırakrırrık veya ihaleyi iptal ederek onun geçici teminatını !! li_r 1-.a□ dctmesidir. Geçici teminatların gelir kaydına ilişkin olarak, ne Devlet lhrılc Kanununda ne de Kamu İhale Kanununda kesin teminatların gelir k.:ı□tkdilmesine benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu noktada aynı esa-□ın geçici teminatlar bakınımdan da kabul edilip edilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, O1.04.2002 tarihli kararında, iha-

---

yapılamaz. Mahkemece, Yasa hükmüne aykırı olarak gelir kaydedilen kesin teminatın, davacı zararından mahsup edilerek hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir"; 13. HD., T. 1.6.2004, E. 2003/17123, K. 2004/8397: "2886 sayılı Yasanın amir hükmü olan 62. maddesinin son fıkrası gereğince sözleşmenin feshi halinde gelir kaydedilen kesin teminatın müteahhit veya müşterinin borcundan mahsup edilemeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca taraflar arasında düzenlenen 19.10.2000 tarihli sözleşmenin 8/c-son maddesinde de sözleşmenin feshi halinde kesin teminatın irat kaydedileceği hükmü bağlanmıştır. Kaldı ki davacı vekili dava açarken talep ettiği tazminattan gelir kaydedilen teminatı mahsup ettiğini bildirmiş ise de davacı vekilinin bu mahsubu yapmaya hak ve yetkisi bulunmamaktadır"; 13. HD., T. 25.2.2003, E. 2002/12854, K. 2003/ 1843: "Davalı, ihale ile satım sözleşmesine konu olan turşuları şartnameye uygun olarak teslim etmemiş bu nedenle sözleşme feshedilerek davalının yatırdığı kesin teminat irat kaydedilmiştir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda davacının menfi zararı belirlenmiş olup idarece irat kaydedilen kesin teminatın mahsubu yapıldıktan sonra belirlenen miktar üzerinden kabul edilmiştir. Oysa 2886 sayılı yasanın 62/son ihale şartnamesinin 24. maddesi gereğince sözleşmenin feshi halinde irat kaydedilen kesin teminatın yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği duraksamaya yer veımeyecek şekilde açıkça belirtilmiştir. Mahkemece bilirkişi tarafından belirlenen 4.134.560.000 TL. menfi zararın ödetilmesine karar verilmesi gerekirken açıklanan yasa ve şartname hükümlerine aykırı biçimde irat kaydedilen kesin teminatın menfi zararından mahsubu usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını"; 13. HD., T. 13.5.2002, E. 2002/3328, K. 2002/5513: " Kural olarak 2886 sayılı yasanın 62.maddesine göre ihalenin feshi halinde irat kaydedilen teminat tazminattan mahsup edilemez."; 13. HD., T. 20.10.1998, E. 1998/7612, K. 1998/7992: "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 62. maddesi hükmü uyarınca, gelir kaydedilen teminat, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez. İhale şartnamesinin 24/son maddesi hükmü de aynı doğrultudadır. Mahkemece, anılan Yasa ve şartname hükümleri gözden kaçırılarak, davalının gelir kaydedilen teminat tutarının, hesaplanan borç miktarından düşülmüş olması da, kabul şekli bakımından yanlıştır; bozma nedenidir" (kararlar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

lenin iptali halinde idarenin sadece geçici teminatı gelir kayde<lebilcc□i, istekliden buna ek olarak tazminat talep edemeyeceği sonucuna varmıştır' .

Kanımca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Gerçi gerek Kamu ihale Sözleşmeleri Kanununun m. 22/IV, gerekse Devlet İhale Kanununun m.62/11 hükümlerinde yer alan ve gelir kaydedilen kesin teminatın ihale üzerinde bırakılan isteklinin tazminat borcundan mahsup edilemeyeceğini öngören düzenlemeler, olması gereken hukuk açısından eleştirilebilir. Gerçekten de bu düzenlemeler idarenin durumunu son derece elverişli hale getirirken, istekliyi ağır bir biçimde cezalandırmakta ve mağdur etmektedir. Ancak yürürlükte olan hukuk açıs111dan teminatların gelir kaydedilmesi noktasında ihale süreci ile sözleşmenin kurulmasından sonrası arasında bir ayrım yapılmasını haklı gösterecek herhangi bir gerekçe mevcut değildir. Eğer sözleşmenin kurulmasından sonra teminatın gelir kaydedilmesi, isteklinin tazminat borcundan mahsup edilmiyorsa, aynı esasın sözleşmenin kurulmasından önce geçici teminatın gelir kaydedilmesi bakımından da kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin düzenlemeler, idarenin ayrıca hukuka aykırı işlem ve davranışlarda bulunan isteklilere karşı tazminat talep etmesine engel teşkil etmeyecektir.

Bu tazminat taleplerinin hukuki dayanağını ilk planda haksız fiil hükümleri ile c.i..c. sorumluluğu oluşturmaktadır. Hemen beliıtelim ki, isteklilerin ihale sürecindeki hukuka aykırı davranışlarının rekabet hukukuna ve ceza hukukuna ilişkin bazı boyutları da bulunmaktadır[167] ki, bunlar üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacak, sadece haksız fiil veya c.i.c. sorumluluğu bakımından önem taşıdığı ölçüde kısaca değinilecektir.

İhaleyi açan kurumun haksız fiil hükümlerine göre veya c.i.c. sorumluluğuna dayanarak istekliden tazminat talep edebilmesinin şartlarını incelemeye başlamadan önce iki noktaya işaret edilmesinde yarar vardır: İlk olarak

---

[166] Yargıtay 13. HD., T. 1.4.2002, E. 2002/1564, K. 2002/3418: "Devlet İhale Yasasının 53. maddesinde bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı belirtilmiş, 57. maddesinde de sözleşmenin yapılmaması halinde ne yapılması gerektiğine ilişkin hükümler konulmuştur. Bu maddenin 3. fıkrası gereğince sözleşme yapılmadığı takdirde protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihalenin bozulacağı ve geçici teminatın irad kaydedileceği açıktır. Dava konuşu olayda sözleşme yapılmamış olup, davalının yatırdığı geçici teminat da irat kaydedildiğinden davacının başka bir tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ye yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" (Karar için bkz. Kazancı Bilişim-içtihat Bilgi Bankası).

[167] Örneğin, aşağıda incelediğim fiyat anlaşması yapılması suretiyle ihaleye fesat karıştırılmasının hem rekabet hukukuna hem de ceza hukukuna ilişkin bazı sonuçları bulunmaktadır.

•'lirtdıın 1-ı.i. n□a□ıda incck,·ccci:!.imiz ve isteklinin tnzminnt borcunun do□ □un lllll□ı □ol açan□□kmkr b;kım□ndan çoğu zamnn lıcm BK. m.41 nnlnnın- \□ h:ll-ı.s11 fiilin. ht'tn de c.i.c. sorumluluğunun şartları mevcuttur. Dolayısıy- h. ih:\l□□i açan k.unımun hnksız fiil hiikiimleri yerine, kendisi açısından daha • \, ntajlı S\.'nuçlar doğuran c.i.c. sorumluluğuna dayanması dUşlinUlcbilir. ·\n '3"-. bazen her iki sorumluluğun kesişmediği alanlar bulunabilir. Örneğin, • t□□ ile ar:.1smda bir gü\'en ili:;-kisi kurulmayan istekliye karşı, tazminat talehinin haksız fiil hükümlerine dayandırılması gerekecektir. Ayrıca her iki <.:□□□ da□alı sorumluluğun şartları bakımından da (örneğin, kusurun ispatı n□ya □ardımcı şahıslardan sorumluluk) bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle ihaleyi açan kuruma seçimlik olarak, tazminat talebini haksız fiil hükümlerine veya c.i.c. sorumluluğuna dayandırma imkanın tanınması yerinde olacaktır. Doktrindeki çoğunluk görüşü de, haksız fiil hükümleri ile '.i.c. sorumluluğu arasında bir yarışma durumunu kabul etmektedir[168].

İkinci olarak belirtelim ki, ihaleyi açan kurumun bir zarara uğradığını, bu zarann miktarını ispat etmesi hiç de kolay olmayacaktır. Ayrıca Türk uygulamasında geçici teminatı gelir kaydeden idarenin isteklilere karşı, ayrıca tanninat talebi ileri sürmesi sıkça karşılaşılan bir durum değildir.

1) İsteklilerin Haksız Fiil Hükümlerine Göre Sorumluluğu

İhaleyi açan kurumun, istekliden haksız fiil esaslarına göre tazminat talep edebilmesi için BK. m.41 vd. anlamında haksız fiilin şartlarının (hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı) gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar arasında burada incelediğimiz sorun bakımından en fazla önem taşıyanı, hukuka aykırılıktır. İsteklilerin ihaleyi açan kuruma vereceği zararlar, genellikle şahıs ve mala verilen zararlar dışında kalan "salt malvarlığı zararları" niteliği taşıyacağından, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğinin kabulü için, somut olayda söz konusu malvarlığı zararlarını koruyan bir normun bulunması gerekir[169]. İsteklilerin haksız fiil sorumluluğuna yol açacak durumlar esas itibariyle şu başlıklar altında toplanabilir:

a) Fiyat Anlaşmaları (Danışıklı Teklifler)

İsteklilerin ihale sürecinde fiyat anlaşmaları yapmak (danışıklı teklifler sunmak) suretiyle ihaleyi açan kurumu zarara uğratmaları mümkündür. İhale sürecinde söz konusu olan fiyat anlaşmaları veya danışıklı teklifler, ihale sürecinde, bir veya daha fazla katılımcının hiç teklif vermemek veya belirle-

---

168 Bkz. **Gauch,** ZSR I 14 (1995) I, s. 335; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.981; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.745; karş. ancak **Gonzenbach,** s. 40 vd.

169 Bkz. yuk. dn. 137'de zikredilen yazarlar.

1ikleri t-e□liti sunmak üzere yaptıkları nnlaşmadır[170]. Bu anlaşmalar genellikle iki amaca yönelik olabilir: Bunlardan ilkinde. ihale bedelinin rekabetçi bir rtumda oluşmasına engel olmak. ihalenin isteklilerce önceden belirlenen fi) at üzerinden sonuçlanmasını sağlamak amaçlanmaktadır. Bu şekilde istekliler daha fuzla k,ır elde ederken. ihale bedeli rekabet ortamında bclirlcnmcdiğ.i için ihaleyi açan kurum daha yüksek bir bedel ödemekte ve zarara uğramakt.ıdır. İhalenin kararlaştırılan isteklide kalabilmesi için, diğer bazı isteklilerin teklif sunmaktan vazgeçmeleri hususunda anlaşmaları (sınırlandırıcı teklifler: bid supression) ya da ihalede rekabetin yaşandığı izlenimi vermek için diğer isteklilerin kabul edilme ihtimali olmayan ..görünüşte teklif-, ler" (tamamlayıcı teklif: complementary bidding) sunmaları söz konusu olabilir[171]. Genellikle bu tür anlaşmalarda, ihaleyi kazanacak isteklinin, teklif ,·em1ekten vazgeçen veya görünüşte teklif veren isteklilere maktu bir bedel veya ihale bedelinin belirli bir oranını ödemek ya da ihale konusu işin bazı kısımlarını yapılacak alt sözleşmelerle onlara yaptırmakla yükümlü olacağı kararlaştırılmaktadır[1]n.

Bazen de fiyat anlaşmalarının asıl amacı, ihaleyi, rekabet ortamına engel olarak önceden belirlenen fiyat üzerinden almak, deyim yerinde ise "ihale pastasını paylaşmak" olmayıp, belirli bir isteklinin ihaleyi kazanmasını engellemektir. Cezalandırılmak istenen, deyim yerinde ise kendisine karşı savaş açılan[173] isteklinin ihaleyi kazanmasına engel olmak için anlaşmaya varan istekliler, gerekirse zarar etmeyi de göze alarak düşük bir teklif sunmakta ve düşük teklif sunduğu için ihale üzerinde bırakılacak olan isteklinin uğrayacağı zararları birlikte karşılamaktadırlar[174].

Danışıklı teklif verilmesi durumunda haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, fiyat anlaşmaları BK. m.41 anlamında hukuka aykırı bir fiil niteliği taşımaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, salt

---

170 **Bilir,** s. 36; **Christ,** Nr.63; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.435. Hemen belirtelim ki, fiyat anlaşmalarını, bir den fazla isteklinin bir araya gelip bir iş ortaklığı kurarak ihaleye katılmaları hali ile karıştırmamak gerekir. İhale hukukua açısından caiz olan bu durum hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Wiedemann,** ZffiR 2003, s. 240 vd.

171 Daha geniş bilgi için bkz. **Bilir,** s. 36. Bkz. ve karş. ayrıca **Amstut:ı/Keller/Reinert,** "Si unus cum una ...": Yom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, s. 114 vd.

172 **Christ,** Nr.135; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.435.

173 Bu nedenle **Christ** bu amaca yönelik fiyat anlaşmalarını "savaş anlaşmaları" (Kampfabsprache) olarak adlandınnaktadır; bkz. **Christ,** Nr.1O1; bkz. ayrıca **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.435.

174 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.435.

mah arlığı 1.ararları bakımından hukuka aykırı bir fiilden söz edebilmek için, *s01* "-onusu mnlvarlığı değerlerinin ihlalini yasaklayan bir koruma normunun mc,·cut olması gerekir. Tiirk Hukukunda, fiyat anlaşmalarını yasaklayan, yani bir koruma nonmı teşkil eden çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. :.t Fi)at anlaşmaları. 4734 sayılı Kamu İhale Kamınunun 17. maddesinin (a) ve (h) bentleri anlanı111da yasak fiil ve davranış niteliği taşımaktadır[175]. Ayrıca fi) nt anlaşmaları. Tiirk Ceza Kanununun 235. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde ihaleye fesat karıştırılması hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Nihayet fiyat anlaşmaları rekabet hukukunu da ihlal ederler. İstekliler arasında yapılan fiyat anlaşmaları 4054 sayılı Rekabet Kanununun 4. maddesinde yasaklanan "rekabeti sınırlayıcı anlaşma" özelliğini haiz olduğu gibi, bazı dummlarda Rekabet Kanununun 6. maddesi anlamında "hakim durumun kötüye kullanılması" olarak da nitelendirilebilir.

Danışıklı teklifler, ihaleyi açan kurum bakımından genellikle bir zarara yol açar. Bu zarar, ihaleyi açan kurumun fiyat anlaşması yapıldığını fark ettiği ana göre değişik biçimlerde ortaya çıkar. İhaleyi açan kurum, ihale sürecinde ve ihale henüz sonuçlanmadan fiyat anlaşması yapıldığını fark ederse, bu anlaşmaya dahil olan isteklileri Kamu ihale Kanununun 11 ve 17. maddeleri uyarınca ihale dışı bırakacak ve teminatlarını irat kaydedecektir. Fiyat anlaşması genellikle ihalede rekabet ortamını engelleyeceği için, idarenin ihaleden uzaklaştırılan istekliler dışında kalan isteklilerle ihale sürecine devam etmesi beklenemeyecek ve bu durum ihalenin iptali için haklı bir sebep oluşturacaktır. İhalenin tekrarlanması, idarenin ek harcamalar yapmasına yol açabileceği gibi, ihale konusu işin gecikmesi nedeniyle de bir zarar ortaya çıkacaktır[176].

Danışıklı tekliflerin ihale sürecinin tamamlanması ve sözleşmenin imzalanmasından sonra fark edilmesi halinde, ihaleyi açan kurumun tazminini talep edebileceği zarar, anlaşmanın amacına göre farklı olacaktır. İhalede rekabet ortamını ortadan kaldırıp daha fazla kar elde etmek amacıyla fiyat anlaşması yapılması halinde, idarenin uğradığı zarar, ihale bedeli ile ihale rekabet ortamı içerisinde cereyan etmiş olsaydı oı1aya çıkacak bedel arasındaki farktan ibaret olacaktır[177]. Buna karşılık fiyat anlaşması belirli bir istekliyi

---

[175] Kamu İhale Kanunun 17. maddesinin (a) bendinde, "Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek", (b) bendinde ise "İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" yasaklanmıştır.

[176] **Christ,** Nr.607, 608 ve 626; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.436.

[177] **Christ,** Nr.316 vd.: Bu yazar, ihaleyi açan kurumun fiyat anlaşmasına katılan isteklilerden biri ile değil de, bu anlaşma dışında kalan biriyle sözleşme yapmış

'ezalandırınak. onun ihnle kazanmasına engel olmak için yapılmış ve bu nedenle pi_·asa fiyatları altında dilşilk teklif verilmiş ise, idarenin, bu yüzden bir zarara uğrama ı şöyle dursun, karlı çıkması söz konusu olacaktır[178]. Ancak bazı yazarlar bu tür fiyat anlaşmalarında dahi idarenin bir zarara uğrama -mm söz konusu olabileceğini, zira düşük teklif vererek ihaleyi kazanan isteklinin zarara uğramamak için malzeme ve kaliteden ödün vererek sözleşmeyi kötü ifa edeceğini belirtınektedir[179]. Kanımca böyle bir ihtimal, sadece cezalandırıcı fiyat anlaşması yapılması nedeniyle düşük teklif sunulduğu durumlarda değil, hatalı maliyet hesaplamaları nedeniyle düşük teklif verilen diğer durumlarda da ortaya çıkabileceği için, fiyat anlaşmalarının yol açtığı bir zarar kalemi olarak değerlendirilemez.

Alman Hukukunda, rekabet ortamının doğmasına engel olan fiyat anlaşmalarına engel olmak için ihale şartnamesine ve ihale sözleşmesine bu tür durumlarda idarenin ihale bedelinin %3'ü ila % 5'i oranında ceza uygulama yetkisine sahip olduğuna ilişkin hükümler konmakta, ancak idare tarafından ileri sürülen ve bu tutarı aşan zarar iddiasının ispatı bakımından mahkemeler oldukça katı bir tutum sergilemektedir. Örneğin, idarenin ihalede rekabet ortamı mevcut olsaydı ortaya çıkacak ihale bedelinin ne olacağını ispat ederken, kendisi tarafından yapılan pazar araştırmalarını sunması yeterli görülmemekte, bu konuda somut delillerle ispat aranmaktadır[180].

Haksız fiilin diğer unsurları olan kusur ve illiyet bağı da fiyat anlaşması yapılan durumlarda gerçekleşmiş olacaktır. Zira fiyat anlaşmasına iştirak eden isteklilerin kusurlu (genellikle de kasıtlı) hareket ettikleri kuşkusuzdur. Ayrıca yukarıda belirtilen zarar kalemleri ile isteklilerin hukuka aykırı eylem ve işlemleri arasında da bir uygun illiyet bağı bulunmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, fiyat anlaşmaları aynı zamanda 4054 sayılı Rekabet Kanununun 4., bazen de 6. maddesinin de ihlali niteliği taşır. Bu durum, Rekabet Kanununun I6 vd. hükümlerine göre idari para cezalarının uygulanmasına yol açması yanında, "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk

---

olması durumunda da bir zarara uğrayacağını belirtmektedir. Yazara göre, fiyat anlaşması ihaleye katılan sayısını ve dolayısıyla rekabeti ortadan kaldırdığı veya sınırlandırdığı için idarenin ihtiyaç duyduğu edimi en uygun koşullarla temin etme amacı gerçekleşmeyecektir; **Christ.** Nr.61 1; bkz. ayrıca **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.437.

178 **Beyeler,** ö[ffi]entliche Beschaffung, Nr.437.

179 **Christ,** Nr.387.

180 **Hanscl,** T., Schadensersatz wegen Submissionsabsprachen: Hohe Darlegungslast!, IBR 2007, s. 100; **Schnabel,** T., Schadensersatz bei Submissionsabsprachen?, IBR 1996, s. 135; **Schelle,** H., Schadensersatz auch bei erfolgloser Preisabsprache?, IBR 1991, s. 487; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.11.2006, I I U 53/03; BeckRS 2006, s. 14938

t\l:mındnki Sonuçları.. başlığını taşıynn 5. kısmının uygulanması sonucunu da doğuracaktır. Rekabet Kanununun 58. maddesinin 2. fıkrasına göre, rekabetin engellenmesi. bozulması veya kısıtlanması nedeniyle "ortaya çıkan ı□r.ır. tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden k.:1) naklanmaktaysa. hakim. zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel (ılan □drların iiç katı oranında tazminata hükmedebilir". Dolayısıyla ihale sürecinde fiyat anlaşması yapılması durumunda, ihaleyi açan kurum, "iiç kat mzıninat" (treble damages) olarak adlandırılan bu tazminatı talep etme imkanı kazanacaktır.

b) Hileli Davranışlar, Tehdit ve Rüşvet

İhale sürecinde isteklilerden birinin veya birkaçının hileli bazı davranışlar. tehdit veya rüşvet ile ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde başlamasına. devam etmesine veya sonuçlanmasına engel olması söz konusu olabilir. Bu tür durumlarda idarenin uğrayabileceği zararlar ve sorumluluğun şartları üzerinde kısaca durulması yararlı olacaktır.

Hile durumunda, isteklinin sahte belge düzenlemek veya yanıltıcı nitelikte başka bilgi ve beyanlarla, ihaleyi düzenleyen kurumun karar verme sürecini etkilemesi söz konusudur. İhaleyi açan kurum, isteklinin hilesini henüz ihale kararını vermeden tespit etmesi halinde, teminatını gelir kaydederek istekliyi ihale dışı bırakır. Bu ihtimalde ihaleyi açan kurumun başkaca bir zarara uğraması söz konusu olmayacağı için tazmin talebi de doğmayacaktır[181].

İhaleyi açan kurumun ihale kararını vennesi ancak, hileli davranışlarda bulunan istekli ile sözleşme yapmadan önce bu durumu fark etmesi halinde, iki ihtimal söz konusu olabilir: Bunlardan ilkinde ihaleyi açan kurum ihale kararını geri alarak, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme yapabilir[182]. Bu ihtimalde idarenin uğrayacağı zarar, ihale konusu işe ilişkin sözleşmenin geç imzalanması ve dolayısıyla ihtiyaçların temininin gecikmesi nedeniyle uğranılan zarardır. Diğer ihtimalde ise, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren isteklinin de sözleşme yapmaktan kaçınması ve ihaleyi açan kurumun ihaleyi iptal etmesi (Kamu İhale Kanunu m.44/111) söz konusu olabilir. Bu ihtimalde idarenin uğrayacağı zararlar, gecikmeden kaynaklanan zararlara ilave olarak, ihalenin tekrarlanması nedeniyle yapıiması gereken masraflardan ibaret olacaktır.

---

[181] **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.461.

[182] Kanımca, ihale kararına rağmen ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaktan kaçınması halinde, ihale yetkilisince uygun görülmesi durumunda ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren istekli ile sözleşme imzalanabilmesine imkan tanıyan Kamu İhale Kanununun 44. maddesinin 2. fıkrası, burada ele aldığımız ihtimalde de kıyasen uygulanabilir.

İhaleyi açan kunıımın hileyi sözleşmenin imzalanmasından sonra fark etmesi halinde, sözleşmeyi iptal etme imkanı söz konusu olacaktır[183]. Sözleşmenin iptali veya hileye rağmen sözleşmeye icazet verilmesi halinde, ihaleyi açan kurumun tazminat talepleri, aşağıda(§ 5/111/8/2) inceleyeceğimiz c.i.c. esasına tabi olacaktır.

Hile nedeniyle ortaya çıkan ve yukarıda işaret edilen zararlar "salt malvarlığı zararı□' niteliği taşıdığı için, tazminatın haksız fiil esaslarına göre talep edildiği hallerde, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için bir "koruma nonmınun" ihlal edilmiş olması gerekir. Hemen belirtelim ki. Karını İhale Kanununun 17. maddesi hileyi açıkça yasakladığı için, bu hükme aykırılık halinde hukuka aykırılık şartı da gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca buna ek olarak bazı durumlarda isteklinin hilesi Türk Ceza Kanunu anlamında (nitelikli) dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşıyabilir.

Tehdit durumunda, iki ihtimal söz konusu olabilir: Birinci ihtimalde, isteklilerden birinin diğer isteklilerin ihaleye katılmalarını engellemeleri ve onları ihaleden çekilmeye zorlamaları söz konusudur. İkinci olarak, tehdit, bizatihi ihale yetkililerine yönelik olabilir ve onların tehditte bulunan veya lehine tehditte bulunulan istekli lehine karar vermeye zorlanması şeklinde kendini gösterebilir.

Tehdit, sözleşmenin imzalanmasından önce fark edilirse, ihaleyi açan kurum açısından ihalenin iptali için bir haklı sebep teşkil edecektir. İhalenin iptali halinde, idarenin uğrayacağı zarar, gecikme sebebiyle uğranılan zararlar ve ihalenin tekrarlanması nedeniyle yapılan masrafların toplamından ibaret olacaktır. Tehdidin sözleşmenin imz;ılanmasından sonra fark edilmesi halinde ise ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür. Sözleşmenin tehdit sebebiyle iptali halinde söz konusu olacak tazminat talepleri bakımından, yukarıda hileye ilişkin olarak yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

Tehdit durumunda da bir "koruma normunun" ihlal edildiği kuşkusuzdur. Zira Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde tehdit "ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar" arasında sayıldığı gibi, bu durum Türk Ceza Kanunun 235. maddesine göre ihaleye fesat karıştırılması suçunu oluşturmaktadır.

İsteklilerden birinin rüşvet vererek, ihaleyi açan kurumun iradesine etkide bulunması iki farklı aşamada gerçekleşebilir: İlk olarak, ihaleyi açan kurumun ihale konusu işin belirlenmesi ve şartnamenin hazırlanması aşama-

---

[183] İsteklinin hilesi, Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde de açıkça düzenlendiği üzere "ihale öncesi yasak fiil veya davranış" teşkil etmektedir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde bu durum bir "fesih" sebebi olarak öngörülmüştür. Ancak aşağıda 3. bölümde de ayrıntılı olarak incelenece-ği üzere, burada "fesih" değil bir "iptal" söz konusudur.

sıiH.i:\J..İ imde. i etkilenmiş olnbilir. Bu a□nınadn ileride nçılacak ihaleye iştimlı.cı..kcck istekli, ihaleyi açncak kunıımın bu işle yetkili görevlilerine rlişvct vererek ihale konusu işi, özelliklerini ve ifa şartlnrıuı, sadece kendisinin ihaleyi k.nnmabilcccği şekilde belirlemelerini ve ihale ilanının bu şekilde yapılnrnsınt ağlmnaya çalışır. Başka bir ifadeyle, ihale, ihaleyi açan kurumun gerçek ihtiynçlarına göre değil, rüşvet veren isteklinin ihaleyi kazanabileceği şekilde nçılır. İkinci ihtimalde, rilşvet yoluyla ihaleyi açan kurumun iradesinin oluşumuna etkide bulunulması, ihalenin planlanması aşamasında değil, karara bağlanması aşamasında söz konusu olmaktadır. Bu ihtimalde, ihale, idarenin gerçek ihtiyaçlarına uygun olarak planlanmış ve şartname buna göre ilan edilmiştir; ancak ihale sürecinde, istekli, ihalenin kendi lehine sonuçlanması için ihale yetkililerine rüşvet vermiştir[184].

İsteklinin rüşvet verdiğinin sözleşme imzalanmadan önce anlaşılması halinde, idare ihaleyi iptal edecektir. Bu takdirde idarenin uğrayacağı zarar, ihalenin yeniden açılması için yapılacak harcamalar ve ihale konusu ihtiyacın bu yüzden geç karşılanması nedeniyle meydana gelen zararların toplamından ibarettir.

İhale konusu işe ilişkin sözleşmenin imzalanmasından sonra, ihale üzerinde bırakılan isteklinin bu sonucu rüşvet vererek elde ettiğinin anlaşılması haline gelince: Özel hukuk literatüründe rüşvet vererek yapılması sağlanan bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı, geçersiz ise, bu geçersizliğin türü (butlan veya iptal kabiliyeti) tartışmalıdır ve bu konuda ileri sürülen görüşler, aşağıda üçüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi, Türk İhale Hukuku açısından bu tartışmaları sona erdirmiştir. Yukarıda hile ve tehdide ilişkin açıklamalarda da işaret edildiği üzere, bu Kanunun 21. maddesinde, ihaleyi açan kuruma, ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun anlaşılması halinde, sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde rüşvet, açıkça yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla ihaleyi açan kurum sözleşmeyi iptal ederek c.i.c. esasına göre uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir.

Rüşvet, Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde yasaklandığı gibi, Türk Ceza Kanununun 235. maddesine göre "ihaleye fesat karıştırma" suçunu oluşturur. Ayrıca Türk Ceza Kanununun 252 vd. maddelerinde rüşvet suçu ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla, haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılıktan söz edebilmek için bir "koruma normunun ihlal edilmiş olması şartı" burada da gerçekleşmiştir.

---

[184] **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.464.

Ancak. idarenin zarara uğramasınıı, riişvcl vereıı isteklinin fiili kudar, rü□, eti alan memur \'cya kamu görevlisinin davranışı da yol açmaktadır. Bu n□cnle doktrinde bu durumun BK. m.44/1 anlamında birlikle kusur oluştur.ıc.ağı kabul edilmektedir. Buna göre, rüşveti alan memur veya kamu görevlisi. Türk Medeni Kanununun 50. maddesi anlamında "organ" sıfatı taşıyorsa. tüzd kişi organlarının yol açtığı zarara kendisi katlanacaktır. Buna karşılık. rüşvet alan memur veya görevli '·organ" değil de, sadece "yardımcı şalns" sıfatını taşıyorsa, yardımcı şahsın kusuru tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulacaktır; ancak ihaleyi açan kurumun BK. m.55'e göre kurtuluş kanıtı getirmesi halinde tazminattan indirim yapılmayacaktır[185].

c) İhaleye İtiraz Hakkının Açıkça Kötüye Kullanılması

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Türk Hukukunda da, isteklilere, ihaleyi açan kurumun ihale sürecindeki işlemlerine karşı, asli koruma, yani itiraz hakkı tanınmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55. maddesinde ihale işlemlerine karşı önce ihaleyi açan kuruma şikayet, daha sonra ise 56. maddeye göre Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusu yapma imkanı tanınmıştır. İsteklilerden birinin kendisine tanınan bu hakları kullanması, başvurunun karara bağlanmasından önce dahi bazı sonuçlar meydana getirmektedir. İhale işlemlerine karşı idareye başvurulmuş olmasının sonuçları Kamu İhale Kanununun 55. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Şikayet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamaz". Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise, aynı Kanunun 56. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen şartların mevcudiyeti halinde, Kurumun ihale sürecini durdurma yetkisi bulunmaktadır[186]. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üze-

---

[185] Bu hususlar ve tüzel kişilerde organ veya yardımcı şahısların kusurunun tüzel kişinin uğradığı zararın tazmininde oynadığı rol hakkında İsviçre dokrin ve içtihatlarında ifade edilen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.467.

[186] 24.05.2004 tarih ve 25741 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan eski "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik"in 22. maddesinin 2. fıkrasında da," İhale yetkilisince verilen ihale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması yolundaki karara yönelik itiraz kurum tarafından karara bağlanıncaya kadar sözleşme imzalanamayacağı düzenlenmişti. Bu hüküm 22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan yeni Yönetmelik'te yer almamaktadır. Yeni Yönetmeliğin 19. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "İhale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine de-

re, hcniiz karnra bnğlanmnmış dnhi olsa, isteklinin kendisine tanınan nsli konınrn ınkdnlarını kullanmnsı, tek başına ihale sürecini kesintiye uğratmaktadır,

Ancak bazen, isteklinin, kendisine tanınan bu asli koruma imkanlarını, lendi hnkkını muhnfaza etmek için değil, ihaleyi açan kuruma veya ihale iiTCrine bırakılan istekliye zarar vermek için kullanması söz konusu olabilir. Yargılama hakkının bu şekilde kötüye kullanılması MK. ın.2 anlamında hak-"-ın J...ötiiye kullanılması niteliği taşır. Her türlü hak gibi, itiraz veya dava hak□_ının da doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekir'·'.

Alman Hukukundan (GWB §125) farklı olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, isteklilere tanınan asli koruma imkanlarının doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması halinde bir tazminat yükümlülüğü öngörülmemiştir. Türk Hukuku bakımından da BK. m. 41 vd. hükümlerinden hareketle, ihale işlemlerine itiraz hakkını doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanan isteklinin tazminatla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılabilir. Kanımca bu sorumluluğun, BK. m.4 I/I'e[188] değil, ahlaka aykırı fiillerden sorumluluğu düzenleyen BK. m.41/11 hükmüne dayandırılması daha isabetli olacaktır[189].

---

vam edilmesi kararı alınan ihalelere ilişkin olarak yapılan itirazen şikayet başvuruları üzerine;

a) İvedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi kararına ilişkin gerekçelerin Kurul tarafından uygun bulunması halinde, ihale süreci durdurularak itirazen şikayet başvurusu öncelikle incelenir.

b) İvedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi kararına ilişkin gerekçelerin Kurul tarafından uygun bulunmaması halinde, bu karar kaldırılarak ihale süreci hakkında 18 inci maddedeki kararlardan birisi alınır".

187 Yargılama hukukunda doğruluk ve dürüstlük kuralının taşıdığı önem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan,** R., Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

188 Burada incelediğimiz sorun bakımından BK. m.41/1 anlamında haksız fiil sorumluluğun şartlarının gerçekleştiğinden söz edilebilmesi, MK. m.2'nin bir koruma normu olarak nitelendirilmesi halinde söz konusu olacaktır ki, bu husus doktrinde son derece tartışmalıdır; bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca,** s. 40 vd. Oysa itiraz hakkının kötüye kullanılması "ahlaka aykırı bir fiil" olarak nitelendirilip, ileri sürülecek tazminat talebi BK. m.41/11 hükmüne dayandırıldığında, bir "koruma normunun" ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasına gerek kalmayacaktır.

189 **Byok/Jaeger/Gronstedt,** Nr.1247; **lmmenga/Mestmacker/Stockmann,** § 125 GWB, Rnr. 2; **Arztmann,** s. 133.

ihale işlcmlcrinr doğruluk ve dllrilstlilk kurallarına aykırı bir şekilde itimz edilme i halinde ihaleyi açan kurum yanında ihnlc üzerinde bırakılan istekli de bir zarnrn uğrnyacaktır[190]. Ancak isteklilerin birbirlerinden talep edebileceği tazminatlar, bu çalışmanın konusu dışındadır.

İlrnleyi açan kurumun tazminini talep edebileceği zararlar, ihalenin itiraz üzerine geç sonuçlanması yüzünden ihale konusu işin de geç tamamlanması nedeniyle uğradığı zararlar ve yargılama sürecinde yaptığı harcamaların toplamından ibarettir[191].

İtiraz hakkının doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılına·ına şu durumlar örnek gösterilebilir: İhale işlemlerine başvuruda bulunan isteklinin. herhangi bir sonuç alamayacağını bildiği halde, sırf ihale sürecini geciktirme amacıyla böyle bir başvuruda bulunması (GWB § l 25 Abs.2 Ziff. l), itirazı inceleyen merci inin itirazda bulunan istekliden kendi teklifi ile ilgi bazı bilgi ve belgeleri talep etmesine rağmen bunların kasıtlı olarak sunulmaması[192], itirazda bulunan isteklinin para veya başka bir ivaz karşılığında itirazını geri çekmesi (GWB § 125 Abs.2 Ziff.3).

Alman Hukukunda GWB § 125 hükmünde bazı durumlarda, ağır ihmalin mevcudiyeti halinde dahi itiraz hakkının kötüye kullanılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Türk Hukuku bakımından, bu hakkın doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanıldığından söz edebilmek için, isteklinin kastının varlığını aramak daha doğru olacaktır[193]. Aksi takdirde, tazminat talepleri, asli koruma imkanlarının üzerinde "Demokles'in Kılıcı" gibi sallanacak ve istekliler itiraz hakkını kullanma hususunda bir çekingenlik hissedecektir. Oysa burada sözü edilen tazminat talebinin amacı bu değildir.

Son olarak eklemek gerekir ki, ihaleyi açan kurumun itiraz başvurusunda bulunan kişinin açıkça bu hakkını kötüye kullandığını ispat etmesi son derece güçtür. Bu nedenle doktrinde bu tür tazminat taleplerinin uygulama açısından fazla bir öneme sahip olmadığı ifade edilmektedir[194].

---

190 **Byok/Jaeger/G ronstedt,** Nr.1254; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 125 GWB, N.10.

191 Ancak tazmini talep edilebilecek yargılama masrafları, itirazı sonuçlandıran kararda hükmedilen miktarla karşılanmayan masraflardır; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.446.

192 **Byok/Jaeger/G ronstedt,** Nr.1252.

193 İsviçre Hukuku bakımından karş. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.451.

194 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.459; **Byok/Jaeger/G ronstedt,** Nr.1259; **Noch,** s. 129; **Priefl/Niestedt,** s. 179.

YuJ..nrıda ihaleyi açan kurumun sorumluluğu incelenirken de belirtildiği üzere. ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında bir güven ilişkisi ınc□dana gelir. Bu güven ilişkisi sadece ihaleyi açan kurum için değil, ihale sün.."Cİne katılan istekliler bakımından da bazı yükiimlülükler meydana getirir H' bu yükümlülüklerin ihlali tazminat borcu doğurur[195]. İhale sürecinin başlaması ile birlikte kurulan bu güven ilişkisi, istekliler bakımından esas itibari) le şu yükümlülükleri doğurur: İlk olarak, isteklilerin tekliflerini özenle hazırlamaları gerekir. Ayrıca isteklilerin gerek teklifleri hazırladıkları esnada. gerekse ihale sürecinde fark ettikleri, ihale konusu iş bakımından önem taşıyan. sözleşmenin ifasını tehlikeye düşüren hususlarda, ihaleyi açan kurumu aydınlatması gerekir[196].

İsteklilerin özen ve aydınlatma yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinin sonuçları değişik aşamalarda kendisini gösterebilir: İlk olarak, ihaleyi açan kurum ihale konusu iş ve buna ilişkin sözleşmenin ifası bakımından önem taşıyan ancak isteklilerce aydınlatılmadığı hususları ihale sonuçlanmadan fark ederek ihaleyi iptal edebilir. Özen ve aydınlatma yükümlülüklerini ihlal eden isteklilerin bu davranışları BK. m.44/1 anlamında birlikte kusur oluşturacak ve ihaleyi açan kurumun tazminat borcunun ortadan kalkmasına veya indirilmesine yol açacaktır.

Bazen bu hususlar ihaleyi açan kurum tarafından sözleşmenin yapılmasından sonra fark edilmiş olabilir. İhale üzerinde bırakılan isteklinin ihaleyi açan kurumu aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi, sözleşme konusu işin öngörülenden daha pahalıya tamamlanmasına yol açabileceği gibi, ilave bazı harcamaların yapılması veya işin öngörülen zamanda tamamlanamaması sonucunu doğurabilir. İhale üzerinde bırakılan istekli, sözleşmenin ifası aşamasında herhangi bir kusuru bulunmasa dahi, sözleşme öncesi dönemde özen ve aydınlatma yükümlülüklerine aykırı davranışlarından c.i.c. esasına göre sorumlu olacaktır[197]. Ancak isteklinin, idarenin bu yüzden uğradığı zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu zararların onun özen ve aydınlatma yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinden kaynaklanmış olması gere-

---

195 **Arztmann,** s. 132: Yazar, ihale sürecinin başlaması ile meydana gelen güven ilişkisinin "tek şeritli bir yol" misali sadece idare için değil, ihaleye katılan istekliler için de yükümlülükler meydana getireceğini belirtmektedir.

196 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.489/490.

197 Sözleşme öncesi dönemde doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranışta bulunan tarafın, daha sonra sözleşmenin kurulması halinde, bu yüzden meydana gelen zararlardan dolayı c.i.c hükümlerine göre mi, yoksa sözleşme hukuku kurallarına göre mi sorumlu olacağı doktrinde tartı□malar için bkz. **Laren:ı/Wolf,** § 31, N.9; **Weber,** Art.97 OR, N.89; **Oğuzman/üz,** s. 324 ve orada dn. I64a.

1--.ir□istc□li bu yilkümliililklerini yerine getirmiş olsaydı dahi meydana gele• cek zarnrlardan sorumlu tutulamnz[10]ı-.

İhale surecinin başlaması ile birlikte taranar arasında meydana gelen güYcn ilişkisinden doğan bir diğer yükümlülük de, ihale sürecine katılan **istek**lilerin. doğru, diiriist sözleşenler olarak ve ciddi bir şekilde sözleşme yapına niyetiyle hareket etme yükümlülüğüdür. Bu yiikümliiliik, isteklilerin idareye zamr verici hileli davranış ve anlaşmalardan kaçınması yüki.imliili.iğünü de ihtiva etmektedir[199].

İstekliler, kaynağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bu güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri halinde, ihaleyi açan kuruma karşı tazminatla yükümlü olacaklardır. C.i.c. sorumluluğunun doğabilmesi için varlığı gereken güven ilişkisinin meydana geldiği an ve sorumluluğun şartları, tazmini talep edilebilecek zarar türü ve zamanaşımı, yukarıda (§ 5/111/A/I) idarenin sorumluluğu bahsinde ayrıntılı olarak incelendiği için, oradaki açıklamalara yollamada bulunulması yeterli olacaktır. Burada sadece, Borçlar Kanununda düzenlenen ve ihale sürecine katılan isteklilerin sorumluluğu bakımından da önem taşıyan c.i.c. sorumluluğu halleri üzerinde kısaca durulması ile yetinilecektir:

Alman Hukukundan (BGB § 3I I) farklı olarak, Borçlar Kanunumuzda c.i.c. sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm bulunmamakla beraber, bazı hükümlerde bu esasa dayalı sorumluluk düzenlenmiştir. Hatta bu özel düzenlemelerden bazılarında, doktrindeki hakim görüşten farklı olarak[200], tazminat alacaklısına menfi zararı aşan tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

Bu düzenlemelerden burada incelediğimiz sorun bakımından da önem taşıyanlardan biri BK. m.26 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre, kendi kusuru ile hataya düşen taraf, sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, karşı tarafın uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu hükme göre tazmini talep edilebilecek zararlar menfi zararlardır[201]. BK. m.26'111111. fıkrasının son cümlesine göre, karşı taraf hatayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminata hükmedilmez[202]. Aynı hükmün 2. fıkrasında, hakkaniyet gerektirdiği takdir-

---

198 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.489; **Gauch,** Werkvertrag, Nr.1728.

199 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.479 vd.

200 C.i.c. sorumluluğunda sadece menfi zararın talep edilebileceğini kabul eden hakim görüş için bkz. yuk. §5/111/Nl/c.

201 **OR-Schwenzer,** Art. 26 OR, N.7; **Schwenzer,** Nr.39.34; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.850; **Bucher,** AT, s. 218; **Eren,** s. 356.

202 Doktrindeki hakim görüşe göre, bu hüküm sadece esaslı saik hatası bakımından uygulanabilir; zira beyanda hata halinde, karşı taraf hatayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşme, tarafların gerçek iradeleri üzerinden hüküm ifade edecektir; **OR-Schwenzer,** Art. 26 OR, N.5; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.851; **Bucher,** AT, s. 218 dn.80; **Eren,** s. 356; **Koller,** Nr. 1 161; karş. ancak

deh- imin daha fuzla tazminata hükmedebileceği düzenlenmiştir. Daha fazla tanrıinatla kastedilenin müspet zararın tazmini olduuu[203] kabul edilınekte-
"r-:-.ı_ihale üzerinde bırakılan istekli kendisinin veya ;ardımcı şahıslarından
'rinin kusuru nedeniyle hataya düşmüş ve kamu ihale sözleşmesini iptal
□lrş ise. ihale) i açan kurum bu hükme göre tazminat talebinde bulunabile-
ı.: tir. Bu takdirde idarenin uğradığı ve isteklinin tazminle yükümlü olduğu
rarnrlar. ihaleni□ yenilenmesi nedeniyle idarenin yapmak zorunda kalacağı
han:amalar□=-ile, başka bir istekliyle sözleşme yapma fırsatının kaçırıl-
t113Sı ne-deni) le uğradığı zararların[206] toplamından ibaret olacaktır.

İkinci olarak. ihaleyi açan kurum, BK.m.3 I hükmüne göre, hile veya tehdit nedeniyle. ihale üzerinde bırakılan istekliden tazminat talep edebilir. BK. *m3* I hükmünde hile veya tehdit nedeniyle tazminat yükümlülüğü dolaylı olarak düzenlenmiştir[207]. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinin son fıkrasında, bu yönde açık bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre, ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin iptal

---

Schmidlin, Art.26 OR, N.19 vd. Aynca doktrinde, karşı tarafın hatayı bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, her zaman tazminat yükümlülüğünün kaldınlmasının doğru olmayacağı, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılmasının düşünülebileceği kabul edilmektedir; **OR-Schwenzer,** Art. 26 OR, [1].6; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.851; **Bucher,** AT, s. 218; **Koller,** Nr. 1162; aksi görüşte **von Tuhr/Peter,** s. 316, dn.52.

□□ **OR-Schwenzer,** Art. 26 OR, N.8; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.850; **Bucher,** AT, s.218; **Eren,** s. 356.

2r>! **Schwenzer,** bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, bu düzenleme, iptal hakkının kullanılmasını hataya düşen için fiilen değersiz hale getirmektedir. Yazar aynca, içtihatlarda bu hükme göre müspet zararın tazminine hükmedilen bir karar tespit edemediğini, dolayısıyla bu düzenlemenin uygulama açısından pratik bir değerinin bulunmadığını belirtmektedir; bkz. **OR-Schwenzer,** Art. 26 OR, N.8; **Schwenzer,** Nr.39.34.

□ı5 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.485.

:>rJS Başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zararlar, yoksun kalınan kar niteliğinde bir menfi zarardır. Menfi zarar kalemleri ve özellikle yoksun kalınan kar niteliğindeki menfi zarar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s. 239 vd. ve s. 246 vd.

2117 BK. m.31'in 3. fıkrasında, hile veya tehdit nedeniyle malul sözleşmeye icazet verilmesinin tazminat talep etme hakkından vazgeçme anlamı taşımayacağı hükme bağlanmış, fakat sözleşmenin iptali halinde tazminat yükümlülüğünden açıkça söz edilmemiştir. Ancak, icazetin tazminat yükümlülüğünden vazgeçme anlamı taşımayacağı şeklindeki düzenleme, iptal halinde bir tazminat yükümlülüğünün söz konusu olacağını dolaylı bir şekilde ifade etmektedir. Bazı yaza□l□r, iptal halinde söz konusu olacak tazminat yükümlülüğün açıkça düzenlenmesının daha isabetli olacağını belirtmektedir; bkz. örneğin **Schmidlin,** Art 31 OR, N. 140; **Yıldırım,** s. 265.

edilmesi halinde, yüklenici idarenin uğradığı znrrırlnrı tn:ı.minlc yllkliınlll olur. Bu tazminatın hukuki daynnağmı c.i.c. veya hrıksız fiil hllklimleri oluş. turur. Hile \'cya tehdit, ilmle Uzerinde bınıkılnn istekli veya onun yardımcı şahıslarından biri tarnfındnn yapılmış ise, idarenin tazminat talepleri c.i.c. SO· rumluluğuırn dayanacaktır. Buna karşılık ihale sürecine iştirak etmeyen üçüncü bir şahsın hile veya tehdidi durumunda, ihaleyi açan kurumun hile , e) a tehditte bulunan kişiden tazminat talep edebilmesi için, c.i.c. esasına değil. bir önceki başlık altında incelediğimiz haksız fiil hükümlerine dayan• ınası gerekecektir□çünkü üçüncü şahsın hilesi veya tehdidi durumunda ihaleyi açan kurum ile üçüncü şahıs arasında bir güven ilişkisi mevcut değil-<lir•□ [208].

İhaleyi açan kurumun hile veya tehdit nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi halinde tazminini talep edebileceği zararlar menfi zararlar ile sınırlıdır. Buna göre idare, ihaleyi tekrarlamak zorunda kaldığı için fazladan yaptığı harcamaları ve başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı için uğradığı zararların tazminini talep edebilir. İdare 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde belirtilen şartların mevcudiyeti h_alinde sözleşmeyi iptal etmekten vazgeçip, işin tamamlanmasını talep edebilir. BK. m. 31/111 hükmünde açıkça hükme bağlandığı üzere, hile veya tehdit ile kurulan bir sözleşmeye icazet verilmesi tazminat talep etme hakkından vazgeçme sonucunu doğurmayacaktır[209].

Borçlar Kanununda düzenlenen ve c.i.c. esasına dayanan bir diğer sorumluluk ise, yetkisiz temsilcinin, yaptığı sözleşmeye temsil edilenin icazet vermemesi ve sözleşmenin bu nedenle hüküm ifade etmemesi nedeniyle üçüncü şahsın uğradığı zararları tazmin yükümlülüğüdür (BK. m.39). Buna göre, istekli adına hareket eden kişinin bu hususta yetkisinin bulunmaması veya temsil yetkisini aşması durumunda, temsil edilen istekli kamu ihale sözleşmesine icazet vermediği takdirde, ihaleyi açan kurum sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle uğradığı zararlarının (menfi zararlarının) tazminini talep edebilecektir[210]. Hemen belirtelim ki, Türk Hukuku açısından ihaleyi açan kurumun BK. m.39'a göre tazminat talep etmesi sadece istisnai durumlarda söz konusu olacaktır. Çünkü ihaleyi açan kurum ihaleye temsilci sıfatıyla katılan kişinin temsil yetkisinin bulunduğunu ispat etmesini arayacaktır. Nitekim Kamu İhale Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrasında teklif-

---

208 Üçüncü şahsın hilesi veya tehdidi nedeniyle sözleşmenin iptali halinde, hile veya tehdide maruz kalan taraf ile tazminat yükümlüsü arasında bir güven ilişkisi bulunmadığı için sadece haksız fiil hükümlerine başvurulabileceği hususuna ilişkin olarak bkz. **OR-Schwenzer,** Art. 31 OR, N.23; **Kurşat,** s. 129; **Eren,** s. 363; **Oğuzman/Öz,** s. 97.

209 **B eyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.486.

210 **B eyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.487.

tmn ') etkili kişilerce imzalanmış olması" şartı aranmaktadır[211]. Dolayısıyla □mm ihale sözleşmelerinde. istekli adına hareket eden kimsenin temsil yetisinin bulunmaması veya bu yetkinin sınırlarının aşılması, sadece temsil)'-□tJ...isinin sonradan geri alındığı veya sınırlandırdığı durumlarda söz konusu '- l:ı'3ktır. ncak bu tür durumlarda da ihaleyi açan kurumun iyiniyeti bu ' tki ek·ikiiğini giderecek ve kamu ihale sözleşmesi geçerli olacaktır[212].

Tekrar belirtelim ki, ihaleyi açan kurumun c.i.c. esasına göre tazminat tal P edebileceği haller. Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenen bu durumtarla sınırlı değildir. İstekliler, ihale sürecinin başlamasıyla birlikte kendileri ile ihaleyi açan kurum arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan özen. bilgi vemıe, koruma ve sadakat yükümlülüklerini ihlal ederlerse, idarenin uğradığı zararları c.i.c. esasına göre tazminle yükümlü olacaklardır.

---

[211] Kamu İhale Kanununa göre çıkarılan uygulama yönetmeliklerinde de, ihaleye katılan kişinin temsil yetkisinin bulunduğunu ispat etmesini şart koşan düzenlemeler bulunmaktadır; bkz. Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m.34; Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m.37; Hizmet Alımı Uygulama Yönetmeliği, m.41; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m.39.

[212] Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. § 8/111.

§ 6) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI

1. GENEL OLARAK

ihale açılmasının temel amacını, kamu ihtiyaçlarını karşılamak için kimin ile sözleşme yapılabileceğini belirlemek oluşturur. Hukuka uygun olarak cereyan eden ihale süreci, sözleşmenin yapılması ile tamamlanır. Yukarıda 1. bölümde ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, kamu ihale sözleşmeleri bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşır ve Borçlar Kanununun sözleşmelerin kurulmasına ilişkin esasları, aksine özel düzenleme bulunmayan durumlarda, bu sözleşmelere de uygulanır. Bu nedenle özel hukuk açısından kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş mekanizmasını tahlil etmek yararlı olacaktır.

Borçlar Kanununun esas aldığı ve düzenlediği sözleşme kurma mekanizması, taraflardan birinin icabının diğer tarafça kabul edilmesidir (BK.m.l vd.). Ayrıca BK. m.225 vd. hükümlerinde, arttırma yoluyla satımda sözleşmenin kurulması mekanizması düzenlenmiş ve cebri arttırmalarla ihtiyari açık arttınnalarda ihale kararı ile birlikte sözleşmenin kurulacağı hükme bağlanmıştır. Doktrindeki hakim görüş, BK. m.225 vd. hükümleri anlamında arttırma yoluyla satımlarda ihale açılmasının bir "icaba davet", pey sürenlerinin teklifinin "icap" ve ihale kararının "kabul" niteliği taşıdığını kabul etmektedir[1]. Ancak gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda, gerekse 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, bu mekanizmadan uzaklaşılmıştır. Türk kamu ihale mevzuatında kabul edilen sistemin daha iyi anlaşılması için karşılaştırmalı hukuktaki durumun kısaca incelenmesi yararlı olacaktır.

Il. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, ihale kararı ile sözleşmenin kurulması arasındaki ilişki bakımından iki sistemin bulunduğu görülmektedir[2]:

Bunlardan ilkinde, ihale kararı ile sözleşme kurulmaktadır. Başka bir ifade ile, ihale kararı (daha doğrusu bu kararın bildirilmesi), aynı zamanda sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran bir kabul beyanı niteliği taşımakta ve bu iki işlemin birbirinden ayırt edilmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin, Alman ve Avusturya ihale hukukları bakımından durum böyledir. Bu sistemde, ihale kararının ihaleyi kazanan tarafa bildirilmesinden sonra, diğer isteklilerin bu karar karşı kendilerine tanınan asli koruma imkanlarından yarar-

---

Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan,** s. 305; **OR-Ruoss,** Yor Art. 229-236 OR, N.22 vd.

2 **Brinker** NZBau 2000, 174.

J:mmalnrı.) nni knrarı iptal c.::tt irerek sözleşmenin kurulmasına engel olmaları miimlün olmamaktadır. Çünkü ihale kararının ihaleyi kazanan istekliye bildirilmc-i ile sözkşme kurulmuş olur ve asli koruma da sadece sözleşme lunılmadan önce mümkündür. Bu husus üzerinde aşağıda Alman ve Avustı.ı() a hukuklarındaki durum incelenirken yeniden durulacaktır.

İkinci sistemde. ihale ile sözleşmenin kurulması işlemlerinin birbirinden a□ırt edilmesi mümkündür. Bu da iki aşama teorisinin veya ayrılabilir işlem teorisinin kabul edilmesine göre farklı şekillerde gerçekleşmektedir. İki aşama teorisinin hakim olduğu sistemlerde, ihale kararının bildirilmesi sözleşmeyi kuran bir kabul beyanı olarak nitelendirilmenıiş, sadece kamu hukukuna tabi ihale sürecinin son aşamasını oluşturan bir idari işlem olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulabilmesi için ihaleyi açan kurumun ayrıca Borçlar Kanunu anlamında bir kabul beyanında bulunması aranmıştır. Örneğin, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde durum böyledir. Ayrılabilir işlem kuramının hakim olduğu (örneğin Fransız hukuku) ülkelerde, idarenin sözleşmeyi yapma kararının gerisinde bu karardan ayrılabilir bir idari işlemin bulunduğu kabul edilmekte ve bu idari işlemin iptalini talep etmek mümkün olmaktadır.

Bu genel değerlendirme ışığında bazı hukuk sistemlerindeki duruma kısaca göz atmak gerekirse:

Alman Hukukunda, § 28 Nr.2 Abs. l VOB/A ve VOL/A hükümlerine göre, ihale, zamanında ve teklifte herhangi bir değişiklik yapılmaksızın isteklilerden birine bırakılırsa, sözleşme genel hükümlere göre kurulmuş olur. Aynı hükümde, sözleşmenin sonradan yazılı bir belgeye bağlanmasının bu durumda bir değişiklik meydana getirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Başka bir ifade ile, kamu ihale sözleşmesi yazılı şekilde yapıldığı anda değil, ihale kararı ile kurulmuş olur.

Dolayısıyla Alman Hukuku açısından ihale kararı, bir kabul beyanı niteliği taşımaktadır. Ancak bu noktada bir hususa işaret edilmesi yararlı olacaktır: Kabul beyanı teşkil eden ve sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran işlem, idarenin ihale kararı alması olmayıp, bu kararın ihale üzerinde bırakılan istekliye bildirilmesidir. Sözleşmenin genel hükümlere göre kurulacağı hükme bağlandığından ve kabul beyanı da varması gerekli bir irade açıklaması olduğu için, BGB § 130 hükmü uyarınca ihale kararının karşı tarafa ulaşması gerekir. Başka bir ifade ile, ihale kararı, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekliye bildirilmediği sürece, tek başına sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmaz. Çünkü ihale kararı verilmesinin, ihaleyi açan

kunımun kabul iradesini olıışturmayn yönelik bir iç i!-;lcını olduğu kabul edilmektedir-'.

A\'usturyn Hukukunda da ihale kararının bildirilmesinin kabul beyanı niteliği taşıdığı knbul edilmektedir. Gerek 2002 tarihli Federal İhale Kanununun 22 Nr. 40, gerekse 2006 tarihli Federal İhale Kanununun § 2 Nr.49 hükümkrinde. ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekliye ihale kaı"3rının bildirilmesinin, onun teklifinin ihaleyi açan kurum tarafından kabul edildiği anlamına geleceği düzenlenmiştir. İsteklinin ihale kararına ilişkin bildirimi almasıyla birlikte ihale sözleşmesi kurulmuş olmaktadır (§ 133 BYerG 2006).

Avusturya İhale Hukukunda yer alan ve ihale kararının bildirilmesini "kabur· beyanı olarak nitelendirilen düzenlemeler, Avrupa Birliği ülkelerinin tamamını etkileyen yeni bir gelişmeye yol açmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 28.10.1999 tarihli ünlü "Alcatel Austria" kararında[4] ihale kararının bildirilmesi ile birlikte sözleşmenin kurulacağını kabul eden düzenlemelerin topluluk mevzuatına aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Karara konu olan olayda, Avusturya otoyolları için bir veri aktarım sistemi kurulmasına ilişkin ihale açılmıştır. İhale "Kapsch AG" firması üzerine bırakılmış ve ertesi gün sözleşme imzalanmıştır. Diğer istekliler sözleşmenin imzalandığını gazeteden öğrenirler. Alcatel firması bunun üzerine Avusturya Federal İhale Kurumuna başvurarak ihale kararının iptali ve sözleşme imzalayan firmanın işe başlamaması hususunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuştur. Federal İhale Kurumu, Avusturya Hukukuna göre sözleşmenin kurulmasından itibaren artık böyle bir talepte bulunulamayacağını bildirerek itiraz başvurusunu reddetmiş, ama dosy.ayı Avrupa Adalet Divanına göndermiştir. Avrupa Adalet Divanı, ihtilaf direktiflerinde öngörülen asli koruma imkanlarının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, isteklilerin ihale kararına karşı itiraz etme ve hukuka aykırı ihale kararlarının iptalini sağlama imkanına sahip olmaları gerektirdiğine karar vermiştir. Adalet Divanına göre, aksi takdirde ihaleyi açan kurumlar, sözleşme imzalayarak fiili durumlar yaratma ve böylelikle en önemli ihale işlemi olan ihale kararını denetim dışına çıkarına imkanına sahip olurlar. Divan kararında, üye devletlerin, ihale karar-

---

lngenstau/Korbion/Portz, § 28 VOB/A, Rnr.21; **Kligncr,** s. 154 vd.; **Motzke/ Pietzcker/PrieO/Sterner,** § 28 VOB/A, Rnr. lO; **Kapellmann/ Messerschmidt/ Sticklcr,** § 28 YOB/A, Rnr. 19.

[4] EuGH Rs. C-81/98, Alcatel Austria vs. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, Slg.1999 1-7671=EuZW 1999, s. 759 vd. = ZYgR 2000, s. 9 vd. = NZBau 2000, s. 33 vd. Karara ilişkin değerlendinneler için bkz. **Hausmann,** EuZW 1999, s. 762; **Schramm,** ZYgR 2000, 13; **Rust,** NZBau 2000, s. 66, **Gröning,** WRP 2000, s. 49 vd.; **Brinker,** NZBau 2000, s. 174 vd.; **Kligner,** s. 215 vd.

1:mnın denetim ini sağlayncak ıneknnizmnlnrı oluşturmnkla yllkllmlO oldukları St'\ll\ıcuna ulaşılmıştır.

Bu kararın iç hukukların etkisi gccikmemişlir. Alman İhale TiizOğilnHn 13. pnragrnfında ynpılan değişiklikle, ihaleyi açnn kuruma, ihaleyi kazanama□:□n isteklilere bildirimde bulunma yiikiiınllilnğil yüklenmiştir. Bu hlikmc □0n:-:-. ihnlcyi açan kurum. ihaleyi kazanan istekliye teklifinin kabul edildiğini bildirmeden en geç 14 giin önce. diğer isteklilere tekliflerinin reddedilmesinin sebeplerini ve ihaleyi kimin kazandığını bildirmekle yiikiimliidür[6]. Bu bildirim için öngörülen sürenin dolmasından önce sözleşme yapılamaz; yapıldığı takdirde sözleşme batıldır[7]. Benzer yönde düzenlemelere, yapılan kamın değişiklikleri ile. Avusturya İhale Hukukunda da yer verilmiştir (§ 132 BVerG 2006)8. Görüldüğü gibi bu yeni düzenlemelerle, ihale kararı ile bu kararın bir kabul beyanı olarak istekliye bildirilmesi aşamaları birbirinden ayrılmış ve aşağıda inceleyeceğimiz diğer hukuk sistemlerindekine benzer bir hukuki durum meydana getirilmiştir.

Amerikan Hukukunda da, ihale kararının bildirilmesi ile birlikte kamu ihale sözleşmesi kunılmaktadır[9]. Sözleşmenin kurulma anı, Alınan Hukukundan farklı olarak, bu bildirimin istekliye ulaştığı an değil, gönderildiği andır[10]. Diğer isteklilerin bu tarihten en az üç gün önce, sözleşmenin en iyi teklifi sunan istekli ile kurulacağı hususunda bilgilendirilmesi gerekir[11].

Fransız Hukukunda da kamu ihale sözleşmesi, kural olarak, ihaleyi açan kurumun imzaladığı sözleşme metninin ihaleyi kazanan istekliye tebliğ edildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur (Art.81CMP)[12].

İsviçre Hukukunda, ihale kararı ve bu kararın bildirilmesi ile ihaleyi açan kurumun kamu ihale sözleşmesinin kurulmasını sağlayan kabul beyanı

---

5 § 13 YgV hükmü, 15.02.2003 tarihinde bazı değişikliklere uğramıştır. Aşağıdaki açıklamalarda, hükmün bu değişikliklerden sonraki hali göz önünde tutulmuştur.

6 Bu hükümde, ihaleyi açan kuruma, sadece ihaleyi kazanmayan isteklilere bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiş; ihaleyi kazanan istekliye de ihale kararının bildirilmesinden söz edilmemiştir. Bu hususa ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Kligner,** s. 266 vd.

7 İdarenin bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde, tüm ihale süreci geçersiz hale gelmemekte, sadece sözleşme batıl sayılmaktadır; ayrıntılı bilgi için bkz. **Kligner,** s. 258 vd.

8 Daha önce aynı yönde düzenlemeler 2000 (§ 53a) ve 2002 (§ 100) tarihli ihale kanunlarında da yer almaktaydı.

9 **Achenbach,** NZBau 2004, s. 245.

10 **Kligner,** s. 155 dn.16.

11 **Achenbach,** NZBau 2004, s. 245.

12 Decret n° 2006-975 du Ier aoGt 2006 art. 8; bkz. ayrıca **Ax/Hartmann,** s.11O ve s. 151; **Hök,** ZffiR 2001, V.

birbirinden ayrılmıştır. ihale kararı veya bu kararın en avantajlı teklifi sunan istekliye bildirilmesi ile sözleşme kunılınamaktadır. İhale kararı ihaleyi açan kurumun ihale konusu işle ilgili olarak isteklilerden hangisiyle sözleşme yapılabileceği hususundaki iradesinin oluşumuna ilişkin bir işlemdir. Ayrıca ihale kararı, kamu hukukuna tabi ihale aşamasının son işlemidir. Bu işlem bir idari işlem niteliği taşır[13] ve isteklilere bildirilmesi ile birlikte hukuki varlık kazanır. Birinci aşamanın tamamlanıp, ikinci aşamaya geçilebilmesi, yani özel hukuk sözleşmesinin kurulabilmesi için, ihaleyi açan kurumun sonradan ihale üzerinde bırakılan kişinin teklifini kabul ettiğini bildiren ayrı bir beyanda daha bulunması gerekir. Özel hukuk sözleşmesi, ilk olarak, idarenin bu kabul beyanı üzerine kurulur[14].

III. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

A) 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELERİN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Kamu İhale Hukukunda sözleşmenin kurulması usulüne ilişkin olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda bazı düzenlemeler yer almaktadır. Türk Hukuku açından kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş mekanizmasının tahlil edilebilmesi için, ilk olarak, büyük ölçüde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan hükümlerden [15] esinlenen, bu düzenlemelerin zikredilmesi yararlı olacaktır.

---

[13] İsviçre hukukunda ihale kararının idari işlem niteliğini kuşku ile karşılayan yazarlar da vardır. Bu konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşler için bkz. aşa. § 6/III/D.

1.1 **Spühler,** ZBL 2004, s. 375 vd.; **Gauch,** FS. Fleiner, s. 599 vd.; *aynı yazar,* ZSR 114 (1995) 1, s. 331; *aynı yazar,* recht 1997, s. 173; *aynı yazar,* BR 1996, s. 101; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. l 067a vd.; **Clerc,** s. 496, **Hafelin/Müller,** s. 59/60; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.317/318 vd.; **Galli/Lehmann/Rechtsteiner,** s. 149; **Stöckli,** NZBau 2002, s. 12.

[15] 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 31. maddesinin 1. fıkrasına göre, "İhale komisyonları tarafından alınan ihale kararları, ita amirlerince karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde onaylanır veya iptal edilir". 32. maddenin 1. fıkrasında, ita amirince onaylanan ihale kararlarının, onaylandığı günden itibaren en geç 5 işgünü içinde, üzerine ihale yapılana veya vekiline, imzası alınmak suretiyle bildirileceği veya iadeli taahhütlü mektupla tebligat adresine postalanacağı; mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılacağı hükme bağlanmıştır. 53. maddede, bu kanunda belirtilen özel haller dışında, bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı ve sözleşmenin, idare adına ita amiri tarafından imzalanacağı öngörülmüştür. Sözleşmenin yapılmasında tarafların görev ve sorumlulukları ayrı ayrı hükümlerde düzenlenmiştir.

. 4734sayılı Kamu İhale Kanununun 40 maddesine göre, "İhale, ekonomık. :ıçıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır." Aynı hiik- □niin altıncı fıkra ına göre. ihale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç "beş ı□g.iin□.. içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek sureti} le ıptal eder. Kanunun 41. maddesinde, ihale sonucunun, ihale kararının ihale}etkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç giin içinde, ihaleüzerinde bırakılan dahil ihaleye teklif veren bütün isteklilere imza karşılığı tebliğ edileceği veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirileceği; mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün kararın isteklilere tebliğ tarihi sayılacağı hükme bağlanmıştır.

..Sözleşmeye Davet" başlığı taşıyan 42. maddede ise şu düzenleme yer almaktadır:

··41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Yabancı istekliler için süreye oniki gün ilave edilir".

Tarafların sözleşmenin yapılmasında görev ve sorumlulukları 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 44 ve 45. maddelerinde düzenlenmiştir. "Sözleşme

İhale üzerinde bırakılan isteklinin sorumluluğu 57. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır". Aynı hükmün son fıkrasına göre, "Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir". Sözleşmenin yapılmasında idarenin sorumluluğu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 60. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün ilk fıkrasında şu düzenleme yer almaktadır: "İdare 57 nci maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmak ve taşınmaz malların satımında, ferağa ait işlemleri tamamlamak, şaıtnamede belirtilen sınır ve evsafa göre satılan malları müşteriye teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, müteahhit veya müşteri, sürenin bitmesinden itibaren en çok 15 gün içinde, 1O gün müddetli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde teminat geri verilir. Müteahhit veya müşteri, ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hak kazanır".

yapılmasında i'tddinin görev ve sorumluluğu" başlığını taşıyan 44. maddede şu hil□üın yer almaktadır:

"İhnle üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı, ererek özleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen □oıtra geçici teminat iade edilir.

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale iizerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda beli1ilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42 nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42 nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir".

"Sözleşme Yapılmasında İdarenin Görev ve Sorumluluğu" başlığını taşıyan 45. maddede ise şu düzenleme bulunmaktadır:

'·idare, 42 ve 44 üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getinnemesi halinde, istekli sürenin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır. Bu zarar, sebep olanlara tazmin ettirilir ve ayrıca haklarında 60 ıncı madde hükümleri uygulanır".

Son olarak Kamu İhale Kanununun "İhalenin Sözleşmeye Bağlanması" başlığını taşıyan 46. maddesinden söz etmek yararlı olacaktır. Bu hükümde şu düzenleme yer almaktadır:

"Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dökünanında aksi beliıtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir.

İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez."

Bu düzenlemelerden hareketle, Türk hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu bakımından şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

İlk olarak belirtelim ki, Türk hukukunda, ihale kararı alınmasının, hatta bu kararın ihale üzerinde bırakılan istekli de dahil, ihaleye katılan tüm isteklilere bildirilmesinin sözleşmeyi kurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Başka

hir ifadeyle. ihale kararının bildirilmesi, sözleşmenin kurulmasına yol açan bir "kabul" beyanı niteliği taşımanıaktadır[16]. Bu yöniiyle Tiirk Hukuku, İsviçre Hukukundakine benzer bir sistemi benimsemiştir.

Ancak Türk Kamu İhale Hukukunda sözleşmenin kurulması mekanizması. bir noktada. İsviçre Hukukundan farklı bir özellik göstermektedir: İsviçre Hukukunda. ihaleyi açan kurumun, ihale kararını bildirmesinden sonra yapac.ağı ikinci bir beyanla isteklinin teklifini kabul ettiğini belirtmesi durumunda sözleşmenin kurulacağı kabul edilmektedir. Gerçi İsviçre hukukunda da ihale kararı verilmiş olmasına rağmen ihaleyi açan kurumun kabul beyanmda bulunarak sözleşmeyi kurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, ihaleyi açan kurumun ihale kararı vermiş olmasına rağmen sözleşme yapmaktan vazgeçmesi söz konusu olabilir. Ancak İsviçre Hukukunda, ihaleye katılan ve ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmenin kurulmasma engel olma imkanı bulunmamaktadır. Çünkü isteklilerin ihaleye katılması ve teklif sunmaları bir "icap" niteliği taşır[17] ve istekliler, tekliflerin geçerlilik süresi boyunca bu icapla bağlıdırlar. Dolayısıyla idarenin bu süre içinde kabul beyanında bulunması halinde sözleşme kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin sonradan yazılı bir metne dönüştürülmesi veya idarenin "kabul" iradesini yazılı bir sözleşme metnini imzalamak suretiyle açıklaması da bu durumu değiştimez[18].

Oysa Türk Hukukunda yukarıda aktardığım düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ihale üzerinde bırakılan isteklinin, sözleşmenin kurulmasına engel olabilmesi imkanı mevcuttur. Gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda, gerekse 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, ihale üzerinde bırakılan istekli-

---

[16] Aksi görüşteki **Kutlu'ya** göre, ihale kararı (ve bu kararın onanması) ile sözleşme kurulur. Yazar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 53. maddesinde yer alan "bütün ihaleler sözleşmeye bağlanır" hükmü uyarınca sonradan yapılacak sözleşmenin var olan hukuki durumu belgelendiren fonnel bir işlem olduğunu belirtmektedir; bkz. **Kutlu,** s. 100/1O1. Kanımca bu görüş kabul edilemez. İlk olarak belirtelim ki, kanunun öngördüğü yazılı (hatta Kanunun ifadesiyle notere tescil edilen veya onaylattırılan) sözleşme yapılması kuralını fonnel bir işlem olarak nitelendirmek, her şeyden önce, bir kanun hükmünde aranan şekil koşulunun kural olarak geçerlilik şekli olduğunu ve bu şekle uyulmadan yapılan hukuki işlemin sonuç doğurmayacağını belirten BK. m.11/11 hükmüyle bağdaşmaz. Ayrıca, eğer ihale kararı taraflar arasında sözleşmenin kurulmasına yol açmış olsaydı, idarenin, **Kutlu'nun** "formel işlem" olarak nitelendirdiği sözleşme yapılmamış olsa dahi, istekliden sözleşmenin ifasını talep edebilmesi gerekirdi. Oysa ne 2886 ne de 4734 sayılı Kanun açısından bu mümkündür. İstekli Devlet İhale Kanununun 53. maddesinde sözü edilen sözleşmeyi yapmadığı takdirde, idarenin yapabileceği tek şey geçici tem"inatı irat kaydetmektir.

[17] **Gauch,** recht 1997, s. 173; *ayni yazar,* BR 1996, s. 103/104.

[18] **Gauch,** BR 1996, s. 104.

nin "sözleşmeye davet edilmesinden" söz edilmektedir; istekli bu "davete icabet etmediği" takdirde sözleşmenin kurulması söz konusu olmayacaktır. Gerçekten de. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 57. maddesine göre, ihaleyi kazanan istekli. onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır; bu zorunluluğa uymadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir. Aynı şekilde, 4734 sayılı Devlet İhale Kanununun 44. maddesi hükmünde de, ihale üzerinde kalan isteklinin, kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorunda olduğu, bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği; böyle bir durumda en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de sözleşme imzalanabileceği; en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda, geçici teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi, istekli geçici teminatını feda ederek sözleşmenin kurulmasına engel olma imkanına sahiptir.

Türk Hukukunda yer alan bu düzenlemeler, ihaleye katılan isteklilerin teklif sunmalarının bir "icap" niteliği taşıdığı şeklindeki genel kabul gören esası kuşkulu hale getirmektedir. Çünkü bir icabın söz konusu olduğu durumlarda, icapta bulunan, icabın bağlayıcı olduğu süre (tekliflerin geçerlilik süresi) içinde bu icabıyla bağlı olup, ondan vazgeçerek[19] sözleşmenin kurulmasına engel olamaz; muhatap bu süre içerisinde kabul beyanında bulunarak sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Hatta bu yüzdendir ki, doktrindeki bir görüş, kabul beyanını, kurucu bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedir2°. Oysa Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanununda yer alan düzenlemelerde, ihale üzerinde bırakılan istekli istemediği takdirde, sözleşmenin kurulmayacağı hususu kabul edilmektedir. Aksi takdirde, sözleşme yapılması için ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin davet edilmesinin; o da kabul etmediği takdirde ihalenin iptal edilmesinin bir anlamı kalmazdı. Ayrıca ihaleyi açan kurumun kabul beyanı üzerine sözleşme kurulmuş olsaydı, idarenin davetine rağmen yazılı sözleşme imzalamayan isteklinin, sözleşmeyi imzalayan, ancak hiç veya gereği gibi ifa etmeyen istekliden farkı kalmazdı ve her iki durumda da sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin sözleşme veya kanun hükümlerinin uygulanması gerekirdi.

---

19 İcabın geri alınması sadece BK. m.9'da öngörülen hallerde mümkündür. Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. § 6/111/C.

20 Bu görüş ve eleştirisi için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 140 vd.

Türk Hukunda yer alan, ihaleye katılmak suretiyle icapta bulunan isteklilerin, itlS : i azandıklan takdirde bağlayıcı nitelik taşıyan icapta bulunmuş olma la.noo rağmen sözleşmenin kurulmasına engel olabilmelerine imkan tan ·□·n h- ::ümler. t rik olarak izah edilmesi adeta imkansız.. talihsiz □□ıldneierdir. ıurk Kanun Ko□ı..ıcusunun. farkında olarak veya olmadan. .., i tarafça imzalanmış bir sözleşme metni olmaksızın kurulmuş bir söz-1!-s□□- --z onusu olama□acağı şeklindeki yanlış bir varsayımdan hareket etmiş :ımıası ihtimali □iikse-krir. Teorik herhangi bir temele dayanmayan bu □"!;;_□□·k"□ · sözleşme kurulma mekanizmasının. özel hukuk açısından değerlendirilm+□ ldukça güçtür ,·e bu mekanizmanın '•izah çabalannın" her yönü □ tcrmin edici şekilde sonuçlanması ihtimali zayıftır. Ancak bu güçlüğe rağmen. bi+zeı hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan kamu ihale sözleşmelerinin k□ıuş mekanizmasının tahlil edilmesi gerekmektedir. Kanımca bu hu- ilişkin olarak iki ihtimal söz konusu olabilir.

İ olarak. isteklilerin ihaleye katılmaları. bir icap değil de, "ön sözleşme ka-,Tamından mülhem[21]. bir □ön icap"' olarak değerlendirilebilir. Borçlar c:ımx-u literarüründe pek rastlanma□ an bu kavramın, sermaye piyasası hukukunda k uHaıuldığı bilinmektedir. Bu izah tarzı çerçevesinde, kamu ihale

---

2&86 sayılı De\·let İhale Kanununa ilişkin olarak, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin :o...:.1970 T., E.1970 1801. K.1970 _34o sayılı karannda, ihale kararının verilmesi ile birlik--ıetaraflar arasında bir ön sözleşme meydana geleceğinden söz edilnK.--ktedi:r(karar metni için bkz.. **Kotlu,** s. 100 dn.111). Kanunca bu görüş ka- ***bul*** edilemez. Gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu gerekse 4734 sayılı Kamu İhale Kamını..ma tabi ihaleler sonucunda yapılabilecek tek bir sözleşme vardır ve o da asıl sözleşmedir. Başka bir ifadeyle, her iki kanun bakımından da ön sözleşme □apılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, ön sözleşmenin unsurlarının me-.·cut olup olmadığmın tartışılmasına dahi gerek bulunmamaktadır.

:?I ön icap kavramının, İsviçre öğretisinde, sennaye piyasası hukuku alanında çağrı 1otuyla hisse senedi ve diğer bazı menkul kıymetlerin toplanmasına ilişkin bir düzenleme (Verordmmg der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote \'Om 21. Juli 1997) dolayısıyla kullanıldığını görmekteyiz. Anılan düz.enlernenin 7. maddesine göre, (şirketlerin sermaye ve yönetiminde kontrolü sağ1amak amacrylaJ pay sahiplerine çağrıda bulunarak hisse senedi/menkul kıymet toplama girişiminde bulunmak isteyenler, ilgili makama/Komisyona (Die **Kommission** für öfferrtliche Kaufangebote/Übemahmekommission) bir ön başvuru (Voranmeldung) yapabilirler. Bu ön başvuruda, çağrıda bulunan ile alım f!¼Jfme konu hisse senetlerini/menkul kıymetleri ihraç eden şirkete, alım teklifme r..onu hisselere/menkul kıymete, teklif edilen alım fiyatına, alımın diğer □lanna ilişkin bilgiler yer alır. Bu ön başvuru, İsviçre çapında dağıtımı yapılan gazeteler ile ilan □ilir *(md.* 8). Söz konusu düzenlemenin 9. maddesi uyan□ çağrı yoluyla hisse senedi/menkul kıymet toplamak isteyen kişi, ön başvurunun ilanını takiben altı hafla içinde, ön başvurudaki şartlara uygun bir (nihai)

sözleşmelerinin kurulmnsı şu şekilde gerçekleşecektir: istekliler, ihaleye ili\kin tckliltc bulunarak ihaleyi uçnn kuruma bir ön icapta bulunmaktadır. Bu ön icap ile istekli, ihnlc üzerinde bırakıldığı takdirde, teklifini yinclcyc-□ck ihaleyi açan kunımn icapta bulunma yliküml liliiğü altına girmektedir. isteklinin icabının ihaleyi açan kurum tarafından kabulü ile birlikte kamu ihale sözleşmesi kurulmaktadır. Ön icapta bulunan istekli, ihaleyi kazandığı halde icapta bulunmadığı takdirde, sözleşmenin kurulmaması nedeniyle ihaleyi açan kurumun uğradığı zararları c.i.c. esasına göre tazminle yükümlü olacaktır[23]. Özellikle ihaleyi kazanan isteklinin, "noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vennek zorunda" olduğunu hükme bağlayan 2886 s□yılı Devlet İhale Kanununun 57. maddesi bu yorum tarzıyla izah edilebilir. Ihaleyi kazanan isteklinin sözleşme metnini imzalayarak idareye sunması bir icap; idarenin sözleşmeyi imzalaması ise "kabul" niteliği taşıyacaktır.

Devlet İhale Kanunundan farklı olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46. maddesinin I. fıkrasının son cümlesinde, "İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla bu çalışmanın asıl konusunu oluşturan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda kurulacak kamu ihale sözleşmeleri bakımından, "ön icap" konstrüksiyo_nundan hareket edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle Kamu ihale Kanununa tabi ihaleler bakımından şu şekilde bir izah söz konusu olabilir: İsteklilerin ihaleye katılarak teklif sunmaları, yerleşik anlayışa da uygun olarak, bir "icap" niteliği taşımaktadır. Ancak Kamu İhale Kanununun yukarıda aktardığım düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğu takdirde, sözleşmenin kurulması için tarafların karşı karşıya bulunması şartının arandığının kabulü gerekir. Başka bir ifadeyle, Kamu İhale Kanunu açısından, kamu ihale sözleşmeleri, BK. m.4 anlamında karşı karşıya olan şahıslar (hazırlar) arasında idarenin kabul beyanında bulunması üzerine kurulan bir sözleşme olarak tasarlanmıştır. Buna göre idarenin sözleşmeyi imzalayarak kabul beyanında bulunabilmesi için, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapına davetine uyması gerekir. İstekli sözleşme yapma çağrısına uymadığı tak-

---

alım teklifini ilan etmek zorundadır. İşte, bu süreçte, (nihaı) alım teklifi icap, ?.n başvuru ise ön icap olarak nitelendirilmektedir (bkz. **Reutter,** s. I06-107). Onemle kaydedelim ki, mevzuatımızda konunun düzenlendiği Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri: iV, No: 8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nin (RG, 9.3.I994, S. 21872) ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrı1a bulunarak hisse senedi toplama girişimiyle ilgili hükümlerinde (md. 14 vd.), lsviçre'de olduğu gibi bir ön başvuru aşaması bulunmamaktadır.

23 Bkz. ve karş. **Reutter,** s. 106dn.601.

,iii\k. idnrcnin . öıkşmcnin kmıılmasın:ı ilişkin knhııl hcyonıııdn hultınımı. ı milm"-Hn olmnynı:aktır. İdarenin k:ıhul hcynnındn bııluıınınsınıı ve dolnyıesıyln □,,1lcşmcnin k.unılınasınn engel olan istekli. idarenin bu yllzuen uğradığı tmcnfi) ıamrları c.i.c. c. asına göre tnzminlc ylikllmlli olneaktır. Ciürlildüğii □ihi hu İ7ah tarn çerçevesinde. sözleşmenin kurulamamasının nedeni, ihale- □ katıl:m istcldikrin tekliflerinin bir "icap" niteliği tnşımaması olmayır, ih:,k□i açnn kurumun kabul bcynnındn bulunmasıııın. tarnnarın karşı karşıya l--:1rşı□a olduğu bir ortamda yazılı sözleşme metnini imzalamak suretiyle gerçcldeşmesinin şart koşulmuş olmasıdır.

Hemen belirtelim ki, bu izah tarzma doktrin ve içtihatlarda da dayanak bulmak mümkündür. Alman Federal Mahkemesi, 24.11.2005 tarihli kararında. bağlayıcı nitelikte bir icapta bulunan kimsenin, icabının kabulü halinde sözleşme konusu edimi ifa etmeyeceğini ifade etmesi ve bu nedenle muhatabın kabul beyanında bulunmamasına yol açması halinde, muhatabın, sözleşmenin icapta bulunan kişi ile yapılmaması nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini talep edebileceğine hükmetmiştir[24]. Aynı esaslara **KRAMER** de işaret etnıektedir[25]. **Von TUHR** da, icabın bağlayıcı olmasının sonuçlarının, sadece icabın geri alınabilmesi imkanını ortadan kaldırmaktan ibaret olmadığını; bağlayıcı bir icapta bulunan kimsenin ayrıca kusurlu davranışlarıyla icabın bağlayıcı olduğu süre içerisinde muhatabın belirli bir hukuki durumu elde etmesine engel olmasından veya onun mevcut bir hukuki durumunu kötüleştirmesinden sorumlu olacağını belirtmektedir[26]. Burada incelediğimiz sorun bakımından da benzer bir durum söz konusudur: İhaleyi açan kurumun sözleşme yapma davetine katılmayan istekli, örtülü olarak sözleşme konusu işi ifa etmeye hazır olmadığını dile getirmektedir. Onun bu davranışı ile ihaleyi açan kurumun kabul beyanında bulunmasına ve bu şekilde sözleşmenin kurulmasına engel olması halinde tazminat yükümlülüğü doğacaktır. Kanımca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu açısından bu ikinci izah tarzının benimsenmesi daha isabetli olacaktır.

Bu anlayış çerçevesinde kamu ihale sözleşmelerinin kurulması sürecinde kilometre taşı teşkil eden bazı işlemler borçlar hukuku açısından değerlendirildiğinde; ihalenin açılması bir "icaba davet", isteklilerin tekliflerini sunmaları "icap", ihale kararı, idarenin kiminle sözleşme yapılabileceğine ilişkin iradesinin oluştuğunu gösteren bir idari işlem, ihale kararının bildirilmesinden sonra idarenin ihale üzerinde bırakılan istekliyi sözleşme yapmaya davet etmesi ve tarafların karşı karşıya olduğu bir oıtamda ihale sözleşmesini im-

---

24 BGH, Urteil v. 24.11.2005 - VII ZR 87/04, MOR 2006, s. 5I0=BGHReport 2006, s. 341= **WM** 2006, s. 248.

25 Bkz. **MünchKomm/Kramer,** 5. Autl., § 145 BGB, Rnr. 12.

26 Bkz. **von Tuhr,** A., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.11/1, Bertin 1914, s. 487/488.

zalsınası "knbul" olarn1'. nitdcndirilcccktir. Süz konusu bu a□uıınlnrın borçlar hu1'.u1'.u açısından biraz daha ayrıntılı olarak incelenmesi yararlı olacaktır:

B) İHALE AÇILftfASI: İCABA DAVET

idarenin ihale açması hukuki niteliği itibariyle bir "icaba davet"lir *{im·ıaıio ad <dfer,!lldıuu/-*[7]. İhaleyi açan kurum bunun ile, ihale konusu mal, □apıın işi Yeya hizmet edimlerine ihtiyaç duyduğunu ve buna ilişkin bir sözleşme yapmak istediğini duyurmakta, ilgilenen isteklileri kendisine teklifte bulunmaya çağırmaktadır. İhale açılması, bir icap niteliği taşımadığı için, ihaleyi açan kurumun ihale açılması işlemi ile bağlı kalma ve süreci sözleşme ile tamamlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu icaba davet, özel hukuka tabi şahıslar arasında yapılandan fark!ı olarak, ihale mevzuatıyla ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve özel şekil koşullarına bağlanmıştır. Bu nedenledir ki, ihaleyi açan kurumun tüm teklifleri reddederek icaba davetten, yani ihale sürecinden vazgeçebilmesi, ancak haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde hukuka uygun bir nitelik taşır[28]; eğer haklı sebep olmaksızın idare ihale sürecin sona erdirirse, isteklilerin yukarıda (§ 5) ayrıntıları ile incelenen tazminat taleplerine muhatap olur.

C) İSTEKLİLERİN TEKLİFLERİNİ SUNMALAR!: İCAP

İhaleye katılan kişilerin teklif sunmaları, hukuki niteliği itibariyle icaptır[29]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Tanımlar" başlığını taşıyan 4. maddesinde "Teklif", "Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendjrrneye esas belge ve/veya bilgiler" olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde, isteklilerin sundukları tekliflerin özel hukuk açısından bir "icap", yani kabulü halinde sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracak özelliklere sahip olup olmadığı sorunu ile, bu tekliflerin ihale mevzuatına ve ihale dokümanlarına uygun olup olmadığı sorunu birbirinden ayırt edilerek incelenmektedir. Bu görüşe göre, birinci sorun, yani icabın hukuken geçerli ve bağlayıcı olup olmadığı, özel hukuka göre belirlenir. Borçlar Kanunu anlamında icap niteliği taşıyan teklifler hukuken geçerlidir ve teklifte bulunan şahısları bağlar. Tekliflerden birinin, ihale mevzuatında ve ihale dokümanla-

---

[27] **Merkle/Schafer,** GPR 2004, s. 273; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.140; **Scharen,** NZBau, 2003, s. 585; **Jasper/Poot,** NZBau, 2003, s. 264; **Bauer/Kegel,** Urteilsanmerkung (EuGH, *Urteil* vom 18. 6. 2002 - Rs. C-92/00), EuZW 2002, s. 503; **Kligner,** s. 153 dn.2; **Schwenzer,** Nr.28.57; **Kutlu,** s. 96.

[28] **Kligner,** s. 153 dn.2; **Merkle/Schafer,** GPR 2004, s. 273.

[29] **Gauch,** recht 1997, s. 173; *aym yazar,* BR 1996, s.103/104; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.143; **Kutlu,** s. 96.

rın fa h-lirkncn özellikleri taşıınnınnsı nedeniyle ihale dışı bırakılması dahi, □□, lonusu teklifin özel hukuk açısıiıdnn geçerliliğini ctkilcmcz[30]. Kanımca □u □ötilşc katılmak son derece giiçtiir. Çiinkü ihale mcvzual111a ve ihale doiiıırnnlarına uymadıi:?,ı için ihale dışı bırakılan tekliner reddedilmiş sayılacaıındaıı. nrtık özel hukuk açısından da geçerli bir icabın mevcudiyetinden söz l"Xiikmc) cccktir.

İ'tcklilcr. borçlar hukuku açısından "icap" niteliği taşıyan tekliflerini, aık.ihale usuliinde doğrudan doğruya yaparlar. Buna karşılık, belirli istekliler :ım. ında ihale usulünde istekliler, önce ön yeterlilik değerlendirilmesi için h.'l,nınır. Bu ihale usulünde, isteklilerin borçlar hukuku anlamında bir icap niteliği taşıyan tekliflerini sunmaları, ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda) eterli bulunarak davet edilmeleri halinde söz konusu olmaktadır[31].

İsteklilerin yaptıkları icap bağlayıcıdır. İcabın bağlayıcılık süresi bakımından Borçlar Kanununun bu konuya ilişkin esasları uygulanır. Kamu İhale Kanununun 24. maddesinin (m) bendinde ihale ilanında tekliflerin bağlayıcılık süresinin belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kamu İhale Kanununun 32. maddesinde tekliflerin geçerlilik süresinin ihale dokümanında belirtileceği düzenlenmiştir. İsteklilerin, herhangi bir süreden bahsetmeksizin tekliflerini sunmaları halinde, ihale ilanında belirtilen süreyi kabul ettikleri varsayılır. Başka bir ifadeyle, bu tür durumlarda söz konusu teklifte bulunan isteklinin örtülü olarak BK. m.3 anlamında bir "süreli icap..ta bulunduğu varsayılır.

Ancak teklif sahipleri, tekliflerinin bağlayıcılık süresini ihale ilanında öngörülenden farklı bir şekilde belirleyebilirler. Teklifte bulunan isteklinin teklifinde, ihale ilanında belirlenen süreden daha uzun bir süre öngörmesi halinde, sadece özel hukuk açısından değil, ihale hukuku açısından da bu teklifin geçerli bir teklif olarak kabul edilmesi gerekir *(argumentum a maiore ad minus).* Buna karşılık, isteklinin teklifinde, icabın bağlayıcı olduğu süre olarak ihale ilanında öngörülenden daha kısa bir süre öngörmesi halinde. söz konusu icap Borçlar Kanunu açısından geçerli bir icap olup, sadece öngörülen süre için teklif sahibini bağlar. Ancak bu şekilde kısa bir süre öngörülmesi, ihale ilanına aykırı olduğu için, ihaleyi açan kurum bu tür teklif sahiplerini ihale dışı bırakacaktır[32].

İstekliler icabın bağlayıcılığı bakımından söz konusu olan bu süre kadar teklifleri ile bağlıdırlar. Sürenin dolmasıyla beraber tekliflerin bağlayıcılığı

---

30 **Gauch,** recht 1997, s. 173 dn.57; *aynı yazar,* BR 1996, s.103/ I04, **Galli/Moser/ Rechtsteiner,** s. 109/11O.

31 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.143.

32 **Gauch,** BR 1996, s. 104; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.144/145 ve orada dn.224 ve 229.

ortadan kalkar. İhaleyi açan kurumun tek yanlı olarak tekliflerin bağlayıcılık süresini uzatması mümkün değildir. İhaleyi açan kurumun süre uzatımı bakımından haklı bir sebebe dayanması dahi bu durumu değiştirmez. İhaleyi açan kurum, örneğin. ihale işlemlerinin ve tekliflerin değerlendirmesinin öngörülenden daha fazla zaman aldığını veya isteklilerden birinin idareye veya Kamu İhale Kurumuna itiraz başvurusunda bulunması nedeniyle ihale sürecinin Kamu İhale Kanununun 54. maddesi gereği kendiliğinden durduğu ya da Kamu İhale Kurumunun aynı Kanunun 56. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak ihale sürecini durdurduğunu gerekçe göstererek tekliflerin bağlayıcılık süresini tek yanlı olarak uzatamaz; bunun için teklif sahibinin muvafakati gerekir[33]. Tekliflerin bağlayıcılık süresinin tek yanlı olarak değiştirilemeyeceği, Kamu İhale Kanununun 32. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. Bu maddenin son cümlesinde, idarece ihtiyaç duyulması halinde sürenin, teklif ve sözleşme koşulları değiştirilmemek ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatılabileceği hükme bağlanmıştır[34].

İhalenin sonuçlanması ve ihale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme yapılması halinde, diğer isteklilerin teklifleri bağlayıcılığını kaybeder. İhaleyi açan kurumun sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, alt sırada kalan teklif sahipleri (örneğin, ekonomik açıdan ikinci en avantajlı teklif sahibi) ile sözleşme yapması mümkün değildir. Bunun için yeniden ihale yapılması gerekir.

Teklifte bulunan isteklinin bu teklifini hangi şartlar altında geri alabileceği sorununun, BK. m.9 ve Kamu İhale Kanununun 30. maddesinin son cümlesi birlikte göz önünde tutularak çözülmesi gerekir. BK. ın. 9/1 hükmüne göre, geri alma haberi icaptan daha önce veya aynı zamanda muhataba

---

33 İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde **Gauch,** recht 1997, s. 173 dn. 58; *aynı yazar,* BR 1996, s. I04.

34 Kamu İhale Genel Tebliğinde de, "Teklif Geçerlilik Süresinin Dolmasından Sonra Sözleşme Yapılması" başlığı (XIII/M) altında şu düzenlemeye yer verilmiştir: "Kesinleşen ihale kararı bildirildikten sonra şikayet başvurusunda bulunulması veya dava açılması nedeniyle ihale sürecinin uzaması sonucunda; teklif geçerlilik süresinin ihale dokümanında öngörülen azami süre kadar uzatıldığı ve bu sürenin de dolduğu, buna rağmen sözleşmenin imzalanamadığı durumlarda; Uygulama Yönetmeliklerinde yer alan sözleşmenin imzalanması ile ilgili prosedüre göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi ile, kabul etmeleri şartıyla sözleşme imzalanabilir. Ancak tekliflerin geçerlilik süresinin dolmuş olması nedeniyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin sözleşmeyi imzalama zorunluluğu bulunmadığından, sözleşmeyi imzalamayan istekliler hakkında geçici teminatın irat kaydedilmesine ve yasaklamaya ilişkin hükümler uygulanmayacaktır".

ulıtşır, c□n icnpt:ın sonrn ulaşmak in birlikte muhatap ilk olnrak geri alma bc-□:mınd:m haberdnr olursn. icap yapılmamış sayılır. Buna karşılık Kamu İhale 1'..ımumınun 30. maddesinin son cümlesinde, "Yerilen tekliner, zeyilırnmc :fii7t'nlenmcsi hali hariç. herhangi bir sebeple geri alınamaz ve dcğiştirile-*mc-1"* hilkmii yer almaktadır. Bu iki düzenleme kanımca şu şekilde telif edi-k-hilir: Teklif sahibinin teklifini geri aldığı haberi tekliften daha önce veya l'"ntınla a□ nı anda ihaleyi açan kuruma ulaşır ise, BK. ın.9 hükmü uyarınca tdlifin yapılmamış sayılması gerekir. Buna karşılık, BK.m. 9 hükmünde yer □fa,n e geri alma haberi icaptan sonra muhataba ulaşmış olsa dahi, muhatap önce geri alma haberini öğrenmiş ise geri almanın geçerli olduğunu öngören düzenlemenin, Kamu İhale Kanununun 30. maddesinin son fıkrası karşısında kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulanamaması gerekir[35]. Çünkü Kamu ihale sözleşmelerinde teklifler kapalı zarf içinde sunulduklarından (KİK. m.30/1), ihaleyi açan kurumun icabın içeriğinden ilk olarak zarfların açılması aşamasında haberdar olması söz konusu olacaktır. BK. m.9 hükmü uygulanacak olursa, teklif sahibin tekliflerin açılması anına kadar teklifini geri alması mümkün olacaktır. Oysa Kamu İhale Kanununun 30. maddesinin son fıkrasında, tekliflerin açılmış olup olmamasına göre bir ayrım yapılmaksızın. açıkça verilen tekliflerin geri alınamayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle. teklifin ihaleyi açan kuruma ulaşmasından sonra gerçekleşecek bir geri almanın hukuki sonuç doğurmayacağının kabulü gerekir.

İhaleye katılan isteklilerin sundukları teklifler bir icap niteliği taşıdığı için. muhatap tarafından kabul edildiği takdirde sözleşmenin kuruluşuna yol açacak içeriğe sahip olması gerekir[36]. Hemen belirtelim ki, isteklinin icabı ile bağlılığı, sadece bu icapta belirttiği hususlarla sınırlı değildir; teklif vermek suretiyle isteklinin aynı zamanda ihale mevzuatı ve ihale dokümanlarında belirilen şartları da kabul ettiği varsayılır[37]. Ancak isteklinin ihale mevzuatına ve ihale şartnamesine açıkça aykırı bir teklif hazırlaması, örneğin, ihale konusu işin ihale ilanı ve dokümanlarında belirtilen niteliklerini değiştirmesi veya ihale konusu işin tamamlanması süresini farklı bir şekilde belirleyerek teklifini vermesi söz konusu olabilir. Bu tür teklif özel hukuk açısından geçerli bir icap niteliği taşısa dahi, ihale mevzuatına ve ihale dokümanlarına aykırı bir nitelik taşıdığı için ihale dışı bırakılacak, yani reddedilecektir[38].

---

35 İsviçre Hukuku bakımından aksi görüşte **Gauch,** BR 1996, s. 104.

36 **Gauch,** Werkvertrag, Nr. 460; *aynı yazar,* recht 1997, s. 173 dn.57; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.144.

37 **Gauch,** Werkvertrag, Nr. 482; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.144.

38 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.144.

D) }HA.LE KARARI

'\ ukarıda(§ 6/lll/A) açıklandığı ilı.ere, l3K. ın.225 hükıniinden farklı olarak, Türk Kamu İhale Hukukunda ihale kararı verilmesi ve hatta bu kararın iste\...lilere , e kamuoyuna açıklanması, sözleşmeyi kuran birHkabul beyan''ı niteliği taşımamaktadır. Ancak buna rağmen ihale kararı, ihaleyi açan kurunnın ihale sürecinde yaptığı en önemli işlemdir. Bu nedenle bu işlemin hukuki niteliğinin incelenmesi yararlı olacaktır.

Bir sözleşme kurmaya yönelik taraf iradeleri, bir anda ortaya çıkmayıp, bir karar veıine sürecinin sonunda oluşur. Bu süreç sonunda taraflar sözleşme yapma hususundaki kararını oluşturur ve muhataba beyan ederler. Aynı durum kamu ihale sözleşmeleri bakımından da söz konusudur. Kamu ihale sözleşmelerinin, özel hukuk şahısları arasında akdedilen sözleşmelerden tek farkı. idarenin karar verme sürecinin kamu ihale mevzuatında düzenlenmiş olması ve katı şekil koşullarına tabi tutulmasıdır. İhaleyi açan kurumun karar Yenne süreci, ihale kararı verilmesi ile tamamlanmış olur. İhale kararı, ihaleyi açan kurumun, ihalede sunulan teklifleri ihale kriterleri açısından değerlendinnesi sonucunda yaptığı seçimi gösteren bir işlemdir[39]. Başka bir ifadeyle, ihale kararı, ihaleyi açan kurumun kiminle ve hangi içerikte bir sözleşme yapabileceğine ilişkin bir karardır.

İhale kararının mevcudiyetinden söz edebilmek için bu kararın açıklanması gerekir; ihale kararı açıklanmadığı sürece hukuken mevcut bir karardan söz edilemeyecektir. İhaleyi açan kurumun ihale kararını isteklilere bildirmesi gerekir (KİK. m.41/1). Ayrıca teklifleri değerlendirmeye alınmayan isteklilerin talebi üzerine idarenin talep tarihini izleyen 5 gün içinde kararın gerekçelerini bildirmesi gerekir(KİK. m.41/11).

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk Hukukunda, ihale kararının sözleşmeyi kurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca ihale kararı, ihale üzerinde bırakılan istekli lehine sözleşmenin yapılması hususunda bir talep hakkı da vermemektedir. Başka bir deyişle, ihale kararı, bu kararı alan idare açısından sözleşme yapma zorunluluğu doğurmamaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, ihale kararının bir idari işlem niteliği son derece kuşkulu gözükmektedir. Sözleşmenin kurulması bakımından Türk İhale Hukukuna benzer bir sistemi benimseyen İsviçre Hukukunda, bazı yazarlar, ihale kararının, esası itibariyle idari işlem niteliği taşımadığı görüşündedir[40]. Bu görüş taraftarlarının ileri sürdükleri, Türk hukuku bakımından da geçerli olabilecek, gerekçeleri kısaca aktarmak yararlı olacaktır:

---

39 **B eyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.313.

4-0 Bu görüş taraftarları için bkz. **Gauch,** FS für Fleiner, s. 609 vd.; *aynı* yazar, recht l997, s. l 75; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.346 vd. Karş. ayrıca **Stöckli,** NZBau 2002, s. 12/13.

1h le k.amrınm esası itibariyle (mnddi nnlnmda) bir idari işlem niteliği taşınrndığını sa,·mrnn güriişlln hnrckct noktasını, bizatihi idıiri işlemin tnnıını ,,hışhmnak.tadır. idnri işlemler, ya bir hakkın vcyn yilklimlllllğlln kurulması ,i□iştirilmcsi \'cya sonn erdirilmesi sonucunu doğurur; ya da bir hak veya □ül..ihnli\lHği\n mevcut olup olmadığını ya dn kapsamını belirler; yahut da bir hl\l-.n:-ya yükOınlilHiğün kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesine ilişk.in takbi rcddeder'[11]. İhale kararı, idari işlemin meydana getirdiği bu somıçlard:m hiçbirini doğurmaz. İhale kararının, idarenin kim ile sözleşme yapıbl ikceğine ilişkin iradesini göstermekten başka bir anlamı bulunmamakttdır. Başka bir deyişle, ihale kararı, idarenin bir "niyet beyanından" başka hir şey değildir. İhale kararı, istekliler bakımından idari işlemlere özgü herhangi bir etki meydana getirmez. İhale kararının sadece ihaleyi açan kurum □<ıkımından bir önemi vardır. Çünkü ihaleyi açan kurumun ihale kararı olmadan sözleşme yapması yasaktır; ihale kararının alınmış olması sadece idare bakımından mevcut olan bu yasağı ortadan kaldırır[42]. Bu görüş taraftarları, İsviçre Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunu'nun 29. maddesinde, ihale kararının "İtiraz yoluyla iptali mümkün idari işlemler"[43] arasında sayılmasını şu şekilde izah etmektedirler: İhale kararı idarenin ihale sürecinde j'aptığı en önemli işlemdir ve bu kararın denetime tabi olması, hukuka aykırı bir nitelik taşıdığı durumlarda ise, itiraz üzerine iptalinin mümkün olması gerekir. Ancak itiraz üzerine iptal sadece "idari işlemler" bakımından mümkündür. Bu nedenle İsviçre Kanun Koyucusu, ihale kararının da denetime tabi olması ve gerektiğinde iptal ettirilebilmesi için, bu işleme "idari işlem" kılıfı giydirmiştir. Dolayısıyla ihale kararı sadece şeklen bir idari işlemdir[44].

Tartışma sadece teorik bir önemi haiz olmakla beraber, kanımca aynı düşünceler Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Gerçekten de ihale kararı, idare tarafından alınmış olması dışında, idari işlemlere özgü unsurları ihtiva etmemektedir. Gerçi ihale kararının, ihaleyi kazanan açısından sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmasa bile, en azından diğer isteklilerin tekliflerinin reddi anlamına geldiği, yani isteklilerin başvuri.ılarının reddedildiği ve bu yönüyle bir idari işlem niteliği taşıdığı düşünülebilir. Ancak ihaleye teklif sunulması, idareden bir talep, ömeğin idarenin sunduğu bir hizmetten veya

---

41 **Gauch**, FS für Fleiner, s. 609 vd. ve s. 615; **Beyeler**, öffentliche Beschaffung, Nr.347.

42 **Gauch,** FS für Fleiner, s. 602; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.354.

43 BoeB Art.29 hükmünde "tasarruf' (Verfögung) ifadesi yer almaktadır. İdari tasarruf olarak da adlandırılabilecek bu kavram "idari işlem" ifadesiyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır; bkz. **Gauch,** FS für Fleiner, s. 598/599, **Hafelin/ Müller**, s. 178.

44 **Gauch,** FS für Fleiner, s. 609; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.312, 317 ve 350 vd.

bir sübvansİ) ondan yararlanma tnlcbi niteliği ta□ınaınaktadır[15]. istekliler t□klitkriylc sadece. idarenin ihtiyaç duyduğu edimi belirli bir fiyat üzerinden ·unınaya hazır olduklarını dile getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ihaleye teklif sunulmasının, özel hukuk şahısları arasındaki sözleşmelerde taranarın birbirlerine icapta bulunmasından farklı bir yanı bulunmamaktadır.

İhale kamrınm bir idari işlem sayılması, yalnızca bu işlemin denetimi yolunu açması bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda işaret edilen Avrupa Birliği Adalet Divanmın "Alcatel Austria" kararında da, iiyc devletlerin, ihale kararlarının den.etime tabi tutulmasını ve itiraz üzerine iptal ettirilebilmesini sağlayacak mekanizmaları oluşturmakla yükümlü olduğuna hükmcdilmiştir[46]. Dolayısıyla ihale kararının "şeklen idari işlem" olarak nitelendirilmesi önemli bir ihtiyacı gidermektedir.

Ancak hemen belirtelim ki, Türk Hukukunda öteden beri ihale kararı tartışmasız bir biçimde idari işlem olarak nitelendirilmektedir. Danıştay'ın bu yönde çok sayıda kararı mevcuttur[47].

---

[15] **Gauch,** FS für Fleiner, s. 607 vd. ve s. 615; **Beyeler,** öffe□tliche Beschaffung, Nr. 69 vd., 328/329 ve 333 vd. Alman Hukuku bakımından aksi görüşte **Scblette,** s. 150.

[16] EuGH Rs. C-81/98, Nr.43; bu karar ve karara ilişkin değerlendinneler için bkz. yuk. dn. 4'te zikredilen yazarlar.

[17] Bkz. örneğin Danıştay 10. D., T. 17.10.1990, E. 1989/492, K. 1990/2224; 10.D., T. 21.5.1996, E.1995/4326, **K.** 1996/2769; 10.D., T. 26.3.2003, E. 2002/5500, K. 2003/1119; 1O.O., T. 22.6.2004, E. 2004/8257, K. 2004/761 8 (kararlar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bkz. ayrıca **Yılmaz,** s. 38 vd ve orada dn. 55'te zikredilen yazarlar. Ancak Danıştay, 4734 sayılı Kanununa tabi ihalelere ilişkin olarak verdiği bazı kararlarda, idari davaya konu olabilecek işlemin idarenin ihale sürecine ilişkin işlemleri değil itiraz sürecinin sonunda Kamu İhale Kurumunun vereceği karar olduğu sonucuna ulaşırken, yukarıda savunduğum ihale kararının maddi anlamda bir idari işlem niteliği taşımadığı görüşüne de gerekçe olarak kullanılabilecek son derece ilginç ifadelere yer vermektedir. Örneğin, Danıştay 13. Dairesi'nin 11.11.2005 T., E., 2005/6367, K.2005/5455 sayılı kararında şöyle denmektedir: "....ihale süreci ile ilgi olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihale süreci içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikayet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumuna yapılacak şikayet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir". Danıştay 13. Dairesinin 21.09.2005 T.,, E.2005/7980, K.2005/4580 sayılı kararında ise bir adım daha atılarak şu ifadelere yer verilmiştir: "...ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem, ihale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç içerisinde, ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanunun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikayet başvuru-

f:J IIIALEJ'i AÇAN KURU/UUN KABUL BEYAN/

Yulı.nrıda sı"ça belirtildiği ilzcrc Tiirk Hukukunda knmu ihale sözlcşıı ıe-1,rinin l-unılabilmcsi için ihaleyi açan kunıınun ihale kararını ınllteakip bir kahul hc□anında bulunması gerekir. Kamu İhale Kanunu. bu slircci "sözleşm\'.')□' da, et" olarak adlandırmış ve düzenlemiştir. Bu Kanunun yukarıda baş- □ bir\ esileyle naklettiğim 42. maddesinin yeniden zikredilmesi yararlı ola-□-81-.tır:

"4 l inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Mali□' Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilıne-:ini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Yaban-*cı* istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir"[48].

Bu hükümde sözleşmeye davetin ancak Kamu İhale Kanununun 41. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sürelerin dolmasından sonra yapılabileceğini öngören düzenleme son derece ilginçtir. 41. maddenin ikinci fıkrasında ihaleye katılan isteklilerden teklifi değerlendimıeye alınmayan veya uygun görülmeyenlerin ihale kararının kendilerine tebliğ tarihini izleyen beş gün içinde yazılı talepte bulunmaları halinde, idarenin talep tarihini izleyen beş gün içinde yazı ile gerekçelerini bildirmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu süre dolmadan önce idarenin ihale üzerinde bırakılan istekliyi sözleşme yapmaya davet etmesi hukuken mümkün değildir. Bu hükümle, teklifleri göz önünde tutulmayan isteklilere kısa da olsa bir itiraz süresi tanınmıştır.

---

sundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikayet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilen işlemdir.....Bu duruma göre, 2577 sayılı Kanun'da yer alan yasal düzenleme karşısında, idari davaya konu edilebilecek nitelikte, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmayan ihalenin iptali isteminin esasını inceleme olanağı yoktur. Her ne kadar, ihale işleminin davacının hukuksal durumunda yeni bir takım etkiler yaratabilme gücüne sahip olması nedeniyle, yürütülmesinin zorunlu olduğu söylenebilirse de, yukarıda belirtildiği gibi, söz konusu işlem, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu bakımından dava konusu edilebilecek kesin bir işlem değildir. Bu nedenle ihale işleminin hukuka aykırılığı, ancak kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olan Kamu İhale Kurulu kararının iptali konusundaki istem ile birlikte ileri sürülebilir". (Bu son zikredilen iki Danıştay kararı tespit edebildiğim kadarıyla henüz yayımlanmamıştır).

[48] Kamu İhale Kanununun 43. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, istekliden ihale bedelinin% 6'sı oranında teminat alınacağı hükme bağlanmıştır.

0zleşmc) t: davcı başlığını taşıyan 42. mnddc hUkmündcn, Kanunun, sözlcşım.'nin hazırlar arasında yapılncak bir knbul beyanı iizcrinc kurulması modelini benimsediği nçıkça nnlaşılmnktadır. Aynen idnrcnin kabul iradc□ini yazılı sözleşme metni iizerinde ve sözleşmeyi imzalamak suretiyle açıkça b yan etmesi gerekir. Bu nedenle, "zımni kabul" başlığını taşıyan ve icapta bulunan kimsenin işin özel niteliği veya hal ve şarllardan açık bir kabul be-□anı beklemek zorunda olmadığı durumlarda, icabın uygun bir süre içinde n!ddedilmemiş olması halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını öngören BK.m.6 hükmü kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulanınaz[49]. Ayrıca kamu ihale sözleşmesi karşı karşıya olan şahıslar arasmda kurulacağı için, kabul haberinin icapta bulunan kişiye geç ulaşmasının sonuçlarını düzenleyen BK. m.5/111hükmü de kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacaktır.

İdarenin kabul iradesini, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin bağlayıcılık süresi içinde beyan etmesi gerekir. Sürenin sona ermesi ile birlikte isteklinin teklifi ile bağlılığı sona ereceği için, daha sonra idarenin istekliyi sözleşme yapmaya davet etmesi, yeni bir icap niteliği taşır ve sözleşme ancak teklif sahibinin kabul etmesi halinde kurulur.

İdarenin sözleşmenin imzalanması suretiyle kabul beyanında bulunarak sözleşmenin kurulması sonucunu doğurabilmesi için, bu kabulün ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifine uygun olması gerekir. İsteklinin teklifinde sözleşme yapılırken değişiklik yapılması, örneğin, işin teslim süresinin, ödeme şartlarının, işin kapsamın veya diğer şartlarının değiştirilmesi kabul olmayıp, yeni bir icap niteliği taşımaktadır. İsteklinin teklifine veya ihale dokümanlarına aykırı sözleşme yapılıp yapılamayacağı hususu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir[50]. Değişiklik yapılması mümkün olduğu ölçüde, kamu ihale sözleşmesi, yapılan değişikliklerin istekli tarafından kabul edilmesi halinde kurulur[51].

İdare adına kabul beyanında bulunmaya kimin yetkili olduğu hususuna gelince: 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 53. maddesinin 1. fıkrasında sözleşmenin idare adına ita amiri tarafından imzalanacağı hükme bağlanmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46. maddesinde, sözleşmenin ihale yetkilisi tarafından imzalanacağı düzenlenmiştir. Bu kanunun "Tanımlar" başlığını taşıyan 4. maddesinde ihale yetkilisi, "İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevliler" olarak tanımlanmaktadır. Özellikle

---

49 Alman hu[k] uku bakımından aynı yönde **Kligner,** s. 155 dn.6.

sc1 Bkz. aşa. § 6/111/G/1.

51 **Ingenstau/Korbion/Portz,** § 28 VOB/A, Rnr. 13 vd.; **Motzke/Pietzcker/PrieO**, § 28 YOB/A, Rnr. 30/31; **Kligner,** s. 159 vd.

□□ i :k, ri □apılan dunımlarda idare ıtdına sözleşmeyi imzalayan görcvliıiıı □,'t inin k.apsamına uygun hareket etmesi gerekir[52]. Kamu İhale Kanununun .ı.m. ddcsi anlamında ihale ve harcama yetkililerinin kimler olduğu, yetkinin t-ınhınmmnasının Yeya kapsnmınıı aşılmasının meydana getireceği hukuki .--ınuı;lar, aşağıda 3. böliimde ayrıntılı olarnk incelenecektir.

Kmnu İhale Knnunuırnn 47. maddesinde[53] ihale sonucunun ilanı düzeni nmiştir. Ancak bu ilnn kurucu bir etkiye sahip olmayıp, bildirici nitelikteJir. İ-□□, p e kabule ilişkin olarak yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi hnlinde, ilandan önce de kamu ihale sözleşmesi geçerli olarak kurulur ve hüJ..üm ifade eder. Öte yandan bu hükümde "sözleşmenin Sayıştay Başkanlıf.lO 'a tescili"nden söz edilmektedir. Maddede yer alan "tescil" ifadesinin tek.nil,,a nlamda bir tescil değil, "onay" olarak anlaşılması gerekir. Bu noktada'öz konusu onayııı kurucu bir unsur mu, yoksa etkinlik unsuru mu[54] olduğu sorusu akla gelmektedir. Hemen beliıielim ki, 832 sayılı Sayıştay Kamımınun "tescil ve vizeye tabi işlemler" başlığını taşıyan 30. maddesi hükmü, :'Ol8 sayılı Kanunla[55] 1.1.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış olup. bu tartışmanın güncel pratik bir değeri bulunmamaktadır. Kanımca bu değişiklikten önce de, söz konusu Sayıştay onayının sözleşmenin kurulmasının bir şartı olarak değerlendirilmemesi gerekir.

F) *SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ*

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 53. maddesinde, bu kanunda belirtilen özel haller hariç, tüm ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı öngörülmüştür. Aynı düzenleme Kamu İhale Kanununun 46. maddesinde de yer almaktadır. Bu hükümde de, yapılan tüm ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı düzenlen-

---

51 Karş. **Kligner,** s. I57.

53 Kamu İhale Kanununun 47. maddesinin 1. fıkrasında bu düzenleme yer almaktadır: "Sözleşme bedeli, mal veya hizmet alımı ihalelerinde **birmilyon dokuzyüzyirmibeşbin dörtyüzellibir Yeni Türk Lirasını,** yapım ihalelerinde ise **üçmilyon sekizyüzellibin dokuzyüzüç Yeni Türk Lirasını** aşan ihalelere ilişkin ihale sonuçları, sözleşmenin Sayıştay Başkanlığınca tescilinin idareye tebliğ edildiği, bu tescilin gerekli olmadığı durumlarda ise sözleşmenin taraflarca imzalandığı tarihi izleyen en geç onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle ilan edilir". İlanda hangi hususların yer alacağı ise, aynı hükmün 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

5.4 Hukuki işlemin etkinlik unsurları, hukukr işlemin meydana gelmesi için değil, meydana gelmiş bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurması için gerekli şart ve unsurlardır. Örneğin, sınırlı ehliyetsiz bir şahsın yaptığı hukuki işleme kanuni temsilcinin izin veya icazet vermesi halinde durum böyledir. Etkinlik unsurları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren,** s. 114 vd.; **Sirmen,** s. 15/16.

55 Bkz. 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı RG.

miştir. Ayrıc.1 bu maddede, ihalenin sözleşmeye buğlanması, yani yazılı şekil şartının yerine getirilmesi yeterli göriilmüş, ihale dokümanlarında aksi belirtilmedikçe. "sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılnıası"nın zorunlu olmadığı öngöriilıniiştiir. Bu noktada söz konusu düzenlemelerde öngörülen şekil zorunluluğunun, geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu sorusu akla gelmektedir.

Bu soruya bir cevap vermeden önce bazı hukuk sistemlerindeki duruma kısaca işaret etmek yararlı olacaktır. Alman Hukukunda, yapım ihalelerinde, daha sonra taraflarca bir sözleşme metni imzalansa dahi, sözleşmenin daha önceki bir dönemde, yani ihale kararının ihale üzerinde bırakılan istekliye bildirildiği anda kurulacağı hükme bağlanmıştır (§ 28 Nr.2 Abs. l VOB/A). Dolayısıyla yapım işlerine ilişkin sözleşmeler bakımından herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmüş değildir. Bu nedenle sözleşmeyi kuran bir işlem olarak ihale kararının bildirilmesi, yazılı veya sözlü (telefonla) yapılabilir. Buna karşılık alım ihalelerinde, ihale kararının istekliye yazılı bir şekilde bildirilmesi öngörülmüştür (§ 28 Nr.2 Abs. l VOL/A)[56]. İsviçre'de Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunda (BoeB), sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Kamu İhale Tüzüğünün (VoeB) 29. maddesinde, ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi yazılı olarak akdedeceği öngörülmüştür. **GAUCH,** bu hükümde düzenlenen şekil zorunluluğunun, BK. m.11 anlamında bir geçerlilik şekli olmadığını, zira BK. m.11 hükmüne göre geçerlilik şeklinin sadece kanun ile öngörülebileceğini belirtmektedir. Yazar, bu hükmün sadece ihaleyi açan kuruma yönelik bir talimat niteliğinde olup, onun sözleşmeyi kabul beyanını ancak yazılı bir şekilde yapabileceğini düzenlediği kanısındadır. Yazara göre, isteklilerin tekliflerini bu hükmün bilincinde olarak yaptıkları ve dolayısıyla taraflar arasında BK. m.16 anlamında bir iradi şeklin kararlaştırıldığı akla gelebilir. Ancak yazar bu şekilde bir yorumun hukuki işlem teorisinin aşırı ölçüde zorlanması anlamına geleceğini belirtmektedir. Ayrıca, BK.m. l 6 sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme öngörürken, VoeB Art. 29 hükmünde sadece idarenin kabul beyanının yazılı şekilde yapılması düzenlenmiştir. Bu nedenle yazar, BK.m. I 6 hükmünün olsa olsa kıyasen uygulanabileceğini ve yazılı şekilde kabul beyanında bulunmayan idarenin sözleşme ile bağlı olma niyetinin olmadığı sonucunun çıkarılabileceğini belirtmektedir[57].

Türk Hukuku açısından, Kamu İhale Kanununun 46. maddesinin gerekçesinde, bu tartışmada belirleyici nitelik taşıyabilecek bazı ilginç ifadeler yer almaktadır. Madde gerekçesinde şöyle denmektedir: "Taahhüdün yerine getirilmesinde ihtilatlara neden olunmaması için bütün ihalelerin bir sözleşme-

---

[56] Daha fazla bilgi için bkz. **Kligner,** s. 159.

[57] Bkz. **Gauch,** BR 1996, s. 104 ve orada dn.34.

ye hağl:macağı benimsenmiş olup, ihale dokümanı sözleşmelerin doğal eki (ılduğundan bu dokümana aykırı sözleşme yapılamayacağı hüküm altına □lınmıştır". Gerekçe esas alındığı takdirde, Kanun Koyucunun bu düzenleme *!k* bir ispat şekli öngördüğü sonucu çıkarılabilir. Ancak 2886 sayılı Devlet ihale Kanununun 53. maddesine ilişkin olarak verilmiş bazı Yargıtay kararlannda. Yüksek Mahkemenin bu şekil hükmünü bir geçerlilik şekli olarak)Onımladığı izlenimi doğuran ifadeler yer almaktadır[58].

Kanımca özellikle 4734 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu açısından bu tartışmanın pratik bir değeri bulunmamaktadır. Çünkü, yukarıda sözleşmenin kurulması mekanizmasına ilişkin açıklamalarda da ifade edildiği üzere. bu Kanunun benimsediği sistemde, kamu ihale sözleşmesi ilk olarak tarafların karşı karşıya bulunduğu bir ortamda idarenin kabul beyanını yazılı ?larak açıkladığı, yani sözleşme metnini imzaladığı anda kurulmuş olacaktır. idarenin bu tür bir şekle tabi kabul beyanı bulunmadığı sürece, kamu ihale sözleşmesinin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Oysa geçerlilik şekli-ispat şekli tartışması, tarafların icap ve kabul iradelerini sözlü olarak da açıklamalarının hukuken mümkün olduğu durumlarda ortaya çıkar.

G) KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

Kamu ihale sözleşmeleri birer özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı için Borçlar Kanununun sözleşmenin kuruluşuna ilişkin esasları bu sözleşmelere de uygulanacaktır. Borçlar Kanununun 1. maddesine göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı noktaları *(esentialia negotii)* üzerinde anlaşılması gerekir. İdare açısından sözleşmenin esaslı noktaları ihale dokümanlarında yer alır. Sözleşme konusu işin fiyatı ise ihaleyi kazanan firmanın teklifinde belirlenmiştir.

Kamu ihale sözleşmelerinde tarafların üzerinde mutabık kalmaları gereken ve bu şekilde sözleşmenin içeriğine dahil olacak hususlar bakımından iki

---

58 13. HD., T. I7.4.2002, E. 2002/2206, **K.** 2002/4288: "2886 sayılı yasanın 53. maddesi gereğince bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı hükmü getirilmiştir. Taraflar arasında sözleşme yapılmadığına ve idare de ihaleyi haksız şekilde feshettiğine göre davalı idare geçici teminatı iade ile mükellef olup bunun dışında davacı herhangi bir hak talep edemez"; 14. HD., T. 25.10.2001, E. 2001/5939, K. 200 l /7149: "Belediye taşınmazlarının satışı için öncelikle Belediye Meclisi kararı gerekir. Bu karara uygun olarak Belediye Encümenince 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre satışa çıkarılır ve ihale sonucu en çok artıran kişi 2886 sayılı yasanın 53. maddesi uyarınca Belediye Başkanı ile resmi sözleşme yapar ve satış bu şekilde tamamlanmış olur. Dava konusu taşınmazın satışı bu prosedüre uygun yapılmamıştır. Geçerli bir satış bulunmadığından davanın reddi gerekirken, kabulü doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir" **(ka**rarlar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

"orunun cevabı bilyük önem tnşımnktndır: Bunlardnıı ilki, ihalenin taınamlanma·ından sonrn sözleşme yapılırken ihale dokliınanlarında yer alan husu·tarın veya ihaleyi kaznnnn tnrafın teklifinde belirtilen ihale bedelinin müzakere edilmesinin ve bunun sonuncunda değişiklik yapılmasının mlimkUn olup olmadığı hususudur. İkinci olarak açıklığa kavuşturulması gereken sonın, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "sözleşmede yer alması gereken zorunlu hususlar" başlığını taşıyan 7. maddesine aykırı sözleşme düzenlenmesinin sonuçlarının ne olacağıdır.

1) İlıale Dökiimanlarma Aykırı Sözleşme Yapılamaması ve İhaleye Esas Teklifin Değiştirilememesi

Kamu ihale sözleşmesinin yapılması aşamasında, ihale dokümanlarına aykırı sözleşme düzenlenmesi veya ihaleyi kazanan isteklinin değerlendirmeye esas alınan teklifinde(karşılıklı anlaşma ile dahi olsa) değişiklik yapılması yasaktır. İhale dokümanlarına aykırı olarak sözleşme düzenlenememesi, kamu ihale hukukuna hakim olan ilkelerden çıkmaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "İlkeler" başlığını taşıyan 2. maddesinde, "bu kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır" hükmü yer almaktadır. 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun "Temel İlkeler" başlığını taşıyan 5. maddesinin 1. fıkrasında da aynı yönde olmak üzere şu düzenleme yer almaktadır: "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur"[59]. Bu düzenlemelerden

[59] Karşılaştınnalı hukuka bir göz atıldığında, diğer ülkelerin kamu ihale sistemlerinde de aynı esasların benimsendiği görülmektedir. Örneğin, İsviçre'de, 1994 tarihli "Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun"un (BoeB- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen) I ve 8. maddelerinde, Avusturya'da 2006 tarihli "Federal İhale Kanunu"nun (Bundesvergabegesetzt) I 9. paragrafında, Fransız Kamu İhale Kanununun (CMP) 1. maddesinde benzer düzenlemeler yer almaktadır. Alman Hukukunda ayrı bir ihale kanunu olmayıp, kamu ihaleleri "Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanun"un (GWB- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrankungen) 97 vd. paragraflarında düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı, kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması ilkesinin taşıdığı önemi göstennesi açısından dikkat çekicidir. Rekabetin korunması yanında, kamu ihalelerine hakim olan ve yukarıda saydığımız diğer ilkeler de GWB Art.97 hükmünde ayrıca sayılmıştır. Hemen ekleyelim ki Avrupa Birliği'nin "Yapım, Alım ve Hizmet İşlerine İlişkin Kamu İhalelerindeki Usullerin Koordinasyonuna ilişkin" 31 Mart 2004 tarihli direktifinde (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of

h !X'lı.ctk k.aımı ihale hukukuna hakim olnn temel ilkeleri şu şekilde tespit ı:-tınd, ını\mkilndi\r: Kamu ihtiyaçlarının uygun şnrtlnrdn ve znnınnında karşılanmas,ı e knynakların verimli kullanılması; ihaleye katılanlara eşit işlem □□lpılnrnsı - □ nyrımcılık ynpılımınrnsı: rekabetin sağlanması; saydamlık (8Çtlı.lılıf[0].

Kmmı ihale sözleşmesinin imzalanması esnasında, yapılacak işin konusu \t miktnrı. işin yapılmasında riayet edilecek teknik şartlar, işin tamamlanma süresi. ri-k dağılımı. sorumluluk ve cezai şarta ilişkin olarak ilan edilen ihale dokümanlarında yer alan hususlardan farklı düzenlemelere gidilmesi veya ihale□i kazanan isteklinin teklifinde değişiklik yapılması (örneğin, bedelin arttırılması). ihaleye katılan taraflara eşit muamele edilmesi ve rekabetin sağlanması ilkelerini açıkça ihlal edecektir. Çünkü ihaleye giren diğer katılımcılar. tekliflerini ihale ilanını göz önünde tutarak verirler. Eğer yapılacak işin miktarında bir azalma, işin süresinde bir artma veya daha düşük teknik standartlarda bir iş yapılmasının mümkün olduğunu bilmiş olsalar idi, farklı teklifler sunacaklardı[61].

Öte yandan en uygun ihale bedeli olarak açıklanan rakamm sonradan artınlması kamu kaynaklarının verimli kullamlması ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Esasen böyle bir durum bizatihi ihale yapılmasını anlamsız hale getireceği gibi, bir dizi kötüniyetli davranışlara da zemin hazırlayacaktır. Gerçekten de. eğer ihaleyi yapan kamu kuruluşu, işi belirli bir müteahhide vermek niyetini taşıyorsa, gayri resmi yollardan onun son derece düşük teklif vermesini ve bu şekilde ihaleyi kazanmasını sağlayacak, ancak daha sonra sözleşme yapma aşamasında ihale bedelini dilediği gibi artırma imkanına sahip olacaktır. Esasen ihale hukuku kurallarının varlık sebebini, ihale yapılmasını adeta anlamsız hale getirecek bu tür suiistimal tehlikelerini bertaraf etmek oluşturmaktadır.

Bu tür suiistimal tehlikelerini bertaraf etmek için, sadece sözleşmenin yapılması aşamasında değil, henüz ihale sonuçlanmadan dahi, ilan edilen ihale dokümanlarında değişiklik yapılması yasaklanmıştır. Örneğin 10.06.1934 tarih ve 2490 sayılı Arttınna, Eksiltme ve İhale Kanununun 12. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "İlanlar yapıldıktan sonra şartnamelerde fıate tesir edecek şeylerle, model, plan ve diğer bağlı kağıtlar üzerinde değişiklik yapılamaz. Şayet böyle bir değişiklik yapılmasına sebep ve zaruret görülürse bu

---

procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts) de, ihale işlemlerinde ihaleye katılacakların eşit muameleye tabi tutulması ve ayrımcılık yapılmaması, ihale prosedürünün saydam bir biçimde yürütülmesi gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

w Kamu ihale hukukuna hakim olan temel ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.209 vd.; **Yılmaz,** s. 87 vd.; **Uz,** s. 157 vd.

[61] Karş. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.300.

liin

bep ve zaruretler bir zabıt vnrnkası ile tespit ve evvelce yapılan ilanlar yok sayılarak yeniden ilan olunur". Bu kanunun yerini alnn 1983 tarih ve 2886 sa) ılı De\'let İhale Kanununun 19. maddesinde, "ilan yapıldıktan sonra şartnam ve eklerinde değişiklik yapılamaz" hilkınü yer almaktadır. Aynı şekilde 4734 sayılı Kumu İhale Kanununun 29. maddesinde şu hi.iklim yer almakmdır: "İlan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur". Yine aynı Kanunun 30. maddesinin son fıkrasında, zeyilname düzenlenmesi hali hariç verilen tekliflerde değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Kamu ihale hukukuna hakim olan eşitlik, rekabeti sağlama ve kamu ihtiyaçlarının uygun bir şekilde karşılanması ilkelerinin uygulanması ilk olarak ihaleyi yapan kamu kurumunun ihale dokümanında belirtilen hususlarla bağlı olmasını gerektirir. İhale dokümanları, ihalenin oyun kurallarını belirler ve ihalenin bu kurallar çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir. İhale ilanı ile belirlenen bu kuralların sözleşme imzalanması aşamasında yok sayılması hukuken mümkün değildir. Hemen ekleyelim ki, ihale şartnamesinde ve ihale teklifinde belirtilen şartlara aykırı sözleşme yapılmasına ilişkin yasak, sadece kamu ihale sözleşmesinin yapıldığı an ile sınırlı değildir. Aynı şekilde sonradan sözleşme değişikliği yapılması suretiyle ihale dokümanları ve ihaleye esas teşkil eden teklifte belirlenen şartların değiştirilmesi de caiz değildir. Sözleşmenin esaslı unsurlarında (essentialia negotii), örneğin, ihale konusu işin kapsamında veya işin bedelinde bir değişiklik yapılması ancak yeni bir ihale açılması halinde mümkün olabilir; aksi bir çözümün kabul edilmesi ihale hukuku kurallarının dolanılmasına zemin hazırlama anlamına gelecektir[62]. Aynı yasak, daha sonra ihaleyi kazanan istekliyi ihale dokümanlarında ve verdiği teklifte belirlenen yükümlülüklerinden kurtaran ibra anlaşmaları bakımından da geçerlidir.

İhale dokümanlarında ve ihaleye esas olan teklifte sonradan değişiklik yapılamaması yasağı, doğrudan doğruya kamu ihale hukukuna hakim olan ilkelerden çıkar. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, sadece kamu ihale hukukunun yukarıda bahsettiğimiz ilkelerinin belirtilmesi ile yetinilmemiş, ayrıca ihale dokümanlarında belirtilen hususlara aykırı sözleşme yapılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır: 4734 sayılı "Kamu İhale Kanunu"nun 46. maddesinin 2. fıkrasında, "**İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez**" hükmü yer almaktadır. Yine 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri

---

62 **Priess,** s. 112; **Höfler/ Noll-Ehlers,** NJOZ 2007, s. 2743; **Ax/Schneider,** s. IOO; **Hertwig,** Nr. l 17.

ı rınnınıının ..I. maddesinin 1. fıkrasında "Bu Knrıuırn göre diiıcrılcnccck **l<\mdrı-dr. ihnlc dokiimnnında yer alan şartlara nykırı hükiinılcrc , r ,·c-rilcnıc-1."** dendikten sonra 2. fıkrada **"Bu Kanunda belirtilen haller d□md□t[3] sii1.lc-şmc hiikiimleriıide değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme diirt'nlt'ncmrz"** hükmüne yer verilmiştir.

□.'/6 ·ayılı Devlet İhale Kanununda bu yönde bir hüküm olmamasına □□ll('ll, bu kanun açısından da ihale şartnamesinin ve ihaleye esas teklifin --□ıkşme ile sonradan değiştirilmesinin caiz olmadığı kuşkusuzdur. Çünkü □ukanda da belirtildiği gibi. ihale şartnamesinin ve ihaleye esas teklifin son-n1:ian değiştirilmesi yasağı, doğrudan doğruya ihale hukuku kurallarının amacından ve ihaleye hakim olan ilkelerden doğmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 30 Mayıs 2000 tarihli kararında bu hususa ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmektedir:

"İşin kapsam ve miktarı ihale dokümanlarının bir parçasını oluşturur ve ihaleyi yapan kurum için de bağlayıcıdır. Bu nedenle, işin kapsamında sonradan değişiklik yapılması, ihtilaf konusu olayda olduğu gibi ihale edilen bazı iş kısımlarından vazgeçilmesi kural olarak caiz değildir. **Bu sonuç, -buna ilişkin açık bir ihale kanunu hükmü olmasa dahi-, ihaleye katılanların eşit muameleye tabi tutulması ve ihale sürecinin saydam olması gibi ihale hukukuna hakim olan ilkelerden çıkmaktadır6-ı**(bu hususa ilişkin olarak karş BGE 125 il 86 E.7c s.l00/1Ol). Kaldı ki, mevcut olayda iş kapsamının değiştirilmesi kantona! ihale hukukunda da açıkça yasaklanmıştır (Art. 22 und 28 der [alten] Verordnung vom 10. Juli 1997 bzw. Art. 31 und 37 kVöB; vgl. ebenfalls § 26 VRoeB). Teklifler açıldıktan sonra işin kapsam ,·e miktannın değiştirilmesinin mümkün olmasının, ihaleyi yapan kuruma, ayrımcılık yaparak belirli teklif sahiplerine avantaj sağlamak veya bazılarını devre dışı bırakmak ya da başka türlü manipülasyonlarla ihaleyi etkilemek ve bu suretle gerçek birrekabeti engellemek imkanını sağlayacağı aşikardır"[65].

Benzer gerekçelere, 2886 sayıit Devlet İhale Kanunu açısından ihale koşullannın sonradan değiştirilmesi sorununun incelendiği Danıştay 1O. Dairesi'nin 18.04.1995 tarihli kararında da rastlamak mümkündür. Kararın özet kısmında şu ifadeler yer almaktadır:

"Alımı öngörülen cih•azlarda hangi sistemin kullanılacağının teknik şartnamede gösterilmemesi, şartnamenin temel konularda yeterince açık hükümler içermemesi, teklifin şartnameye aykırı olması ve ihale kararıyla şartnamede değişiklik yapılmış olması yasaya aykırıdır".

---

63 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sözleşme değişikliği yapma imkanı, 15. maddede belirtilen son derece istisnai durumlarda kabul edilmiştir.

64 Vurgu tarafımızdan eklenmiştir.

65 İsviçre Federal Mahkemesi'nin 30 Mayıs 2000 tarihli kararı (Dosiernr. 2P.151/1999), gerekçe 4.c.

Karar metninde ise bumda incelediğimiz sornn bakıınındun <la önem ta• Şl) nn şu ifadeler yer nlmnktadır:

"Kamu hizmetinin en iyi biçimde yürlHOlcbilmcsi amacıyla, idarelerin mal ve hizmet :ılımı için yapılım ihalelerde, nlımı öngörülen mal veya hizmetin teknik özel. tiklerinin :ıçık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde teknik şartnamede belirlenmesi gerekir. Teknik şaı1namede bulunması gereken bu açıklık ve belirginlik, rekabet koşullarının tam olarak oluşması ve kamu yararının gereğidir.

.....Esasen ihale kararıyla teknik şartnamenin değiştirilme olanağı da bulunmamaktadır.

Bu durumda, alımı öngörülen cihazlarda hangi sistemin kullanılacağının teknik şartllamede gösterilmemesi, teknik şaı1namenin temel konularda yeterince açık hükümler içennemesi, ihaleyi alan firmanın teklifinin temel bazı özellikler itibariyle teknik şartnameye aykırı olması, ihale kararıyla teknik şaıtnamede değişiklikler yapılmış olması karşısında, dava konusu ihale kararında hukuka uygunluk bulunınamaktadır"[66].

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da, ihale kararından sonra sözleşmede esaslı değişiklik yapılmasının yasak olduğu görülmektedir. Örneğin, İsviçre Hukukunda ihaleyi açan kurumun ihale kararından sonra ihaleyi kazanan firma ile müzakerelerde bulunmasının yasak olduğu kabul edilmekte; ihale kararından sonra yapılacak sözleşmenin içeriğinin ihale ve ihale dokümanlarına uygun olması gerektiği belirtilmektedir. İhale kararından sonra gerek ihaleyi yapan kurumun gerekse ihaleyi kazanan teklif sahibinin ihale şartlarına aykırı sözleşme düzenlemelerinin yasak olduğu ifade edilmektedˇır[67].

Alman Hukukunda da, ihale kararından sonra teklif ve ihale şartnamelerinde değişiklik yapılmasının kaçınılması mümkün olmayan bir zorunluluk bulunması gibi istisnai hallerde caiz olduğu, bunun dışında teklif ve dokümanlarda bir değişiklik yapılamayacağı kabul edilmektedir[68]. Ayrıca sözleşmenin yapılmasından sonra, sözleşmenin esaslı noktalarında değişiklik yapı-

---

66 Danıştay IO. Dairesi, T. 18.4.1995, E. 1994/7750, K. 1995/2059. Bkz. benzer yönde Danıştay 1. O., 19.10.1989 T.,, E. 1989/1 l l; K. 1989/133: «Sözleşmenin akdedilmesinden sonra, işin kararlaştırılan ihale bedeliyle yürütülemeyeceği iddiasıyla değişiklik yapılmasının istenmesi, idarelerce de bunun kabulü yoluna gidilmesi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "İlkeler" başlığını taşıyan 2 nci maddesinin ilk fıkrasında "... ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır." biçimindeki hükme ve kamu ihalelerine hakim olan temel ilkelere esas itibariyle aykırı düşer» (Her iki karar için de bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

67 **Gali/Moser/Lang,** Nr.326/327; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.298 vd.; *aynı yazar,* Jusletter 14 Mai 2007, Rnr.133. **Straub,** AJP 2005, s. 1332. Bkz. ayrıca yukarıda dn. 65'te zikredilen Federal Mahkeme kararı.

68 **1 ngenstau/Korbion/Portz,** § 28 VOB/A, Nr.18/19.

lama□ncağı. _sözleşmenin esaslı noktalarında dcğişikliiin aıicnk yeni bir ihnlc □-ılnrnsı halınde ınümkiin olduğu kabul cdilınektedir[6] .

K:rnımca Alman Hukukundaki bu esasın Tilrk Hukuku bakımından da 1-.,l ul edilmesi ve ihale şartıiamesine aykırı sözleşme düzenlenememesi ya-.-□□ı hak.ımından. yapılan değişikliğin esaslı bir değişiklik olup olmadığına göre bir ayrım yapılması isabetli olacaktır[70]. Özellikle büyük çaplı yapım ihalelerinde, ihale kararından sonra sözleşmenin yapılması aşamasmda bazı y:m noktalarda değişiklik yapılması ihtiyacı doğabilir. Bu tür durumlarda 'ihale dokümanlarına aykırı sözleşme yapılamaz" esasının katı bir şekilde u□gulanması halinde. idarenin sözleşme yapmaması ve ihaleyi iptal ederek □eniden ihaleye çıkması gerekir. Özellikle söz konusu yan noktaların ihale bedelini etkilemediği durumlarda, yeniden ihale açılması, ek masraflara yol aç.acağı gibi. idarenin iptal edilen ihale üzerinde bırakılan isteklinin tazminat taleplerine muhatap olması sonucunu da beraberinde getirecektir. Kanımca değiştirilen yan noktaların ihale bedelini etkilemediği bu tür durumlarda, kamu ihale sözleşmesi yapılırken ihale dokümanlarmda öngörülen şartlardan farklı hükümler konabilmesinin caiz olması gerekir. Aynı esasın, kamu ihale -özleşmesi yapıldıktan sonra da kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sözleşme değişikliğinin sadece bu kanunda izin verilen istisnai hallerde yapılabileceğini öngören düzenlemesi (m.4/11ve I 5) bu düşüncenin kabulüne engel teşkil etmektedir. Bu nedenle yan noktalarda değişiklik yapılmasının sadece kamu ihale sözleşmesinin yapıldığı esnada mümkün olduğu, sözleşme yapıldıktan sonra, kanunun izin Yerdiği haller hariç (KİSK.m.15) sözleşme değişikliğinin yapılamayacağının kabulü gerekir.

Yapılacak değişikliklerin esaslı noktalara mı, yan noktalara mı ilişkin olduğunun nasıl tespit edileceği sorununa gelince: İhale dokümanlarında yapılacak değişikliğin, ihalenin iptali ve tekrarlanmasını haklı gösterdiği durumlarda söz konusu değişiklikler esaslı nitelik taşır. Örneğin, ihale dokümanlannda yapılacak değişiklik, ihale sürecinin başlangıcında yapılmış olsaydı, daha fazla isteklinin ihaleye katılımm söz konusu olabileceği veya bu değişikliklerin isteklilerin verecekleri teklifleri etkileyeceği ya da ihale değerlendirme kriterlerinde bir değişikliğe yol açacağı durumlarda değişiklik esaslı

---

[69] **Byok/Jager/Hailbronner,** § 99 GWB, Nr.453/454; **lngenstau/Korbion/Müler-Wrede**, § 99 GWB, Nr.14.

[7°] Karş. **Gauch,** FS für Fleiner, s. 602 dn.27: Yazar, ihale sözleşmesinin yapıldığı anda yan noktalar bakımından ihale dokümanlarından farklı düzenleme yapılıp yapılamayacağının henüz aydınlığa kavuşturulamamış bir sorun olduğunu belirtmekte, ancak bu konuda bir değerlendinne yapmamaktadır.

nitelik. taşır \ c ihnlc) i nçan kurumun. ihnlc doklimnnlarııw aykırı sözle□mc diizcnlcmck) erine ihale i iptal ederek tckrarlaımı ı gL:rckir[71].

Kamu ihale sözleşmesinin yapıldığı esnada esaslı noktalarda değişiklik) apılnrnsı bnkımmdnn yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen esaslar uygulanacaktır. Ancak csn it noktalarda değişiklik yapılamayacağı yasağına rağmen, taratlarm kamu ihale sözleşmesini yaparken ihale dokümanlarına aykırı hUk.ümlere yer venneleri veya ihale kararına esas teşkil eden teklifi değiştirmeleri □öz konusu olabilir. Bu yasağa aykırılığın sonuçları, aşağıda 3. bölümde (§ 7/11/c/3) ayrıca incelenecektir.

2) Kamu İhale Sözleşmeleri Kaınınımuıı 7. Maddesinin Anlamı

Kamu ihale sözleşmelerinin içeriği ile ilgili olar□k açıklığa kavuşturulması gereken ikinci sorun, tarafların Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 7. maddesine aykırı sözleşme yapmalarıdır. "Sözleşmede Yer Alması Zorunlu Olan Hususlar" başlığını taşıyan 7. maddede, bu kanuna göre yapılacak sözleşmelerde şu hususların yer almasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır:

a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.

b) İdarenin adı ve adresi.

c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.

d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.

e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.

f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.

g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.

h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.

i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.

j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.

k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.

1) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şa11ar.

m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alına şekil ve şartları.

n) Gecikme halinde alınacak cezalar.

---

[71] Karş. **Stöckli,** BR 2002, s. 11; **Heiermann,** BR 2005, s. 43; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.361.

o) 1ilcbir sebepler ve silrc uzat11111verilebilme şartlnrı, sözleşme kapsamında □nptırılncak iş artışları ile iş eksilişi dunımındn knrşılıklı yilkllmlll-HH,kr.

p) Denetim. muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.

r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sonıınhılnğuna ilişkin şartlar.

s) özleşmede değişiklik yapılma şartlan.

t) özleşmenin feshine ilişkin şartlar.

u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişk.in on.ımlulukları.

Y) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.

y) Anlaşmazlıkların çözümü.

Bu düzenleme karşısında, tarafların kamu ihale sözleşmesinde bu hususlardan birine ilişkin bir hükme yer vermemeleri halinde sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu konuda değerlendirme yapmaya başlamadan önce, bu tartışmanın daha ziyade teorik bir öneme sahip olduğunu. pratikte genellikle böyle bir durumla karşılaşılmayacağını belirtmek gerekir. Zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "Tip Sözleşmeler" başlığını taşıyan 5. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutat olan sözleşmeler kullanılabilir"[72]. Genellikle ihaleyi açan kurumlar, sözleşme metnini Resmi Gazetede yayımlanan bu tip sözleşme metinlerini esas alarak düzenleyecekler ve burada ortaya attığımız sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak istisnaen de olsa ihaleyi açan kurumun sözleşme metnini hazırlarken, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 7. maddesinde belirtilen bu unsurlardan birine yer vermemesi söz konusu olabilir. Bu takdirde yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır.

Kanımca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 7. maddesi BK. m.19 anlamında bir emredici hüküm olmayıp, idareye yönelik talimatlar ihtiva eden bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kamu ihale sözleşmesinin

---

[72] Hemen belirtelim ki, sadece tip sözleşmeler değil, tip idari şartnameler de hazırlanmış ve ihale uygulama yönetmelikleriyle yayınlanmıştır. Yapım işleri, malalım ihaleleri, hizmet alımı ihaleleri ve danışmanlık hizmet alımı ihalelerine ilişkin uygulama yönetmeliklerinde yer alan tip idari şartname ve tip sözleşme metinlerine Kamu İhale Kurumunun web sayfasından erişmek mümkündür.

kunılmuş sayılabilmesi için. tnrnnnnn, ihnlc dokiiınanlarına aykırı olmomak kaydıyla. BK. m.1 anlamında sözleşmenin esaslı noktaları lizerindc anlaşmış olmaları yeterlidir. Esasen aksi bir çöztlın, kabulli ıniiınki.in olmayan sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, kamu ihale sözleşmelerinde, söz konusu Kanunun 7/y hükınilnde beliı1ilen uyuşmazlıkların çözliıni.ine veya 7/t bendinde belirtilen sözleşmenin feshine ilişkin ya da 7/n hükmi.i uyarınca gecikme halinde alınacak cezalara ilişkin bir düzenlemeye yer vermemeleri halinde kamu ihale sözleşmesinin geçersiz sayılmasını ikna edici gerekçelerle izah etmek ınümkiln olmayacaktır. Bu nedenle tarafların sözleşmede esaslı noktalara yer vermelerini sözleşmenin geçerliliği bakımından yeterli saymak, buna karşılık bu ve benzeri yan noktalarda tamamlayıcı kanun hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek gerekir.

H) ÇERÇEVE SÖZLEŞME

4735 sayılı Kamu İhale Kanununa, O1.06.2007 tarih ve 5680 sayılı Kanunla, "Çerçeve Sözleşme Kapsamında Mal ve Hizmet Alımı" başlığını taşıyan "Ek Madde 2" eklenmiştir[73]. Kamu İhale Sözleşmelerinin kuruluşu

---

[73] 07.06.2007 Tarih ve 26545 sayılı RG. 4734 sayılı Kanuna eklenen bu yeni hükümde şu düzenleme yer almaktadır:

"EK MADDE 2. - (Ek: 5680/ 2 md.) Sağlık hizmeti sunan idareler bu Kanunda öngörülen temel ihale usullerini uygulamak kaydıyla sürekli biçimde ihtiyaç duydukları mal veya hizmet alımlarına ilişkin çerçeve sözleşmeler yapabilir ve bu çerçeve sözleşmelere istinaden alım-ihaleleri düzenleyebilir. Çerçeve sözleşmenin yapılmasına ilişkin ihalelerde ödenek şartı aranmaz. Çerçeve sözleşme kapsamında temin edilecek mal veya hizmet alımları 13 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendine göre Kamu İhale Bülteninde ilan edilir. İlanda çerçeve sözleşme kapsamında karşılanması planlanan tahmini ihtiyaç miktarları da gösterilir. Çerçeve sözleşme kapsamında alınacak mal ve hizmetlerden yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihaleler ayrıca işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde en az bir defa yayımlanmak suretiyle ilan edilerek duyurulur.

Çerçeve sözleşmeye taraf olan tedarikçi veya hizmet sunucuları tarafından sunulan teklifler 40 ıncı madde hükümlerine göre değerlendirilerek istekliler, ekonomik açıdan en avantajlı tekliften başlanmak suretiyle sıralanır ve istekli sayısı yirmibeşi geçmemek üzere şartları taşıyan isteklilerin tamamı listeye alınır. Listeye alınan istekli sayısı üçten az olamaz. Teminat alınmasına ilişkin hükümler hariç olmak üzere, ihalelerin sözleşmeye bağlanması hakkında bu Kanunda yer alan hükümler çerçevesinde, süresi yirmidört ayı geçmemek üzere listeye alınan isteklilerle çerçeve sözleşme imzalanır ve sonuçlar Kamu İhale Bülteninde ilan edilir.

Yapılan çerçeve sözleşme kapsamında mal veya hizmet alımına ihale yetkilisince onay verilmesi üzerine, listede yer alan istekliler imza karşılığı veya posta

□'lm,\□mda nrtn□ n çıknbilcc□k özel hukukıı ilişkin sorunları incelediğimiz bu □lihfük, çerçeve sözle□ıne niteliği tnşıyan knınu ihale sözleşmeleri llzcrindc □'t...1S.'\L:l dunılması yararlı olacnktır.

('cf\ '\ c sö1.lçşme kavramı, diğer biiyük kodifikas□onlarcla olduğu gibi, Tiln-.Is, i,□rc Borçlar Kanununda da tanımlanmamıştır'". Doktrinde çerçeve .-:-i1kşm' (Rnhmcnvcrtrng; contrat cadre; framework agrcements), "aynı tür-:h1 lirden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin lı.unıluşu c nasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasmda ,;ım[d]·ı[d]en muta[b] ık kalmaları" şeklı·nde tanımlanmaktadır[75]. Çerçeve sözleşme\ taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmektedir[76]. Çer-□,□ özleşmeye dayanarak ileride kurulacak sözleşmeler, "münferit sözleş-

---

yoluyla ya da tebligatı daha sonra yapılmak kaydıyla teleks, faks veya elektronik posta ile teklif vermeye davet edilir. Davet yazısına, alım konusu mal veya hizmetin miktarı ile teslim ve ifa şartlarını gösteren bir şartname eklenir. isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için en az üç iş günü süre tanınmak suretiyle çerçeve sözleşmeye esas olan teklif bedellerini geçmemek üzere tekliflerini vermeleri istenir. Yazılı olarak verilecek tekliflerin içeriğinin gizliliği ihale saatine kadar korunur ve ihale dokümanında belirtilen hükümlere göre teklifler değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir ve ihale bu teklif sahibinin üzerinde bırakılır. İhalelerin sözleşmeye bağlanmasına ilişkin bu Kanunda yer alan hükümler çerçevesinde kısa sözleşme imzalanır.
İstekliler yeterliklerinin devam ettiğini oniki ayda bir belgelendirir. Yeterliği devam etmeyenler ile teklif vermeye davet edildiği halde iki kez teklif vermeyenlerin çerçeve sözleşmeleri feshedilir.
Çerçeve sözleşmeye taraf olanların sayısının üçün altına inmesi halinde, mevcut çerçeve sözleşmenin sona erdiği taraflara bildirilir.
Çerçeve sözleşme yapılmış olması, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmez. İdare, çerçeve sözleşme kapsamındaki mal veya hizmet alımlarına ilişkin ihtiyaçlarını bu Kanunda yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebilir. Çerçeve sözleşme kapsamında yapılacak alımlara ilişkin usul ve esasları tespite Kurum yetkilidir.".

[7]□ Prof. Pierre Catala başkanlığında hazırlanan 22 Eylül 2005 tarihli Fransız Medeni Kanununun Borçlar Hukuku ve Zamanaşımına İlişkin Hükümlerinin Reformuna İlişkin Ön Tasarının (Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription) Art.1102-6 hükmünde çerçeve sözleşme tanımlanmıştır.

[75] Bu tanım için için bkz. **Barlas,** s. 808; karş. ayrıca, **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku,§ l I, Nr.29, s. 106; **Larenz/Wolf,** § 23, Nr.108.

[76] **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 11, Nr.29, s. 106; **Barlas,** s. 817; **Weber,** R.H., "Rahmenvertrag als Mitte! zur rechtlichen Ordnung lanfristiger Geschaftsbeziehungen", ZSR I06 1 (1987), s. 41O.

me" ,,cya "uygulama sözlcşmesi"[77] olarnk adlandırılmaktadır. Ancak 4734 sa) ıh Kamu ihale Kanununun hemen hemen tamamında gözlenen teknik terimlerin kullunılmasındaki özensiz tutuma, kanuna eklenen bu yeni ek maddede de rastlanmakta ve miinferit sözleşme veya uygulama sözleşmesi ifadesi yerine. herhangi bir anlam ifade etmeyen "kısa sözleşme"(!) deyimi kuIlanılmaktadır.

Doktrinde hakim olan görüşe göre, uygulama sözleşmesi, tarafları münferit sözleşme yapına borcu altına sokmaz ve bu yönüyle ön sözleşmeden ayrılır[78]. Bazı yazarlar, çerçeve sözleşmede tarafların ileride sözleşme yapma yükümlülüklerinin bulunmaması ve ayrıca bir sözleşmeden söz edebilmek için sözleşmenin içeriğinin belirlenmiş veya belirlenebilir olması, buna karşılık çerçeve sözleşmelerde genellikle ileride yapılacak sözleşmenin şartlarının belirlenip kapsamının belirli olmaması nedeniyle, çerçeve sözleşmelerin teknik anlamda gerçekten bir "sözleşme niteliği" taşıdığını kuşku ile karşılamaktadır[79].

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa eklenen ek madde 2 hükmüne bakıldığında, Kanun Koyucunun Avrupa Birliği direktiflerini model olarak aldığı, ancak ilgili direktif hükümlerini tam olarak kanun metnine yansıtamadığı görülmektedir. Avrupa Birliği ihale mevzuatında, kamu ihalelerinde çerçeve sözleşme yapılabilmesi önceleri sadece istisnai sektörlerde kabul edilmiş iken[80], "Yapım İşleri, Mal ve Hizmet Alımlarında İhale Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin" 2004/18/EG sayılı direktifin 32. maddesinde "çerçeve anlaşmalar"[81] düzenlenmiştir. Dolayısıyla sadece istisnai sektörlerde değil,

---

[77] Fransız Medeni Kanunu Ön Tasarısının Art.1102-6 hükmünün ikinci fıkrasında "uygulama anlaşması" (conventions d'application) ifadesi kullanılmaktadır.

[78] Bu husus ve bu konuda ileri sürülen farklı görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Barlas,** s. 814 vd.; karşı görüş için bkz. **Kırca,** İ., Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s. 87.

[79] Bkz. **Ruthig,** NZBau 2006, s. 211; **Graef,** NZBau 2005, s. 563. Bu noktada ortaya çıkan bir başka sorun, taraflardan birinin münferit sözleşmeyi yapmaya yanaşmaması halinde diğer tarafın sözleşmenin müspet ihlali temeline dayalı tazminat talebine sahip olup olmayacağıdır. **Barlas,** bu soruyu olumsuz cevaplandırmakta ve böyle bir tazminat talebinin mevcudiyetinin, olsa olsa münferit sözleşme yapma görüşmelerinin başlaması, ancak taraflardan birinin sözleşmenin içeriğinin çerçeve sözleşmeye uygun bir şekilde belirlenmesine muhalefet etmesi halinde kabul edilebileceğini belirtmektedir; bu husus ve bu tartışmaya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Barlas,** s. 815 vd.

[80] Bkz. İstisnai Sektörlere İlişkin 93/38/EWG sayılı Direktif, m.5.

[81] "Çerçeve anlaşma" ve "çerçeve sözleşme" kavramları genellikle eş anlamlı kullanılmaktadır. Ancak bazı yazarlar, Klasik Sektörlere İlişkin 2004/18/EG sayılı Direktif anlamında "çerçeve anlaşma"nın bir üst kavram olduğu kanısındadır.

l□silı.□ek.törler-deki ihaleler bakımından da çerçeve nnlnşmnlar ynpılımısının huk.uld Temini oluştunılımıştur[8]□. Çerçeve anlaşmalara ilişkin bu dli1.cnleıncl"rin iç h□ıkuka aktarılması zorunlu olmayıp üye devletlerin takdirine bıra□ılmıştır' '.

ÇerçcYe sözleşmeler yapılabilmesi imkanının tanıması ihale işlemlerine esnck.lik kazandırınaktadır[8].[1]. Çerçeve sözleşme yapmak suretiyle idareler, nıman içerinde siirekli ihtiyaç duyduğu edimler bakımından tekrar tekrar ih□k) apmak külfetinden kurtulur ve ihale masrafları oranında tasarruf sağhır. 'r'apılacak bir çerçeve sözleşme ile idareler, ileride ihtiyaç duyduğu edimleri ifa edebilecek isteklileri ve ifanın şartlarını tespit eder[85]. Çerçeve sözleşmenin tek bir idare tarafından yapılması şart değildir; aynı edime ihtiyaç duyan birden fazla idare bir araya gelerek, deyim yerinde ise merkezi bir ihale yapabilir. Ayrıca merkezi olarak yapılacak bir ihalede, üçüncü şahıs lehine bir sözleşme yapılması suretiyle, çerçeve sözleşmenin tarafı olmayan bir idareye de ileride ihtiyaç duyduğu edime ilişkin münferit sözleşme yapılmasını talep etme hakkı tanınabilir. Ancak hangi idarelere bu hakkın tanındığının çerçeve sözleşmede açıkça belirlenmiş olması gerekir[86].

Klasik Sektörlere İlişkin 2004/18/EG sayılı Direktifte, çerçeve sözleşme yapabilecek idareler ve sözleşmenin konusuna ilişkin olarak herhangi bir sınırlandımıa yapılmamıştır. Bu nedenle standart bir şekilde üretilen mallara ilişkin alım ihaleleri, yapım ve hizmet ihaleleri bakımından da çerçeve sözleşme yapılması mümküıdür[87]. Ancak 4734 sayılı Kanunun ek 2. maddesinde. çerçeve sözleşme yapılması imkanı, sadece sağlık sektöründe hizmet sunan idarelerin mal ve hizmet alımları bakımından kabul edilmiştir. Dolayı-

---

Bu görüşe göre, çerçeve anlaşma kendi içinde ikiye ayrılır: Eğer ileride yapılacak sözleşmenin şartları bağlayıcı bir şekilde belirlenmiş ve isteklilerin bir yarışma ortamı içerinde teklif sunmalarına gerek yoksa, "çerçeve sözleşme"den söz edilir. Buna karşılık, çerçeve anlaşmada ileride yapılacak münferit sözleşmelerinin şartları bağlayıcı bir şekilde tam olarak tespit edilmemiş ve isteklilerin teklif sunmaları gerekiyorsa, "dar anlamda çerçeve anlaşması" söz konusu olur. Görüldüğü gibi bu ayrım, birden fazla kişi ile çerçeve anlaşması yapılmış olması hali göz önünde bulundurularak yapılan bir ayrımdır; bkz. **Graef,** NZBau 2005, s. 562 ve orada dn.9.

82 **Graef,** NZBau 2005, s. 562; **Mader,** EuZW 2004, s. 426; **Rechten,** NZBau 2004, s. 371; **Priep,** s. 116.

83 **Priep,** s. I 16.

84 **Steinberg,** NZBau 2007, s. 153; **Wirth/Fischer,** s. 5; **Mader,** EuZW 2004, s. 426; **Graef,** NZBau 2005, s. 562; **Priep,** s. 116.

85 **Steinberg,** NZBau 2007, s. 153; **Wirth/Fischer,** s. 5; **Ax/Schneider,** s. 109/11O. Karş. ayrıca **Straub,** AJP 2005, s. 1332.

86 **Graef,** NZBau 2005, s. 567.

87 **Graef,** NZBau 2005, s. 562.

sı) la başka sektörlerde hizmet sıınnn idarelerinin çerçeve sözleşme yapma imkanı lmlunmaınaktadır. Bu sınırlandırmayı anlnmnk son derece gllçtllr; zirn çerçeve sözleşme yapılmasına olun ihtiynç diğer idareler bakımından da mc, cuttur.

Çerçeve sözleşme yapılabilmesi için Kanunda öngörülen usullerden **biri**ne uygun bir ihale açılmalıdır. İhale ilanında ileride ihtiyaç duyulacak edimin konusu, fiyatın belirlenmesine ilişkin unsurlar ve ihtiyaç duyulacak edimin yaklaşık miktarının belirlenmesi gerekir. Referans değeri teşkil etmek üzere gerekiyorsa geçmiş yıllarda ihtiyaç duyulan ortalama edim miktarı da belirtilirss. Bu ihale sonucunda akdedilen çerçeve sözleşmenin şartlarında (örneğin sözleşmenin konusu ve fiyata ilişkin unsurlarda) sonradan esaslı değişiklilikler yapılamaz; bunun için yeniden ihale açılması gerekir[89].

Klasik Sektörlere İlişkin 2004/18/EG sayılı Direktifte, rekabetin sınırlandırılmasına veya oı1adan kalkmasına engel olmak düşüncesiyle, çerçeve sözleşmenin en fazla 4 yıl için yapılabileceği düzenlenmiştir (Art.32 11)9°. İstisnai Sektörlere İlişkin 2004/17/EG sayılı Direktifte, süre sınırlandırılması getirilmemiş, sadece rekabetin sınırlandırılması amacıyla çerçeve sözl□şme yapılamayacağının belirtilmesi ile yetinilmiştir (Art. 14 IV)9[1]· Kamu ihale Kanununun ek 2. maddesinde üst süre olarak 24 ay öngörülmüştür.

Klasik Sektörlere İlişkin 2004/18/EG sayılı Direktifte, çerçeve sözleşmenin tek bir istekliyle veya birden fazla istekli ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Birden fazla istekli ile yapılacak çerçeve sözleşmelerde, ihale kriterlerine uyan çok sayıda isteklinin bulunması halinde, sözleşmenin en az üç istekli ile yapılması şaıtı aranmaktadır. Bu düzenleme de, rekabetin korunması amacına hizmet etmektedir[92]. Birden fazla istekli ile yapılacak çerçeve sözleşmenin farklı sözleşmeler olmaması, aynı sözleşme olması gerekir[93]· Birden fazla kişi ile yapılan çerçeve sözleşmelerde, ileride yapılacak sözleşmenin şartlarının tam olarak belirtilip belirtilmemesine göre, münferit sözleşmelerin akdedilmesi bakımından farklı usuller öngörülmüştür (2004/18/EG sayılı Direktif, Art.32 IV): Münferit sözleşmenin şartlarının tam olarak belirlenmiş olması halinde, idarenin tüm isteklilerden bir yarışma ortamı içerisinde yeniden teklif sunmalarını talep etmesine gerek yoktur. Sözleşme, çerçeve sözleşmede belirlenen şartlar üzerinden yapılacaktır. İda-

88 **Graef,** NZBau 2005, s. 563.

89 **Mader,** EuZW 2004, s. 426; **Prie□,** s. I I6; **Wirth/Fischer,** s. 5; **Ax/Schneider,** s. I 11.

90 Bu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Siegel,** ZfBR 2006, s. 554 vd.

91 Daha fazla bilgi için bkz. **Mader,** EuZW 2004, s. 426.

92 **R echten,** NZBau 2004, s. 372.

93 **Bischoff,** NZBau 2007, s. 13.

rc-nin, hu amaçln ilk olnrak birinci sıradnki istekliye hnşvurınnsı, 0111111ifo gll-dlnUn vey:ı isteğinin buhmmndığının anlnşılınnsı hnlindc sırasıyln diğer is-td...Iilere yönelmesi gerekir[94]. MUnfcrit sözleşmenin şortlarının çerçeve söz-k.şmc-dc tam olarnk belirlenmediği dunıınlarda, idorc, isteklilerden yarışına f•rtamı içerisinde teklif sunmalarını talep edecektir. MOnfcrit sözleşme, çerçeve sözleşmeye ilişkin ihale dokümanlarındn yer alan kriterlere göre, ckonümik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekli ile yapılacaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ek 2. maddesi incelendiğinde, Kanun Koyucunun sadece direktifte düzenlenen bu son ihtimali ele alarak hükme bağladığı görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, Kamu İhale Kanununda tek bir istekli ile çerçeve sözleşme yapılması imkanına yer verilmemiş, sadece birden fazla istekli ile çerçeve sözleşme yapılabileceği düzenlenmiştir. Sözle.şme yapılacak -veya ek 2. maddede yer alan ifadeyle "listeye alınacak"- istekli sayısının üçten az, yirmi beşten fazla olamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca çerçeve sözleşmede münferit sözleşmenin şartlarının tam olarak belirlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın isteklilerden "çerçeve sözleşmeye esas olan teklif bedellerini geçmemek üzere tekliflerini vermeleri"nin istenece̊ğinden söz edilmektedir. Bu hüküm, özellikle çerçeve sözleşmede ihale konusu edimin özelliklerinin ve fiyata ilişkin unsurların belirlendiği, sadece teslim zamanı ve miktarının belli olmadığı durumlarda, ihale hukuku ile bağdaşması mümkün olmayan sonuçlar meydana getirecektir. Bu kabul edilemez sonuçları basit bir örnek üzerinden izah etmeye çalışalım: Çerçeve sözleşmeye ilişkin bir ihalede, birinci sıradaki isteklinin birim başına 100, ikinci sıradaki isteklinin 11O, üçüncü sıradaki isteklinin l 20'lik teklifte bulunduğunu ve idarenin bu üç istekli ile çerçeve sözleşme yaptığını varsayalım. İdare, ileride münferit sözleşme yaparken bu isteklilerden yeniden tekliflerini sunmalarını istediği takdirde, madde metnine göre bu isteklilerin "çerçeve sözleşmeye esas olan teklif bedellerini" geçen teklif vermeleri, yani birinci isteklinin l OO'den, ikinci isteklinin 11O'dan, üçüncü isteklinin 120'den fazla teklif sunması mümkün olmayacaktır. Ancak isteklilerin bunun altına inmeleri mümkündür. Örneğin, birinci ve ikinci sıradaki istekliler çerçeve sözleşmeye esas tekliflerini değiştirmeden tekrar sunarken, üçüncü sıradaki isteklinin 90 tutarında bir teklif vermesi söz konusu olabilir. Madde metninden hareket edildiğinde, münferit sözleşmenin, çerçeve sözleşmeye ilişkin ihalede 3. sırada yer alan bu istekli ile yapılması gerekecektir. Bu durum, çerçeve sözleşmeye ilişkin ihaleyi tamamen anlamsız hale getirecektir[95]. Nasıl ki normal bir ihalede ihale sonuçlandıktan sonra, arka sırada ge-

---

94 **Graef,** NZBau 2005, s. 569; bkz. ayrıca "Explanatory Note on framework agreements", Dok. CC/2005/03 FR v. 25.2.2005, s. 4

95 Birden fazla istekli ile yapılan çerçeve sözleşmelerin ihale hukuku esaslarına ters düşen diğer yönleri için bkz. **Graef,** NZBau 2005, s. 569; **Priep,** s. 116. Ay-

İlıın.....

len istddilcr. ihale üzerinde bırakılım isteklinin teklif ettiği bedelden daha aşağı inehilcce□krini belirterek onunla değil de kendileriyle sözleşme yapılmasını talep edemiyorlarsa. aynı esasın çerçeve sözleşme yapılması halinde de geçerli olması gerekir. Bu nedenle. Kamu İhale Kanununun 2. maddesinde. Direktifte öngörülene benzer bir sistemin kabul edilmesi daha uygun olurdu.

Kamu İhale Kanununun ek 2. maddesinin son fıkrasında, çerçeve sözleşmder bakımından kabul edilen ve yukarıda işaret ettiğim esas, açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, çerçeve sözleşme yapılmış olması, idareyi sözleşme yapına yükümlülüğü altına sokmaz. İdare, çerçeve sözleşme kapsamındaki mal veya hizmet alımlarına ilişkin ihtiyaçlarını karşılamak üzere yeniden ihaleye çıkabilir. Ayrıca sadece birden fazla kişi ile yapılan çerçeve sözleşme modeli esas alındığına ve isteklilerden yeniden teklif sunmaları istendiğine göre, bu yükümlülüğün istekliler bakımından da bulunmadığı sonucu çıkmaktadır[96].

rıca çerçeve sözleşmelerine ilişkin ihalelerde isteklilerin kendilerine tanınan hukuki koruma imkanlarından, yani itiraz ve şikayet haklarından ne şekilde yararlanabilecekleri ise başka bir sorundur; bu soruna ilişkin olarak bkz. **Franke,** ZfBR 2006, s. 546 vd.; **Graef,** NZBau 2005, s. 569.

% Alman Hukukunda, çerçeve sözleşmede ileride kurulacak sözleşme şa11larının tam olarak belirlendiği durumlarda, bu şartların bağlayıcı olduğu ve idarenin isteklilerden sözleşme yapılmasını talep edebileceği, ancak buna mecbur olmadığı görüşü için bkz. **Ingenstau/Korbion/Keldung,** § 5b VOB/A, Rnr.2.

ili. BÖLÜM

KA\'IU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı için, ihaleyi açan kunım ile istekli arasında yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu özel hukuka göre çözülecektir.

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan özel hukuk sözleşmelerinin [1] kuruluş aşamasında bazı sakatlıklar söz konusu olabilir. Borçlar Kanunumuzun sistemine göre bu sakatlıklardan bir kısmı diğer tarafa sözleşmeyi iptal etıne yetkisi verirken, diğer bazı sakatlıklar sözleşmenin kendiliğinden batıl olmasına yol açmaktadır. Sözleşmenin kurulması aşamasında söz konusu olabilecek bir başka geçersizlik türü daha vardır ki bu "eksiklik" olarak adlandırılmaktadır. "Eksiklik" durumunda kanunun öngördüğü bazı unsurlar mevcut olmadığı için, sözleşme kurulmuş olmasına rağmen, hüküm ve sonuçlarını meydana getinnez; sözleşme ancak bu eksik unsurların tamanllanması ile birlikte hüküm ve sonuç doğuracaktır. Eksik sözleşmelere örnek olarak, yetkisiz temsil gösterilebilir. Yetkisi bulunmayan bir temsilcinin yaptığı sözleşme, temsil edilen işleme icazet verinceye kadar eksik bir sözleşmedir[2].

Aşağıda kamu ihale sözleşmelerinin hükümsüzlüğüne yol açan sebepler üzerinde durulacaktır. ilk önce, kamu ihale sözleşmelerinin butlanı sebepleri,

---

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmenin kurucu unsuru olduğundan, bu unsurun bulunmaması halinde, sözleşme hiç kurulmamış sayılır; başka bir ifadeyle "yokluk" yaptırımı söz konusu olur. Doktrindeki hakim görüşe göre, borçlar hukuku sözleşmelerinde ilke olarak tek bir kurucu unsur vardır ve o da tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanının bulunmasıdır. Kanuni şekil ve ayırt etme gücünü de sözleşmenin kurucu unsurları arasında sayan görüş, (bkz. örneğin **Keller/Schöbi,** s. 25 vd., 29 ve 147) taraftar bulmamıştır; ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren,** s. 298 vd. Kamu ihale sözleşmelerinde "yokluk" yaptırımı, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı herhangi bir özellik arzetmediği için burada ayrıca incelenmeyecektir. Yukarıda § 6'da da ayrıntılı olarak incelendiği üzere, kamu ihale sözleşmelerinin kurucu unsurunun mevcudiyetinden söz edebilmek için, idarenin karşı karşıya olan şahıslar arasında yazılı sözleşmeyi imzalamak suretiyle bir kabul beyanında bulunması gerekir.

[2] Hükümsüzlük kavramı· türleri ve sonuçları hakkında genel nitellikte aç ıklamalar için bkz. **Larenz/Wolf,** § 44, s. 824 vd.; **Eren,** s. 299 vd.; **Oğuzman/üz,** s. 136 vd.

daha sonrn hu tilr t\zlcşmclcrdc söz konusu olabilecek iptal sebepleri veni-lrn) et "-aımı ihale sözleşmelerinde yetkisiz temsil sorunu iıicclcıiecckıir.

ncak bir özel hukuk özle,ıncsinin lıilkOnı iizliiğOne yol açan b(it!lıı dıı-nımlnrın ele alınıp dcğcrlcndirilıncsi, lıiikiimsilzlilk halinde taraflar nrasıiıda mcydnnn gelen iade ilişkisine uygıilnıiacak lıükilınlerin lUnı ayrıntılarıyla incelenme i. bu çalışınıiiiiıı kıipsaıiiiiıı aşacaktır. Bu nedenle aşağıda, sözleşmenin lıüküın'üzlüğii ve sonuçları incelenirken, ağırlıklı olarak kamu ihale sözleşmeleri bakımından önem taşıyan hususlar üzerinde durulacaktır.

§ 7) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN BUTLANI

1. GENEL OLARAK

Borçlar hukuku sözleşmelerinin geçersizlik türleri arasında en ağır sonuçlar doğuranı "butlan" dır. Batıl bir sözleşme, baştan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, sonradan geçerli hale gelmesi de söz konusu olamaz. Batıl bir sözleşme gerek tarafları, gerekse üçüncü şahıslar bakımından hüküm ve sonuç doğunnaz. Geçersizlik sonucunun meydana gelmesi için, ne tarafların bu yönde bir irade beyanına, ne de bir mahkeme hükmüne gerek vardır. Sözleşmenin batıl olduğu, sadece taraflarca değil, üçüncü şahıslarca da ileri sürülebilir. Ayrıca yargılama esnasında yargıç, dosya münderecatından butlan sebebi bulunduğunu fark ettiği takdirde, bu husus taraflarca ileri süriilmese dahi, re'sen göz önünde bulunduracaktır'.

Borçlar hukuku sözleşmelerinde butlan, genel olarak BK. m.20 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre, içeriği imkansız veya hukuka aykırı ya da ahlaka aykırı sözleşmeler batıldır. Bu hüküm ve BK. m. I9/11birlikte göz önünde tutulduğunda butlan sebeplerini şu şekilde saymak mümkündür: Emredici hukuk kurallarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık, ahlaka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık ve imkansızlık. Ayrıca sözleşme taraflarmdan birinin fiil ehliyetine sahip olmaması, muvazaa ve -bir görüşe göre[2]- geçerlilik şartı olarak öngörülen kanuni şekle aykırılık halinde de sözleşmenin butlanı söz konusu olur.

Bu butlan sebeplerinden bazılarına kamu ihale sözleşmelerinde işin niteliği gereği rastlanmaz. Örneğin, ihaleyi açan kurumun veya ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaması düşünülemez. Aynı şekilde, kamu ihale sözleşmesinin sırf üçüncü şahıslarda aldatıcı bir izlenim uyandınnak için yapılması, yani muvazaalı olması da mümkün değildir. Yine Kamu ihale sözleşmesinin taraflardan birinin kişilik haklarını aşırı ölçüde sınırlandırılması anlammı taşıyacağı bir durumun tasavvur edilmesi de güçtür. Yukarıda(§ 6 111/F) kamu ihale sözleşmelerinin şekli incele-

---

Larenz/Wolf, s. 825; **Rouiller,** s. 48.

[2] Kanuni geçerlilik şekline aykırı olarak yapılan sözleşmeler bakımından hangi yaptırımın söz konusu olacağı hususunda ileri sürülen görüşler hakkında toplu bir bilgi için bkz. **Eren,** s. 259 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.546b vd.; **Altaş,** H., Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 93 vd.

nirk.en de işaret edildiği ilzerc, şekle aykırılık sorunu dn genellikle ortaya çıkmnyncn□tır. Dolnyısıykı kamu ihnlı! sözleşmelerinde but lan sebebi olarak geri)e. sözleşmenin emredici hukuk kurnllnrına vcyn kamu düzenine aykırı olduğu ya dn ahlaka aykırı bir nitelik tnşıdığı dunıınlar kalmaktadır. Ayrıca çok sık r.ıstlanmnnmkla beraber, kamu ihale sözleşmesinin içeriğinin sözleşmenin yapıldığı anda imkansız olması da söz konusu olabilir. Aşağıda sırasıyla bu sebepler incelenecektir.

il. EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK

A) GENEL OLARAK

BK. m.19/11hükmünde sözleşme yapma ve onun içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan birini emredici hukuk kurallarına aykırılık oluştum1aktadır. Doktrinde, butlan sebepleri incelenirken, emredici hukuk kurallarına aykırılık ile kamu düzenine aykırılık durumunu, "sözleşmenin hukuka aykırı olması" başlığı altında inceleyen yazarlar da vardır[3]. Esasen BK.m.20/1 hükmünde de sözleşmenin butlanı düzenlenirken genel bir ifade ile sözleşmenin hukuka aykırı olmasından söz edilmiştir[4]. Ancak BK. m. I9/11hükmünde sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenirken, emredici hukuk kurallarına aykırılık ve kamu düzenine aykırılıktan ayrı ayrı söz edildiği için, kamu düzenine aykırılık hali bir sonraki başlık altında ayrıca incelenecektir.

Hukuk düzeninin bir sözleşmenin kendisini veya sözleşme konusu edimi yasaklaması halinde anılan hüküm anlamında bir hukuka aykırılık söz konusu olup sözleşme batıl olur.

Sözleşmenin butlanına yol açacak bir hukuka aykırılıktan söz edebilmek için, belirli bir sözleşmenin kendisini veya bu sözleşmenin içeriğini yasaklayan emredici bir hukuk kuralının bulunması gerekir[5]. İster özel hukuk ister kamu hukuku kökenli olsun, bir yasak hükmü ihtiva eden emredici bir hukuk

---

[3] **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 638 vd.; **Keller/Schöbi,** s. I41 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 72 vd.: Bu yazarlar "hukuka aykırılık" başlığı altında ayrıca kişilik haklarına aykırılık halini de incelemektedir. **Eren** ise, (s. 288), "hukuka aykırılık" üst başlığı altına, emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine aykırılığa ilaveten, kişilik haklarına ve genel ahlaka aykırılık halini de dahil etmektedir.

[4] Bk.m.19/11 hükmü ile 20/1hükmü arasındaki bu farkın anlam ve önemine ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Abegg,** A., Die zwingenden Jnhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss., Zürich 2004, s. 196 vd.; **Kramer,** Art.19-20, N.128.

[5] **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 638 vd.; **Kramer,** Art.19-20, N.136; **von Tuhr/Peter,** s. 251/252.

kuralının (ius cogcns) bulunması gerekir[6]. Bir düzen hiikınilnün *(/ex impN:fccıa)* ihlali sözleşmenin butlanı sonucu doğurmayacaktır. Ayrıca ihlal halinde başka bir yaptırım (ceza veya tazminat) ön gören bir hukuk kuralına *(lcx "!i11ıs quam peı:fecta)* aykırılık da sözleşmenin butlanına yol açmaya·3Jı.tır . Kamu ihale sözleşmeleri bakımından butlan dışında başka bir yaptırımın öngörüldüğü kurallara örnek olarak Kamu İhale Kanununun 1 1. nıaddc·i gösterilebilir. Bu hükümde bazı kişilerin ihaleye katılmaları yasaklanmıştır. Bu yasak hükmü, aşağıda değineceğimiz şartları taşıdığı ve özellikle de sözleşmenin her iki tarafına, yani hem idareye hem de isteklilere bir yasak getirdiğinden, BK. nı.19/20 anlamında emredici bir hukuk kuralıdır. Dolayı·ı) la bu yasağa aykırı davranış halinde sözleşmenin aşağıda belirtilen esaslara uygun olarak batıl sayılması gerekirdi. Oysa 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinde bu yasağa aykırılık bir butlan sebebi değil. fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu husus ve bu maddede kullanılan --fesih" teriminin isabetli olup olmadığı aşağıda kamu ihale sözleşmelerinin iptali başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, emredici bir hukuk kuralı ile belirli bir sözleşmenin yasaklanmasının sözleşmenin butlanına yol açabilmesi için, söz konusu yasak hükmi.inün, sözleşmenin taraflarınm her ikisine de yönelik bir yasak olması gerekir. Taraflardan sadece birinin sözleşmeye katılmasını yasaklayan veya sözleşmenin taraflarından biri bakımmdan sözleşmenin içeriğine ilişkin yasak getiren hükümlerin[8] ihlali sözleşmenin butlanına yol açmayacaktır[9]. Tek tarafa yasak getiren emredici bir hukuk kuralının ihlali-

---

[6] **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 648; **Keller/Schöbi,** s. 141; **OR-Huguenin-Jacobs,** Art.19/20, N.15; **Schwenzer,** Nr.32.05; **Larenz/Wolf,** s. 737, Nr. 18; **Kramer,** Art.19-20 OR, N. 132; **Eren** s. 286. Bazı yazarlar, ihlalleri halinde sözleşmeyi batıl kılan emredici hukuk kurallarından sadece kamu hukuku kurallarını anlamakta, buna karşılık özel hukuk kurallarına aykırılık halinde sözleşmenin veya sözleşme hükmünün batıl olmayacağı, bu hükmün yerine emredici kuralın geçeceğini belirtmektedir; bkz. **Bucher,** AT, s. 251; **Giger,** s. 81/82 ve 128/129.

[7] **Rouiller,** s. 95; **Kramer,** Art.19-20 OR, N.135; **Petersen,** J., gesetzliches Verbot und Rechtsgeschaft, Jura 2003, s. 333.

[8] Bazı yazarlar, taraflardan birinin sözleşmeye katılmasını yasaklayan hükümler ile sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak tek tarafa yasak getiren hükümlerin birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir; **Kramer,** Aıi.19-20, N.140. Buna karşılık **Rouiller,** (s. 54/55), her iki durumu, aralarında kavramsal bir farklılık bulunmasına rağmen, benzerlikleri nedeniyle birlikte incelemektedir.

[9] **Bucher,** AT, s. 251; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 651; **Keller/Schöbi,** s. 145; **OR-Huguenin-Jacobs,** Art.19/20, N.17; **Schwenzer,** Nr.32.07; **Larenz/Wolf,** s. 737, Nr.18; **Kramer,** Art.19-20, N.140; von **Tuhr/Peter,** s. 253; **Koller,** Nr. 980; **Erman/Palın,** § 134 8GB, Rnr.11.

nin sözleşm□nin butlanına yol açabilmesi için, ihlal edilen hükümde butlan yaptırımının açıkça öngörülmüş olması veya söz konusu normun anlam ve amacının. ihlal durumunda sözleşmenin batıl sayılması sonucunu haklı göstennesi gerekir[10]. Bu husus, bu çalışmanın konusunu oluşturan kamu ihale ·özleşınelerinin butlanı bakımından büyük öneme sahip olup, aşağıda ayrıca üzerinde durulacaktır.

Sözleşmenin dışında kalan hususlara ilişkin yasak ihtiva eden hükümlere aykırılık da sözleşmenin batıl sayılması sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin, belirli bir saatten sonra işyerlerinin açık olmasını yasaklayan hükmün varlığına rağmen, öngörülen saatten sonra yapılan satış sözleşmesi BK. m.20 hükmü uyarınca batıl sayılmayacaktır[11].

BK m.19/11anlamında hukuka aykırı bir sözleşmeden söz edebilmek için, emredici hukuk kurallarına aykırılığın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. Bir özel hukuk sözleşmesinin geçerlilik koşullarının mevcut olup olmadığı, sözleşmenin yapıldığı an esas alınarak değerlendirilir. Sözleşmenin kurulması anında hukuka aykırı olmayan bir işlem sonradan hukuka aykırı hale gelmez. Sözleşmenin yapıldığı andaki hukuki durumun sonradan değişmesi, özel hukuktaki geriye etki yasağı (Rückwirkungsverbot) nedeniyle sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Sözleşmenin kurulmasından sonra bir hukuk kuralının geçmişe etkili sonuçlar doğurarak daha önce yapılan bir sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi, sadece söz konusu emredici hukuk kuralının kamu düzeni ve genel ahlakı koruma amacına hizmet etmesi halinde söz konusu olabilir[12].

BK. m. l 9/20 anlamında ihlalleri halinde sözleşmenin butlanına yol açacak emredici hukuk kuralları ile dar ve teknik anlamıyla "kanun"un mu yoksa her türlü hukuk normunun mu kastedildiği Türk/İsviçre Hukukunda ayrıntılı olarak incelenmemiş bir sorundur. Türk Borçlar Kanununun l 9. maddesine göre, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde serbestçe belirleyebilirler. Sözleşme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin bir türü olarak, Anayasası'nın 48. maddesinde teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" hükmü yer almaktadır. Tüm bu düzenlemeler göz önüne alındığında, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan ve ihlali halinde sözleşmenin butlanına yol açan emredici hukuk kurallarından "em-

---

[10] **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 651; **OR-Huguenin-Jacobs,** Art.19/20, N.17; **Schwenzer,** Nr.32.07; **Larenz/Wolf,** s. 737; **Kramer,** Aıt.19-20, N.140

[11] **Schwenzer,** Nr.32.08; **Kramer,** Art.19-20, N.141; **Larenz/Wolf,** s. 738, **Koller,** Nr. 953; karş. ancak **Rouiller,** s. 228 vd.

[12] **OR-Huguenin-Jacobs,** Art.19/20, N.16; **Schwenzer,** Nr.32.09; **Larenz/Wolf,** s. 739, Nr.26. Karş. ancak **Kramer,** Art.19-20, N.144.

redid "anun hiikilmlcri" anlaşılnbiliru. Nitekim sözleşme özgllrlliğllnlin "ynlnıl "anunda yazılı sebeplerle daraltılabileceğini" savunan yazarlar vnrdır[1]".

Ouna karşılık bazı yazarlar, emredici hukuk kuralını daha geniş yorumlıunakta ve yazılı veya yazılı olmayan her tiirlü emredici hukuk normunun ihlalinin sözleşmenin butlanı sonucunu doğurabileceği görllşündedir[15]. Alnrn Hukukundaki hakim görüş de bu yöndedir. Alman Hukukunda, BGB § b-,tmlamında yasak öngören kanun (Verbotsgesetz) kavramından, sadece lamın hükümlerinin değil, tüzük ve yönetmeliklerin, hatta meslek odaları tarafından çıkarılan düzenlemelerin de anlaşılması gerektiği kabul edilinektedir[10]. Kanımca da bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. Ancak emredici nitelik taşıyan tüzük veya yönetmelik hükümlerinin sözleşmenin butlanı sonucunu doğurabilmesi için, dayandıkları kanun hükmüne uygun olmaları gerekir. Başka bir deyişle, söz konusu tüzük veya yönetmelikler, dayandıkları kanumın lafzından veya anlammdan çıkarılamayan bir butlan yaptırımı öngöremezler. Aynı şekilde, Anayasa'nın 135. maddesi anlammda kamu kurumu niteliği taşıyan meslek kuruluşları tarafından yapılan emredici düzenlemelerin. ihlalleri halinde sözleşmenin butlanı sonucu doğurabilmesi için, meslek

---

13 Esasen 200 I yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra sözleşme özgürlüğünün "kanun" ile sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı dahi tartışmalı hale gelmiştir. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle, genel sınırlandınna sebepleri madde metninden çıkarılmış ve "temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa 'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" hükmüne yer verilmiştir. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin "Anayasanın ilgili maddesi" 48. madde hükmü olup, bu maddede herhangi bir sınırlandırma sebebi öngörülmemiştir. Bu durum karşısında bazı yazarlar, Türk Hukuku bakımından sözleşme özgürlüğünün kanunla dahi sınırlandırılamayacağı sonucuna varmıştır; bkz. **Gözler,** K., Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, ABD 2001, s. 64 vd.; aynı yazar, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı (Nr.19), Anayasa Mahkemesi Yayın tarı (Nr. 29), 2002, s. 349. Aksi görüş için bkz. **Sağlam,** M., Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı (Nr.19), Anayasa Mahkemesi Yayınları (Nr. 29), s. 254; **Sağlam,** F., 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, Anayasa Yargısı (Nr.19), Anayasa Mahkemesi Yayınları (Nr. 29), 2002, s. 292/293.

1 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 59.

15 Bkz. **Eren,** s. 286; **Bucher,** AT, s. 250; **OR-Huguenin-Jacobs,** Art.19/20, N.15.

16 **MünchKomm./Armbrüster,** 5. Aufl., § 134 8GB, Rnr. 30; **Erman/Palın,** § 134 8GB, Rnr. 8.

luruhış1nrının sözleşmenin içeriğine ınlldnhnlc edecek dilzcnlcmclcr yapına tkilerinin bulunması gcrekir[17].

B) K4!tfU }HALE AfEVZUATJNIN BK.m.19/2fJANLAMINDA E!,fREDİCİ HUKUK KURALI OLUP OLMADIĞI SORUNU

Yukarıda ana hatları ile ifade etmeye çalıştığım özellikleri taşıyan emredici bir hukuk kuralına aykırı sözleşme batıl olacaktır. Genel olarak her türlü sözlesmeler bakımından geçerli olabilecek emredici hukuk kurallarına aykırılık durumları, kamu ihale sözleşmelerinin de butlanına yol açacaktır. Örneğin. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa veya çevre ya da halk sağlığını koruyan emredici bir düzenlemeye aykırı kamu ihale sözleşmeleri, emredici bir hukuk kuralını ihlal ettikleri ölçüde batıl sayılırlar. Ancak bu çalışma bakımından önem taşıyan ve aşağıda incelenecek husus, kamu ihale mevzuatı hükümlerinin, BK. m.19/20 anlamında ihlalleri halinde sözleşmenin butlanına yol açacak düzenlemeler olup olmadığıdır.

Hemen belirtelim ki, bu sorunun cevabı aranırken, kamu ihale hukuku kurallarının yukarıda işaret edilen özellikleri taşıyıp taşımadığının araştırılması gerekir. Yoksa, kamu hukukunda geçerli olan ve kamu hukuku kurallannın her daim emredici olduğu şeklindeki esastan hareket ederek kamu hukuku kökenli ihale kurallarına aykırılığın, otomatik olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı sonucunu çıkarmak doğru değildir. İdare açısından bakıldığında, her türlü kamu hukuku normunun emredici bir nitelik taşıdığı ve kural olarak idareye bu kurallara uyup uymama hususunda bir serbesti verilmediği tespiti doğrudur. Ancak idarenin tek yanlı işlemleri ve hatta belki kamu hukukuna tabi iki taraflı işlemleri bakımından geçerli olan bu sonucun, özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan kamu ihale sözleşmelerine aktarılması mümkün değildir. Aksi takdirde sözleşmenin özel hukuka tabi olmasının herhangi bir anlamı kalmayacaktır.

Kamu ihale hukuku literatüründe[18], kanm ihale sözleşmelerinin yasal dayanağını oluşturan ihale kurallarının BK. m.19/20 anlamında emredici bir kural olmadığı ve bunlara aykırılığın kural olarak sözleşmenin batıl olması so-

---

[17] **Erman/Palın,** § 134 8GB, Rnr. 8.

[18] Giriş kısmında da işaret ettiğim üzere, Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu ve geçerliliği bakımından ortaya çıkan özel hukuka ilişkin sorunların incelenmesi tamamen ihmal edilmiş olduğundan, "kamu ihale hukuku literatürü" ifadesi ister istemez karşılaştırmalı hukukla sınırlı kalmakta ve benzer ihale hukuku sistemine sahip ülke hukuklarında konuyla ilgili olarak ileri sürülen görüşlerin aktarılması kaçınılmaz olmaktadır. Esasen Medeni Kanunun I. maddesinin 3. fıkrasında, "hakim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır" hükmü yer almaktadır. Bu hükümde yer alan "bilimsel görüşler" ifadesinin sadece Türk doktrininde ileri sürülen görüşlerle sınırlı ol-

m 'tmu d -ığunna□acağı kabul edilincktcdir[1]ıı. İhale hukuku kurnllnrmın ınuh.'ltııl ı (Normadrcssat) kural olarak. ihaleyi açan kurumdur. lhnlc slirccini düzenle□en kurallar. ihaleye katılan isteklileri değil, sadece ihaleyi açan kunımu □ iiküınliilük altına sokarlar. Başka bir deyişle, ihale mevzuatı, ilk planda ihaleyi açan kuruma yönelik talimatlar ihtiva eden düzenlemelerdir. Bu kurallar Yasıtasıyla. idarenin piyasaya hangi şekilde gireceği ve hangi esaslara göre kiminle sözleşme yapacağı, kısaca idarenin sözleşme yapma iradesinin ne .,ekilde oluşacağı belirlenir:ıo_

Buna karşılık. ihale hukuku kuralları, ihaleye katılan isteklili bakımından hukuki olarak bir yükümlülük meydana getirmezler. İstekliler ihale sürecine iştirak edip etmemekte tamamen serbesttirler. Ne bir ihale hukuku kuralı ne de bir idari işlem, isteklileri ihaleye katılmaya zorlayabilir. İhale mevzuarmda ve ihale şartnamesinde öngörülen davranış yükümlülükleri, isteklilerin ihaleye katılmaya karar vermeleri ve teklif sunmaları ile birlikte aktuel hale gelir. İhale mevzuatında veya şartnamede öngörülen şekilde hareket etme zorunluluğu, bu hususun istekliler bakımından bir yükümlülük olarak öngörülmüş olmasının değil, isteklilerin kendi iradesi ile ihale esaslarına tabi olmayı kabul etmesinin bir sonucudur. Öte yandan, ihale sürecine dahil olan istekliler bakımından söz konusu olan davranış kuralları dahi, teknik anlamda bir yükümlülük öngörmezler; zira istekliler bu davranış kurallarına uymaya zorlanamazlar. İsteklinin teklifini sunarken veya ihale süreci devam ederken ihale esaslarına aykırı hareket etmesi sadece, onun ihale dışı bırakılması sonucunu doğurur. Örneğin, isteklilerin tekliflerini Kamu İhale Kanununun 30. maddesine uygun olarak hazırlayıp idareye sunmak zorunda olması, ihale hukukunun onlar bakımından getirdiği ve riayet etmeye zorlanabilecekleri yükümlülükler değildirler; isteklinin teklifinin öngörülen nitelikleri taşımaması, aynı Kanuni.111 36. maddesi gereği teklifin değerlendirme dışı bırakılması sonucunu doğurur. Aynı durum, tekliflerin geçerlilik süresine ilişkin

---

madığı, yabancı huktıklarda savunulan görüşleri de kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır; bkz. **Oğuzman/Barlas,** s. 95; **Serozan,** Medeni Hukuk, I § 4, Nr.25, s. 89. Yargıtay'ın yabancı hukuklarda, özellikle de İsviçre Hukukunda ileri sürülen görüşlerden yararlanılmasının önemine işaret ettiği kararlarına örnek olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 20.09.1950 T., E.1950/4; K. 1950/1O sayılı kararı; aynı şekilde 9.03.1955 T.,, E. 1954/22, K. 1955/2 nolu kararı; yine 27.3.1957 T., E. 1957/1, K.1957/3 sayılı kararı gösterilebilir.

19 **Gauch,** FS.für Fleiner, s. 602; **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr. 267 vd.; **Lötzch/Bornheim,** NJW 1995, s. 2136; **lngenstau/Korbion/Vygen,** Nr.94; **Priess,** s. 336; **Boesen,** Einl., Nr.4; **Heilbronner,** NZBau 2002, s. 475; **Waldner,** s. 197.

20 **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr. 267; **Waldner,** s. 200.

Kamu İhale Kanununun 32. maddesi bakımından da geçerlidir. Bu düzenleme de isteklilerin irade özgürlüğünü bir sınırlandırma getirmemektedir. İstekli teklifinin(icabının) bağlayıcılığı süresini serbestçe belirleyebilir. Bu hüküm sadece, isteklinin teklifinin değerlendirmeye alınabilmesi için idare tarafından ihale dokümanlarında belirlenen geçerlilik süresine uygun bir teklif sunması gerektiğini düzenlemektedir. İsteklinin buna aykırı bir teklif sunmasının da tek sonucu, teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasıdır[21]. İsteklinin bu örneklerdeki ihale kurallarına aykırı hareket etmesi, bir tazminat borcu da doğuracaktır.

Emredici hukuk kuralları, belirli bir hukuki işlemin içeriğini veya hukuki işlemin yapılmasını yasaklamaktadır. Ancak ihale hukuku kuralları belirli bir işlemin (kamu ihale sözleşmelerinin) yapılmasına engel olmak için vazedilmiş kurallar değildir; sadece kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasında takip edilecek ve idareye yönelik talimatlardan oluşan özel bir usul öngörmektedir. Özel hukuk sözleşmeleri, sözleşmenin kendisinde bulunan sakatlıklar nedeniyle geçersiz sayılabilir veya sona erdirilebilir. Sözleşmenin, kendisi dışında kalan hususlar nedeniyle hükümsüz sayılması söz konusu olamaz. İhale mevzuatına aykırı olarak alınmış ihale kararı da bu anlamda sözleşmenin dışında olan bir hususdur[22].

İhale hukuku kuralları, kamu ihale sözleşmesinin taraflarından sadece biri (idare) bakımından yükümlülükler öngördüğü için, ihale mevzuatına aykırılık sözleşmenin kural olarak BK. m.20 hükmü nedeniyle geçersizliğine yol açmayacaktır. Kamu ihale mevzuatında tarafların her ikisine de yasak getiren düzenlemeler yer alması istisnai bir durumdur. Sadece bu tür istisnai durumlarda, ilgili ihale kuralına aykırılık sözleşmenin butlanı sonucunu doğuracaktır. Bunun dışında sözleşmenin batıl sayılması sadece, ihlal edilen ihale kuralında butlan yaptırımının açıkça düzenlenmiş olması[23] veya söz konusu kuralın anlam ve amacının butlan sonucunu haklı göstermesi halinde mümkündür. Buna ilaveten kamu ihale sözleşmesinin butlanı, idare ile ihaleyi

---

[11] **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr. 268: Bu yazar, ihale mevzuatının istekli için değil, sadece idare için bir yükümlülük öngördüğünü, ancak idare bakımından öngörülen bazı yükümlülüklerin, aynı zamanda istekli için bir hak niteliği taşıdığını belirtmektedir. Yazar örnek olarak, idarenin eşit davranma yükümlülüğünün istekliler açısından genel olarak ihaleye katılma hakkı doğurduğunu, yine idarenin ihale kriterlerine uygun olarak değerlendirme yapma yükümlülüğünün, isteklilere buna riayet edilmesini talep etme hakkı verdiğini belirtmektedir. İstekliler, idarenin ihale mevzuatında öngörülen yükümlülüklerine aykırı işlemleri ile bu haklarının ihlal edilmesi durumunda itiraz hakkına sahiptir; bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr. 269.

[21] **Lötzch/Bornheim,** NJW 1995, s. 2136.

[23] **Priess,** s. 336.

'-.anman şahsın kötü niyetle ve karşılıklı anlaşarak kamuya zarar vermek için ih□k k.urallarını göz ardı etmesi halinde söz konusu olabilir[24] ki, bu husus ,ş..-tğıda ..ahlaka aykırılık.. başlığı altında ayrıca incelenecektir.

Bu açıklamalar ışığında yeni Türk ihale mevzuatında, emredici hukuk k.urnllarına aykırılık nedeniyle sözleşmenin butla111 sonucunu doğuran dunıınlann incelenmesi yararlı olacaktır.

q *KAA1U İHALE SÖZLEŞMESİNİN EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRJLIK NEDENİYLE BUTLANI SONUCUNU DOĞURAN DURUMLAR*

l) İstekliler Tarafı11da11 İhale İşlemlerine İtiraz Edilmiş Olmasma Rağmen İtira:: Sonuçlandırılmadan Kamu İhale Sözleşmesinin fapılması

Yeni Türk ihale mevzuatında açıkça sözleşmenin butlanı yaptırımının öngörüldüğü tek düzenleme, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55. madde--inin 5. fıkrasında yer almaktadır. Kamu İhale Kanununda isteklilere tanınan asli koruma bakımmdan, iki aşamalı bir sistem benimsenmiştir. İsteklilerin, ilk olarak, ihaleyi açan kuruma "şikayet" başvurusunda bulunmaları gerekir. İhaleyi açan kurumun bu konudaki kararına karşı ise, Kamu İhale Kurumuna "itirazen şikayet" başvurusunda bulunmak mümkündür. İhaleyi açan kuruma -şikayet" başvurusu yapılmasının usul ve koşulları, Kamu İhale Kanununun 55. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükümde, burada incelediğimiz sorun bakımından büyük önem taşıyan şu düzenleme yer almaktadır:

·'Şikayet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamaz. İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikayette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, **ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır"**[25].

Bu hükümde isteklilerin ihale işlemlerine karşı ihaleyi açan kuruma şikayet başvurusunda bulunmasının, kural olarak, ihale kararı alınması ve söz-

---

H **Priess**, s. 335; **Heilbronner**, NZBau 2002, s. 475.

15 22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan yeni "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik"in 11. maddesine göre de, idareye şikayet başvurusu yapıldıktan sonra, idarece usulüne uygun olarak ivedilik ve kamu yararı gerekçesiyle ihale işlemlerine devam kararı alınmadan ve şikayette bulunan istekliye bu karar usulüne uygun olarak bildirilmeden sözleşme yapılamaz; yapıldığı takdirde sözleşme hükümsüz sayılır(m.l I fıkra 3).

lc□me imz.alanımısı bakımından "bekletici bir etki" meydana getireceği düzenlenmiştir. Bu hükmün lafzına bağlı kalındığı takdirde, butlan yaptırımının sadt.-ce. idarenin ivedilik ve kamu yararı gerekçesiyle ihale sürecine devam etme kararı almış olmasına rağmen bunu usulüne uygun olarak şikayette bulunan istekliye bildinnemesi hali için öngörüldüğü sonucuna varılabilir. Ancak kanımca hükmün anlam ve aınacmdan hareket edildiğinde, sadece bu durumda değil, idarenin ivedilik ve kamu yararı gerekçesiyle ihale sürecine de\'am kararı almadan sözleşme imzaladığı hallerde de, sözleşmenin batıl olduğunu kabul etmek gerekii-2[6].

İhale işlemlerine itiraz edilmesinin ihale sürecini durdurucu etkisine (Suspensiveffekt; aufschiebende Wirkung) ilişkin düzenlemelere karşılaştırmalı hukukta da rastlamak mümkündür. Örneğin, Alman Hukukunda, Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanununun (GWB) 115. paragrafının 1. fıkrasında, ihale işlemlerine itiraz edildiğinin Kamu İhale Kurumu tarafından ihaleyi açan kuruma bildirilmesinden sonra, itiraz sonuçlandırılmadan idare ihale kararı veremez. Biraz farklı bir düzenleme, İsviçre Federal İhale Kanununun 28. maddesinde yer almaktadır. Bu hükümde ihale işlemlerine itiraz edilmesinin ihale sürecini durdurmayacağı, ancak Kamu lhale Kurumunun talep üzerine ihale sürecinin durdurulmasına karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Gerek Almanya'da gerek İsviçre'de, ihale süreci durdurulmuş olmasına rağmen ihaleyi açan kurumun sözleşme imzalamış olması halinde, bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı kanunda düzenlenmemiştir. Bu durum Alman[27] ve İsviçre doktrininde[28] tartışmalara yol açmıştır. Türk Hukuku

---

[26] Nitekim bu husus bir önceki dipnotunda zikrettiğim Yönetmeliğin 1l. maddesinin 3. fıkrasından da açıkça anlaşılmaktadır.

[27] Alman Hukukunda § I l5 GWB hükmüne aykırı olarak kurulan ihale sözleşmesinin geçerli olup olmadığına ilişkin taıtışmalar için bkz. **Kaiser,** NZBau 2005, s.311 vd.; **Heilbronner,** NZBau 2002, s. 475.

[28] İsviçre Hukukunda Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrasında, itiraz komisyonunun, ihale işlemlerine itiraz eden tarafın başvurusu üzerine ihale sürecinin durdurulmasına karar verebileceği öngörülmüş; ancak ihaleyi yapan idarenin bu karara rağmen sözleşme yapması halinde sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu düzenlenmemiştir. Bu durum İsviçre Hukukunda tartışmalara yol açmıştır: St. Gallen İdare Mahkemesi'nin 28.08.2003 ve 30.10.2001 tarihli kararlarında, ihale sürecinin durdurulması yönündeki karara rağmen idarenin ihaleye katılanlardan biri ile sözleşme yapmış olması halinde, bu sözleşmenin geçersiz olmadığı sonucuna varılmıştır; bu iki karar için bkz. Vgr. SG 28.08.2003 (B2003/67), BR 4/2003, s. 160; Vgr. SG 30.10.200l; GVP SG 2001, Nr.22, s. 71; BR 4/2003, s. 160. Buna karşılık **Gauch,** ihale sürecinin durdurulmasına rağmen yapılan sözleşmenin her iki taraf açısından da geçersiz olacağı, ancak sözleşme yapma imkanın doğması (örneğin, ihale sürecinin durdurulması kararının sonradan kaldırılması veya itirazın reddedilmesi) ile birlikte

hakımınd:rn sorun. Kamu İhale Kanunumın 55. maddesinin yukarıda zikredilen .-. fıkrasında açıkça çöziime kavuşturulmuş ve sözleşmenin 'hükümsüz" olacağı hiikme bağlanmıştır. Maddede yer alan "hükümsüzlük" ifadesi ile "butlan·· yaptırımının kastedildiği kuşkusuzdur.

-l734 sayılı Kamu İhale Kanununun benimsediği sistemde, ihaleyi açan kunıma şikayet başvurusu yapıldıktan sonra, idarenin vereceği kararlara karşı. bu kez Kamu İhale Kurumuna "itirazen şikayet"te bulunma imkanı mevcuttur. Kamu İhale Kurumuna yapılacak itiraz başvurularına ilişkin esaslar Kamu İhale Kanununun 56. maddesinde düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanununun 56. maddesinde, Kamu İhale Kurumuna yapılan baş\'uruların ihale sürecinin devamı üzerindeki etkisi, 55. maddeye göre ihaleyi açan kuruma yapılan başvurudan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. 56. madde hükmü incelendiğinde, Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazların otomatik olarak ihale sürecini durdurmadığı görülmektedir. Kamu İhale Kanununun 56. maddesinin 3. fıkrasına göre, Kurum, "İtirazen şikayet konusunun açıkça bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında kesin. karar verilinceye kadar ihale sürecini durdurur":. Görüldüğü üzere, 55. maddeye göre ihaleyi açan kuruma şikayet başvurusu yapıldığı takdirde, ihale yetkilisi tarafından ivedilik ve kamu yaran gereği ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça, ihale sürecinin kendiliğinden duracağı ve idarenin sözleşme imzalayamayacağı düzenlendiği halde, 56. maddeye göre Kamu İhale Kurulumuna itirazen şikayet başvurusu yapılması durumunda, ihale si.irecinin durması için, Kamu İhale Kurumunun "ihale işlem ferinin açıkça hukuka aykırı olması veya ivedilik ve kamu yararı" gerekçesiyle, bu yönde karar vermesi gerekir.

Bu iki düzenleme arasındaki farkı anlamak son derece güçtür. Madde gerekçelerinde de bu farkın sebebine ilişkin olarak herhangi bir açıklama yer almamaktadır. İhaleyi açan kuruma şikayet başvurusunda bulunulmasının otomatik olarak ihale sürecini durdurması ve buna rağmen yapılan sözleşmenin batıl sayılması, buna karşılık Kamu İhale Kurumuna yapılan itiraz ve şikayet başvurusunun ihale sürecini durdurmaması ve ihale sürecinin durmasının ancak Kamu İhale Kurumunun bu yönde bir karar alması halinde söz konusu olmasını ikna edici bir biçimde izah etmek mümkün değildir. Her iki durumda da ya itirazın otomatik olarak ihale sürecini durduracağının ve ihale

yapılan sözleşmenin geçerli hale geleceği görüşünü savunmaktadır. Yazar bu yaptırımı "kendine özgü geçersizlik" olarak adlandırmaktadır; bkz **Gauch,** BR 2003, s. 7; *aynı yazar,* FS für Fleiner, s. 604/605. Aynı görüşte **Beyeler,** öfffentliche Beschaffung, Nr. 381.

işlemlerine ancak ivedilik ve kamu yararı gerekçesi ile alınan karar llzcrinc dc\'am edilebileceğinin: ya da bunun tam tersinin, yani her iki durumda da itirazın süreci durdurınayucağının ve bunun sadece bu yönde alınacak bir karar üzerine söz konusu olacağının düzenlenmesi gerekirdi.

Her iki hüküm arasmdaki bu "ahenksizliği", kısmen de olsa, giderme çabasına "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetınelik"in "İhale Sürecine İlişkin Karar ve Sonuçları" başlığını taşıyan 18. maddesinde rastlanır:!Q. Bu hükmün 2. fıkrasında, Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde, Kurul tarafından ihale sürecinin durdu-. rulınasına karar verilir ise, ihale sürecinin durdurulmasına karar verildiği tarihten itibaren idarece bütün ihale işlemlerinin durdurulacağı; aynı hükmün 3. fıkrasına göre ise, Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulmamasına karar verilir ise, başvuru sonuçlandırılıp nihai karar bildirilinceye kadar, idarenin ihale işlemlerine devam edebileceği, ancak sözleşme imzalayamayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu hükümde, Kurum tarafından ihale sürecinin durdurulmasına ilişkin bir karar verilmemiş olsa dahi, idarenin sözleşme imzalamayacağı düzenlenmiştir. Gerçi Kanunda öngörülmeyen böyle bir hukuki sonucun, bu kanuna dayanan bir yönetmelik ile düzenlenmesinin geçerliliği son derece kuşkuludur[30]. İdare hukuku açısından büyük önem taşıyan söz konusu tartışma, bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Yönetmeliğin anılan hükmünde, Kamu İhale Kurumuna itiraz durumunda durdurma kararı alınmamış olsa dahi itiraz sonuçlandırılıncaya kadar idarenin sözleşme imzalayamayacağının öngörülmesi suretiyle, Kamu İhale Kanununun 55. maddesine göre idareye yapılan itirazın meydana getireceği sonuçlar ile bir paralellik sağlanmıştır.

Gerek Kamu İhale Kanununun 56. maddesinde gerekse Yönetmeliğin yukarıda bahsedilen 18. maddesinde, Kamu İhale Kurumuna itiraz edilmesine, hatta Kurum tarafından ihale sürecinin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen, ihaleyi açan kurumun sürece devam etmesi ve bir istekli ile sözleşme yapması halinde bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı düzenlenmemiştir. Bu noktada, Kamu İhale Kanununun 55. maddesinde açıkça düzenlenen butlan yaptırımının, 56.madde bakımından da kabul edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, ihale hukuku kuralları sadece ihaleyi açan kurum açısından yasak ve buyruk koyan kurallar olup, bu kurallara aykırı sözleşme kural olarak geçerlidir. Sözleşmenin batıl sayılabilmesi için, ya bu

---

29 Ayn.ı düzenleme 24.05.2004 tarih ve 25741 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan □_ski "ihalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik"in "Şikayet Uzerine Verilecek Kararlar" başlığını taşıyan 34. maddesinde de yer almaktaydı.

30 Benzer tereddütler için bkz. **Yılmaz,** s. 167.

huswun ihlal edilen hükümde açıkça öngörülmüş olması ya da hükmün anlam Ye amacının butlan sonucunu haklı göstermesi gerekir. Kanunun 55. maddesinde butlan sonucu açıkça düzenlendiği halde, 56. maddede bundan söz edilmemiştir. Ancak kanımca, Kanunun anlam ve amacı göz önünde tunılduğunda, aynı sonucun 56. madde bakımından da kabul edilmesi gerekir□'. Korunmak istenen hukuki menfaat bakımından, her iki madde arasında bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucu, açık bir şekilde, hukuka aykırı ihale işlemlerine karşı isteklilere bir koruma sağlamakta ve ihale işlemlerine ilişkin itirazlar sonuçlandırılmadan sözleşmenin imzalanmasını istememektedir. Böylelikle idarelerin fiili durumlar yaratarak sözleşme yapmalarının önüne geçmek hedeflenmektedir. Aslında bu düşünce, Avrupa Birliği İhale Hukukunda hakim olan anlayışa da uygun düşmektedir. Yukarıda[32] belirtildiği üzere. Avrupa Birliği Adalet Divanı, "Alcatel Austria" kararında, üye devletlerin, sözleşmenin kurulmasından önce en önemli ihale işlemi olan ihale kararının denetime tabi olmasını mümkün kılan mekanizmaları oluştunnakla yükümlü olduklarına hükmetmiştir.

Açıklanan bu gerekçelerle, Kamu İhale Kurumuna yapılan itiraz somıçlandırılmadan akdedilen kamu ihale sözleşmesinin geçersiz sayılması gerekir. Fakat bazen Kamu İhale Kurumu tarafından ihale işlemine yapılan itirazlar sonuçlandırılmadan idarenin sözleşme imzalaması, ancak Kurumun itirazen şikayet başvurusunu reddetmesi söz konusu olabilir. "Butlan" anlayışına sıkı sıkıya bağlı kalındığı takdirde ortaya şöyle bir tablo çıkacaktır: İdare itiraz karara bağlanmadan sözleşme yaptığı için bu sözleşme batıl sayılacaktır. Ancak daha sonra Kamu İhale Kurumu itirazen şikayet başvurusunu reddederse, idare, ihale üzerinde bırakılan istekli ile yeniden sözleşme yapmak zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, bu görüş kabul edildiği takdirde, idare aynı sözleşmeyi, ilki geçersiz sayıldığı için, ikinci defa yapmak zorunda kalacaktır. Bu noktada, idareyi aynı sözleşmeyi ikinci kez yapma külfetinden kurtarabilmek için, Kamu İhale Kurumunun itiraz başvurusunu reddetmesi halinde batıl sayılan ilk sözleşmenin tekrar geçerlilik kazanıp kazanamayacağı sorusu akla gelmektedir.

Klasik butlan anlayışından hareket edildiği takdirde, bu sorunun olumsuz cevaplandırılması gerekir. Çünkü batıl sayılan bir sözleşmenin, butlan sebebinin ortadan kalkması halinde dahi geçerli sayılması mümkün olmayıp, işlemin yeniden yapılması gerekir. Batıl bir sözleşmenin geçerli sayılması bir ölüyü yeniden diriltmek anlamı taşır ki, bu nedensellik kurallarına ters düşer.

---

31 Aksi görüşte, **Yılmaz,** s. 193/194.

3' Bkz. yuk. § 6/11.

Kanımca normatif kuralları maddi diinyada geçerli olan nedensellik kur31ları ile açıklayan bu görüşe katılmak güçtür[33]. Bu nedenle ihale işlemlerine karşı yapılan itirazın reddedilmesi halinde, daha önceden yapılan sözleşmenin geçerli ayılması gerekir. İdareyi aynı sözleşmeyi ikinci defa yapmak zonında bırakmak, özellikle aciliyeti olan projelerde zaman ve masraf kaybına yol açmak dışında bir anlam taşımayacaktır.

Hemen belirtelim ki. benzer bir görüş İsviçre Hukukunda **GAUCH**[34] tarafından da savunulmaktadır. Bu yazarın, -küçük bazı değişikliklerle Türk Hukukuna da aktarılabilecek- düşüncelerini kısaca özetlemek yararlı olacaktır: Yazar. Kamu İhalelerine İlişkin Federal Kanunun 28. maddesi uyarınca ihale sürecinin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen idarenin sözleşme yapması durumunda, yaptırımın "kendine özgü geçersizlik" olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, ihale işlemlerine itiraz süresi dolmadan veya itiraz üzerine sürecin durdurulmasına karar verilmeyeceği kesinleşmeden, idare bakımından sözleşme yapma yasağı mevcuttur. Gerçi yasak tek taraflı bir yasak olduğu için, buna rağmen yapılan sözleşmenin BK. m.20 anlamında butlanına yol açmaz[35]. Butlanın söz konusu olabilmesi için Kanun Koyucunun bu hususu açıkça öngörmüş olması gerekir. Ancak yine de bir kanun boşluğunun mevcut olduğu kabul edilerek BK. m.1 hükmü uyarınca bu boşluğun doldurulması gerekir[36]. Yazar, burada "kendine özgü geçersizlik" yaptırımının söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Bu geçersizlik, düzelebilir bir geçersizliktir. İhale işlemlerine itiraz süresi itiraz yapılmadan dolar veya yapılan itiraz reddedilirse, idarenin sözleşme yapma yetkisi yeniden doğar ve daha önceden yapılan sözleşmedeki geçersizlik durumu giderilmiş olur. Yazar, benzer sonuca BK. m.33/1 hükmünden hareketle de ulaşılabileceğini belirtmektedir. Bu hükme göre, temsil yetkisi kamu hukukundan doğuyor ise, bu yetkinin mevcudiyeti ve kapsamı kamu hukukuna göre belirlenir. İhaleyi açan kurumun ihale işlemlerini yürütmekle görevli temsilcilerinin, itiraz süresi dolmadan veya itiraz reddedilmeden sözleşme yapma yetkileri bulunmamaktadır. Dolayısıyla zamanından önce yapılmış kamu ihale sözleşmeleri bakımından kendine özgü geçersizliğe ek olarak ayrıca bir yetkisiz temsil durumu söz konusudur. İhale işlemlerine itiraz edilmez veya bu itiraz

---

33 Hukuki kavram ve kuralları maddi dünyada geçerli olan nedensellik kuralları ile açıklayan bu yaklaşımın daha ayrıntılı bir eleştiri için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 445/446.

34 **Gauch,** BR 2003, s. 7; *aynı yazar,* FS för Fleiner, s. 604/605. Aynı görüşte **Beyeler,** öfffentliche Beschaffung, Nr. 381.

35 **Gauch,** BR 2003, s. 6; *aynı yazar,* FS für Fleiner, s. 604.

36 **Gauch,** FS für Fleiner, s. 605.

r\: idt.'<iilirse. St□ □leşme yapma yetkisi de yeniden canlanır ve yetki eksikliği giderilmiş otur·".

Yukarıda belirt1iğıın üzere bu görüşlerin, Türk Hukukuna aktarılması miiml-iindür. Üstelik İsviçre Hukukundan farklı olarak Ti.irk Hukuku bakımından geçersizlik yaptırımının kabulü için, BK. m.1 anlamında bir kamın tnşhığunun kabulü zorunluluğu da bulunmamaktadır; zira Kamu İhale Kanumınun 55. maddesinde ihale süreci durdurulmuş olmasına rağmen yapılan ihale sözleşmesinin geçersiz olacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Türk Hukuku bakımmdan yapılması gereken tek şey, bu geçersizliğin "düzeltilebilir bir g□ersizlik" olarak yorumlanması ve ihale işlemlerine yapılan itiraz reddedilince batıl sözleşmenin geçerli hale geleceğinin kabul edilmesi olacaktır. Esasen butlan yaptırımının bu şekilde değişikliğe uğratılması, Türk/İsviçre hukukuna yabancı bir durum da değildir. Örneğin, şekle aykırı sözleşmeler balı.ımından, klasik butlan görüşünden farklı olarak, kendine özgü geçersizlik görüşünü savunan çok sayıda yazar bulunmaktadır[38].

1) İhale Açdmadan Sözleşme Yapılması

İhale mevzuatında öngörülen istisnai durumlar hariç, ihtiyaç duyduğu edimleri serbest piyasadan temin etmek isteyen idarenin, sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestısi mevcut değildir; idarenin kiminle sözleşme yapacağl. ihale mevzuatına uygun bir şekilde açılan ve yürütülen ihale süreci sonucunda belirlenecektir. Ancak bazen, idarenin ihale mevzuatını tamamen bir kenara bırakarak, belirli bir kimseyle sözleşme imzalaması söz konusu olabilir. İdarenin ihale konusu işi mevzuata uygun ihale açmaksızın, yani "fiilen" belirli bir kişiye vermesi, Alman hukuk çevrelerinde ***"de facto Vergabe"***[39] başlığı altında incelenmektedir. Bu sorun, kamu ihale hukukun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır.

---

j[7] **Gauch,** BR 2003, s. 8/9 ve orada dn.54: Yazar, aynı sözleşme bakımından iki geçersizlik durumunun mevcudiyetini kabulün önünde herhangi bir engel bulunmadığını belirterek, Alman hukukçusu **Kipp'in** "Hukukta Çifte Etkiler" adını taşıyan ünlü çalışmasına yollamada bulunmaktadır. Bu teoriye ilişkin olarak bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 212.

[38] Bkz. örneğin. yuk.dn.2'de zikredilen yazarlar.

[39] "De facto Yergabe", yani idarenin ihale açılması gereken bir işi fiilen bir kimseye vermesi ifadesini yanıltıcı bulan yazarlar da vardır. Bunlardan **Bürgi'ye** göre burada ihale konusu iş aslında sadece fiilen (de facto) değil, sözleşme yapılması suretiyle hukuken (de jure) de bir kimseye verilmiş veya verilecektir; ancak bu resmi bir ihale sürecinde değil, fiili bir süreç sonucunda gerçekleşmektedir; bkz. **Bürgi,** NZBau 2003, s. 17. Başka bazı yazarlar ise, bu sorunu "resmi olmayan ihale süreci" (informelle Vergabeverfahren) başlığı altında incelemektedir; bkz. **Jennert,** WRP 2002, s. 507.

İhalesiz sözleşme yapılması halini, ihale açılmış olmasına rağmen yanlış bir ihale usulü uygulanması haliyle karıştırmamak gerekir. İhalesiz sözleşme yapılması durumunda, ihale açılmadan ve özellikle de ihale ilanı yapılmadan idarenin istekliyle belirli bir sözleşme yapması söz konusudur.[40]. Bazen de idarenin, sadece belirli bir kişi ile değil, birden fazla kişiyle, ihale açmadan ve ihale usul ve esaslarını gözetmeden müzakerelerde bulunması söz konusu olabilir. Teknik anlamda mevzuata uygun bir ihale süreci mevcut olmasa olsa dahi, yine de idare tarafından sözleşme yapılması amacına yönelik bir süreç başlatılmış olabilir. Bu tür durumlarda önem taşıyan sorun, ihale mevzuatına uygun başlatılan ihale süreçlerinde, yine bu mevzuatta sürece katılan isteklilere tanınan asli koruma araçlarının, gayri resmi yürütülen sözleşme yapma müzakerelerinde de kullanılıp kullanılamayacağıdır. Başka bir ifade ile, gayri resmi bu sürece katılan istekliler, idarenin işlemlerine karşı Kamu İhale Kurumuna başvurabilirler mi? Gerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55 ve 56. maddeleri gerekse "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik" hükümleri incelendiğinde, Kamu İhale Kurumuna başvurabilmek için başlatılmış bir ihale sürecinin mevcudiyeti gerektiğinden, bu tür gayri resmi müzakerelerde Kamu İhale Kurumuna başvurulamayacağı düşünülebilir. Alınan Hukukunda da bir dönem bu anlayış hakim olmuştur. Ancak son yıllarda Alman Hukukunda, idarenin gayri resmi müzakerelerde bulunması durumunda, şeklen olmasa dahi maddi anlamda bir ihale süreci bulunduğunu ve bu süreçteki işlemlere karşı itiraz başvurularının yapılabileceği kabul edilmektedir[41].

Avrupa Birliği Adalet Divanı da, ihale mevzuatı tamamen göz ardı edilerek doğrudan sözleşme yapılmasına ilişkin işlemlerin denetime tabi olmasının Avrupa Birliği ihale mevzuatının bir gereği olduğuna karar vermiştir[42]. Ayrıca 89/665/EWG ve 92/13/EWG sayılı ihtilaf direktiflerinin 2. maddelerinde, ihalesiz sözleşme yapılmasına ilişkin işlemlere karşı itiraz (asli koruma) hakkının kullanılmasına imkan sağlayacak değişiklik yapılması düşünülmektedir[43].

Bu tartışma, yani ihale açılmadan başlatılan müzakerelerde isteklilerin Kamu İhale Kurumuna başvurma imkanına sahip olup olamayacakları hususu, hem bu çalışmanın hem de burada incelediğimiz kamu ihale sözleşmele-

---

40 **Müller-Wrede/Kaelble,** VergabeR 2002, s. 10/11; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 102 GWB, Rnr.21.

41 **Priell/Niestedt,** s. 50/51; **lngenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 102 GWB, Rnr.21; **Kligner,** s. 379 vd.; **Byok/Jaeger/Noch,** Rnr.759; BGH, *BeschlujJ* vom 1. 2. 2005 - X ZB 27/04, NZBau 2005, s. 291.

42 EuGH, Urt.v. 11.01.2005, Rs.C-26/03 "Stadt Halle", NZBau 2005, s. 11 vd., Rnr. 34 ve 39.

43 **Heuvels,** NZBau 2007, s. 283 ve orada dn.2; *aynı yazar,* NZBau 2006, s. 4I8.

rinin g(\'erli olup olmadığı sorunu dışmda kalan ve dalın ziyade knmıı lıukuunu ilgilendiren bir sorundur. Ancak şıı kadarını belirtelim ki, Ti.irk hıukukıı tı..□k.ımından da, resmi bir ihale süreci başlatılmamış olnrnsıırn rağmen, idarckr tarafından bazı kişilerle gayri resmi müzakerelerde bulunulması halinde, "Kun11na itirazen şikayet başvurusunda bulunma imkanının tanınması isabetli \,1acaı1ı..tır'-u.

Tekrar burada incelediğimiz soruna dönecek olursak: İster idare tarafından doğrudan doğruya tek bir kişi ile müzakereye girişilerek onunla sözleşmesi yapılmış olsun. ister gayri resmi bir süreç başlatılarak birden fazla kişi ile müzakere yapıldıktan sonra bunlardan biri ile sözleşme yapılmış olsun, her durumda ihale mevzuatı tamamen bir kenara bırakılarak akdedilen sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorununun aşağıda belirtilecek esaslara göre çözülmesi gerekir.

İdarenin kamu ihale mevzuatını tamamen bir kenara bırakarak doğrudan doğruya sözleşme yapmasının sebepleri çeşitlidir. İlk olarak bu durum, idarenin kasıtlı bir davranışından değil, yaptığı bir hukuki değerlendirme hatasından kaynaklanabilir. İdare yaptığı yanlış bir değerlendirme sonucunda kamu ihale mevzuatına tabi olmadığı kanaatine vararak ihtiyaç duyduğu edimi doğrudan temin yoluna gidebilir. Kamu ihale mevzuatında birçok sorun tam Ye kesin bir açıklıkla düzenlenmediği, tartışmalı çok sayıda husus bulunduğu için. idarenin bu tür değerlendirme hatalarına düşmesi sıkça karşılaşılabilecek bir durumdur[45]. Örneğin, idarenin, yaptığı değerlendirme sonucunda

---

[44] Bu tür durumlarda, "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik"in "İddiaların İncelenmesi" başlığını taşıyan 5. Bölümünde yer alan 21. madde hükmünden yararlanılabileceği akla gelebilir. Bu hükümde, Kamu İhale Kurumunun "Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olarak Kuruma ulaşan yazılı başvurular veya kamuoyuna yansıyan somut ve ciddi nitelikteki ihale mevzuatına aykırılık iddiaları" inceleme yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, resmi bir ihale süreci başlatmadan bazı isteklilerle sözleşme yapma müzakerelerinde bulunan idarelerin bu tür işlemlerini, "iddiaların incelenmesi" yoluyla Kurum incelemesine tabi tutma imkanının mevcut olduğu düşünülebilir. Ancak söz konusu düzenleme dikkatli bir biçimde incelendiğinde, bu hükmün uygulanabilmesi için, resmi alarak başlatılmış bir ihale sürecinin mevcudiyetinin gerekli olduğu sonucu çıkmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda "iddiaların incelenmesi" düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Yönetmelik, Kanunda öngörülmeyen yeni bir hukuki kurum getirmektedir. Kanunda öngörülmeyen bir imkanın yönetmelik hükmüyle düzenlenmesi, kamu hukuku açısından eleştiriye son derece açık bir durumdur. Bu nedenle, idarenin bazı kişilerle sözleşme yapma görüşmelerinde bulunması durumunda kullanılabilecek bir itirazen şikayet başvurusu hakkının, Kamu İhale Kanununda yapılacak bir değişiklikle öngörülmesi daha uygun olacaktır.

[45] **Bar,** ZfBR 2001, s. 376; **Kligner,** s. 375.

k.en ii.inin \'cya □öllçsınc konusu işin **.1**7J4 sayılı Kamu ihale Kanununun 3. mndd□sindck.i istismılar k.ııpsaınına girdiği ve bu nedenle Kamu ihale Kamınuım tabi (,lmadığı somıcuna varması söz konusu olabilir. Aynı şekilde idare, silre□i sona 'ren sözleşmede yer alan opsiyon hakkını kullunarnk sözleşmenin süre·ini uzatmış. nncak sonradan bu tilr siire uzatımları için yeniden ihale açılması gerektigi ortaya çıkmış olabilir[46]. Bazen de, idarenin ihtiyaç duyduğu t.'Ciimi. yaptığı hutalı bir değerlendirme sonucu, ihale yapmadan Kamu İhale Kanununun 22. maddesine göre doğrudan temin usulüne başvurarak karşılaması söz konusu olabilir[47].

İkinci olarak. ihale açılmaması, idarenin bilinçli bir davranışından **kay**naklanabilir. İdare. açılacak ihalenin zaman ve masraf kaybına yol açacağı düşüncesiyle doğrudan temin yoluna gitmiş olabilir. Bazen de idare görevlilerinin rüşvet alarak ihale mevzuatına aykırı bir şekilde ihale açmadan sözleşme imzalamaları söz konusu olabilir[48].

İdarenin ihale açmadan sözleşme yapması, ihale mevzuatına en ağır aykırılık halini oluşturmaktadır[49]. İdarenin bundan daha ağır bir hukuka aykırı davranışı tasavvur edilemez. İhale açılmadan sözleşme yapılması durumund□ idare, Kamu İhale Kanununun 5. maddesinde belirtilen kamu ihale hukukunun temel ilkelerinin tamamını ihlal etmektedir. Bu nedenle ihale kuralları tamamen göz ardı edilerek imzalanan sözleşmenin yaptırıma bağlanması gerekir. Aksi takdirde idareler kamu ihale hukuku kurallarının sıkı şekil koşullarına uymadan, fiili durumlar yaratarak sözleşmeler yapma imkanı kazanacal1:ır[50]. Başka bir anlatımla, ihale yapılmadan sözleşme yapılması ve bu sözleşmenin geçerli sayılması durumunda, kamu ihale hukuku kuralları varlık sebeplerini kaybedecektir.

Ancak Türk ihale mevzuatında ihale açılmadan sözleşme yapılması hali ve bunun yaptırımı düzenlenmemiştir. Alman ve İsviçre hukuklarında da durum farklı değildir. Sadece 2006 tarihli Avusturya Federal İhale Kanununun 132. paragrafının 3. fıkrasının 1. bendi ve 273. paragrafının 3. fıkrasının 1. bendinde, ihale açılmadan doğrudan doğruya bir istekli ile sözleşme yapılmış olması halinde, bu sözleşmenin batıl sayılacağı hükme bağlanmıştır. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında buna benzer bir düzenleme bulunmadığı için, ihale yapılmadan akdedilen sözleşmenin geçersiz sayılmasının hangi hukuki temele dayandırılacağı sorunu oı1aya çıkmaktadır.

□[6] **KJigner,** s. 375. Sözleşme değişiklikleri ve sözleşme süresinin uzatılmasının hangi durumlarda ihale mevzuatına tabi olacağı hususunda ayrıntılı bilgi ıçın bkz. **Prie8,** s. 111 vd.; **Knauff,** NZBau 2007, s. 347 vd.

47 Karş. **Kligner,** s. 377.

48 **Bar,** ZtBR 2001, s. 376; **Kligner,** s. 377.

49 **Bar,** ZtBR 2001, s. 376; **Kligner,** s. 423; **Hertwig,** NZBau 200 I, s. 241/242.

5° **Kligner,** s. 403.

(ıtıı"- idnrcnin gerekse sözleşmenin diğer tarafının ıuılaşnrak veya uğır ihmalkri sonueu knrmı ihale hukuku kurallarını tilmden güz ardı ederek sözl'şınc-□apmış t.'ılınası dunıınundn sonınunun çözilinii nispeten kolaydır. Çlln-ıl t u takdirde sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle batıl sayılması ınlimk.iin l)lncaktır:-[1]. Ancak tarafların kastının veya ağır ihmalinin bulunduğunun isf','\lı son derece güçtilr. Ayrıca ihale kurallarının tümden göz ardı edilmesinin ifarenin hukuki değerlendirme hatasından kaynaklandığı durumlarda da, yapılan sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle batıl sayılması mümkün olmn□:ıcaktır. Bu nedenle ihale yapılmadan sözleşme akdedilen tüm durumları J...«tp$8yacak bir hukuki dayanağın bulunması zarureti mevcuttur. Sorun ağırlık.it olarak Alman Hukukunda, kısmen de İsviçre Hukukunda tartışılmış ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin kısaca aktarılması yararlı olacaktır:

Alman Hukukunda savunulan bir görüş, ihale yapılmadan akdedilen söz-1 şmenin geçersizliğini, doğrudan doğruya, emredici hukuk kurallarına aykınlığı butlan yaptırımına bağlayan BG B § 134 hükmüne dayandırmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre, kamu ihtiyaçlarının ihale açılarak karşılanmasını öngören ihale hukuku kuralları (GWB § 97 vd.) Alman Medeni Kanununun 134. paragrafı anlamında yasak hükmü getiren birer emredici hukuk kuralıdır ve ihale açılmadan yapılan sözleşme bu hükme göre batıldır[52]. Ancak bu görüş, doktrinde fazla taraftar bulmamıştır. İlk olarak, kamu ihale hukuku kurallarının 8GB § 134 anlamında yasak hükmü ihtiva eden emredici hukuk kuralı olmadığı ileri si.irülmi.işti.ir[53]. Ayrıca kamu ihale hukuku kurallarının bir yasak hükmü ihtiva ettiği kabul edilse bile, bu yasağın sadece idareye yönelik bir yasak olduğu ve tek tarafa yasak getiren hükümlere aykırılık durumunda sözleşmenin 8GB § 134 hükmüne göre batıl sayılamayacağı

---

51 KG, NZBau 2005, s. 543; **v.Gehlen,** NZBau 2005, s. 505; **Kligner,** s. 407 vd.; **Antweiler,** VergabeR 2002, s. 11O; *aynı yazar,* 08 2001, s. 1979/1980; **Heuvels/Kaiser,** NZBau 2001, s. 480; **Byok/Jaeger/Kühnen,** Rnr. 161O; **lngenstau/Korbion/Portz,** § 13 VgV, Rnr. 28; **Raabe,** NJW 2004, s. 1284; **Müller-Wrede/Kaelble,** VergabeR 2002, s. 9: Bu son zikredilen yazarlar, bu tür durumlarda belirli bir alandaki hukuk kurallarının tümden dolanılması söz konusu olduğu için, tarafların kastının veya ağır ihmalinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sözleşmenin ahlakla aykırılık nedeniyle batıl sayılabileceği kanaatindedir.

51 **Müller-Wrede/Kaelble,** VergabeR 2002, s. 7 vd; **Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede,** § 102 GWB, Rnr. 21; **Heuwels/Kaiser** NZBau 2001, s. 480.

53 **Lötzch/Bornheim,** NJW 1995, s. 2136; **Braun,** NZBau 200 l, s. 678; **Bürgi,** NZBau 2003, s. 20; **v. Gehlen,** NZBau 2005, s. 504/505; **Wegmann** NZBau 2001, s. 478; **Byok/Jaeger/Kühnen,** Rnr. 1604; **lngenstau/Korbion/Portz,** § 13 VgV, Rnr. 23/24.

ifude edilmektedir'□- Diğer bazı yazarlar ise, ihale yapılması durumunda ihale k.:mmnın ihaleyi kazanan istekliye bildirmeden belirli bir siirc önce ihaleye katılan diğt:r isteklilere bildirilmesini şarl koşan ve aksi takdirde yapılan sözleşmenin batıl olacağını öngören Alınan Kamu İhale Tüzüğünün (VgV) 13. paragrafının. ihalesiz sözleşme yapılması hallerine doğrudan doğruya uygulanabileceği göriişündedir[55]. Ancak başka bazı yazarlar, VgV § 13 hükmünün doğrudan uygulanabilmesi için, ihale açılmış ve bir ihale kararı alınmış olmasının gerektiğini. oysa ihalesiz sözleşme yapılması halinde bunun söz konusu olmadığını. bu nedenle bu tiir durumlarda § 13 VgV hiikmüniin ancak kıyasen uygulanması sonucu sözleşmenin butlanı sonucuna ulaşılabileceğini kabul et:mektedir[56]. İhalesiz sözleşme yapılması halinde söz konusu olabilecek başka bir ilginç yaptırıma, Münih Eyalet Mahkemesinin 20.12.2005 tarihli kararında işaret edilmektedir. Mahkeme, idarenin, ihale açmadan sözleşme yapması ancak bu tür bir hukuka aykırı lığın Avrupa Birliği Adalet Divanı kararıyla tespit edilmesi halinde, işlem temelinin çökmesi esasına(§ 313 8GB) dayanarak, karşı tarafın sözleşmenin zamanından önce sona ennesi nedeniyle uğradığı zararları tazmin etme kaydıyla, sözleşmeyi feshedebileceğine karar vermiştir[57].

5-1 **Jennert,** WRP 2002, s. 508.

55 **Dreher,** NZBau 2001, s. 245; **Byok** NJW 2001, 2301; **Hertwig,** NZBau 2001, 242; **PrieO,** EuZW 2001, s. 367; **v.Gehlen,** NZBau 2007, s. 359.

.56 **Kappelrnann/Messerschrnidt/Mairnann,** § 13 VgV, Rnr.28; **Kligner,** s. 416 vd. Aksi görüş için bkz. **Braun** NZBau 200I, s. 678; **Dieckmann,** NZBau 2001, s. 481 vd.; **Hailbronner,** NZBau 2002, s. 479 vd.; **Schimanek** ZtBR 2002, s. 41; **Wegrnann,** NZBau 2001, s. 478; karş. ayrıca **Knauff,** NZBau 2007, s. 350/35I.

57 *LG München,* Urt. v. 20. 12. 2005, NZBau 2006, s. 269 vd., Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **PrieO/Gabriel,** NZBau 2006, s. 219 vd.; **Bitterich,** NJW 2006, s. 1845 vd. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 10.04. 2003 tarihli kararında ihale açılmadan sözleşme yapılmasını Avrupa Birliği ihale mevzuatına aykırı bulmuş, ancak buna rağmen yapılan sözleşmenin geçerli sayılmasının İhtilaf Direktifinin 2. maddesinin 6. fıkrasına göre mümkün olduğuna karar vermiştir; bkz. EuGH, *Urteil* vom IO. 4. 2003 - Rs.C-20/01 und C-28/01, NZbau 2003, s.293 Nr.39. Ancak buna rağmen Avrupa Komisyonu bu şekilde yapılan sözleşmeyi tasfiye etmediği için Almanya aleyhine Topluluk mevzuatını ihlal ettiği gerekçesiyle soruşturma başlatmıştır (Rs. C-504/03 - "Kommission/ Deutschland"). Alman dokrininde bu soruştunnanın bir mahkumiyetle sonuçlanması ihtimalinin zayıf olduğu ifade edilmektedir; bkz. **Steinberg,** P., Die Entwicklung des Europaischen Vergaberechts seit 2004 - Teil 2, NZBau 2007, s. 228; ***Heuvels,*** NZBau 2005, s. 33 vd.

h,, içre Hukukunda idarenin ihalesiz sözleşme yapması halinde sözlcş-:-nin g 'erli olup olmadığı sorunu fazla incelenmiş değildir[58]. Bu sorunu en ·□nntılı inceleyen yaz::ır **BEYELER,** ilginç bir çözüm önerisi sunmaktadır. u □□zRra göre. ihale açılmamış olsa dahi, Kanrn İhalelerine ilişkin redcrnl ·amınun □4. maddesinin kıyasen uygulanmasmı ve idarenin sözleşme yapmn kararını ilan etmekle yiikiimlü olduğunu kabul etmek gerekir[59]. Bu ilan yapılmadıkça. idarenin sözleşme yapma yetkisi bulunmamaktadır ve buna rağnPn □apılan sözleşme herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. ncak bu geçersizlik düzeltilebilir bir geçersizliktir. Eğer ilan yapılır ve ida-n:-nin kararına karşı süresi (20 gün, Art.30 BoeB) içinde itiraz edilmez veya yapılan itirazlar reddedilir ya da itiraz edilmiş olmasına rağmen idarenin Sı."1zle.şme yapma kararı hakkında durdurma kararı verilmez ise, sözleşme ge-. :rli hale□gelir[60].

Kanımca Türk Hukuku bakımından, idarenin ihale açmaksızın sözleşme yapması durumuna ilişkin olarak "açık bir kanun boşluğunun" varlığını kabul etmek gerekir. Açık boşluk durumunda, belirli bir alanı düzenlemeyi planlayan kanun koyucunun, bu plana ters düşer bir biçimde, düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre çözüme bağlanması gereken bir hukuki sorun hakkında olumlu veya olumsuz bir hüküm öngörmemesi söz konusudur6[1]. Kamu İhale Kanununda, ihalesiz sözleşme yapılması halinde, kelimenin tam anlamıyla gerçek bir kanun boşluğu mevcuttur. Kamu ihale mevzuatı ile. idarenin ihtiyaç duyduğu edimleri, isteklilerin eşit muameleye tabi

---

SE Bkz. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.378 vd. ve 572 vd.; **Seherler,** S., de facto-Vergaben Adjudications "de facto", BR 2003, s. 56; **Clerc,** s. 579 ve 616.

□ıı Gerçi 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 47. maddesinde de, belirli bir parasal limiti aşan ihale sonuçlarının Resmi Gazete'de ilanı zorunluluğu öngörülmüştür. Ancak İsviçre Federal İhale Kanununun 24. maddesinde öngörülen ilan ile Kamu ihale Kanununun 47. maddesindeki ilan farklı sonuçlar doğurmaktadır: İsviçre Hukukunda öngörülen bu ilan, ihaleye ilişkin idari işlemin dış dünyaya açıklanması niteliği taşır ve bu işlemlere karşı itiraz süresi ilan tarihinden itibaren işlemeye başlar (Art.30 BoeB). Oysa Kamu İhale Kanununa göre, ihale işlemlerine karşı itiraz hakkının kullanılması 47. maddeye göre yapılacak ilandan daha önceki bir dönemde ve Kanunun 55 ve 56. maddelerinde öngörülen süreler içinde yapılacaktır. Kamu İhale Kanununun 47. maddesine göre ilan sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılacaktır ki, esasen bu Kanunun 56. maddesine göre, sözleşme imzalanmış ise isteklilerin Kamu İhale Kurumuna itiraz hakkı bulunmayacaktır.

fil Bk.z. **Beyeler,** öffentliche Beschaffung, Nr.378 vd. ve 572 vd.

61 Kavram için bkz. **Kırca, Ç.,** Örtülü (gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, C.50 (2001), s. 94; **Serozan,** Medeni Hukuk, § 5, Nr.27 vd.; **Oğuzman/Barlas,** s. 80/81.

tutulduğu. rekabete açık ve saydam bir ortamda, kamu kaynaklarının da vcıimli kullanılmasını gözeterek piyasadan temin edebilmesinin usul ve esasları düzenlenmektedir. Bir açıdan bakıldığında, ihale hukuku kuralların111 varlık sebebi. idarenin sözleşme yapacağı kişiyi serbestçe belirlemesine engel olmak ve kural olarak bu kişinin açılacak bir ihalenin sonucunda belirlenmesini sağlamaktır. Bu amaca yönelik olarak, gerek ihalenin açılması gerekse devamı ve sonuçlandırılması bakımından, genellikle de idareye hitap eden çok sayıda yükümlülük öngörülmüştür. Hatta bazen bu yükiimlülüklere aykırılık halinde kamu ihale sözleşmesinin geçersiz sayılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bir önceki başlık altında da ayrıntılı olarak incelendiği üzere Kamu İhale Kanununun 55. maddesinde, isteklilerden birinin ihale işlemlerine karşı idareye şikayet başvurusunda bulunması halinde kural olarak ihale sürecinin duracağı, buna rağmen yapılacak sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Ancak Kanun Koyucu, ihale mevzuatının akla gelebilecek en ağır ihlalini teşkil eden ihale açılmadan sözleşme yapılması durumunu düzenlemeyi ihmal etmiştir. Dolayısıyla açık bir kanun boşluğunun mevcudiyetinden kuşku duymamak gerekir[62].

Açık kanun boşluğu bulunan durumlarda bu boşluğun doldurulması gerekir. Açık kanun boşluklarının doldurulmasında kullanılan ilk enstrüman "kıyas"tır[63]. Dolayısıyla araştırılması gereken husus, Kamu İhale Kanununda, ihale yapılmadan sözleşme imzalanması durumuna kıyasen uygulanabilecek bir düzenleme bulunup bulunmadığıdır. Kanımca, -yukarıda özetlemeye çalıştığım Alman Hukukundaki tartışmalarda § 13 VgV hiikmünün doğrudan doğruya veya kıyasen uygulanmasını savunan görüşlerden de esinlenerek-, Kamu İhale Kanununda sözleşmenin geçersizliğini öngören tek düzenleme olan 55. maddenin, ihale açılmadan sözleşme yapılması durumuna da kıyasen uygulanması mümkündür. Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, 55. madde hükmüyle Kanun Koyucu, ihale sürecine katılan isteklilerin idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı itiraz etme ve bu tür işlemlerin iptal edilmesini sağlama hakkını garanti altına almıştır. idarenin başlamış bir ihale sürecinde, ihale hukuku kurallarını ihlal ederek işlem tesis etmesi ve isteklilerin buna karşı itirazda bulunmuş olmasına rağmen sözleşme yaparak fiili durum yaratmasına ve isteklilerin itiraz haklarınm içinin boşaltılmasına engel olunmak istemiş ve amaca yönelik olarak da yapılan sözleşmenin geçersiz sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu yaptırımın, çok daha ağır bir hukuka aykırılık durumunu oluşturan ihale açılmaksızın sözleşme yapılması ha-

---

62 Alman Hukuku bakımından aynı görüşte, **Kligner,** s.418/419; **Bar,** ZfBR 2001, s. 379; **Byok,** NJW 2001, s. 2301. Aksi görüşte, **Byok/Jaeger/Kühnen,** Rnr. 1608; **Wegmann,** NZBau 2001, s. 478; **Heilbronner,** NZBau 2002, s. 480.

63 **Kırca,** (dn.61'de zikredilen eser), s. 97 ve orada dn.41'de zikredilen yazarlar; **Serozan,** Medeni Hukuk, § 5, Nr.32 vd.; **Oğuzman/Barlas,** s. 91 vd.

!inde "eYle,·iyetle" (arguınentuın a förtiorie: Erst-Recht-Schluss) uygulnnmasg crekirM. Daha açık bir ifadeyle, başlatılmış bir ihale sürecinde sırf ihaleişlemlerine itiraz edilmiş olması ve bu itiraz sonuçlanmadan sözleşme imnılanmış olması halinde dahi sözleşmenin geçersiz sayılması sonucunun, ihalenin hiç açılmaması ve dolayısıyla isteklilerin idarenin işlemlerine karşı itirazda bulunma imkanının dahi bulunmadığı durumlarda evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Aksi bir sonucun kabul edilmesi, kamu ihale kurallarını bir biitün olarak işlevsiz hale getirecektir. İdarenin, ihale açmadan yaptığı sözleşmelerin dahi geçerli sayılması durumunda, kamu ihale hukukunun sıkı şekil kurallarına riayet etmesi için hiçbir sebep kalmayacaktır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin kuruluş esaslarını düzenleyen Kanun Koyucunun böyle bir sonucu bilinçli olarak göze aldığı ve bu nedenle bu durumu düzenlemediği ciddi olarak ileri sürülemez.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de, 11.04.1995 tarihli kararında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi bir ihalede, ihalesi yapılan ve sözleşmeye bağlanan iş dışında başka bazı edimlerin yerine getirilmesinin yeni bir ihale açılmasını gerektirdiği, aksi takdirde ilave edimlerin teslimine ilişkin sözleşmenin batıl sayılacağı sonucuna varmıştır[65].

---

f..4 **v.Gehlen,** NZBau 2007, s. 359; **Hertwig,** NZBau 2001, s. 768. Karş. ayrıca **Kligner,** s. 423. Alman Hukukunda bazı yazarlar, § 13 VgV hükmünde düzenlenen butlan yaptırımının sadece, ihale açılmamış olsa dahi idarenin birden fazla kişi ile müzakerelerde bulunduğu hallerde evleviyetle uygulanmasının kabul edilebileceğini, buna karşılık idarenin doğrudan belirli bir kişi ile görüşüp sözleşme imzalaması durumunda bu hükmün kıyasen dahi olsa uygulanamayacağı kanaatindedir; bkz. **Kappelmann/Messerschmidt/Maimann,** § 13 VgV, Rnr.28; **Kus,** NZBau 2005, s. 97/98. Karş. ayrıca **Ax/Schneider,** s. 86/87. § 13 VgV hükmündeki yaptırımın ihale açılmadan sözleşme yapıldığı durumlarda uygulanmasını tamamen reddeden görüş için bkz. **lngenstau/Korbion/Portz,** § 13 VgV, Rnr. 22; **Kaiser,** NZBau 2005, s. 312; **Hüttinger,** s. 49; **Antweiler,** YergabeR 2002, s. 11O.

65 Yarg.13. Hukuk Dairesi, 11.4.1995 T., E. 1995/3082, K.1995/3651: "Davacı, dava dilekçesinin 8/d maddesinde kendisine ihale edilen ve sözleşmeye bağlanan iki adet çok amaçlı ultrasonografı cihazı ile bunların ek ve aksesuarlarını saydıktan sonra 8/e maddesinde bu sözleşme, sözleşme eki idari şartname ve teknik şartnamede yer almayan 6 adet prob, 1 adet 35 mm. kamera ve adaptörü, 1 adet operatör sandalyesi, 2 adet su yastığı, 1 adet biopsi ateşmanı ile I adet sony up 850 bidio printer ünitesi olmak üzere toplam 12 kalem malzemenin de kendisine şipariş edildiğini açıklayarak, bu malzemeleri de teslim ettiği halde bedelinin ödenmediğini ileri sürüp, bedelinin tahsilini istemiş, mahkemece, davacının bu istemi aynen kabul edilmiştir. Oysaki, davalı 2886 sayılı Yasa kapsamında bir kuruluş olup, tüm alımlarını bu Yasada belirtilen ihale usullerinden biri ile yapmak zorundadır. Anılan Yasa hükümlerine uygun olmayan alımlara

ihale□iz ·özleşme apılması dunımında söz konusu olan yaptırım, klasik hutlan):tptırınıdır. İhale nçılmadın knmu ihale sözleşmesinin belirli bir zamanın geçmes•ı •ı1e geçer1•ı 1rn1c ge1ınes•ı so z k·onusu o1aınaz<><·. Ayrıca •ı11a 1c açılmadan yapılan kamu ihale sözleşmesinin ifasına başlanmış, hatta tamamen ifa edilmiş olmasının dahi herhangi bir önemi yoktur. Kanımca, doktrinde ileri sürülen ve ifasına başlanmış sürekli borç ilişkileri bakımından butlanın kural olarak ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğuracağı görüşünlin[67] k.anrn ihale sözleşmeleri bakımından kabulünü haklı gösterecek herhangi bir sebep de bulunmamaktadır. Kaldı ki, ileriye etkili sonuç doğuran butlan yaptırımının kabul edilmesi, bir dizi kötüniyetli davranışlara da zemin hazırlayacaktır. Özellikle idarenin kasıtlı olarak ihale açmayıp doğrudan sözleşme yaptığı durumlarda, tarafların butlanın ileriye etkisinden yararlanmak için bir an önce ifaya başlaması, hatta sözleşmenin tamamen ifa edilmesini sağlayarak butlanın etkilerinden tümüyle kurtulmak için çaba sarf etmeleri tehlikesi mevcuttur. Bu nedenle ihale açılmadan yapılan kamu ihale sözleşmelerinin, ilk yapıldıkları andan itibaren geçersiz olacaklarını kabul etmek gerekir. Daha önce tarafların kısmen ya da tamamen ifada bulunması halinde, yerine

ilişkin sözleşmeler kural olarak geçersizdir ve hukuki bir sonuç doğuımaz. Geçersiz sözleşmeyle alınan mallar haksız zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir. Ne var ki kural böyle olmakla birlikte, geçersiz sözleşmeyle alınan mallar idare tarafından teslim alınıp kullanılmaya başlanarak benimsendikten sonra, sözleşmenin geçersizliğinin ileri. sürülmesi Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilir. Bu halde ise sözleşmeye geçerlilik tanınarak satıcının mal bedelini isteyebileceği kabul edilmelidir" (karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Ancak Uz, bu kararın ihale yapılmadan sözleşme yapılması haline ilişkin bir karar olduğunu gözden kaçırmakta ve Yargıtay'ın bu kararında ihale mevzuatına her aykırılığın butlan sonucu doğuracağını kabul ettiği gibi hatalı bir sonuca varmaktadır; bkz. **Uz,** s. 438/439.

66 Alman İhale Hukukunda değişiklik yapılmasına ilişkin 08.02.2005 tarihli tasarı (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts) ile Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanuna (GWB) eklenmesi düşünülen § 1O1b hükmünde, ihalesiz sözleşme yapılması halinde bu sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Ancak Tasarıya göre bu geçersizliği işleri sürme hakkı sadece bu durumun öğrenildiği andan itibaren 30 gün ve her halükarda 6 ay içinde mevcuttur. Eğer idare sözleşme yaptığını Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde ilan etmiş ise, geçersizliğin bu ilan tarihinden itibaren 30 gün içinde ileri sürülmesi gerekir; ayrıntılı bilgi için bkz. **Kligner,** s. 427 vd.; **Ax/Schneider,** s. 88; **Hüttinger,** s. 49 dn.205.

67 Sürekli sözleşmelerde butlanın ileriye etkili sonuçlar doğuracağı görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Rouiller,** s. 280 vd.

gsıirikn edimler tasfiye edilecektir<ı[8]_ İhale açılmadan yapılan sözleşmenin g;-çerli sa□ ılması. sadece butlan111 ileri siiriilınesinin hakkın kötnye kullanılması niteliği taşıdığı durumlarda söz konusu olabilir[69]. Örneğin, sözleşmenin ifasından çok uzun bir sürenin geçmesinden sonra butlan iddiasınm ileri sürülmesi ve yerine getirilen edimlerin iadesinin talep edilmesi halinde durum böYledir.

2) İlıale Dökii111a11larma Ayk,rı Sözleşme Yapılması veya İhaleye Esas Tekl(fin Değiştirilmesi

Yukarıda[70] ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Türk ihale mevzuatına göre. ihale dokümanlarına aykırı sözleşme yapılamayacağı gibi, sözleşmenin kurulması esnasında ihaleye esas teklifte de değişiklik yapılamaz. Bu sonuç kamu ihalelerine hakim olan temel ilkelerden çıkmaktadır. Ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46. maddesinin 2. fıkrasında açıkça "İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleş·me düzenlenemez" hükmü yer almaktadır. Yine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında "Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dökümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez" denmektedir. Kanımca bu hükümlerdeki yasağın esaslı noktalarda yapılacak değişikliklerle sınırlı tutulması gerekir[71].

Kamu İhale Kanununun 46. maddesinin 2. fıkrası ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu düzenlemeler BK. m.19/20 anlamında her iki tarafa da yasak getiren birer emredici hukuk kuralıdır. Bu noktada söz konusu emredici hukuk kurallarına aykırılığın meydana getireceği hukuki sonuçların ne olacağı hususu büyük önem kazanmaktadır.

Kamu ihale sözleşmesinde, daha önce ilan edilen ihale dokümanlarına \'eya ihaleye esas teşkil eden teklife aykırı bazı hükümlerin yer verilmesi durumunda, sözleşmenin bu hükümleri bakımından emredici hukuk kurallarına aykırılık söz konusu olacaktır. Sözleşmenin bazı hükümleri bakımından emredici bir hukuk kuralına aykırılık bulunması durumu, Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur".

---

68 Klasik anlayışa göre batıl sözleşme gereği yerine getirilmiş edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme veya zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlere göre gerçekleşecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Rouiller,** s. 238.

69 Bkz. yuk. dn.65'de zikredilen Yargıtay kararı.

10 § 6/11(/G/1.

71 Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. § 6/111/G/I.

Borçlar Kanununun ∴W. maddesinin 2. fıkrasında iki ihtimal dlizenlenmektedir: Birinci ihtimalde, sözleşmenin bazı hlikünıleri bakımından bir geçersizlik sebebi var ise, sadece bu hükümler bir değer taşımaz; sözleşme geriye kalan hükümleri ile ayakta kalır. Bu tür durumlarda "basit kısmi butlan"dan (schlichte Teilnichtigkeit) söz edilir. İkinci ihtimalde, eğer tarafların, bu hükümlerin geçersiz olduğunu bilselerdi söz konusu sözleşmeyi hiç yapmayacakları anlaşılır ise, sözleşme tümü ile hüki.imsüz kalır. Bu tür durumlarda ise "tam butlan"dan söz edilir.[72].

Türk/İsviçre Hukukunda, BK.m.20/11 hükmünde açıkça düzenlenmemiş olsa bile bir üçüncü ihtimalin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu üçüncü ihtimalde, sözleşmenin geçersiz olan hüküm veya hükümlerinin yerine "yedek hüküm" (Ersatzregel) olarak adlandırılan bir başka hüküm geçirilir ve bu şekilde sözleşme geçerli olarak varlığını devam ettirir. Buna "değiştirilmiş kısmi butlan" (modifızierte Teilnichtigkeit=la nullite partielle modifıee") adı verilmektedir[73]. Emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşme hükümlerinin sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olması, değiştirilmiş kısmi butlanın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir[74].

Emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde "değiştirilmiş kısmi butlan" yaptırımı uygulanırken, tarafların sözleşmenin geçersiz sayılan hükümleri yerine emredici hukuk kurallarının geçeceğini bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmayacakları ve bu nedenle Borçlar Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi uygulanarak sözleşmenin tümüyle geçersiz sayılması gerektiği yönündeki iddiaları dinlenmeyecektir[75]. İhale dokümanlarına aykırı sözleşme düzenlenmesini yasaklayan hükümler, aslında bu yasağa aykırılık halinde geçersiz sayılacak sözleşme hükümlerinin yerine geçecek yedek hukuk kuralını da ihtiva etmektedir. Çünkü bu düzenlemeler, aynı zamanda ihale dokümanlarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesini amir hükümlerdir. Dolayı-

---

72 **Kocayusufpaşaoğlu,** Kaneti'ye Armağan, s. 25.

73 **Kocayusufpaşaoğlu,** Kaneti'ye Armağan, s. 25/26; **Hürlimann,** s. 75 vd.; **OR-Huguenin,** zu Art. 19/20 OR, N 65; **Koller,** N 888 vd.; **Kramer,** Art.19/20, N.354 ve 362; **Gauch/Schluep/Schmidt,** N 703; **Eren,** s. 305/306; BGE 120 il 40; 114 il 163/164; 107 il 218/219.

7-t **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.704.

75 **Hurliman,** s. 85/86; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.712a; **Kocayusufpaşaoğlu,** Kaneti'ye Armağan, s. 30: "Buna karşı, emredici kanun hükümleri açısından varılacak sonuç farklıdır. Bu ihtimalde, BK. 20/J, c.2 uygulanmaz ve boşluk zorunlu olarak kanundaki emredici hükümle doldurulur. Aksini kabul etmek ve sözleşmenin tümü ile geçersiz sayılmasına imkan tanımak, kanunun emredici hükmüyle korunmak istenen tarafın, sözleşmenin ayakta kalması ile sağlayacağı çıkardan yoksun bırakılması sonucunu doğururdu". Farklı görüşte **Kramer,** Art.19/20 OR, N.355.

,ı) la ihnlc dokUıiıanl:ırından c□a,;;lı sıircllc supun sHı,lc□ınc lılikllmlcrinin yerini. bu dokUınnnlanJa bclir1ilcıı hususlar alacı.ıktır. Kıı□kusuz aynı csa'>, iha-1 □e C'□a□ bedel bnkınıından da geçerlidir.

F n□cıı taranardnn birinin, sOı.lc□mcnin ihale dok!iınanlarıiıa aykırı hü-J..ümlcrinin geçersiz sayıl,ırak ihale dokllınanlarınıii veya ihaleye esas alınan t J..lifın göz ön!lndc bulundıirulacağını bilselerdi kamu ihale sözleşmesini hiç □npma):ıcaldarını ileri sllrnıcleri, i□iıı niteliği (Natur der Sachc) gereği söz J..c,nıı. u olamaz. 1halenin yapıimasının, bu amaçla ihale dokümanlarının ilan edilmesinin ve buna göre katılımcıların teklif sunmalarının temel gayesi, belirlenen bu oyun kurallarına uygun olarak bir sözleşme yapılmasıdır. Aksi □önde bir iddiada bulunulması, iddiada bulunan tarafın başlangıçtan itibaren J..anıu ihale hukuku kurallarını ihlal kastını taşıdığını gösterecektir.

Sonuç olarak, taranarın kamu ihale sözleşmelerinde ihale dokümanlarına ve ihaleye esas teklife aykırı hükümlere yer vermesi BK. m. 19 anlamında emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu takdirde Türk/İsviçre hukuklarında kabul gören "değiştirilmiş kısmi butlan" kuralına göre, ihale dokümanlarına veya ihaleye esas teşkil eden teklife aykırı hükümler hukuki sonuç doğurmayacak ve geçersiz olan bu sözleşme hükümleri yerine ihale dokümanlarında veya ihaleye esas teklifte yer alan düzenlemeler geçecektir. Kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra taraflar arasında yapılan sözleşme değişiklikleri bakımından da aynı esaslar geçerli olacaktır.

111. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Yukarıda da işaret edildiği üzere, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen BK.m. 19/11 ile sözleşmenin butlanını düzenleyen BK.m.20/1 hükmü arasında bir ifade farklılığı bulunmaktadır: BK. m.19/11hükmünde sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenirken, emredici hukuk kurallarına aykırılık ve kamu düzenine aykırılıktan ayrı ayrı söz edildiği halde, BK. ın.20/1 hükmünde sözleşmenin butlanı düzenlenirken genel bir ifade ile sözleşmenin hukuka aykırı olmasından söz edilmiştir. Bu durum emredici hukuk kurallarına aykırılık yanında, kamu düzenine aykırılığın da ayrı bir butlan sebebi oluşturup oluşturmadığı tartışmasının doğmasına yol açmıştır[76].

BK. m. 19/1 anlamında kamu düzenine aykırılık ile hangi kuralların kastedildiği ise bir başka tartışmanın konusudur. Bazı yazarlara göre, **BK.** m.I 9/1 anlamında kamu düzeni, korunmasında ve muhafazasında toplumun yararı bulunan özel hukuk kurallarıdır[77]. Bazı yazarlar bu görüşü eleştirmekte ve toplum yararına konulan, aksine sözleşme yapılması mümkün olmayan

---

[76] Bu tartışmada ileri sürülen görüşler hakkında toplu bir bilgi için bkz. **Kramer,** Art.19/20 OR, N.151 vd., **Gjger,** s. 80 vd.

[77] **Becker,** Art,19 OR, N.24; **von Tuhr Peter,** s. 250.

özel hukuktaki kurallnrın, BK. ın.19/11 htlkmiindc ayrıca zikredilen emredici hukuk kurallarının kapsnmına girdiğini; kamu düzeni kriterinin bundan ayrı v□ bağımsız bir anlamı olduğunu ve bu kavram ile kamu hukukunun emredici nitelikteki kurallarının kastedildiğini belirtmektedir[78]. Nihayet bazı yazarlara göre ise kamu düzeni, uyulmasında ve muhafazasında toplumun menfaati bulunan, hukuk düzeninin temelinde yatan değerler bütünüdür. Hukuk sisteminin temelini oluşturan bu değerler, genellikle bir pozitif hukuk kuralında açık ve somut bir biçimde düzenlenmemiş olabilir. Ancak yine de bir kontrol mekanizması görevi ifa ederek, sözleşmelerin geçersizliğine yol açabılır[79].

Anayasa Mahkeınesi'nin 28 Ocak 1964 tarihli kararında "kamu düzeni" şu şekilde tanımlanmaktadır:

'•... Kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sukCınunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır"[80].

Benzer açıklamalara Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12 Aralık 1990 tarihli kararında da rastlamak mümkündür. Yargıtay bu kararında bir kuralın kamu düzenine ilişkin bir kural olarak değerlendirilebilmesi için onun, "vazgeçilmez" olmasını, "toplumsal yararı ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik" olmasını aramaktadır.[81].

---

78 **Giger,** s. 80; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.648.

79 **Kramer,** Art.I9/20 OR, N.155 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 73; **Eren,** s. 288; **Keller/Schöbi,** s. 143; **Hatemi,** s. 42-43: "Kamu düzeni ile ilgili kuralları, çok genel bir deyişle, örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kanun kuralları olarak tanımlayabiliriz"; **Özsunay,** E., Medeni Hukuka Giriş, İstanbul I986, s. 180: "Belirli bir toplumun güvenliği ve çıkarları göz önüne alınarak konulmuş bulunan ve toplumun temelini teşkil eden hukuk normlarından oluşan düzene kamu düzeni (öffentliche Ordnung, ordre public) adı verilir".

80 Anayasa Mahkemesinin 28.1.l964 tarih, 1963/128 Esas, 1964 Karar nolu bu kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 2, Ankara 1971, s. 43 vd. ve özellikle s. 47.

81 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.1990 tarih, 3-527 Esas ve 627 Karar sayılı kararı: «Bunun için de önce kamu düzeni kavramının ne olduğu, onun belli bir hukuki ilişkide varlığının nasıl saptanabileceği konusunun incelenmesinde yarar vardır. Kamu düzeni kavramının bir tanımının yapılmasının güçlüğü ortadadır. Ancak böyle bir kavramın mevcut olduğu ve kendisini birçok hukuki ilişkide hissettirdiği de ortadadır. Bu gerçeği, konumuzla ilgisi oranında somutlaştırmaya çalışmak da bir zorunluluktur. Yon Tuhr'a göre: Medeni Kanunun Mer'iyet sureti ve tatbik şekli hakkındaki Kanunun 2. maddesinde olduğu gibi, kamu düzeninden, koruma ve uygulamasında, topluma büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları anlaşılmak gerekir (Andreas Yon Tuhr, Borç-

1'-flmu dtizeni kavramına devletler özel hukukunda sıkça bnşvunıhır. An-
, bu ka, mmın devletler özel hukukundaki anlamı ile maddi hukuktaki anlsmı farklıdır. Kavramın maddi hukuktaki kapsamı, devletler özel huku-
un:inl-..inden daha geniştir. Ayrıca kamu düzeni anlayışı ülkeden ülkeye ,i:'ğl tiği gibi. her ülkede devirden devire de değişınektedir[82].

hwiçre Federal Mahkemesi, yabancı tahkim kararlarının iptali sebebi olarak·'lngörülen kamu düzenine aykırılığın mevcut olup olmadığı sorununu incelediği kararlarında, kamu düzenine aykırılığı, temel hukuk ilkelerinin ihlal edilmesi olarak tanımlamaktadır. Federal Mahkeme, ihlali halinde kamu düzenine aykırılık teşkil edecek temel hukuk ilkelerine örnek olarak şunlan saymaktadır: pacta sund servanda, hakkın kötüye kullamlması yasağı (dss Rechtsınissbrauchsverbot}, doğruluk ve dürüstlük kuralı, bedelini öde-

---

lar Hukukunun Umumi kısmı Çev. Cevat Edege, Ankara 1983, Yargıtay Yayını [1]o: 15 sh. 258). Becker'e göre ise: Kamu düzeni, kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama baş vurulabilir (Becker, H. Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay, Ankara, I967, sh. 97). İsviçre Federal Mahkemesinin kamu düzeni hakkındaki tanımı ise şudur: Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu J.aırala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur (Kaneti Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara 1968 Sh. 22). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.11.1973 gün 609/959 sayılı kararında ise kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır. Hükmüne yer verilmiştir. kamu düzeninin yazılı metinler ve mahkeme içtihatları gibi başlıca iki kaynağı olmakla beraber, Schwarz'in da belirttiği üzere "Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur" (Schwarz, Andreas, B: Borçlar Hukuku Dersleri; Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, Sh. 343). Gerçekten de ünlü Fransız Hukukçusu Niyabet'in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir. Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun az önce sözü edilen kararında belirtildiği üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir» (karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

[82] - **Oğuzman/üz,** s. 73; **Eren,** s. 288.

ıncden kmnulaştırma ynpılmnmnsı. nyrımcılık (diskriminasyon) yasağı, fiil ehli□ tine sahip ima) an bir ,ahsın konınnrnsı[1]n.

Bu a ılı.lanrnl:ır ışığında. kamu ihale sözleşmeleri bnkınıından knınu dlizenin" ayk.ırıhğın mevcut olup olamayacnğı sorununa gelince: Esasen bir kamu ihale sözle.,ınesinin içeriği itibariyle kamu düzenine aykırı bir ni_tclik taşıması tasa\ nır edilme□i adeta imkansız bir durumdur. Ayrıca kamu ıhale hukuku kuralları da kamu düzenini koruyan kurallar değildir ve bu kuralların ihlali kamu ihale özleşmesinin BK. ın.19/11anlamında kamu düzenine aykınhk nedeni_ le butlanı sonucunu doğurmaz. Kamunun ihtiyaç duyduğu edimleri serbe·t piyasadan temin etmesinin usul ve esaslarını düzenleyen kamu ihale kurallarının. bir hukuk düzeninin temel değerlerini koruma işlevi bulunmamaktadır.

Bu çalışmada kamu ihale sözleşmelerinin butlan sebebi incelenirken kamu düzeninin ayrı bir başlık altında incelenmesinin sebebi, bu kavramın --kamu yararı'· kavramı ile karıştırılmaya müsait bir kavram olmasıdır. Acaba idarenin gerçekten ihtiyaç duymadığı bir iş için kamu yararını gözetmeksizin ihale açması durumunda, bu ihale sonucunda yapılan sözleşmenin **BK.** m.19/ll anlamında kamu düzenine aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması söz konusu olabilir mi?

Hemen belirtelim ki, bu sorunun olumsuz bir şekilde cevaplandırılması gerekir. Kuşkusuz idarenin her türlü eylem ve işlemlerinde olduğu gibi, kamu ihale sözleşmelerini yaparken de kamu yararını gözetmesi gerekir. Kamu düzenine ilişkin kurallar aynı zamanda kamu yararına da hizmet ederler. Ancak kamu yararına olan her durumda kamu düzeni söz konusu değildir. Kamu düzeni kavramı, kamu yararı kavramından daha dar bir kavramdır. İdarenin, kamu yararına uygun hareket etmediği her durumda, aynı zamanda kamu düzenini de ihlal etmiş sayılacağı söylenemez.

IV. AHLAKA AYKIRILIK

BK. m.20/1 hükmünde bir diğer butlan sebebi olarak da, sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olması düzenlenmiştir. Ancak kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasının Almanca metninde, sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırı veya imkansız olmasından söz edildiği halde, ahlaka aykırılık bakımından daha genel bir ifade kullanılmakta ve sözleşmenin ahlaka aykırılığından söz edilmektedir. Bir görüşe göre, bu değişik ifade tarzının bir anlamı vardır ve kanun koyucu sadece sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olmasını değil, sözleşmenin konusu dışında kalan hususlar bakımın-

---

[83] □kz. BGE 128 111 198, Gerekçe 6 b; BGE 116 11 636, Gerekçe 4; bkz. ayrıca Isviçre Federal Mahkemesi'nin 10.12.2002 tarihli kararı, 4P.207/2002 /md, gerekçe 2.1.

ıı n hlnk kuralları ile bağdaşmayan bir durumun bulunmasını, özellikle de t.lrntları!l ahlaka aykırı bir amaca sahip olmalarını dn ynptırıımı bağlmnak is- □miştir□[4]. Buna karşılık bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkmakta, ahlaka aykırılı!,..Ye diğer butlan sebepleri arasında bu şekilde bir fark yaratılmasının irnhının mümkiin olmadığını, bu nedenle ahlaka aykırılık bakımından da Sı..'v..leşmenin içeriğinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Gerçi bu gön1şü sa\"unan yazarlar, tarafların amaçlarının da sözleşmenin içeriğine dahil t lduğunu kabul ettikleri için[85],her iki görüşün pratik sonuçları büyük ölçüde birbirine yaklaşmıştır. Ancak sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi mümkün olmayan Ye sözleşme dışında kalan ahlaka aykırı nitelik taşıyan hususlar nedeniyle sözleşmenin batıl sayılabilmesi, sadece birinci görüşün kabul edilmesi halinde mümkün olacaktır. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından da önem taşıyan bu nokta üzerinde aşağıda yeniden durulacaktır.

Genel ahlak, belirli bir toplumda belirli bir zamanda, orta zekalı, dürüst \'e makul kimselerin ortalama düşünce ve telakkileridir[86]. Sözleşmenin yapılması. içeriği veya tarafların bu sözleşme ile takip ettikleri amaç, bu anlamda ahlaka aykırı bir nitelik taşıdığı takdirde sözleşme batıl sayılacaktır. Sözleşmenin batıl sayılabilmesi için, tarafların ahlaka aykırı bir davranış bilincinde olmalarının gerekli olup olmadığı hususuna gelince: Doktrindeki hakim görüş. bu konuda ahlaka aykırılığın sözleşmenin içeriği bakımından mı yoksa tarafların amacı bakımından mı söz konusu olduğuna göre bir ayrım yapmaktadır. Sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olması durumunda, butlan yaptırımının uygulanabilmesi için, tarafların ahlaka aykırılık bilinci ile hareket etmiş olup olmadıkları araştırılmamaktadır. Buna karşılık, ahlaka aykırı bir davranış ile üçüncü kişilere veya kamuya zarar verilmesi durumunda, tarafların ahlaka aykırı davranışta bulunma kastıyla hareket etmiş olmaları veya en azından ağır ihmallerinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir[87].

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılık sözleşmenin içeriği bakımından söz konusu olamaz. Çünkü kamu ihale sözleşmelerinin konusu-

□ **Yon Tuhr/Peter,** s. 257; **Oğuzman/üz,** s. 75.

85 **Kramer,** Art.19/20 OR, N.176; **Ateş,** s. 197 vd. ve s. 220 vd.; karş.ayrıca **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.656; **Keller/Schöbi,** s. 144; **Eren,** s. 294; **Hatemi,** s. 83 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 399.

86 **Eren,** s. 291; **Oğuzman/Öz,** s. 74 dn.112; **Bucher,** AT, s. 256; **von Tuhr/Peter,** s. 255/256; **Hatemi,** s. 83 vd. ve s. 126 vd.; **Larenz/Canaris,** § 41, Nr.9, s. 744. Doktrinde yapılan diğer tanımlar hakkında toplu bilgi için bkz. **Ateş,** s. 83 vd.

rı **Larenz/Canaris,** § 41, Nr.22 ve 27, s. 749/750; **MünchKomm/Armbrüster,** 5. Autl., § 138 8GB, Rnr.129 vd.; **Erman/Palm,** § 138 8GB, Rnr.36; **Sack,** R., Der subjektive Tatbestand des § 826 8GB, NJW 2006, s. 249; **Kramer,** Art.19/20 OR, N.176; **Bucher,** AT, s. 257; **Ateş,** s. 224 vd.; **Eren,** s. 294; **Oğuzman/Öz,** s. 75.

mı idarenin ihtiyaç duyduğu bir ınıl, hizmet veya yapım i□i oluşturur ve böyle bir içeriğe sahip olnn sözleşmenin nhlnkn aykırı bir nitelik taşıması dlişliniilcmez. idarenin uşırı yilksck veya d(işilk teklif sunan bir istekliyi ihale dışı bımkınnsı gerekirken onunla sözleşme yapması dahi sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle butlanına yol nçınaz[88]. Bu nedenle kamu ihale sözleşmeleri bakımdan ahlaka aykırılık sadece, sözleşmenin konusu dışında kalan hususlar b3kımından ve özellikle de tarnfiarın takip ettikleri amaç ve sözleşmenin meydana gelme biçimi bakımından önem taşıyan bir kontrol kriteri niteliği taşımaktadır. Bu noktada esas itibariyle, iki gurup aykırılık akla gelmektedir. Bunlardan ilki, ihaleyi açan kurum ile isteklilerin kamu ihale mevzuatını ihl31 bilinci ile hareket etmesi, ikincisi ise, isteklilerin fiyat anlaşması yapmaları veya ihale görevlilerine rüşvet vererek kendileriyle sözleşme yapılmasını sağlamalarıdır. Acaba bu tür durumlarda, kamu ihale sözleşmesi ahlaka aykırılık sebebiyle batıl sayılabilir mi?

Alınan Hukukunda, ihaleyi açan kurum ile isteklinin kasten veya ağır ihmal ile ihale hukuku kurallarına aykırı hareket ederek kamu ihale sözleşmesi yapmış olmaları durumunda sözleşmenin ahlaka aykırılık(§ 138 8GB) sebebiyle batıl sayılacağı kabul edilmektedir. İhaleyi açankurum veya onun temsilcisi ile istekli arasındaki anlaşma (kollusion; kollusives Zusammenwirken) kamuya zarar verme amacı taşıdığı için ahlaka aykırı bir nitelik taşır ve bunun sonucu yapılan kamu ihale sözleşmesinin butlanına yol açar[89]. Aynı şey, ihaleyi açan kurumun temsilcilerine rüşvet verilmesi hali için de geçerli olacaktır. Rüşvet verilmesi durumunda sadece rüşvete ilişkin anlaşma değil, bunun sonucunda yapılan asıl sözleşme (kamu ihale sözleşmesi) de ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır[90].

---

88 **lngenstau/Korbion/Vygen,** Yor§§ 8/9 VOB/B, Rnr. 37.

89 **PrielJ,** s. 272 ve s. 335; **Priefl/Niestedt,** s. 44; **Pape/Holz,** Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschafte, NJW 2005, s. 2267 dn.43; **Mestmacker/ Schweitzer,** § 41, Rnr.8 dn 17; OLG Düsseldorf, *Beschlıj3*vom 25. 1. 2005 - VII-Verg 93/04, NZBau, s. 484 vd. Bkz. ve karş. ayrıca ; KG, NZBau 2005, s. 543; **v.Gehlen,** NZBau 2005, s. 505; **Kligner,** s. 407 vd.; **Heuvels/Kaiser,** NZBau 2001, s. 480; **Byok/Jaeger/Kühnen,** Rnr. 161O; **Ingenstau/Korbion/ Portz,** § 13 VgV, Rnr. 28; **Raabe,** NJW 2004, s. 1284; **Müller-Wrede/Kaelble,** VergabeR 2002, s. 9.

90 **MünchKomm/Armbrüster,** 5. Aufl., § 138 8GB, Rnr.96 ve 128; BGH, NJW 1989, s. 27; NJW-RR 1990, s. 443; BGHZ 141, s. 361/362 = NJW 1999, 2267; NJW 2001, s. 1067. Sözleşmenin taraflarından birinin temsilcisinin rüşvet alması durumunda, aslında temsil yetkisinin bulunmadığı ve bu nedenle temsil edilen icazet verinceye kadar sözleşmenin askıda geçersiz olduğu görüşünü kabul eden yazarlar ve mahkeme kararları ile bunların eleştirisi için bkz. **MünchKomm/ Armbrüster,** 5. Aufl., § 138 8GB, Rnr.128.

Buna karşılık Tiirk/İs içre Hukukundaki hakim görüş farklı yöndedir. RüşH□t dunınıunda. sadece rüşvete ilişkin anlaşmanın ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılacağı. buna karşılık, bunun sonucu yapılan asıl anlaşmanın geçerli olduğu kabul edilmektedir[91]. Bu görüş Federal Mahkeme tarafından da kabul edilınektedir[9:!]. Benzer görüş, fiyat anlaşmaları bakımından da s.,nınulmaktadır. Doktrindeki hakim görüşe göre, fiyat anlaşması yapılması dunımunda sadece bu anlaşma ahlaka aykırılık nedeniyle batıl sayılabilecek, asıl sözleşme butlan sonucundan etkilenmeyecektir. Ancak fiyat anlaşmaları ihalede rekabetin gerçekleşmesini engellediği için, idarenin esaslı hata veya hile sebebiyle sözleşmeyi iptal edebileceğine işaret edilmektedir[93].

Hemen belirtelim ki, bu görüşün temelinde, yukarıda da işaret et1iğim ahlaka aykırılığın sadece sözleşmenin içeriğine dahil hususlar bakımından mevcut olması durumunda sözleşmenin BK. m.20/1hükmü uyarınca batıl sayılabileceği anlayışı yatmaktadır. Bu görüşe göre, BK. m.20/1 hükmü sadece sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olması durumunu yaptırıma bağlamaktadır. Buna karşılık, sözleşmenin kurulmasından önceki ahlaka aykırı davranışlar, başka bir ifadeyle, sözleşmenin kuruluşunun ahlaka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi BK. m.20/1 hükmünün uygulama alanı dışındadır. Bu tür durumlarda, ahlaka aykırılık sözleşmenin içeriğine değil, tarafların sözleşme kunna iradelerinin oluşumuna ilişkindir. Bu nedenle şartları varsa, irade sakatlıkları veya gabine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[94].

Ancak yeni Türk kamu ihale mevzuatında ihale görevlilerine rüşvet verilmesi veya ihaleye katılan istekliler arasmda fiyat anlaşması yapılması durumunda, kamu ihale sözleşmesinin ahlaka aykırılık sebebiyle batıl mı sayılacağı yoksa idarenin bu tür durumlarda sözleşmeyi iptal hakkı mı kazanacağı tartışmasını sona erdiren düzenlemeler mevcuttur. İlk olarak belirtmek gerekir ki, rüşvet, fiyat anlaşmaları ve benzeri durumlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde açıkça yasaklanmıştır. Bu hükmün birinci fıkrasının (a) bendinde "Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek"; (b) bendinde ise "İsteklileri tereddüde düşümıek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeler karşısında, rüşvet veya fiyat anlaşmaları, sadece ahlaka aykırı bir fiil değil, aynı zamanda emredici hükümlere aykırı nitelik ta-

---

91 **Gauch/Schlup/Schmidt**, Nr.670; **Ateş,** s. 232/233.

92 BGE 129 111324/325; 119 11385

93 **Christ,** Nr.677 vd.; **Gauch,** ZSR 114 (1995) I, s. 332/333.

9 **Gauch/Schlup/Schmidt.** Nr.729; **Kramer**, Art.19/20 OR, N.179; BGE 129 111 324/325.

şıyacaktır. Ancak ilginç olan nokta, bu tür davranışlara bağlanan yaptırımdır. Bu tür durumlarda BK. m.20/1 hükmünün uygulanması ve -ahlaka aykırılık sebebiyle olmasa dahi- emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle sözleşmenin batıl sayılması gerekirdi. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi, idarenin, sözleşme öncesi ihale sürecinde bu tür yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunu sözleşmenin yapılmasından sonra tespit etmesi durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini hükme bağlamaktadır. Hatta hükmün ikinci fıkrasında, bazı şartların mevcudiyeti halinde idarenin sözleşmeyi feshetıneyerek yükleniciden sözleşmeyi ifa etmesini talep edebileceği düzenlenmiştir[95]. Maddede fesihten söz edilmiş olmasına rağmen, burada söz konusu yaptırım, niteliği itibariyle "iptalden" başka bir şey değildir. Dolayısıyla rüşvet verilerek veya fiyat anlaşması yapılması suretiyle kamu ihale sözleşmesinin yapılmasının sağlanması durumunda sözleşme batıl sayılmayacak, sadece idare, aşağıda kamu ihale sözleşmelerinin iptal sebepleri başlığı altında işaret edeceğimiz esaslara göre sözleşmeyi iptal etıne hakkı kazanacaktır.

V. İMKANSIZLIK

İmkansızlık Borçlar Kanunumuzun 20, 96 ve I I 7. maddelerinde düzenlenmiştir. BK m.20 sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan imkansızlığı, BK m.96 ve 117 sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlığı düzenlemektedir. Sözleşmenin kurulduğu anda sözleşme konusu edim imkansız ise sözleşme batıl olur. İmkansızlık sonradan ortaya çıkmış ise, buna, borçlunun sorumlu olduğu bir durumun yol açıp açmamasına göre bir ayrım yapmak gerekir: Eğer imkansızlığa borçlunun sorumlu olduğu bir durum yol açmış ise, BK m.96 hükmü gereği borçlu alacaklının müspet zararını tazminle yükümle olur. Eğer sonradan ortaya çıkan imkansızlıkta taraflardan hiçbirinin kusuru yok ise, BK m.117 hükmü gereği karşılıklı borçlar sona erer.

Sözleşme konusu edimin ifasının sözleşmenin kurulmasından sonra imkansız hale gelmesinin sonuçları (BK. m.96,117) bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Aşağıda sadece BK. m.20 anlamında sözleşmenin butlanına yol açan imkansızlık durumu incelenecektir. Bu konudaki açıklamalara başlamadan önce bir noktaya işaret etmek gerekir: *"Jınpossibiliwn nu/la obligaıio es/"*[96] (imkansızlık borç doğurmaz) esasına dayanan ve sözleşmenin kurulmasından önceki imkansızlık halinde butlan sonucunu öngören BK. m.20 hükmü, borçlar hukuku alanındaki yeni gelişmelerle bağdaşmamaktadır. Günümüzde genellikle, sözleşmenin kurulduğu anda ifanın mümkün olması,

---

95 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde düzenlenen bu duruma ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. § 9/1.

96 Celcus, Dig 50 I7 185.

sözleşmenin geçerlilik şartı olarak kabul edilmemektedir. Alman Medeni Kanununda yapılan ve 2002 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle eklenen § 311a hükmünde, sözleşme konusu edimin sözleşmenin kurulduğu anda imkansız olmasının, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olmayacağı diizenlenmiştir. Aynı yönde düzenlemelere hukukun yeknesaklaştırılması çabaları çerçevesinde ortaya çıkan metinlerde de rastlamak mümkündür. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Prensiplerinde (PICC Art.3.3.1) ve Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Prensiplerinde (PECL, Art.4.102), ifanın mümkün olmasının, sözleşmenin geçerliliğinin bir şartı olmadığı hükme bağlanınıştır[97]. Ancak 2005 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısında bu yeni gelişmeler göz önünde bulundurulmamış ve yürürlükteki Borçlar Kanununda olduğu gibi, edimin sözleşmenin kurulduğu anda imkansız olması, sözleşmenin butlanı sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir (Art.27).

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından başlangıçtaki imkansızlığın sonuçlarırfı incelemeye başlamadan önce kısaca imkansızlık kavramı üzerinde durulması yararlı olacaktır.

İfa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen edim imkansızdır[98]. Borçlanılan edim sadece borçlu tarafından değil hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa "objektif imkansızlık" mevcuttur[99]. Edim sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyor, borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa "sübjektif imkansızlık" söz konusu olur[100].

Türk/İsviçre hukuklarında hakim olan görüşe göre, BK m.20 anlamında sözleşmenin butlanma yol açan bir imkansızlıktan söz edilebilmesi için bu imkansızlığın objektif imkansızlık olması gerekir. Sübjektif imkansızlık sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel teşkil etmemektedir[101].

İmkansızlık maddi (fiili) olaylardan kaynaklanabileceği gibi hukuki sebeplerden de doğabilir. Ancak doktrindeki hakim görüş, başlangıçtaki hukuki imkansızlık olarak değerlendirilecek durumların (örneğin, ithal ve ihraç

---

[97] Sadece Avrupa Sözleşme Kanunu Ön Tasarısında (Gandolfi-Code, Art.25, 27) başlangıçtaki imkansızlığın sözleşmenin butlanına yol açacağı hükme bağlanmıştır.

[98] Bkz. **Dural,** s. 7.

[99] **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.634; **Dural,** s. 80; **Bucher,** s. 418; **Schenker,** Nr. IO: **Eren,** s. 295

[100] **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.634; **Eren,** s. 295.

[101] **Ziegler,** s. 66; **Weber,** Art.97 OR, N.110; **Oğuzman/Öz,** s. 78; **Eren,** s. 296; **OR-Huguenin-Jacobs,** Art.19/20, N.46; **Schwenzer,** Nr.64.08; **Bucher,** AT, s. 249; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.634; **Gauch/Schluep/Rey,** Nr. 2607 vd. ve Nr.3240; **Dural,** s. 89; **Gauch,** Werkvertrag, Nr. 719; **Schenker,** Nr. 21; **Kramer,** Art.19/20 OR, N.250; **Altunkaya,** M., Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 158 vd..

yasaklarının) genellikle emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturacağını kabul etmektedir1tı:?_

Başlangıçtaki imkansızlığın sözleşmenin butlanına yol açabilmesi için kesin bir nitelik taşıması gerekir. Geçici nitelikteki ifa engelleri butlan sonucunu doğurmaz[IIH]-.

Kanımca kamu ihale sözleşmeleri bakımından imkansızlık bir butlan sebebi olarak çok nadir durumlarda söz konusu olacaktır. İlk olarak belirtelim ki, ihale konusu işin bir malın teslimi veya bir hizmetin görülmesi olduğu durumlarda, maddi nitelikte bir imkansızlık işin niteliği gereği söz konusu olamayacaktır. Çünkü ihale sürecinde ihale konusu malın teslimine veya hizmetin görülmesine ilişkin çok sayıda istekli tarafından teklif sunulmuş olması, başka bir deyişle birden fazla kişinin idarenin ihtiyaç duyduğu malı teslime veya hizmeti ifaya hazır olduğunu bildirmesi, ileride yapılacak kamu ihale sözleşmesinin konusunun mümkün olduğunu göstermektedir. İdarenin ifası imkansız bir mal veya hizmet edimi için ihale açması da tasavvur edilmesi son derece güç bir durumdur. Ayrıca alım ihalelerinde ihale konusu mal bir cins borcunun konusudur ve cins borçlarında ise imkansızlık söz konusu olamaz *(genıs perire nan censeıur)*[104].

Dolayısıyla mal ve hizmet edimleri bakımından olsa olsa hukuki imkansızlık akla gelebilir. Ancak hemen belirtelim ki, emredici bir hukuk kuralı ile ihale konusu edimin yasaklanmış olmasına rağmen ihaleyi açan kurumun bu edime ilişkin bir ihale açmış olması da pratikte gerçekleşme ihtimali son derece az olan bir durumdur. Ayrıca yukarıda beliıttiğim üzere, doktrindeki hakim görüş, sözleşme konusu edimin yasaklanmış olması halinde sözleşmenin imkansızlık nedeniyle değil, hukuka aykırılık nedeniyle batıl sayılacağını kabul etmektedir. Geriye ihalenin idari yargıda iptal edildiği durumlar kalmaktadır ki, bu durumda BK. m.20 anlamında sözleşmenin butlanının söz konusu olup olmayacağı aşağıda ayrıca incelenecektir.

Ancak yapım ihaleleri sonucunda düzenlenecek kamu ihale sözleşmeleri bakımından BK. m.20 anlamında bir imkansızlık mevcut olabilir. Örneğin, belirli bir bölgede okul, hastane veya yol yapılmasına ilişkin ihale açılması ve bunun sonucunda kamu ihale sözleşmesi yapılması, ancak sözleşmenin yapıldığı anda söz konusu yapım işinin yapılacağı arazinin inşaata elverişli olmaması söz konusu olabilir. Aynı şekilde, ihaleye çıkılan yapım işinin sözleşmenin yapıldığı andaki teknik gelişmelere göre tamamlanması imkansız olabilir. Bu tür durumlarda yapım işine ilişkin kamu ihale sözleşmesi BK.

---

[102] **Bucher**, AT, s. 247; **Eren,** s. 297; **Keller/Schöbi**, s. 146; **Hurliman** s. 26. Hakim görüşün eleştirisi için bkz. **Ziegler,** s. 117 vd.

[103] **Weber,** Art.97 OR, N.139; **Ziegler,** s. 38 vd.; **Serozan,** Borçlar Hukuku, s. 163.

[104] **Kramer,** Art.19/20 OR, N.256.

m.20/1hükmü uyarınca batıl sayılacaktır. Sözleşmenin butlanı nedeniyle kusuru bulunmayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan culpa in contrahendo esasına göre tazminat talep etmesi söz konusu olabilecektir. Ancak bu takdirde genellikle her iki tarafın da kusuru mevcut olacaktır. Örneğin inşaata elverişli olmayan bir zemin üzerinde icra edilecek yapım işi ihalesi açan idare kadar, zemini inceleyerek proje ve teklifini hazırlaması gereken isteklinin de kusuru mevcuttur. Bu nedenle tazminatın hesabında BK.m.44 uygulanarak tazminat talebinde bulunan kişinin birlikte kusurunun da göz önünde bulundurulması gerekir.

Yapım işine ilişkin kamu ihale sözleşmesinin ihale üzerinde bırakılan isteklinin sunduğu proje ve yönteme göre ifasının imkansız olması, ancak başka bir proje veya yönteme göre mümkün olması, BK. m.20/1 anlamında sözleşmenin butlanına yol açan imkansızlık değildir. Bu takdirde isteklinin proje veya yöntem değişikliği nedeniyle iş sahibinden ek ücret talep etmesi dahi kural olarak mümkün değildir. Sadece idarenin teklifleri incelemekle görevli mimar ve mühendislerinin gerçekleştirilmesi imkansız bir projeye onay vennelerinin BK.m.44 anlamında bir birlikte kusur olarak değerlendirilebileceği durumlarda, idarenin proje değişiklikleri nedeniyle meydana gelen ek harcamalara birlikte kusur oranında katlanması kabul edilebilir[105].

Bu noktad kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından sonra ihale işlemin işleminin idari yargı makamları tarafından iptal edilmesinin hukuki imkansızlık oluşturup oluşturmayacağı sorusu akla gelebilir. İptal kararı sözleşmenin yapılmasından sonra verilmiş olsa bile, idari yargıda verilen iptal kararları geçmişe etkili sonuç doğurduğu için kamu ihale sözleşmesi başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle batıl sayılabilir mi? Kanımca bu sorunun olumsuz cevaplandırılması gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere, bir özel hukuk sözleşmesinde geçerlilik koşullarının mevcut olup olmadığı, sözleşmenin yapıldığı an esas alınarak değerlendirilir[106]. Sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan geçerlilik koşullarının, idari yargıda verilen bir iptal kararıyla yok sayılması, idare hukukunda geçerli olan geriye etki kuralının özel hukuk alanına ithal edilmesi anlamına gelir.

Öte yandan, iptal kararının geçmişe etkisinin özel hukuk sözleşmelerine aktarılması kabul edilse dahi, bu tür durumlarda bir hukuki imkansızlığın mevcudiyeti son derece şüphelidir. Zira, yukarıda da işaret ettiğim üzere[107], ülkemizde, özelleştirme kapsamında yapılan çok sayıdaki özel hukuk sözleşmelerinin, Danıştay tarafından iptal kararı verilmesine rağmen ifa edildiği bir vakıadır.

---

105 **lngenstau/KorbionNygen,** Yor§§ 8/9 VOB/8, Rnr. 32.

106 Bkz. yuk dn.12 civarı ve bu dipnotunda anılan yazarlar.

107 Bu hususa ilişkin olarak bkz. yuk § 3/111/B.

§ 8) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE YETKİSİZ TEMSİL

I. GENEL OLARAK

Yukarıda belirtildiği üzere kamu ihale sözleşmelerinin kurulması a5amasında söz konusu olabilecek bir diğer geçersizlik türü "eksiklik" tir. Ek□ik sözleşmelerde kanunun öngördüğü bazı unsurlar mevcut olmadığı için, sözleşme kurulmuş olmakla birlikte hüküm ve sonuç doğurmaz. Başlangıçta mevcut olmayan bu unsurların sonradan tamamlanması ile birlikte sözle□mc hukuki sonuçlarını tam olarak meydana getirir'. Eksiklik yaptırımın söz konusu olduğu ve kamu ihale sözleşmeleri bakımından da önem taşıyan durumlardan birin?, sözleşmenin taraflarından biri adına hareket eden kişinin bu hususta yetkisinin bulunmaması durumu oluşturmaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin taraflarından biri mutlaka bir tüzel kişidir ki, o da ihaleyi açan kurumdur. Ayrıca sözleşmenin diğer tarafını da genellikle bir tüzel kişi oluşturmaktadır. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerinde yetkisiz temsil sorununu incelemeye başlamadan önce, tüzel kişiler adına hareket eden kişinin organ mı yoksa temsilci mi olduğu sorunu üzerinde kısaca durulması yararlı olacaktır.

Medeni Kanunun 49. maddesine göre, tüzel kişiler kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar. Medeni Kanunun 50. maddesinde ise, tüzel kişinin iradesinin organ aracılığıyla açıklanacağı, organların hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı hükme bağlanmıştır. Tüzel kişi adına irade açıklamasında bulunmak ve işlem yapma yetkisine sahip organın bu faaliyetlerinin BK. m.32 vd. anlamında temsil niteliği taşıyıp taşımadığı, tüzel kişilerin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere[3] kadar geriye giden eski bir tartışmanın konusudur.

Ayrıntılı bilgi için bkz. **Larenz,** § 44, nr. 47 vd.; **Eren,** s. 300.

[2] Eksiklik veya askıda geçersizlik olarak adlandırılan yaptırımın uygulandığı diğer durumlar için bkz. **Eren,** s. 300; **Sirmen,** s. 8 vd.

[3] Tüzel kişiliğin hukuki niteliğini açıklayan bütün görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hatemi,** H., Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, 1, İstanbul I979, s. 6 vd.; **Akipek/Akıntürk,** Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara 1996, s. 246 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay,** Kişiler Hukuku, Ger-

İIJ-. defa **SAVİGNv-1** tarafından ortnya atılan varsayım teorisine göre, tüzel J-.işiler ne bir iradeye ne de hukuki işlem ehliyetine sahiptir. Bu nedenle tüzel Jı.işilerin adına hukuki işlemlerin, onları temsilen, kanun ve kuruluş belgelerinde belirlenen şahıslar tarafından yapılması gerekir. Buna karşılık **Otto ,·on GIERKE** tarafından savunulan gerçeklik teorisine göre, tüzel kişiler sad□e hak ehliyetine değil. aynı zamanda fiil ehliyetine de sahiptirler ve kendilerini oluşturan şahıslardan ayrı iradeleri vardır. Tüzel kişiler bu iradelerini organları vnsıtasıyla açıklar[5]. Bu tartışmanm burada incelediğimiz sorun bakımından meydana getireceği onuç açıktır: Varsayım teorisi kabul edildiği tnkdirde. organ bir temsilci gibi hareket etmekte ve yaptıkları hukuki işlemler temsile ilişkin hükümlere tabi olmaktadır[6]. Buna karşılık doktrinde de hakim olan gerçeklik teorisine göre, tüzel kişinin organını mümessil olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü temsil durumunda temsilci bir başkası adına ve onun için sonuç doğurmak üzere irade açıklamasmda bulunmaktadır. Oysa organın tüzel kişi adına işlem yaptığı durumlarda, organ temsilci sıfatıyla değil. bizatihi tiizel kişi adına irade açıklamasında bulunmaktadır. Dolayısıyla temsil durumundan farklı olarak, organın tüzel kişi için yaptığı sözleşmelerde üçlü bir ilişki (temsilci-temsil edilen-sözleşmenin diğer tarafı üçüncü şahıs) mevcut olmayıp, sözleşme doğrudan doğruya tüzel kişi ile karşı taraf arasında kurulmaktadır. Çünkü organ aracılığı ile iradesini açıklayan bizatihi tüzel kişinin kendisi olup, temsil durumunda olduğu gibi temsilcinin bir başkası adına irade açıklamasında bulunması söz konusu değildir[7].

Borçlar Kanununun 40. maddesinde, "şirket mümessil ve memurlarının ve tüccar vekillerinin salahiyetleri hakkındaki hükümler" saklı tutulmuştur. Gerçi BK.m.40 hükmü, sadece ticaret şirketlerinde organlara ilişkin hüküm-

---

çek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 1999, s. 164 vd.; **Ott,** W., Jenseits von Fiktions- und Realitatstheorie: Die Juristische Person als intitutionelle Tatsache, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsreclıt, FS für Peter Forstmoser, Zürich 2003, s. 3 vd.

□ **Savigny,** F.C.v., System des heutigen Römischen Rechts, Bd.11, Bertin 1840, § 90, s. 282/283.

5 **Gierke,** O.v., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Bertin 1887, s. 603 vd. ve s. 620 vd.; *aynı yazar,* Deutsches Privatrecht Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht, Leipzig 1895, § 67/1, s. 518 vd.

6 **Beuthin,** NJW 1999, s. 1 142 vd.

7 Bkz. ve karş. **Münchl<omm/Schramm**, 5. Aufl., § 164 8GB, Rnr.9; **Bucher,** AT, s. 627; *G) 111 ya=ar,* Organschaft, Prokura, Stellvertretung ("Prospera GmbH"); in: "Lebendiges Aktienrecht", Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, s. 40 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 164 dn.545; **Eren,** s. 388 vd.; **Beuthin,** NJW 1999, s. 1143 vd.: Yazar organ yetkilerinin bu organı oluşturan kişilere değil, bizatihi organın kendisine ait olduğunu belirtmektedir. Organ ve temsilci arasındaki diğer farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **J<ünzle,** s. 32 vd.

teri saklı tutup, diğer tüzel kişilerin organlarından söz etmemesi nedeniyle eleştirilmektedir[8]. Ancak temsile ilişkin hükümlerin sonunda yer alan bu düzenlemeden. özel hüküm bulunmayan hallerde temsil hükümlerinin, organın hukuki işlemlerine de uygulanacağı sonucu çıkmaktadır[9]. BK. m. 40 hükmünde temsile ilişkin hükümlerin organın işlemlerine doğrudan doğruya mı, yoksa kıyasen mi uygulanacağı belirtilmemiştir. Doktrindeki hakim görüş, temsilci ve organ arasındaki farklar nedeniyle kıyasen uygulamayı kabul etmektedir[10]. Öte yandan, tüzel kişiler adına işlem yapına yetkisi organa ait olmakla birlikte, tüzel kişinin BK. m.32 vd. anlamında bir temsilci tayin etmesi ve onun aracılığı ile işlemler yapması da mümkündür[11]. Bu takdirde temsile ilişkin hükümler doğrudan doğruya uygulama alanı bulacaktır.

Aşağıda kamu ihale sözleşmesini organ veya temsilci sıfatıyla imzalayan kişilerin bu hususta yetkilerinin bulunmamasının sonuçları incelenecektir.

II. İDARE ADINA SÖZLEŞMEYİ İMZALAYAN KİŞİNİN YETKİSİNİN BULUNMAMASI

Kamu ihale sözleşmesinin taraflarından biri idare olduğundan ve idare kavramsal olarak bir tüzel kişi niteliği taşıdığından, idarenin sözleşme yapma iradesi yetkili organları aracılığı ile açıklanacaktır. İdare adına kamu ihale sözleşmesini yapma iradesini açıklayan kişinin bu hususta yetkisinin bulunmaması temsile ilişkin bazı sorunların doğmasına yol açacaktır. Acaba bu takdirde Borçlar Kanununun temsile ve yetkisiz temsile ilişkin hükümleri, idare adına hareket etme yetkisi bulunmayan bir şahsın yaptığı kamu ihale sözleşmeleri bakımından da uygulanabilecek midir? Acaba idare, sözleşmeyi imzalayan kişinin bu konuda yetkisi bulunmadığını ileri sürerek sözleşmenin kendisi için bağlayıcı olmadığını ileri sürebilecek midir[12]?

Borçlar Kanununun 33. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Başkası namına temsil hukuku ammeden münbais ise mümessilin salahiyetinin derecesi bu baptaki kanuni hükümler ile taayyün eder"*. Doktrinde ayrıntılı olarak

---

8 **Künzle,** s. 35 dn.35.

9 Aksi görüşte **Bucher,** AT, s. 627.

10 **OR-Watter,** Art.32 OR, N.I1; **Zach,** Vorbemerkungen zu A1.32-40 OR, N.46; **Künzle,** s. 36/37. Alman Hukuku bakımından aynı yönde **Beuthin,** NJW I999, s. 1144; **MünchKomm/Schramm,** 5. Aufl., § 164 8GB, Rnr.9.

11 **Schwager,** s. 38/39; **Oğuzman/Öz,** s. 164 dn.545. Organın tüzel kişi adına işlem yapma yetkisini, vereceği genel bir temsil yetkisi ile üçüncü bir şahsa devredemeyeceği kabul edilmektedir; bkz. **MünchKomm/Schramm,** 5. Aufl, § 164 8GB, Rnr.7.

12 İsviçre Hukukunda bu konuya ilişkin uygulama örnekleri için bkz. **Watter,** s. 45 vd..

incelenmesi büyük ölçüde ihmal edilmiş bu hüküm[13], yetkinin kamu hukukundan doğduğu durumlarda Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerinin değil. kanrn hukukunun uygulanacağını öngömıektedir. Dolayısıyla yetkininin bulunup bulunmadığı, kapsamı ve sona ermesi ilgili kamu hukuku hükümlerine göre belirlenecektir[14]. Kamu hukuku kurallarında düzenlenmemiş hususlar bakımından Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerinden hangilerinin kamu ihale sözleşmesinin taraflarından birini oluşturan idareye uygulanacağmı incelemeye geçmeden önce, BK. m.33/1 hükmünde yollamada bulunulan kamu hukukunda, idare adına kamu ihale sözleşmesini yapma yetkisinin kime tanındığının incelenmesi yararlı olacaktır.

Kamu İhale Kanununun 46. maddesinde, "Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır" hükmü yer almaktadır. Kamu İhale Kanununun "Tanımlar" başlığını taşıyan 4. maddesinde ihale yetkilisinin" İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip k.işi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini" ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Mevzuatta idare adına harcama yapma yetkisine sahip olan kişilerin kimler olduğu düzenlendiği halde ihale yetkisine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 31. maddesinde harcama yetkilisi, "Bütçeyle ödenek tahsis edilen harcama biriminin en üst yöneticisi" olarak tanımlanmıştır. 31 Aralık 2005 tarihli ve 26040 dördüncü mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan (1) Seri Numaralı Harcama Yetkileri Hakkında Genel Tebliğde bu konuda daha ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. İhale yetkilisinin kim olduğu sorunu ise, 28.04.2006 tarihli ve 26152 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan (2) Seri Numaralı Harcama Yetkileri Hakkında Genel Tebliğde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu Tebliğin m.1/a hükmünün son cümlesinde, "ihale yetkilisinin ilgili mevzuatında özel olarak belirlendiği haller dışında, 5018 sayılı Kanununun 31 inci maddesi uyarınca belirlenmiş bulunan harcama yetkilisi olacaktır" ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla harcama yetkilisi kural olarak, aynı zamanda ihale yetkilisi olacaktır.

Yukarıda belirttiğim üzere Kamu İhale Kanununun 4. maddesinde ihale yetkilisinin, sadece idarenin ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurumlarını değil, bunların usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış kurullarını da ifade edeceği hükme bağlanmıştır. Yetki devri yapılmasına imkan tanıyan bu düzenleme 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda

---

[13] Türk/İsviçre Hukukunda BK. ın.33/1 hükmüne ilişkin tek monografı **Schwager** tarafından kaleme alınmıştır. Makaleler bakımından da durum farklı değildir: **Watter'in** makalesi dışında konuyla ilgili başka bir çalışma mevcut değildir.

[1] **Zach,** Art.33 OR, N.12 vd.; **Schwager,** s. 96.

-t964 sayılı Kanunla[15] yapılan değişiklik ile eklenmiştir. Bu yetki devrinin ne şekilde gerçekleşeceği (2) Seri Numaralı Harcama Yetkileri Hakkında Genel Tebliğin m.1/d hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: "'Harcama yetkilileri, ilgili mevzuatı uyarınca ihale usulleriyle yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale işlemlerine ilişkin olarak, ihale yetkisiyle sınırlı olmak üzere harcama yetkilerini, üst yöneticiden onay almak suretiyle, idarenin destek hizmetlerini yürüten birim yöneticilerine devredebilirler. Bu durumd□ ihale onay belgesinin düzenlenmesinden sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçteki tüm ihale işlemlerine ilişkin ihale yetkisi destek hizmetleri birim yöneticisi tarafından kullanılacaktır.".

Buna karşılık 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 53. maddesinde s□zleşmenin idare adına ita amirince imzalanacağı hükme bağlanmıştır. "ita amiri"nin tanımı 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununda yer almaktaydı[16]. Ancak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 3 l. l 2.2005 tarihi itibariyle 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununu ilga etmiş ve bununla birlikte de ita amirliği ve sayman kavramı ortadan kalkmıştır. Bu durum 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda tanımlanan ihale yetkilisinin kim olacağı hususunda tereddütlere yol açmıştır. İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün 24.02.2006 tarihli Genelgesind_e bu soruna ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır: "2886 sayılı Devlet ihale Kanununun 13 üncü maddesi hükmüne göre, il özel idareleri ve belediyelerde encümenlerin ihale komisyonu olarak görev yaptıkları, bu komisyonların başkanlarının da bu idarelerin üst yöneticileri olduğu dikkate alındığında ve ayrıca ita amirliği tanımının düzenlendiği 1050 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, üst yöneticilerin ihale yetkilisi sıfatını kaldıran veya başka kişiye veren bir düzenleme olmadığından dolayı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi işlerin ihalesinde bu idarelerin üst yöneticileri (vali ve belediye başkanı) ihale yetkilisi sıfatını kullanmaya devam edeceklerdir".

Kamu ihale sözleşmesini idare adına imzalayacak ihale yetkilisinin tespitine ilişkin yukarıda belirtilen kamu hukuku kurallarında düzenlenmeyen hu-

---

[15] 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, m.3/b. Madde gerekçesinde değişikliğin sebebi olarak şu ifadelere yer verilmektedir: «"İhale yetkilisi" deyimi, ihale yetkilisinin çeşitli nedenlerle (izin, rapor, yargılanma, tutukluluk gibi) bu yetkisini kullanmasının mümkün olmadığı durumlarda, kamu hizmetlerinin kesintisiz yürütülmesini teminen, ödeme yetkisinde olduğu gibi ihale yetkisinin de usulüne uygun olarak devredilmesini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmektedir».

[16] 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununda ita amiri şu şekilde tanımlanmıştı: "Devlet hizmetlerine ilişkin giderlerin geçici ya da kesin olarak ödenmesi hakkında saymanlara yazılı emir ve izin verenlere ita amiri denir".

stı-lard:ı Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümleri tamamlayıcı olarak kıya en uygulanacaktır. Bu nedenle temsil hükümlerinden hangilerinin idare b:ı□ımından uygulanacağı hususun incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

Hukuki işlem ile verilen bir temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceğini veya sınırlanabileceğini öngören BK.m.34'ün 1. fıkrası ve bu haktan önceden feragat edilmesini hükümsüz sayan 2. fıkrası, kamu ihale sözleşmesinin tarafını oluşturan idare bakımından uygulanamayacaktır[17]. Bu hükümler hukuki işlemden doğan temsil yetkisi göz önünde bulundurularak konulmuş hükümlerdir. İhale yetkilisinin veya bu yetkinin devri halinde, destek hizmet birim yöneticilerinin bu yetkisinin ortadan kaldırılması bakımından, münhasıran idare hukuku hükümleri uygulanacaktır.

Temsilci veya temsil olunandan birinin ölümü. fiil ehliyetini kaybetmesi, gaipliğine hükmedilmesi veya iflas etmesi halinde temsil yetkisinin sona ereceğini öngören BK. nı.35/1hükmü de idare bakımından uygulanmayacaktır. İhale yetkilisinin veya yetki devri halinde destek hizmet birim yöneticilerinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi gibi sorunlar bakımından münhasıran idare hukuku kuralları uygulanacaktır. BK. m.35'in, tüzel kişiliğin sona ermesi veya şirketin feshi halinde aynı esasın uygulanacağını öngören ikinci fıkrasına gelince: Gerçi bu hüküm temsil yetkisinin kamu hukukundan doğduğu durumlarda kıyasen uygulamaya müsaittir. Ancak pratikte bu hükümde öngörülen sona erme sebeplerinin idare bakımından gerçekleşmesi, genellikle söz konusu olmayacaktır[18]. Bir kamu hukuku tüzel kişiliğinin sona ennesi sıkça rastlanan bir durum değildir. BK.m.35/11hükmünde sözü edilen, tüzel kişiliğin kendisini feshetmesi ise, idare bakımından asla gerçekleşmeyecek bir durumdur[19]. Bu son zikredilen sona erme sebebi, olsa olsa özel hukuk alanında ve özel hukukun organizasyon biçimlerine göre faaliyette bulunan ihale kanununa tabi tüzel kişiler bakımından uygulanabilir ki, bu halde dahi özel hukuka göre kurulan tüzel kişinin kendisini feshedebilmesi için bu hususun kamu hukuku kurallarında öngörülmüş olması gerekir.

Temsil yetkisi üçüncü şahıslara duyurulduğu takdirde, yetkinin kapsamı bakımından bu beyanın esas alınacağını hükme bağlayan BK. m.33/11hükmü idare bakımından da uygulanır. Bu hükümde sadece temsil yetkisinin kapsamından söz edildiği halde, hakim görüş temsil yetkisinin mevcudiyeti açısından da bu hükmün kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir[10]. Buna göre, temsil olunan, temsil yetkisi bulunmadığı ya da yetki verme işlemi hükümsüz olduğu halde, bir kimseyi temsilci olarak görevlendirdiğini üçüncü şahıs-

---

17 **Zach,** Art.33 OR, N.16; **Schwager,** s. 305 vd.
18 **Zach,** Art.33 OR, N.16; **Schwager,** s. 305.
19 **Schwager,** s. 305.
20 **Zach,** Art.33 OR, N.139; **Gauch/Schluep/Schmidt;** Nr.1399.

lara bildim1iş ise, yetkisiz temsilci ile sözleşme yapan iyi niyetli[21] üçüncü şahıslara karşı bu husus ileri sürülemeyecek ve sözleşme geçerli olacaktır. Bu tür durumlarda, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmenin karşı tarafının iyi niyeti, temsil yetkisindeki eksikliği giden11ektedir2[2]. Burada incelediğimiz somut olay bakımından idare adına sözleşme imzalayacak ihale görevlisinin kim olduğu, ilan suretiyle duyurulmuş veya yetki devri halinde bir yetki belgesi düzenlenerek yetkilendirilen kişiye verilmiş ise, temsil yetkisinin bulunmaması veya idare içinde sonradan yapılan sınırlandırmalar, sözleşmenin diğer tarafı iyiniyet sahibi istekliye karşı ileri sürülemeyecektir. Özellikle ihale yetkilisini belirleyen veya ihale yetkilisinin yetki devri yapmasına ilişkin işlemin idari usul ve esaslara uyulmadan yapılmış ve bu nedenle idari yargıda iptal edilmiş olması durumunda, iptal kararı geriye etkili olduğu ve yetkilendirme işlemini başlangıçtan itibaren ortadan kaldırdığı halde kamu ihale sözleşmesi geçerliliğini muhafaza edecektir.

Temsile ilişkin düzenlemelerden, BK. m.34/111, m.36 ve m.37 hükümlerinin de temsil ilişkisinin kamu hukukundan doğduğu durumlarda kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir[23]. BK. ın. 34/111 hükmünde, temsil yetkisinin üçüncü şahıslara duyurulduğu durumlarda, bu yetkinin geri alındığının veya sınırlandırıldığının da üçüncü şahıslara duyurulması gerektiği, aksi takdirde bu durumun iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından, ihale yetkilisinin kendisine mevzuatla verilen temsil yetkisinin geri alınması söz konusu olamaz. Ancak ihale yetkilisinin görevden alınması veya ayrılması durumunda, yetki daha önce üçüncü şahıslara duyurulmuş ise, bu hususun da üçüncü şahıslara duyurulması gerektiği kabul edilmektedir[24]. Ayrıca yetkili kamu görevlisinin, görevden alındığını bilmeden yaptığı işlemler de, BK. m.37 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, idareyi bağlayacaktır. Sözleşmenin karşı tarafının yetkinin ortadan kalktığını bildiği durumlarda yine bu hükmün ikinci fıkrası uyarınca, idare sözleşme ile bağlı olmayacaktır.

BK. m. 36 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, eğer bir yetki belgesi düzenlenmiş ise, bu şekilde yetkilendirilen kamu görevlisinin görevinden alınması durumunda, idarenin bu yetki belgesinin iadesini talep etmesi gerekir; aksi takdirde iyiniyetli karşı tarafının sözleşmenin geçersiz olması nede-

---

[21] BK.m.33/11 hükmünde, üçüncü şahısların iyi niyetli olması şartı aranmamıştır. Ancak doktrindeki hakim görüş bu hükmün uygulanabilmesi için yetkisiz temsilci ile işlem yapan üçüncü şahısların iyi niyetli olması gerektiğini kabul etmektedir; bkz. **OR-Watter**, Art.33 OR, N. 35; **Zach**, Art.33 OR, N. I55; **Gauch/Schluep/Schmidt**; Nr.1392.

[22] **Gauch/Schluep/Schmidt;** Nr.1393.

[23] **Zach,** Art.33 OR, N.22; **Schwager,** s. 305 vd.

[24] **Zach,** Art.33 *OR*, N.22.

ni□k uğradığı zararlardan idare sorum1u olur(BK. m.36/lli[5]. Hemen ekleyelim J...i. ihale görevlisinin bu görevinden almıiıasma rağmen kamu ihale sözle;mesini imzalaması pratikte fazla rastlanacak bir durum değildir.

Asıl açıklığa kavuşturulması önem taşıyan sorun, yetkisiz temsile ilişkin BK.m. 38 ve 39 hükümlerinin kamu ihale sözleşmeleri bakımmdan uygulanıp uygulanamayacağıdır. Acaba ihale yetkilisi dışındaki başka bir kamu göre,·lisi tarafından imzalanan kamu ihale sözleşmesi, sonradan ihale yetkilisinin bu işleme icazet vermesi ile geçerli hale gelebilir mi? BK.m. 38 ve 39 hükümlerinin kıyasen uygulanması kabul edilecek olursa, yetkisiz bir kamu görevlisi tarafından imzalanan kamu ihale sözleşmesi bakımından askıda geçersizlik durumu söz konusu olacaktır. Buna göre, sözleşme, ihaleyi kazanan istekliyi bağladığı halde, idare açısından, icazet verilmediği takdirde geçersiz olacaktır. İdare sözleşmeye icazet verirse, sözleşme geçerli hale gelecektir.

İsviçre Hukukunda, yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin, yetkinin kamu hukukundan doğduğu durumlara da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre, yetkisiz kamu görevlisi tarafından yapılan hukuki işleme, idarece icazet verildiği takdirde işlem geçerli hale gelecektir[26]. Alman Hukukunda da aynı görüş hakimdir. Alınan Medeni Kanununun temsile ilişkin hükümlerinin (§§ 164 vd.) sözleşmenin taraflarından birinin kamu hukuku tüzel kişisi olduğu durumlarda da uygulanacağı kabul edilmektedir. İdarenin)etkisiz bir kamu görevlisinin yaptığı hukuki işlemi, BGB § 177 hükmüne göre icazet vererek geçerli hale getirmesi niiimkündür[27].

İs içre ve Alınan hukuklarında kabul edilen bu görüşün Türk Hukukuna aktarılması son derece güç gözükmektedir. Danıştay, yetkisiz bir kamu görevlisinin yaptığı işlemin sonradan icazet verilerek geçerli hale getirilmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Danıştay 5. Dairesinin 13.12. I989 tarihli kararında şu ifadeler yer almaktadır:

·'idari işlemlerin yetkili kişilerce tesis edilmesi zorunludur. Yetkili kişi ise işlemin tesis edildiği anda yetkili olandır. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme yetkili kişice sonradan verilen muvafakat (icazet) geçerli olamaz"[28].

Türk idare hukukunda hakim olan bu anlayış çerçevesinde, yetkisiz bir kamu görevlisi tarafmdaıı imzalanan kamu ihale sözleşmesinin icazet ile geçerli hale gelmesi söz konusu olmayacaktır. BK. m.38 ve 39 hükiimlerinin kıyasen uygulanması kabul edilse dahi bu sonuç değişmeyecektir. Zira kıya-

---

2.5 **Zach,** Art.33 OR, N.22.

26 **Schwager,** s. 364;Zach, Yorbemerkungen zu Art.38/39 OR, N.3.

17 Bkz. ve karş. **Kligner,** s. 1571158; **Motzke/Pietzcker/Prie8/Sterner,** § 28 VOB/A. Rnr. 21; **Stelkens/Bonk/Sachs,** § 62 VwVfG, Rnr.31; **MünchKomm/Schrarnm,** § 177 8GB, Rnr.39.

28 Danıştay 5. Dairesi, 13.12.1989 T., E. 1989/2286, K.1989/2735 (karar için bkz. Danıştay Bilgi Bankası).

en uygulamanın kabul edilmesi durumunda dahi, bu hükümler uyarınca özleşmenin geçerli hale gelebilmesi için, idarenin işleme icazet vermesi gerekir. Oysa yukarıda işaret edilen Danıştay kararında dile getirilen anlayış çerçevesinde, idarenin yetkisiz bir kişi tarafından yapılan işleme icazet vermesi hukuken mümkün değildir. Bu nedenle de ihale yetkilisi dışında bir kamu görevlisi tarafından imzalanan kamu ihale sözleşmesinin icazet ile geçerlilik kazanması ihtimali hukuken mevcut değildir. Bu tür durumlarda sözleşmenin geçerli olabilmesi için, yeniden yapılması gerekecektir. Ancak ihaleyi kazanan isteklinin teklifinin bağlayıcılık süresi sona ermiş ise, sözleşmenin yeniden yapılması sadece onun muvafakat etmesi durumunda mümkün olacaktır.

III. İHALE ÜZERİNDE BIRAKILAN İSTEKLİ ADINA SÖZLEŞMEYİ İMZALAYAN KİŞİNİN YETKİSİNİN BULUNMAMASI

Yetkisiz temsil problemi, sözleşmenin karşı tarafı bakımından da ortaya çıkabilir. İhale üzerinde bırakılan istekli adına hareket eden ve kamu ihale sözleşmesini imzalayan kişinin, bu hususta temsil yetkisinin bulunmaması söz konusuolabilir.

Genel olarak yetkisiz temsil, dört durumda ortaya çıkar: Bunlardan ilki, başkası adına hareket eden kişinin bu hususta temsil yetkisinin hiç bulunmamasıdır. İkinci olarak, temsil yetkisi bulunan isteklinin bu yetkisinin sınırlarını aşması söz konusu olabilir. Üçüncü olarak başlangıçta mevcut olan temsil yetkisi sonradan sınırlandırılmış olabilir. Nihayet dördüncü olarak, başlangıçta mevcut olan temsil yetkisi sonradan geri alınmış olabitir2[9]. Bu durumlardan birinin mevcut olmasına rağmen bir kimsenin başkası adına ve hesabına işlem yapması durumunda yetkisiz temsil söz konusu olur. Bir önceki başlık altında da işaret edildiği üzere, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem, sonradan icazet vermediği sürece temsil edileni bağlamaz.

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu durumlardan ilk ikisinin pratikte ortaya çıkına ihtimali bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, istekli adına kamu ihale sözleşmesini imzalayan kimsenin temsil yetkisinin bulunmamasına veya temsil yetkisi mevcut olmasına rağmen bu yetkinin kamu ihale sözleşmesini yapma yetkisini ihtiva etmemesine uygulamada rastlanmaz. Çünkü Kamu İhale Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrasında tekliflerin "yetkili kişilerce imzalanmış olması' şartı aranmaktadır. Kamu İhale Kanununa göre çıkarılan uygulama yönetmeliklerinde de, ihaleye katılan kişinin temsil yetkisinin bulunduğunu ispat etmesini şart koşan düzenlemeler bulunmaktadır. Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, ıı1.34; Danışmanlık Hizmet Alı-

[29] **Gauch/Schluep/Schmidt;** Nr.1374.

nn ihaleleri Uygulama Yönetmeliği, m.37: Hizmet ı\lını Uygulnına Yönetmeliği m.41: Yapım İ, leri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, ın.39 hUkUmlcrinde... ihale) e katılan i teklinin "Tüzel kişi olması halinde, ilgisine göre tüzel ki,iliğin ortakları. üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir Ticaret Sicil Gazetesi veya bu hususları te, ik eden belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirkllllerinin" istenme inin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı hükümlerde, "Vekaleten ihaleye katılma halinde, istekli adına katılan kişinin ihaleye katılmaya ili,kin noterden onaylı vekaletnamesi ile vekaleten katılanın noter tasdikli imza beyannamesi istenir" denmektedir. Dolayısıyla tüzel kişi adına organ sıfatı la□ gerçek veya tiizel kişi adına temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu yetkisinin mevcudiyetini ispat etmesi gerekecektir. Belirtilen bu belgeleri ibraz edemeyen isteklinin teklifi, Kamu İhale Kanununun 36. maddesi uyarınca değerlendirmeye alınmayacaktır.

Başlangıçta mevcut temsil yetkisinin sonradan ortadan kalkması veya sınırlandırılması durumuna gelince: Gerçek veya tüzel kişi adına ihaleye k□tılan kişinin bu yetkisinin sonradan ortadan kalması söz konusu olabilir. Örneğin. organ sıfatını taşıyan ve bunu yukarıda zikrettiğim yönetmelik hükümlerine uygun olarak tevsik eden kişinin bu sıfatının, sonradan tüzel kişinin yetkili kurullarının kararı ile ortadan kaldırılması mümkündür. Keza hukuki işlemden doğan bir temsil yetkisine istinaden, -yönetmeliklerde benimsenen terminolojiye uygun olarak ifade etmek gerekirse, vekaleten- ihaleye katılma durumunda, verilen temsil yetkisinin veya vekaletin sonradan geri alınması her zaman mümkündür. Gerçekten de BK. m.34/1hükmünde hukuki işlemle verilen bir temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceği, aynı hükmün ikinci fıkrasında ise geri alma hakkından önceden feragatin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, vekalete ilişkin BK. m.396' da vekaletten "azil ve istifa"nın her zaman caiz olduğu düzenlenmiştir. Hatta doktrin ve içtihatlarda bu hükmün emredici bir nitelik taşıdığı ve aksine sözleşme düzenlenemeyeceği görüşü hakimdir[30]. Bazen de organ sıfatının veya temsil ya da vekaletin tamamen ortadan kaldırılmayıp, sonradan sınırlandınlması da söz konusu olabilir. Sonradan yapılan bir değişiklikle, organın veya temsilcinin/vekilin diğer yetkilerine dokunmaksızın sadece ihale işlemlerini ve kamu ihale sözleşmesini yapına yetkisi ortadan kaldırılmış olabilir. Acaba yetkisi ortadan kaldırılan veya sınırlandırılan bu kişinin istekli adına işlem yapması durumunda, yetkisiz temsil problemi ortaya çıkar mı?

Kanımca bu sorunun olumsuz şekilde cevaplandırılması gerekir. Gerçi yetkisi sonradan ortadan kaldırıldığı veya sınırlandığı halde istekli adına

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz,** Yenilik doğuran Haklar, s. 417 ve orada dn.69-71'de zikredilen yazarlar ve mahkeme kararları.

ihale işlemlerini yapmaya devam eden ve hatta sözleşmeyi imzalayan kişinin, "yetkisiz temsilci' sıfatını taşıdığı kuşkusuzdur. Ancak BK. m.33/11ve 34/111 hükümlerinin uygulama alanı bulacak olması, temsil yetkisindeki bu eksikliği giderecektir. Bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere, BK. m.33/11hükmüne göre, temsil yetkisinin üçüncü şahıslara bildirilmesi durumunda temsil yetkisinin mevcudiyeti ve kapsamı bakımından bu beyana itibar olunur. Aynı şekilde BK. m.34/111 hükmüne göre, temsil yetkisinin verildiğinin üçüncü şahıslara duyurulması halinde, bu yekinin sonradan geri alınması veya sınırlandırılmasının da bildirilmesi gerekir; aksi takdirde yetkinin geri alındığı veya sınırlandırıldığı iyi niyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez. Yukarıda zikrettiğim yönetmelik hükümleri uyarınca istekli adına ihaleye katılacak kişilerin ihaleyi açan kuruma yetkili olduklarına ilişkin olarak sundukları belgeler, BK. m.33/1ve m.34/111anlamında temsil yetkisinin üçüncü şahıslara bildirilmesi anlamını taşır. Dolayısıyla temsil yetkisinin sonradan kaldırıldığının veya sınırlandırıldığının da ihaleyi açan kuruma bildirilmesi gerekir; aksi takdirde temsil yetkisinin ortadan kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı hususunun iyiniyetli idareye karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. İdarenin iyiniyeti, söz konusu yetki eksikliğini giderecektir. İdarenin kural olarak iyiniyetli olduğunun, yani temsil yetkisinin sona erdirilmiş veya sınırlandırılmış olduğundan haberdar olmadığının kabulü sadece, iyiniyeti karine olarak mevcut sayan MK. m.3/1 hükmünün gereği değildir; aynı zamanda tüm işlemlerinde hukuka uygun hareket etmekle yükümlü olan idarenin temsil yetkisi olmayan bir kişi ile sözleşme yapmayacağı varsayımından hareket edilebilir. Eğer idare temsil yetkisinin ortadan kalktığını biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, BK. m.38 hükmü uyarınca, temsil edilen istekli işleme icazet vermediği takdirde sözleşme geçerli olmayacağı gibi, idarenin yetkisiz temsilciden BK. m.39 hükmüne göre tazminat talep etmesi de mümkün olmayacaktır. Çünkü BK. m.39'da karşı tarafın, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu hususta yetkisinin bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda sözleşmenin geçersiz olması yüzünden uğradığı zararların tazminini talep edemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Son olarak bir sorunun daha incelenmesi yararlı olacaktır: Acaba yukarıda belirttiğimiz temsil yetkisinin sonradan geri alınması veya sınırlandırılması durumunda, BK. m.33/1 ve 34/111 hükümlerinin değil de, BK. m.36 hükmünün uygulanması düşünülemez mi? BK. m.36 hükmünde, bir yetki belgesi düzenlenmiş ise, temsil yetkisinin sona ermesi durumunda temsilcinin yetki belgesini geri vermek veya mahkemeye tevdi etmekle yükümlü olduğu; temsil edilen kişi veya haleflerinin temsilciyi buna icbar etmedikleri takdirde iyiniyetli karşı tarafın uğradığı zararları tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu hükümde, yetkisi sona eren temsilcinin yetki belgesine istinaden yaptığı işlemler, temsil edileni bağlamamakta, tem-

$il edikn □adece iyiniyetli karşı tarafın zararını tazminle yükümlü tutulmak-
Jır. Oy a BK. m.33/1 ve 34/III'ün uygulandığı durumlarda yetkisi sona
□ren temsilcinin yaptığı işlemler temsil edileni bağlamaktadır. Yukarıda işa-
ret □ttiğim Kamu İhale Kanunu uygulama yönetmelikleri uyarınca ihaleyi
!t,..'ln "-umma yetkinin mevcudiyetini tevsik etmek için sunulan belgeler, BK.
m. "'6 anlamında bir yetki belgesi niteliği de taşımaktadır. Bu durum, BK.
m.3311 Ye 34/111hükümleri yerine, BK. ın. 36 hükmünün uygulanıp uygula-
nama., acağı sorusunu akla eoetirmektedir.

Doktrindeki hakim görüş, BK. ın.34/111hükmünün BK. m.36 hükmüne nazaran özel bir hüküm niteliği taşıdığını ve öncelikle uygulanacağını kabul etmektedir. Başka bir deyişle, yetki belgesi düzenlemek suretiyle de olsa, □etkinin mevcudiyeti üçüncü şahıslara duyurulmuş ise, uygulanacak hüküm genel hüküm niteliği taşıyan BK. ın.36 değil, özel hüküm olan BK. m.34/lll'tür. Bu nedenle temsil yetkisi geri alınmış ve bu durum üçüncü şahıslara bildirilmemiş ise, yetkinin sona erdiği üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyecek ve işlem geçerli olacaktır[31]. Bu görüş kabul edildiği takdirde,)Ukarıda BK. m.34/111'ün uygulanmasına ilişkin açıklamalar geçerli olacaktır. Buna karşılık **BUCHER** bu konuda bir ayrım yapmaktadır: Yazara göre, temsil yetkisi belirli bir yere ibraz edilmek üzere düzenlenmiş ve temsilciye verilmiş ise, bu yetkinin geri alınmasının üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade edebilmesi için bu hususun BK.m.34/111hükmü gereği bildirilmesi gerekir; aksi takdirde yetkisi sona eren kişinin yaptığı işlem temsil edileni bağlayacaktır. Buna karşılık, yetki belgesi belirli bir yere ibraz edilmek üzere değil de sadece iç ilişkide temsilcinin konumunu garanti altına almak için ,eya dış ilişkide kullanılmak üzere düzenlenmiş olmakla birlikte kime ibraz edileceği başlangıçta belli değil ise, bu takdirde BK. m.36 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre, yetki belgesini geri almayan temsil edilen, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle bağlı olmayacak, sadece iyiniyetli karşı tarafın zarannı tazminle yükümlü olacaktır[32]. Hemen belirtelim ki bu görüşün kabul edilmesi halinde dahi kamu ihale sözleşmeleri bakımından BK. m.36'11111 değil, m.34/III'ün uygulanması sonucuna varılacaktır. Çünkü Kamu İhale Kanununu uygulama yönetmeliklerinde öngörülen yetkinin mevcudiyetini tevsik eden belgeler, belirli bir yere, yani ihaleyi açan kuruma sunulmak üzere düzenlenmiş belgelerdir.

---

[31] **Zach,** Art.36 OR, N.69; **Gauch/Schluep/Schmidt;** Nr.1401; **Kocayusufpaşaoğlu,** N., Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK.m.33/11, 34/111ve 37 Karşısında BK.m. 36/II'niı Uygulama Alanının Belirlenmesi, H. Tandoğan'a Annağan, Ankara 1990, s. 218 vd.

[32] **Bucher,** AT, s. 612.

lhalc)e kntılnn ticari şirket ndmn orgon veya temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin imza sirkülerini ve Ticaret Sicil Gazetesi örneğini sunması. anc..1k daha sonra azledilmesi ve bu hususun da ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi halinde. TUrk Ticaret Kanununun 39. maddesinin 1. fıkrası hükmünün uygulama alanı bulacağının gözden kaçırılmaması gerekir. Bu hükme göre. üçüncU şahıslar. ticaret siciline tescil ve sicil gazetesinde ilan edilen hususları bilmediklerini ileri süremeyeceklerdir. Bu nedenle, istekli şirketin, azil işlemini ayrıca ihaleyi açan kuruma bildirmesine de gerek olmayacaktır. Bu çözüm, sonucu itibariyle, BK. m.34/111 hükmünün, BK. m.36 hükmüne göre özel bir hüküm niteliği taşıdığını kabul eden doktrindeki hakim görüşe de uygundur. BK. m.36 hükmünün uygulama alanına giren durumlarda dış temsil ilişkisinin kurulması yetki belgesinin kendisi ile sözleşme yapılacak üçüncü şahsa ibrazı ile birlikte meydana gelir. Oysa burada incelediğimiz ihtimalde, şirket adına ihaleye katılan kişinin bu hususstaki dış temsil yetkisi, Ticaret Sicil Gazetesi örneğinin ihaleyi açan kuruma ibraz edildiği anda değil, daha önceki bir dönemde, yani yetkilendirme işleminin ticaret siciline tescil ve ilanı ile birlikte meydana gelmiştir. Dolayısıyla yetkinin sona ermesi de yine sicile tescil ve ilan ile gerçekleşmiştir.

□ 9) KAI\IU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN İPTALİ

I. İPTAL HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI

Butlan ve eksiklik dışında. kamu ihale sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek bir diğer geçersizlik tiirü de "iptal edilebilirlik"tir. Aşağıda synntılı olarak inceleneceği üzere, iptal sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde. kamu ihale sözleşmesi kendiliğinden geçersiz olmadığı gibi, bir askıda geçersizlik durumu da mevcut değildir; sözleşmenin hükümden düşmesi için hak sahibinin sözleşmeyi iptal hakkını kullanması gerekir.

Borçlar Kanununun genel hüküm!erinde iptal hakkı ilk olarak, irade sakatlıkları bakımından öngörülmüştür. Buna göre sözleşmenin yapılması esnasında hataya düşen veya hile ya da tehdide maruz kalan taraf sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Borçlar Kanununun genel hükümlerinde iptal hakkının tanındığı bir diğer durumu ise, gabin oluşturur. Ancak gabin, kamu ihale sözleşmeleri bakımından rastlanan bir durum değildir[1]. BK. m.21 hükmüne göre. gabinden söz edebilmek için, taraflardan birinin diğer tarafın zor durumundan, tecrübesizliğinden veya hiffetinden yararlanarak, edim ile karşı edim arasında aşırı bir oransızlık meydana getirmiş olması gerekir. İlk olarak belirtelim ki, gabinin sübjektif şartlarından tecrübesizlik ve hiffet kamu ihale sözleşmesinin tarafları bakımından söz konusu olmaz. Diğer sübjektif şart olan zorda kalma haline gelince: Gerçi kamu ihale sözleşmesinin taraflarının zor bir durum içinde bulunmaları ınümkiindiir. Örneğin, idarenin acilen ihtiyaç duyduğu bir edim için ihale açmak ve sonuçlandırmak zorunda kalması veya isteklilerden birinin atıl durumdaki personelini ve makine parkını çalıştınnak için ihaleye belki de sonuçta zarar edeceği bir teklif sunmak durumunda kalması söz konusu olabilir. Ancak bu tür durumlarda gabinin diğer şartları, yani edimler arasındaki aşırı oransızlık bulunması (objektif şart) ve bir sömürme kastı mevcut olmayacaktır. İhale bedelinin rekabetin hakim olduğu bir ihale sürecinin sonunda belirlendiği kamu ihale sözleşmelerinde, edim ile karşı edim arasında aşırı bir oransızlık bulunmasından söz etmek son derece güç olacaktır[2]. Aynı şekilde rekabete açık bir yarışma ortamında

---

Karş. **Kappelman/Messerschmidt,** § 5 VOB/A, Rnr. 24.

[2] Öte yandan modem kamu hale hukukunda, ihale bedeli belirlenirken en düşük fiyat değil, ekonomik açıdan en avantajlı fiyat esas alınmaktadır **(KİK.** m.40). Ayrıca aşırı düşük teklifler (ungewöhnlich niedrige Angebote; Unterangebote) değerlendirme dışı bırakılabilmektedir. Ancak aşırı düşük teklifleri değerlendirme dışı bırakmadan önce idarenin, teklif sahibinden açıklama talep etmesi ge-

gerçekleşen ihale sürecinde, tarafların birbirini sömürme kastıyla hareket etmesi düşünülemeyeceği gibi, bunun ispatı da adeta imkansız olacaktır. Kamu ihale sözleşmelerinde gabin sadece, sözleşmenin kurulmasından sonra, uygulanacak ihale mevzuatına göre mümkün olmak kaydıyla, yapılacak sözleşme değişiklikleri, sulh, ibra vb. işlemler bakımından söz konusu olabilir ki, bu çalışmanın kapsamı dışında kalan bu durumlar üzerinde durulmayacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinin iptali bakımından hukuki dayanak oluşturacak başka bir düzenleme, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde yer almaktadır:

..Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir".

---

rekir; açıklama yapılmaz veya yeterli görülmezse teklif değerlendirme dışı bırakılmaktadır (KİK. m.39; 2004/18/ sayılı Avrupa Birliği Direktifi m.55; 2004/17 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, m.57). Bu düzenleme ile isteklilerin düşük teklifler verip ihaleyi kazanması, ancak kalite, işçilik ve iş güvenliğinden ödün vererek kötü mal, hizmet veya eser teslim ederek idareyi zarara uğratınalarının önüne geçilmek istenmektedir; bu hususlar hakkında bkz. **Wolf,** Vergaberecht 2004, s. 13; **Priess,** s. 292 vd. Gerçi doktrinde hakim olan görüşe göre, tek başına teklifin düşük olması, onun değerlendiime dışı bırakılması için yeterli olmamaktadır; idarenin araştırması gereken husus söz konusu düşük teklifle ihale konusu işin ihale dokümanlarına ve idarenin ihtiyaçlarına uygun olarak tamamlanıp tamamlanamayacağıdır; bkz. **Wolf,** Vergaberecht 2004, s. 13 ve orada dn.l 2'de zikredilen doktrin ve içtihatlar. Ancak müzayaka halinde bulunduğu için düşük teklif sunan isteklinin ihale koı:ıusu işi ihale dokümanlarına uygun olarak tamamlayamayacağı ortaya çıkacak ve idare böyle bir teklifi değerlendirme dışı bırakacaktır.

Yuı..arıda ik.inci böliimde *(§* 5) tazminat konusu incelenirken de sıkça ri l"C\.iilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde "yasak fiil ve daYrnnış"lar şu şekilde düzenlenmiştir:

"İhalelerde aşağıda belirti len fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile. vaat. tehdit. nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rİ-Ş\ t suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak , ") :ı buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkile ecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) I 1 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye **katılmak.**

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler ı:ıygulanır."

Ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinde genel olarak "fesih" hakkının kullanılması düzenlenmiştir. Bu hüküm, gerek benimsenen terminoloji gerekse "fesih" olarak adlandırılan hakkın kullanılması ve sonuçlarına ilişkin olarak ihtiva ettiği düzenleme açısından çok önemli hukuki yanlışlıklar ihtiva etmektedir. Aşağıda yeri geldiğinde bu noktalara ayrıntılı olarak işaret edilecektir. Ancak burada Borçlar Kanununun iptale ilişkin hükümleri ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan düzenleme arasındaki ilişki üzerinde durulması yararlı olacaktır:

İlk olarak belirtelim ki, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21 ve 22. maddeleri sadece kamu ihale sözleşmelerinin ihaleyi açan kurum tarafından iptal edilmesi halinde uygulanacak hükümlerdir. Buna karşılık, sözleşmenin ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından iptali, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olacaktır.

Bir açıdan, Borçlar Kanununun genel hükümlerinde yer alan iptale ilişkin düzenlemeler, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinden daha geniş kapsamlıdır. Borçlar Kanununa göre taraflardan birinin esaslı bir hataya düşmesi halinde sözleşmeyi iptal etmek mümkündür. Oysa Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde yollamada bulunulan Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde, hata, -eşyanın doğası gereği- ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmamıştır. Bu nedenle, idarenin esaslı hata sebebiyle iptal hakkını kullanması bakımından Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Bir başka açıdan i c, knmu ihale mevzuatında yer alan hUkümlcr, Borçlar Kanununun iptnle ili,kin hllkilmlerindcn daha geniş kapsamlı gözükmektedir. Gerçekten de Kamu ihale Kanununun 17. maddesinde, hile ve tehdide ek olarak, fiyat anlaşmaları ve rüşvet ile başka bazı durumlar da, ihaleye fesat karıştırılması başlığı altında, ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar arasında ayılmıştır. Bu tür durumların mevcudiyeti halinde, ihaleyi açan kurum, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi uyarınca sözleşmeyi iptal edebilecektir.

il. İPTAL SEBEPLERİ

Yukarıda belirtildiği üzere, kamu ihale sözleşmeleri bakımından da önem taşıyan ve Borçlar Kanununda düzenlenen iptal sebepleri irade sakatlıklarıdır. Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde daha geniş bir ifade kullanılmış ve ihaleye fesat karıştırılması, ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Kamu İhale Kanununun l 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi incelendiğinde, ihaleye fesat karıştırılması ifadesinin hile ve tehdide ek olarak fiyat anlaşması yapılması veya rüşvet ile benzeri durumları (nüfuz kullanma, çıkar sağlama, irtikap) kapsadığı görülmektedir. Ancak aşağıda iptal sebepleri incelenirken Borçlar Kanununun terminolojisine bağlı kalınacak ve Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde sayılan ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesine göre fesih sebebi oluşturulacak durumlar ayrı başlıklar altında değil, Borçlar Kanununun ilgili kavramları ile bağlantılı bir şekilde değerlendirilecektir.

A) HATA

Diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, kamu ihale sözleşmelerinin taraflarının da sözleşmenin kuruluş aşamasında hataya düşmesi söz konusu olabilir. Yukarıda belirtildiği üzere, hata durumunda münhasıran Borçlar Kanununun hataya ilişkin hükümleri uygulanacağından, bu hükümlere göre hata sebebiyle sözleşmenin iptali hakkının kullanılabilmesi için gerekli şartların kısaca incelenmesi yararlı olacaktır.

Borçlar Kanununda hataya ilişkin bir tanım yer alınamaktadır[3]. Doktrinde hata kavramı biri dar, diğeri geniş iki anlamda kullanılmaktadır. Dar ve gerçek anlamıyla hata, belirli durum hakkında gerçeğe uymayan yanlış bir

[3] Unidroit tarafından çıkarılan Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Prensiplerinde hata tanımına yer verildiği görülmektedir. Bu Prensiplerin 3.4. maddesinde, hata, "olayların veya hukukun, sözleşmenin kurulduğu andaki mevcut durumuna ilişkin yanlış bir inanç" olarak tanımlanmaktadır. Ango-Sakson Hukukunda hata kavramı için bkz. **Kramer,** Irrtum, s. 23; **Schmidlin,** Vorbemerkungen zu Art.23/24 OR, N.135 vd.

□"", ur l,lumk. tanımlnnmnktndır[1]. Gc.ni□anlnmd:ı lı:ıta knvramınn ise, belirli □ir ('l:'ı□□a da dunım hakk.ındn ek. ik bilgi vcyn bilgisizlik *(igııora11ıia)* de Jtıhil cdilınck.tcdir'. l latndan ·öz edebilmek için, hntaya dOşcıiiı sahip olduğtı rns:n, unııı gerçek duruma uygun olduğu inancı ile hareket etmesi gerclı.ir. Ru nedenle bir olay ve dunımn ilişkin düşiincc ve tasavvurun doğruluk n□ gerçekliği hakkındn şilphe varsa, hata söz konusu olaınaz6. Ayrıca bir l..im□'nin belirli bir durum veya olay hakkmda bilinçli olarak bilgi sahibi <.'lm:mıa ·ı halinde de hata mevcut değildir[7].

Borçlnr Kanununun 23. maddesine göre, sözleşme yapılırken esaslı bir hst:ı□u uğrayan taraf o sözleşme ile bağlı olmaz. Bu nedenle Kamu ihale _1'lzleşmelerinin de hata sebebiyle iptal edilebilmesi için, hatanın esaslı bir nitdik.taşıması gerekir. Kamu ihale sözleşmesinin taraflarından birinin düştüğü hata bir beyan hatası olabileceği gibi, saikte hata şeklinde de kendini gC terebilir.

Beyan hatasında, sakatlık iradenin oluşumunda değil, bu iradenin beyanı aşamasında kendini gösterir. Hataya düşen taraf, hata nedeniyle gerçekte i-ıediğinden farklı bir beyanda bulunmaktadır. Esaslı beyan hatası hallerinin en önemli örnekleri BK. m.24/1 bent 1-3'te sayılınıştır[8]. Bunlar, sözleşmenin niteliğinde hata *(error negoıio),* sözleşme konusu şeyde hata *(error in corpore),* sözleşmenin karşı tarafında hata *(error in persona)* ve miktarda hatadır *(error in quantitate).*

Hemen belirtelim ki, kamu ihale sözleşmelerinde taraflardan birinin e5aslı beyan hatasına düşmesi tasavvur edilmesi kolay bir durum değildir. Bu hususun biraz daha açılması yararlı olacaktır:

Daha ziyade saikte hata göz önünde bulundurularak yapılan bu tanım için bkz. **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.6; **Gauch/Schluep/Schmidt**, Nr.761. Karş. ayrıca **Eren,** s. 340: Bu yazar sadece yanlış tasavvuru değil, eksik tasavvuru da, dar anlamda hata tanımı içine almaktadır.

Schmidlin, Art.23/24 OR, N.11 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.762; **Eren,** s. 341.

6 **Eren,** s. 341; **OR-Schwenzer,** Art.23 OR, N.3; **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.16; **Gauch/Schluep/Schmidt/Rey,** Nr.762.

Schmidlin, Art.23/24 OR, N.16; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.763; **OR-Schwenzer,** Art.23 OR, N.3; **Kılıçoğlu,** s. 125.

BK. m.24 hükmünde "beyanda hata" ifadesi kullanılmamaktadır. Ancak söz konusu hükmün birinci fıkrasının 1-3. bentlerinde sayılan durumların beyan hatasına ilişkin olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır: bkz. **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.19; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 816; **OR-Schwenzer,** Art.23 OR, N.2; **Keller/Schöbi,** s. 186/187; **Guhl/Koller,** s. 139/140; **Eren,** s. 345 vd.; **Kılıçoğlu,** s. 127; **Oğuzman/Öz,** s. 82; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 433.

Borçlar Kanununda esaslı hata olarak kabul edilen sözleşmenin niteliğind hata. u.mu ihale sözleşmeleri bakımından söz konusu olmayacaktır. Sözleşmenin niteliğinde hata durumunda, hataya uğrayan taraf. gerçekte yapmak istediğinden farklı nitelikte sözleşme için iradesini beyan etmektedir. İhaleyi açan kurum□ örneğin, aslında alım ihalesi açmayı düşünürken yapım ihalesi açması, bu durumu ihale süreci boyunca fark etmemesi ve ihale karan , ererek gerçekte yapmak istediği satım sözleşmesi yerine bir eser sözleşmesi }apması, pratikte ortaya çıkma ihtimali bulunmayan bir durumdur. İsteklilerin, sözleşmenin niteliğinde hataya düştükleri bir olayı tasavvur etmek ise daha da güçtür. Bunun için aynı idarenin aynı anda örneğin bir yapım bir de alım ihalesi açması, belirli bir isteklinin bunlardan birine katılmayı düşünürken, yanlışlıkla diğerine teklif sunması, bu yanlışlığın tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında dahi fark edilmemesi ve ihale sonucunda sözleşme yapılması ihtimali, hayal gücünün sınırlarını aşan bir senaryo niteliği taşır. Dolayısryla, kamu ihale sözleşmeleri bakımından sözleşmenin hukuki niteliğinde hata halini sadece uygulamada değil, teorik olarak da ortaya çıkması mümkün olmayan bir durum olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

Aynı diişünceler, sözleşmenin konusunda hata haJi bakımından da geçerlidir. Sözleşmenin konusunda hata durumunda, taraflardan birinin sözleşmenin konusunu teşkil eden şeyin aynında hataya düşmesi söz konusudur. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından, örneğin, idarenin ilaç alım ihalesi açacak yerde yanlışlıkla röntgen cihazı alım ihalesi açması ve ihale sonucunda gerçekte kastetmediği bu mal için bir satım sözleşmesi yapması, ya da tam tersine, bu tür bir hataya ihale üzerinde bırakılan isteklinin düşmesi, ortaya çıkma ihtimali bulunmayan bir durumdur. Ancak sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin aynında hata durumunu, sözleşme konusu şeyin niteliklerinde hata hali ile karıştırmamak gerekir. Sözleşme konusu edimin niteliğinde hata bir beyan hatası olmayıp saikte hatadır[9].

Sözleşmenin karşı tarafında hata bakımından da durum farklı değildir. Sözleşmenin karşı tarafında hata halinde, hataya düşen kişinin, karşı tarafın hüviyetinde yanılması ve gerçekte yapmak istediğinden başka bir kişi ile sözleşme yapması söz konusudur. Böyle bir durumun da kamu ihale sözleşmeleri bakımından gerçekleşme ihtimali neredeyse hiç bulunmamaktadır. İsteklilerin, belirli bir kurumun açtığı ihaleye katılmak isterken, örneğin, isim benzerliği nedeniyle başka bir kurumun açtığı ihaleye katılması, bu yanlışlığı ihale süreci boyunca fark etmemesi ve ihaleyi kazanarak sözleşme imzalaması, ya da tam tersine, ihaleyi açan kurumun, ihaleyi (A) firması üzerine bırakmak ve onunla sözleşme yapmak isterken, yanlışlıkla (8) fınnasını

Bucher, AT, s. 200; **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.41O; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 823; **Eren,** s. 346; **Oğuzman/Öz,** s. 82 dn.152.

•□rl"şınc □npınnya davet etmesi ve onunla sözleşme yapması dUşünülcnıcz. ·t '□J..burada da. özleşmenin karşı tarafının kimliğinde hata halini, karşı tarafın özelliklerinde hata ile karıştırmamak gerekir. Sözleşmenin taranarından tıirinin. diğerinin özelliklerinde, örneğin, sözleşmeyi ifa kabiliyeti hakmda hata)a düşmesi. saikte hata olup esaslı hata teşkil ettiği durumlarda ·1'zlcşmenin iptali sonucunu doğurabilir. Kamu ihale sözleşmeleri bakım111-Jsn da önem taşıyan bu durum üzerinde, aşağıda saikte hata incelenirken yeniden durulacaktır.

Miktarda hata durumunda. hataya düşen tarafın borçlandığı edimin mikt3.n kastettiğinden önemli ölçüde çok veya karşı tarafın ediminin miktarı önemli ölçüde azdır. İhaleyi açan kurumun miktarda hataya düşmesi işin niteliği gereği mümkün değildir. Çünkü ihaleyi açan kurumun ihale sonucunda □-a□ılacak kamu ihale sözleşmesi gereği ödeyeceği bedel, ihale sonucunda belırlenecek ve idare bu bedel üzerinden sözleşmeyi yapacaktır. Dolayısıyla idarenin gerçekte kastettiğinden önemli ölçüde farklı bir bedel üzerinden söz.leşme akdetmesi söz konusu olmayacaktır. Kanımca, istekliler açısmdan da mi□'1.arda hata durumunun oerçekleşme ihtimali bulunmamaktadır. Gerçi isteklinin teklifini hazırlarken egerçekte kastettiğinden önemli ölçüde düşük bir teklif sunması söz konusu olabilir. Ancak Kamu İhale Kanununun "aşırı düşük teklifler" başlığını taşıyan 37. maddesi, kamu ihale sözleşmesinin miktarda hataya düşen istekli ile yapılmasına engel olacaktır. Eğer istekli gerçekte kastettiğinden önemli ölçüde düşük bir teklifte bulunacak olursa, bu teklif, diğer isteklilerin teklifine oranla, Kamu İhale Kanununun 37. maddesi anlamında aşırı ölçüde düşük teklif niteliği taşıyacaktır. Bu hükme göre, ihale komisyonu aşırı düşük teklifte bulunan isteklilerden açıklama talep edecek.1ir. Bu açıklamada bulunmayan veya yaptıkları açıklamaları yeterli görülmeyen isteklilerin teklifleri reddedilecektir. İhale komisyonunun açıklama talebinde bulunması üzerine istekli hatayı fark edeceği için, kamu ihale sözleşmesinin hatalı sözleşme bedeli üzerinden akdedilmesi ihtimali de ortadan kalkacaktır.

Borçlar Kanununun 24. maddesinin 3. fıkrasında basit hesap hatalarının düzeltilmesi ile yetinileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla açıkça fark edilen toplama, çıkarma, çarpma ve bölme hataları nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün olmayıp, bunların düzeltilmesi yoluna gidilecektir. Bu duruma ilişkin başka bir düzenleme Kamu İhale Kanununun 37. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır: "En son aşamada, isteklilerin teklif mektubu eki cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Teklif edilen fiyatları gösteren teklif mektubu eki cetvelde çarpım ve toplamlarda aritmetik hata bulunması halinde, isteklilerce teklif edilen birim fiyatlar esas alınmak kaydıyla, aritmetik hatalar ihale komisyonu tarafından re'sen düzeltilir. Yapılan bu düzeltme sonucu bulunan teklif isteklinin esas teklifi olarak kabul

edilir, c bu durum hemen istekliye y:.ızı ile bildirilir. İstekli düzeltilmiş teklifi kabul edip etmediğini tebliğ tarihini izleyen beş giln içinde yazılı olarak bildinnek zorundadır. İ teklinin düzeltilmiş teklifi kabul etmediğini süresinde bildinnesi veya bu silre içinde herhangi bir cevap vermemesi halinde, tı.::klifı değcrlendinne dışı bırakılır ve geçici teminatı gelir kaydedilir." Bu hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere, ihaleyi açan kurumun re'sen düzelteceği hatalar aritmetik hatalardır; hesaplama hatalarının idarece re'sen düzeltilememesi gerekir[10]. Hesaplama hataları nedeniyle sözleşmenin iptalinin mümkün olup olmadığı sorunu üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır.

İhalenin tamamlanması ve kamu ihale sözleşmesinin yapılması esnasında. gerek ihale konusu işin kapsamının gerekse ihale bedelinin önemli ölçüde fazla veya düşük belirlenmesi ihtimal dahilindedir. Hemen belirtelim ki bu tür durumlarda sorununun hata hükümlerine göre değil, emredici hukuk kurallarına aykırılık esaslarına göre çözülmesi gerekir. Yukarıda(§ 7/11/C/3) ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ihale dokümanlarından ve ihaleye esas tekliften esaslı ölçüde sapan sözleşme düzenlenmesi yasaktır. Bu tür durumlarda sözleşme, değişik kısmi butlan esasına uygun olarak, ihale dokümanları ve ihaleye esas teklif üzerinden hüküm ifade edecektir. Dolayısıyla hukuki sonucu itibariyle basit hesap hatalarının düzeltilmesine benzer bir durum söz konusu olacaktır.

Ancak maliyet hesabı hatalarını (kısaca hesaplama hatalarını), gerek miktarda hatadan gerekse basit hesap yanlışlıklarından ayırt etmek gerekir. İsteklinin teklifini hazırlarken maliyet hesaplarını yanlış yapması, örneğin, bazı masraf kalemlerini göz önünde bulundurmaması, kamu ihale sözleşmelerinde de sıkça gerçekleşme ihtimali olan bir durumdur. Fakat maliyet hesabı hataları bir beyan hatası olmayıp, saikte hatadır. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından önem taşıyan bu tür durumlarda iptal hakkının kullanılıp kullanılamayacağı hususu üzerinde de aşağıda saikte hata incelenirken ayrıntılı olarak durulacaktır.

Bir ara sonuç olarak toparlamak gerekirse: Kamu ihale sözleşmeleri, ihale mevzuatında düzenlenen sıkı şekil koşullarına tabi bir ihale süreci sonucunda akdedilen sözleşmeler olduğu için, beyanda hata halinin gerçekleşme ihtimali bulunmamaktadır.

Buna karşılık, hatanın diğer türünü oluşturan saikte hataya kamu ihale sözleşmelerinde de rastlamak mümkündür. Saikte hata, iradenin oluşumu aşamasında kendini gösterir ve hataya düşen tarafın sözleşme yapma iradesi gerçeklere uymayan yanlış bazı tasavvurlar sonucu sakat bir şekilde oluş-

[10] **Rechtsteiner**, P., Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, Ermitlung der Angebotspreise, Vergaberecht 2004, BR-Sonderheft, s. 19/20.

m□k.tn:ıır[11]• Borçlar Kanununun 24. maddesine göre, sözleşmenin yalnız . illerine ilişkin hata esaslı değildir[12]. Saikte hata sebebiyle sözleşmenin iptal t..'Clilebilmesi için. hatanın BK. m.24/1 bent 4'teki temel hatasının unsurlannı taşıma ı gerekir. Bunun için biri sübjektif, diğeri objektif iki şaıtın birlil..te gerçekleşmesi gerekir[1]:ı: Sübjektif şartın gerçekleşmesi için, hataya dü□nin yanlış bir şekilde tasavvur ettiği olay veya durumun, onun sözleşme □ pma iradesinin olmazsa olmaz şaı1ını oluşturması, yani hata ettiği hususlan bit-e□di sözleşmeyi hiç veya bu şekliyle yapmayacak olması gerekir. Objektif şartın gerçekleşmiş sayılabilmesi için ise, hataya düşülen husus, iş ha□atının görüşleri ve dürüstlük kuralı açısından sözleşmenin iptalini haklı gösterecek bir öneme sahip olmalıdır.

Temel hatasından söz edebilmek için, hataya düşülen hususun karşı taraf açısından da sözleşme yapına iradesinin olmazsa olmaz şartı niteliği taşıması gerekli değildir[14]. Temel hatasının mevcudiyeti için, taraflardan birinin sahip olduğu yanlış tasavvurların karşı tarafça da bilinmesi veya bilinebilir bir nitelik taşımasının gerekli olup olmadığı son derece tartışmalıdır. Bir fikre göre. temel hatasından söz edebilmek için, hatanm karşı tarafça bilinmesi \"eya bilinebilir olması şart değildir[15]. Buna karşılık aksi yöndeki görüş taraftarlarına göre, karşı tarafın hataya düşen tarafı sözleşme yapmaya sevk eden saikleri bilmesi veya bilebilecek olması gerekir[16].

Taraflardan birinin hataya kendi kusuru ile düşmüş olması sözleşmenin iptali hakkını ortadan kaldırmaz. Hataya düşen ve sözleşmeyi iptal eden tarafın kusurlu olması sadece BK. ın.26 hükmü gereği karşı tarafın menfi ve hakkaniyet gerektiriyorsa müspet zararlarını tazmin yükümlülüğü doğurur.

---

il **Eren,** s. 342; **Gauch/Schluep/Schınidt,** Nr. 769; **Oğuzman/ŭz,** s. 85.

1:: Niteliği itibariyle bir saik hatası olan hile durumunda sözleşmenin iptali ıçın hatanın esaslı olması şart değildir. Ayrıca vasiyetin iptali için de hatanın esaslı olması şartı aranmamıştır; bkz. **Eren,** s. 343.

13 Temel hatasının bu şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bucher,** AT, s. 206 vd.; **Schmidlin,** Aıt.23/24 OR, N.50 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 776 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 86 vd.; **Eren,** s. 349 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 23 vd.; *aynı yazar,* Hata, s. 86 vd.; **Kılıçoğlu,** s. 130/131; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.430/431.

14 **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N. 67 ve 81; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 780; aksi görüşte **von Tuhr/Peter,** s.314.

15 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 781; **Keller/Schöbi,** s. 169; **Koller,** Nr. 1078 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 89/90.

16 **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.75vd.; **OR-Schwenzer,** Art.24 OR, N.23; **Schwenzer,** Nr. 37.27; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 28 vd.; *ay111 yazar,* Hata, s.160□ **Eren,** s. 351.

Yine BK. m.26 hiikıniine göre karşı taraf hatayı biliyor veya bilebilecek durumda• ıse tazmı•nat borcu doğmayacaktır[17].

Bu şa1 1ların mevcudiyeti halinde gerek ihaleyi açan kurum gerekse ihale üzerinde bırakılan istekli kamu ihale sözleşmesini esaslı hata sebebiyle iptal edebilir. Kamu ihale sözleşmesinin esaslı hata sebebiyle iptalinin söz konusu olabileceği bazı önemli durumların özel olarak incelenmesi yararlı olacaktır.

İlk olarak, ihaleyi açan kurum temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilir. İhaleyi açan kurum ihale konusu işi veya kapsamını belirlerken yanlış bazı varsayımlardan hareket etmiş olabilir. Yukarıda belirttiğimiz sübjektif ve objektif şartların mevcudiyeti halinde idare iptal hakkını kullanabilir. Ömeğin, yapım ihalelerinde, üzerinde inşaat yapılacak arazinin sonradan imara elverişli olmadığının anlaşılması halinde sözleşme temel hatası nedeniyle iptal edilebilir.

İhaleyi açan kurum, sözleşmeyi yaptıktan sonra, ihale bedelinin piyasa fiyatının üzerinde olduğunu belirterek esaslı hata nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilir mi? Bu soruyu olumsuz bir şekilde cevaplandırmak gerekir. Çünkü malın değerine ilişkin hata BK. m.23/24 anlamında esaslı hata teşkil etmemektedir[18]. Bir sözleşmede taraflardan birinin yerine getireceği edim için diğerinin gerçek değerinden fazla ödemede bulunması sorunu gabine ilişkin BK. m.21'de düzenlenmiş olup hata hükümlerinin uygulama alanı dışında kalan bir hususturu[19]. Dolayısıyla ihaleyi açan kurumun bu nedenle sözleşmeyi iptal edebilmesi için BK. m.21'deki şartların gerçekleşmiş olması gerekir ki, yukarıda (§ 9/1) izah edildiği üzere kamu ihale sözleşmeleri bakımından böyle bir durum söz konusu olmayacaktır.

İhaleyi açan kurumun ihale konusu edimin niteliklerinde hataya düşmesi halinde, temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal edip edemeyeceği, hataya ilişkin hükümler ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında yarışmanın mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevaba göre değişecektir. Satım sözleşmeleri bakımından konu son derece tai1ışmalıdır. Bazı yazarlar, kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının malın niteliklerine ilişkin bir hataya düşmesinin de söz konusu olduğu durumlarda, alıcının sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerinde kendisine tanınan hakları kullanabileceğini, buna karşılık hata nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkına sahip olmadığını ileri sürmektedir[20].

---

17 BK.m.26 hükmüne dayalı tazminat talepleri için bkz. ayrıca yuk. § 5/111/8/2.

18 **Bucher,** AT, s. 205/206; **Christ,** Nr. 688; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 785; **Eren,** s. 347.

19 **Bucher,** AT, s. 205/206; aksi görüşte **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 785.

20 **OR-Schwenzer,** Vorbem.zu Art.23-31 OR, N.1O; **Schwenzer,** N.39.41; **Cavin,** P., Kauf, Tausch und Schenkung, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhaltnisse, Bd. Vll/1, Basel und Stuttgart 1977, s. 121; **Kocayusufpaşaoğlu,** Hata, s. 79 vd.; **Koller,** Nr. 1125/1126.

f-;--de-ml fahkeıne tarafından da kabul edilen ve kanımca da üstün tutulması J..t'n diğer bir görüş, alıcının seçimlik olarak irade sakatlığı hükümlerine a a ıha karşı tekeffiil hükümlerine dayanabileceğini kabul etınektedir[21]. tı g<.'riiş k3bul edildiği takdirde, alım ihaleleri sonucu yapılacak kamu ihale kşmelerinde. ihaleyi açan kurum, temel hatasmın unsurlarının mevcudi-)'- i ş.'U11) la. malın niteliğinde hataya düştüğü gerekçesiyle sözleşmeyi iptal e\kbilecektir. İhaleyi açan kunıımm hata hükümlerine başvurması, özellikle ıttmanında muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediği için ayıba karşı J...et1ul hükümlerine göre talepte bulunma imkanına kaybettiği durumlarda biiyük önem taşıyacaktır. ihaleyi açan kurumun, önce ayıba karşı tekeffül hük.ümlerine başvurması ve bu talebinin muayene ve ihbar külfetleri zamamnda yerine getirilmediği için sonuçsuz kalması halinde, temel hatası nedeni) le sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olacaktır. İdarenin önce ayıp hükümlerine başvunnası. BK. ın.31 anlamında sözleşmenin iptali hakkını ortadan kaldıran bir icazet olarak nitelendirileınez[22].

Buna karşılık doktrinde hakim görüş, eser sözleşmelerinde, hata hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışmasını reddetmekte ve münhasıran ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan **GAUCH'a** göre, eser sözleşmelerinde, sözleşmenin konusunu oluşturan eser, sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmadığı için, tarafların üzerinde hataya düşeceği bir şey de söz konusu olmayacaktır. Bu gerekçe sadece, gelecekteki olaylara ilişkin hatanın söz konusu olamayacağınm kabulü halinde bir anlam ifade edip gelecekteki olaylar bakımından da temel hatasının söz konusu olabileceği kabul edildiği takdirde geçerliliğini kaybedecektir. Bu tartışma üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır. Ancak kamu ihale sözleşmeleri bakımından şu hususu tespit edelim ki, dokt-

---

Karş. ayrıca **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.807. Bu görüşü destekleyen ilginç bir düzenleme UNIDROIT tarafından yayınlanan "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları"nın Aıt 3.7 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerde kendisine hukuki sonuç bağlanan bir olaya dayanarak hata nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün değildir.

[21] **Giger,** H., Vorbem. zu Art.197-2 IO, N.6 I vd.; **Bucher,** s. I**93;Guhl/Koller,** s. 393; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 40 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 87, dn. 178; **Eren,** s. 353/354; **von Tuhr/Peter,** s. 31O. BGE 127 111 85; 126 ili 65/66; 11411133 vd.; 10911 322; 108 11104; 10711421; 981120/201. Karş. ayrıca **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.270 vd.

Federal Mahkeme'ye (127 111 83 vd.) ve doktrindeki bazı yazarlara göre, ayıba karşı tekeffül ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olur ve bu nedenle önce ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulmuş olması, BK.m.31 anlamında irade sakatlığı ile ınalül sözleşmeye icazet venne anlamına gelip sözleşmenin iptali hakkını ortadan kaldırır. Bu görüşün ayrıntılı bir eleştirisi için bkz. **Buz,** Eren'e Armağan, s. 313 vd.

rinde hakim olan bu görüşün kabulü halinde, yapım ihaleleri sonucu imzalanan sözleşmelerde ihaleyi açan kurumun yiiklenicinin meydana getirdiği eserin nitelikleri bakımından temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olmayacak, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvunnası gerekecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, karşı tarafın hüviyetinde değil de, özelliklerinde hataya düşülmesi beyan hatası değil saik hatasıdır ve şartları varsa temel hatası nedeniyle sözleşme iptal edilebilir[23]. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından önem taşıyan sorun, ihaleyi açan kurumun, ihaleyi kazanan ve kendisiyle sözleşme yapılan isteklinin ifa giiçliiğü içinde bulunduğunu öğrenmesi halinde temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal edip edemeyeceğidir. !3u sorununun çözümü için hataya ilişkin hükümler ile BK. m.82 ve Kamu ihale Sözleşmeleri Kanununun 17. maddesi arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Taraflardan birinin ifa güçlüğü içinde bulunmasının sonuçları genel olarak Borçlar Kanununun 82. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borç ödemekten aciz olması ve özellikle iflas veya aleyhine yapılan icra takibinin sonuçsuz kalması nedeniyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, alacağı temi-: nata bağlanıncaya kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir ve talebi üzerine teminat uygun bir süre içinde verilmediği takdirde sözleşmeden dönebilir. Doktrindeki hakim görüş, BK. m.82'nin uygulanabilmesi için, ifa güçlüğünün sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerektiğini kabul etmektedir[24]. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüşe göre, borçlunun sözleşmenin kurulduğu anda acz içinde bulunduğu hallerde de BK.m.82 hükmü uygulanır2[5]. Borçlar Kanununun 3 IO. maddesinde de hem ödünç alanın acizlik halinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıktığı, hem de sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmasına rağmen sözleşmenin kurulmasından sonra fark edildiği hallerde, ödünç verenin ödünç konusu edimi ifadan kaçınabileceği hükme bağlanmıştır. Alman Medeni Kanununun § 321. paragrafında 2002 yılında yürürlüğe giren borçlar hukuku reformu ile yapılan deği-

---

[23] **OR-Schwenzer,** Art.24 OR, N.14; **Bucher,** s. 207/208; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 12 ve 22; **Eren,** s. 352; **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.413; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 823; **MünchKomm/Kramer,** 5.Auflage, § 119 BGB, Rnr. 129; **MünchKomm/Emmerich,** 5.Autl., § 321 8GB, Rnr. 35.

[24] **OR-Leu,** Art.83 OR, N.2; **Schraner,** Art.83 OR, N.15; **Yon Tuhr/Escher,** s. 66; **Becker,** Art.83 OR, N.4; **Gauch/Schluep/Rey,** Nr. 2249; **Schwenzer,** Nr. 62.09; **Oğuzman/Öz,** s. 278; **Eren,** s. 958.

[25] **Weber,** Art.83 OR, N.42/43; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 835. Karş. ayrıca **Bucher,** AT, s. 331 dn.68.

□1. lil-.il'. ht''rçhmun sö1lçşmcnin kurulduğu anda nez içinde bulunduğu dunımtılrdn (fa alacaklıya defi hakkını kullaıuna imkfüı tanınmıştır.

BK.m.Sl'nin uygulanabilmesi için borçlunun sözleşmenin kurulınasınd:ın □)OT3 aciz haline düşmesi şartını arayan hakim görüşü savunan yazarlardım tir kısmı. eğer taraflardan biri sözleşmenin kurulduğu anda borcunu ifa etrnek.ten acizse ve alacaklı bunu sözleşmenin kunılmasındaıı sonra fark t'derse. onun ancak hata veya hile nedeniyle sözleşmeyi iptal edebileceğini 1-a1'ul etmek.tedir::[6]. Buna karşılık diğer bazı yazarlar, sözleşmenin kurulduğu anda borçlunun ifa giiciine sahip olmasını, basit bir saik hatası olarak nitele-ııdimıekte ve hata nedeniyle sözleşmenin iptalinin mümkün olmadığını kahul etmektedirler. Bu görüşe göre, eğer borçlunun sözleşmenin kurulduğu anda borcunu ifa gücüne sahip olmaması halinde temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün olsa idi, BK. m.31O hükmünde bu hususun düzenlenmesine gerek kalmazdı[27]. Alınan Hukukunda, BK. m.82'yi karşılayan 8GB § 321 hükmünün uygulama alanı, borçlunun sözleşmenin kurulduğu anda acz içinde bulunduğu halleri de kapsar bir biçimde genişletildiği halde, doktrinde hakim görüş, bu yeni düzenlemenin, sözleşmenin hata sebebiyle iptali imkanını ortadan kaldırmadığını kabul etmektedir[28].

Kanımca, kamu ihale sözleşmeleri bakımından da ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale konusu edimi ifadan aciz olduğu durumlarda, sözleşmenin idare tarafından hata veya hile sebebiyle iptal edilebileceğinin kabulü gerekir. Gerçi alım ihaleleri sonucunda yapılan kamu ihale sözleşmelerinde, ihaleyi kazanan kişinin malvarlığı durumunun sözleşmenin kurulduğu anda kötü olması fazla bir sorun yaratmaz. Çünkü istekli ihale konusu edimi teslim edemediği takdirde, idare ödemezlik defini ileri sürerek ifadan kaçınabileceği gibi temerrüt hükümlerine göre sözleşmeden dönerek tazminat talep edebilir. Aynı şey hizmet ihaleleri bakımından da söz konusu olacaktır. Buna karşılık, yapım ihaleleri sonucu akdedilen kamu ihale sözleşmelerinde, ihale üzerinde bırakılan yüklenicinin daha sözleşmenin kurulduğu anda acz içinde bulunduğu durumlarda, idarenin sözleşmeyi irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkına sahip olmada büyük menfaati bulunmaktadır. İdareden, işin teslim tarihine kadar sesiz kalması ve kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını ondan sonra kullanması beklenemez. İdarenin, daha sözleşmenin kurulduğu anda borçlarını ifadan acz içinde bulunan ve bu nedenle kamu ihale sözleşmesi gereği üstlendiği edimi yerine getiremeyeceği aşikar olan istekli ile sözleşme ilişkisini devam ettirmek zorunda bırakılması, kamu hizmetinin

---

[26] **Becker,** Art.83 OR, N.4; **Oğuzman/Öz,** s. 278; **Eren,** s. 958.

[!7] **Yon Tuhr/Peter,** s. 311; **Schraner,** Art.83 OR, N.15.

[28] Ayrıntılı bilgi için bkz. **MünchKomm/Kramer,** 5.Auflage, § 119 BOB, Rnr. 129; **MünchKomm/Emmerich,** 5. Aufl., § 321 BGB, Rnr. 35.

ii. ....._

aksamasına yol açacaktır. Ayrıca idare, sonradan yenilenecek ihalede fiyat artışları nedeniyle daha fazla bedel ödemekle karşı karşıya kalabilir. İdarenin uğradığı bu zararların tazmini için, borçlarını ifadan aciz olduğu halde ihaleye giren ve sözleşmeyi yapan istekliye başvurması da çoğu zaman işe yaramayacaktır; zira idarenin, lehine hükmedilecek tazminatı, acz içinde bulunan istekliden tahsil etmesi çok güç olacaktır.

İsteklinin sözleşmenin yapıldığı anda acz içinde bulunduğu hallerde, temel hatasının yukarıda belirtilen sübjektif ve objektif şartlarının gerçekleştiği kuşkusuzdur. Çünkü idarenin, isteklinin acz içinde bulunduğunu bilseydi onunla sözleşme yapmayacağı açıktır. Esasen sadece ihaleyi açan kurumun değil, herhangi bir kişinin de, borçlarını ifadan acz halinde bulunan bir kişi ile sözleşme ilişkisine girmek isteyeceği düşünülemez. Bu nedenle objektif şart da gerçeklemiş sayılacaktır.

Ancak isteklinin sözleşmenin kurulduğu anda acz içinde bulunduğu gerekçesiyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, söz konusu mali güçlüğün sürekli bir nitelik taşıması gerekir. Örneğin, ihale üzerinde bırakılan isteklinin senetlerinin protesto edilmesi, düzenlediği çeklerin bankada karşılığının bulunmaması, bankalara olan kredi borçlarının uzun bir süre için ertelenmesi talebinde bulunması, konkordato başvurusu yapması veya ödemelerini durdurması hallerinde acz durumunun varlığmın kabul edilmesi gerekir[9]. Buna karşılık acz halinin geçici bir nitelik taşıdığı durumlarda iptal hakkının kullanılmaması gerekir.

Yüklenicin iflası halinde sözleşmenin feshedileceğini öngören 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17. maddesinin (b) bendindeki düzenlemeye gelince: Bu hüküm kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından sonra yüklenicinin iflas etmesi haline ilişkin özel bir düzenleme olup, irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptaline engel olmadığı gibi, kanımca iflas dışındaki acz durumlarında BK. m.82 hükmünün uygulanması imkanını da ortadan kaldırmamaktadır.

Bu tür durumlarda temel hatası yanında, ayrıca hile nedeniyle de sözleşmenin iptalinin mümkün olabilmesi için, isteklinin sözleşmenin kurulduğu anda içinde bulunduğu acz durumu hakkmda idareye açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğunun kabulü gerekir. Kanımca 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun lO. maddesi göz önünde tutulduğunda, isteklinin böyle bir yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten de bu hükmün 4. fıkrasının (a) bendinde "İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilan eden, işlerini askıya alan veya kendi

---

[29] BK.m.82'in uygulanması bakımından da geçerli olan bu durumlar hakkında ayrıntı bilgi için bkz. **Weber,** Art.83 OR, N.34 vd.; **Schraner,** Art.83 OR, N.12 vd.

il ·sindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan"; (b) ben-Jind' "itfası ilan edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı □ hmndan dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki me,1uat hiikümlerine göre benzer bir durumda olan"; (c) bendinde, "Türki-)□·n,n e)a kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal f\İ\'enlik prim borcu olan"; ve nihayet (d) bendinde "Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan" isteklilerinin ihale dışı bırakılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerden, kamın ko.·uctınun mali yeterliliği bulunmayan isteklilerin ihaleye katılmasını istemediği açıkça anlaşılmaktadır. Gerek bu düzenlemeler, gerekse taraflar arasında kurulan ve kaynağını dürüstlük kuralında bulan güven ilişkisi (ihale ilişJ..isi) göz önünde tutulduğunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmenin yapıldığı anda acz içinde bulunduğu takdirde bu hususu idareye açıklama)iikümliilüğünün bulunduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle temel hata-, yanında idarenin hile hükümlerine dayanarak da sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür[30].

Kamu ihale sözleşmesinin fiyat anlaşması yapan isteklilerden biri ile akdedilmesi veya sözleşmenin rüşvet yoluyla kurulması halinde, genellikle sözleşmenin bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz hile nedeniyle iptali mümkündür. Ancak lehine fiyat anlaşması yapılan veya rüşvet verilen, fakat bu durumu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan isteklinin ihaleyi kazanması ve idarenin onunla sözleşmeyi yapması halinde, sözleşme hile nedeniyle değil, temel hatası nedeniyle iptal edilebilecektir[31].

Acaba ihale sürecinde bazı isteklilerin fiyat anlaşması yapması ancak ihaleyi bu anlaşma ile hiçbir ilgisi bulunmayan bir istekli ile yapılmış olması durumunda sözleşmenin temel hatası nedeniyle iptali mümkün olabilir mi? **CHRIST** bu soruyu olumsuz bir şekilde cevaplandırmaktadır. Yazara göre gerçi bu durumda temel hatasının sübjektif şaııı gerçekleşmiş sayılabilir; zira idare teklif sunanların tekliflerini birbirlerinden bağımsız hazırladıkları ve ihale bedelinin serbest rekabet oıiamında tecelli ettiği varsayımından hareket etmiş olabilir. Ancak bu tür durumlarda temel hatasının objektif şartı da

---

j!) Yukarıda (§ 7 dn.37 civarı) başka bir vesileyle ifade edildiği üzere, "hukukta çifte etkiler" teorisinin kabulü ile birlikte, aynı olayın birden fazla geçersizlik yaptırımını uygulanması sonucunu doğurabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

31 Hemen belirtelim ki, ihaleyi kazanan istekli genellikle, diğer isteklilerin kendi lehine fiyat anlaşması yaptığını ya da rüşvet verdiğini bilir veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumdadır. Ancak diğer isteklilerin veya üçüncü şahısların sırf sonradan ihaleyi kazanan istekliye bir jest yapmak veya ondan bazı çıkarlar elde etmek için bu tür yollara başvurduğu istisnai durumlar söz konusu olabilir.

gerçekleşmiş olmaz; çünkü edimin değerine ilişkin hata esaslı bir hata sayılamaz[31]. Kanımca bu görüşe katılmak güçtür. Çünkü bu tür durumlarda idarenin hataya düştüğü husus, sadece ihale bedeline ilişkin değildir. İdare, fiyat anlaşması nedeniyle ihalede rekabet ortamının tam olarak oluşmadığını bilse idi ihaleyi iptal edip fiyat anlaşması yapanları da ihaleye katılmaktan yasaklayarak ihaleyi tekrarlamak yoluna gidecekti. Örneğin, beş isteklinin katıldığı bir ihalede dört isteklinin fiyat anlaşması yapması, ancak ihalenin bu anlaşmaya katılmayan istekli ile yapılması halinde durum böyledir. Dolayısıyla rekabet ortamının fiilen ortadan kalktığı bu tür durumlarda, kamu ihale sözleşmesinin temel hatası nedeniyle iptalinin mümkün olması gerekir. Buna karşılık, bazı isteklilerin fiyat anlaşması yapmış olmasına rağmen yine de tekliflerin yarıştığı ve bir rekabetten söz edilebildiği durumlarda, sözleşmenin hata nedeniyle iptal edilememesi gerekir. Bu tür durumlara örnek olarak çok sayıda isteklinin katıldığı bir ihalede, 2-3 isteklinin fiyat anlaşması yaptığının sonradan anlaşıldığı, ancak sözleşmenin bu anlaşmaya katılamayan bir istekli ile yapıldığı haller gösterilebilir.

Sadece ihaleyi açan kurumun değil, ihale üzerinde bırakılan isteklinin de, şartları varsa temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür. İsteklinin kamu ihale sözleşmesini temel hatası nedeniyle iptal edebileceği durumlardan en önemlisi, onun teklifini hazırlarken hesaplama yanlışlıkları yapmasıdır. İstekli fiyata etki eden bazı unsurları yanlış hesaplayarak veya hiç göz önünde bulundurmayarak teklifini hazırlamış olabilir. Bu çalışmada kısaca "hesaplama hatası" olarak adlandırdığımız bu durumu ifade etmek üzere doktrinde "gizli hesap hataları" ifadesini kullanan yazarlar da vardır. Gizli hesap hatalarının karşıt kavramıiı ifade etmek üzere ise "açık hesap hataları" ifadesi kullanılmaktadır[33]. Açık hesap hataları, yukarıda da işaret edildiği üzere, basit toplama, çıkarma bölme veya çarpma hatası olup, BK. m.24/111 hükmünde "adi hesap yanlışlığı" olarak adlandırılmış ve yapılan yanlışlığı düzeltmekle yetinileceği hükme bağlanmıştır.

Alman Hukukundaki hakim görüş, gizli hesap hatalarını basit bir saik hatası olarak nitelendirmekte ve hata nedeniyle sözleşmenin iptal edilemeyeceğini kabul etmektir. Bu görüşe göre, icabın hazırlanması sırasında maliyet hesaplarında yanlışlık yapılması, isteklinin risk alanına dahil bir husus olup esaslı hata teşkil etmez[34]. Hatta hatanın karşı tarafça fiilen bilinmemekle

---

32 **Christ,** Nr.688.

33 **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.534 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 12 ve 22.

34 **Pauly,** H., Preisanderung beim baurechtlichen Pauschalpreisvertrag, MOR 1999, s. 1 I04; **Roth,** F., Die Risikoverteilung bei Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) aus vergaberechtlicher Sicht, NZBau 2006, s. 85; **Waas,** B., Der Kalkulationsirrtum zwischen Anfechtung und unzulassiger

:-11ltx'r. furk. iiit'bilir bir nitelik taşıdığı dunımlnrdn da nynı esasın geçerli \ •□ ileri ·ürülmektcdir·□[5]. Hesnplama hatasının karşı tarafça bilindiği du-nr.nl3T3□lince: Bazı yazarlar doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği sözleşme-in h: t3 nedeni) le iptalinin mümkün olması gerektiği kanısındadır[36].

Buna k.arşılık Türk/İsviçre Hukukundaki hakim görüş, gizli hesap hatala-nnm k.ural olarak basit saik hatası niteliği taşıdığını, ancak temel hatasının Ş&thlnnın gerçekleştiği istisnai hallerde sözleşmenin iptal edilebileceğini .,,hul etmektedir[3];. Kanımca bu tür durumlarda hesaplama hatası yapan is-. linin kamu ihale sözleşmesini temel hatası nedeniyle iptal edip edemeye-□i incelenirken. özellikle temel hatasının objektif şartının somut olayda ger\'ekleşip gerçekleşmediğine dikkat edilmelidir. Buna göre isteklinin düş-tüğü hesaplama hatasının, iş hayatının görüşleri ve dürüstlük kuralı açısından _':lzleşmenin iptalini haklı gösterecek bir öneme sahip olması gerekir. Bu ne-denle. örneğin. isteklinin maliyet hesabmda dikkate alınması gereken bir ka-□mi şu veya bu sebeple göz ardı etmesi[38] halinde, temel hatasının objektif şartının gerçekleşmemiş sayılması ve hata nedeniyle sözleşmenin iptalinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekir.

Gelecekteki olaylara ilişkin saikte hata halinde temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptalinin mümkün olup olmadığı, bugün dahi tam olarak çözü-me kavuşturulamamış bir tartışmanın konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi

---

Rechtsausübung - BGHZ 139, JuS 2001, s. 14; **Hartung**, Risiken bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen im Bereich der VOB/A, NZBau 2000, s. 20; **Ingenstau/Korbion/Kratzenberg**, § 19 VOB/A, Rnr. 27; **Larenz/ \Wolf**, § 36, Nr.70, s. 680; **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., § 119 8GB, Rnr. 87a.

:s **flume**, Bd.11, s. 493; **lngenstau/Korbion/Kratzenberg,** § 19 VOB/A, Rnr. 27; BGH NJW 1998, s. 3193; BGH, NJW-RR 1995, s. 1360; BGH, NJW-RR 1986, s. 569/570; BGH, NJW 1980, s. 180. Aksi görüş için bkz. **MünchKomm/ Kramer**, 5. Aufl., § 119 8GB, Rdnr. 123; **Pawloski**, Die Kalkulationsirrtümer: Fehler Z\vischen Motiv und Erklarung, JZ 1997, s. 745.

□ **\Vieser**, Der Kalkulationsirrtum, NJW 1972, s. 709/71O; **Heiermann**, Der Kalkulationsirrtum des Bieters beim Bauvertrag, BB 1984, s. 1840; **lngenstau/ Korbion/Kratzenberg**, § 19 VOB/A, Rnr.32 vd.; **MünchKomm/Kramer**, 5. Aufl., § 119 8GB, Rnr. 123. Aksi görüş için bkz. **Hundertmark**, Die Behandlung des fehlkalkulierten Angebotes bei der Bauvergabe nach VOB/A, BB 1982, s. 19; BGH NJW 1998, s. 3194.

• **Schmidlin**, Art.23/24 OR, N.537; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 18; **Eren**, s. 347; **Gauch/Schluep/Schmidt**, Nr. 841; **Oğuzman/Öz**, s. 83. Bu tür durumlarda dikkate alınmayacak basit bir saik hatası mevcut olduğu gö-rüşünde **Keller/Schöbi**, s. 187; **von Tuhr/Peter**, s. 306.

:;s **Ingenstau/Korbion/Kratzenberg**, § 19 VOB/A, Rnr. 27: Yazarlar bu durumu ..spekülasyon hatası" (Spekulationsirrtum) olarak adlandırmaktadır.

bir süre gelecekteki olnylara ilişkin temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptalini kabul etmemiştir[39]. Ancak daha sonraki bazı kararlarında sözleşmenin kurulduğu anda öngörülebilir olmaları kaydıyla, gelecekteki olayların da temel hatasının konusunu oluşturabileceğine karar vermiştir[40]. Başka bazı kararlarında ise, öngörülebilir nitelikte bu olayların gerçekleşeceğine tarafların her ikisinin de kesin gözüyle bakması şartını aramıştır[41]. Bu karşılık, yeni tarihli kararlarında, taraflardan birinin, karşı tarafça da dürüstlük kuralı uyarınca fark edilebilir bir şekilde, gelecekteki bir olaya hataen kesin gözüyle baktığı durumlarda, temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal edebileceği sonucuna varmıştır.[42].

Sorun doktrinde de tartışmalıdır. Bazı yazarlar, sadece geçmişte veya halen mevcut olaylara ilişkin saik hataların temel hatasının konusunu oluşturabileceğini, gelecekteki olaylara ilişkin hata nedeniyle BK. ın.24/1-4 hükmüne göre sözleşmenin iptal edilemeyeceği kanısındadır[43]. Bu yazarlara göre, sadece geçmişte gerçekleşen veya halen mevcut olan durumlar üzerinde hataya düşülebilir; henüz gerçekleşmeyen, gelecekte ortaya çıkan durumlar hakkında yanılmak mümkün değildir. Ayrıca tarafların gelecekteki olaylara ilişkin beklentilerinin boşa çıkması halinde hata hükümlerinin uygulanması tatmin edici sonuçlar vermez; bu sorunun, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması başlığı altında incelenmesi daha uygun olacaktır[44].

Buna karşılık doktrindeki hakim görüş, bazı sınırlamalarla da olsa[45], gelecekteki olayların da temel hatasının konusunu oluşturabileceği ve bu ge-

---

39 BGE 45 11 322; 66 I 312/313; 91 11280; 10711 150.

40 BGE 41 11 365/366; 79 il 275.

41 BGE 109 il 110/111.

42 BGE 117 il 224; 118 il 300; BGe vom 17.02.2000, Dosier-Nr. 4C.42 l/l999/md, E.3a, BGE vom 29.01. 2002, Dosier-NrAC.236/2002, E.3; karş. ayrıca BGE vom 19.02.2007, Dosier-Nr. 4C.300/2006 /len, E.5.2/3.

43 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.801; **Koller,** Nr. 1113 vd.; **Jaggi/Gauch,** Art.18 OR, N. 61O vd.; **Sulzer,** s. 233 vd.; **Bischoff,** J., s. 144; **Oğuzman/Öz,** s. 88; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 430 vd.; **Sirmen,** s. 95; **Serozan,** Borçlar Hukuku, s. 259.

44 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 80I,802 ve 805; **Koller,** Nr. 1114; **Oğuzman/Öz,** s. 88; **Sulzer,** s. 234 vd.;**Serozan,** Borçlar Hukuku, s. 259.

45 Bu sınırlamalar, genellikle Federal Mahkeme'nin yukarıda dn.42'de zikredilen kararlarında benimsenen esaslardan hareketle getirilmektedir. Buna göre, taraflardan birinin gelecekteki bir durumu hataen kesin olarak kabul etmesi yeterli değildir; bu hususun hataya düşen tarafından sözleşmenin vazgeçilmez şartı olarak kabul edildiğinin doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği karşı tarafça da fark edilebilir olması gerekir.

r-. , "□k sö.ılçşmcnin iptnl edilebileceğini kabul etmektedir[16]. Ancak, gele-
, l..t\'l-l bir husu n ilişkin iyimser beklentilerin, ümitlerin boşa çıkması halin-
'□ tt-md hatası nedeniyle sözleşme iptal edilemez. Ayrıca zarar etme riski tıulunan spekülatif işlemlerde kural olarak temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptaline izin Yerilmemelidir'n.

Kmrnncn bu tartışmada bir tavır almadan önce, gelecekteki olaylara iliş-
1..in temel hatası ile *clmısıula rebus sic stantibıs* ve hukuki işlemlerde "şart" ummlarının karşılaştırılması yararlı olacaktır.

Clausula rebus sic stantibus esasına göre, taraflar sözleşmenin kurulduğu oda mevcut olan şartların değişmeyeceği varsayımından hareket eder ve bu şartlarda tarafların önceden öngöremedikleri bir değişiklik meydana gelmesi (İşlem temelinin değişmesi veya çökmesi) durumunda, sözleşmenin değişen bu yeni şartlara uyarlanması gerekir. Gelecekteki olaylara ilişkin saik hatası ne-deniyle sözleşmenin iptalinin mümkün olmadığını kabul eden birinci görüş çerçevesinde, hata hükümleri ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması arasındaki fark son derece açıktır: Temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptali. sadece geçmişte gerçekleşen veya halen mevcut olan hususlara ilişkin saikte hata hallerinde mümkün iken, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler bakımından sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması bakımından geçerli olan esaslar uygulanacaktır. Buna karşılık, gelecekteki olaylara ilişkin saik hatalarının da temel hatasına konu oluşturabileceğine ilişkin doktrindeki hakim görüş kabul edildiği takdirde, her iki kurum arasındaki fark bir ölçüde belirsiz hale gelmektedir. Gerçi hakim görüşü savunan yazarlardan bazıları, kendi görüşlerinin kabulü halinde dahi her iki kurum arasında bazı farkların mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, işlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin değişen duruma uyarlanabilmesinden söz edebilmek için, ileride gerçekleşen olayların sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemez bir nitelik taşıması gerekir. Oysa ilerideki olaylara ilişkin temel hatasında taraflar -veya karşı tarafça da fark edilebilir biçimde bunlardan en azından biri-, ilerideki olayı öngörmekte ve bunun gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakmaktadır. Bir diğer fark olarak ise, temel hatasının sözleşmenin kuruluşu aşamasına ilişkin bir sakatlık durumu oluşturmasına karşılık, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının sözleşmenin ifasına ilişkin bir mesele olduğu ve bunun için her türlü sakatlıktan ari, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin mevcudiyetinin gerektiği gösterilmektedir[48].

---

[45] **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.I92 vd.; **Bucher,** AT, s. 204 vd.; **OR-Schwenzer,** Art.24 OR, N. l9; **Schwenzer,** Nr. 37.33; **Keller/Schöbi,** s. 169/170; **Kramer,** lrrtum, s. 79 vd.; **von Tuhr/Escher,** s. 256; **von Tuhr/Peter,** s. 313 dn. 44; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 25 vd; **Eren,** s. 353.

[47] **OR-Schwenzer,** Art.24 OR, N. 27; **Schwenzer,** Nr. 37.37.

[48] **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.240-242.

l·-kr iki kurum nrnsında mevcut olduğu ileri sllrülcn bu fi:ırklardan üzcl-liklc ilki göz öniindc tutulduğunda, ortaya □öyle bir tahlo ortaya çıkacaktır: özleşmenin kurulması csnasmda öngörülebilir olmakla beraber laranarın öngöremediği olaylar bakımıuıdan işlı.:ın lcınclinin çökmesi esası uygulanacak \-e öngörülebilir nitelik taşıyan hususları öngöremeyen taraf sözle□ınenin değişen şaı1lara uyarlanmasını isteyemeyecek, örneğin, sözleşmenin sona erdirilmesi ve sözleşme süresi ya da bedelde değişiklik yapılmasını talep etme hakkına sahip olamayacaktır. Buna karşılık, aynı taraf yine aynı hususu öngöıınüş. fakat olayların gelecekte kendi düşündüğü tarzda gelişeceğine kesin gözüyle bakarak sözleşmeyi yapmış ise, hakim görüş kabul edildiği takdirde, temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı kazanacaktır. Onun gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi olayların düşündüğü tarzda cereyan etmeyeceğini fark edecek olması dahi durumu değiştirmeyecektir. Çünkü böyle bir durum en fazla ona kusur olarak atfedilebilir ki, BK. m.26 hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, bir kimsenin kusuru ile hataya düşmesi sözleşmeyi iptal etmesine engel olmamakta, sadece onu karşı tarafın zararlarını tazmin yükümlülüğü altına sokmaktadır. Temel hatasının objektif şartı da bu sonucun ortaya çıkmasına engel olmada yetersiz kalacaktır. Çünkü ticari doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği araştırılacak husus, hataya düşenin böyle bir hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı değil, hataya düşülen hususun sözleşmenin iptalini haklı gösterip göstermeyeceğidir. Aksi bir görüşün kabul edilmesi halinde, hataya düşenin kendi kusuru ile hataya düştüğü her durumda, temel hatasının objektif şaı1ının da gerçekleşmemiş sayılmasını gerektirir ki, biraz önce belirtildiği üzere BK. m.26 hükmü böyle bir yoruma engeldir.

Kanımca ortaya çıkan bu tablo kabul edilemez bir nitelik taşımaktadır. Sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olan bir durumu öngöremeyen tarafın, işlem temelinin çökmesi esasına göre sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkına sahip olamaması; buna karşılık gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı olayların kendi beklentilerine uygun cereyan etmeyeceğini fark edecek olmasına rağmen bu hususa kesin gözüyle bakarak sözleşmeyi yapan tarafın bu sözleşmeyi temel hatası nedeniyle iptal imkanına sahip olmasını ikna edici bir şekilde izah etmek mümkün olmayacaktır.

Gelecekteki olaylara ilişkin temel hatası ile hukuki işlemlerde şart kurumunun karşılaştırılması da, doktrindeki hakim görüşe karşı benzer kuşkuları uyandıracak sonuçlar oıtaya çıkarmaktadır. Her iki kurum arasındaki farkı açıklayan yazarlara göre, şart durumunda ilerideki olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir durumdur. İlerideki bu olayın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre, hukuki işlem ya hiç hüküm ifade etmeyecek (geciktirici şart) veya hukuki işlem hükümden düşecektir (bozucu şart). Oysa gelecekte-

i (,layl:ırn ilişk.in temel hntnsınd:ı, ilerideki olay, hataya düşenin öngördllğii , ,. gerçekleşeceğine hemen hemen kesin gözüyle baktığı bir olaydır'[19].

1lcrideki olnyın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değil ve taranar bu :hırunmn furkında ise, hukuki işlemin bu olaya bağlı olarak hükiiın ifade f'm1esi , e) n hükümden diişmesi için söz konusu olayın hukuki işlemde bir □ r1 olarak karnrlaştırılması gerekli iken, aslında ne şekilde cereyan edeceği hdli olmadığı halde, taraflardan birinin hatalı olarak belirli bir olayın kendi beklentisi doğrultusunda gerçekleşeceği varsayımından hareket ederek sözle□meyi yapması halinde, temel hatası nedeniyle iptalin mümkün olması, s□m şekilde izahı mümkün olmayan bir sonuçtur.

Kanımca bu gerekçeler göz önünde tutulduğunda, gelecekteki olaylara iliş"in temel hatasının olamayacağı görüşüne üstünlük tanımak gerekir. İleride gerçekleşecek olaylar bakımından işlem temelinin değişmesi veya çökmesi bakımından geçerli olan esasların uygulanması daha doğru olacaktır[50].

Schmidlin, Art.23/24 OR, N.216 vd.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.4.1984 tarihli (E. 1984/11-139; K. 1984/426) kararında, bir alım ihalesinde ihaleyi açan kurumun (Toprak Mahsulleri Ofisi), Maliye Bakanlığının döviz tahsis etmemesi ve bu nedenle ödemede bulunamaması halinde sorumluluğu tartışılmıştır. Yargıtay bu kararında sorunu esaslı hatanın mümkün olup olmadığı noktasından incelememiştir. Hemen belirtelim ki, yukarıda belirtilen hakim görüş kabul edildiği takdirde, bu olayda sözleşmenin gelecekteki olaya ilişkin saikte hata nedeniyle iptali mümkün olacaktır. Buna karşılık Yargıtay, sorunu "şart", "beklenilmeyen haller" ve "kusurlu imkansızlık" açısından değerlendirmiş ve her üç kurumun da ihtilaf konusu somut olayda söz konusu olmadığını belirterek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkemenin gerek gerekçeleri gerekse sonucu açısından son derece isabetli bu kararının aıılan hususlara ilişkin kısımlarının aynen aktarılması yararlı olacaktır:

·'Davalı TMO., davaya karşı iki savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi; akreditifi açacak, akreditifin açılmasına izin verecek merciin başka olduğu (Maliye Bakanlığı); sözleşmede de ödemenin akreditifin açılması şartına bağlı bulunduğu, bunun bir taliki şart olduğu, yetkili merciin akreditifin açılmasına izin vennemesi nedeniyle taliki şart gerçekleşmediği cihetle sözleşmenin, BK. nun 149. maddesi gereğince, hüküm ifade etmediğidir. Ancak, sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açılacak akreditifle yapılacağına ilişkin hüküm, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisi ve bunun üzerine yapılacak döviz transferiyle ilgili olmayıp, uluslararası ticarette genellikle kullanılan vesikalı akreditif işlemini ifade etmekte olup, bu nedenle sadece ödemenin zaman ve şeklini gösteren bir hükümden ibarettir ve bu itibarla taliki şartla yakından uzaktan bir ilişkisi mevcut değildir.

Öte yandan, döviz transferinin Maliye Bakanlığının müsaadesine bağlı olduğu hususunu yabancı satıcını da bildiği veya bilmesi gerektiği yönü de durumu değiştinnez. Çünkü, bu yabancı satıcının, TMO.'nun buğday ithalatını ihaleye çı-

kardığını göıilnce. gerekli döviz transfer müsaadesinin TMO. tarafından alınmış olduğunu düşünmesi gayet normaldir. Esasen ihale ilanının 1. maddesindeki, ihalenin serbest dövizle yapılacağına ilişkin hüküm de satıcıda bu fikrin uyanması için diğer bir nedendir.

Bundan başka, her iki tarafın, buğday bedelini transferinin Maliye Bakanlığı'nın iznine tabi olduğunu ve ileride Maliye Bakanlığı'nın, belki de bu izni vermeyeceğini bilmeleri de durumu etkileyecek nitelikte değildir. İşin yapılmama ihtimali olduğunu tarafların bilmeleri, işin kendiliğinden bir şarta muallak olmasını gerektimıez; sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf bunu açıkça, şart olarak sözleşmeye koymalıdır; taraflardan biri, belki edimini yerine getiremeyeceğini bilerek bir borç altına girerse tehlikeyi üzerine almış olur ve bunun doğan sonucu olarak da, borcun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur.

Bütün bu nedenlerle, davalının taliki şart savunması gözönüne alınamaz. Nitekim, ne mahkeme, ne de Özel Daire bu savunma üzerinde durmamıştır.

Davalı TMO.'nun ikinci savunması ise, (... Türk mevzuatı gereğince döviz tahsislerinin Maliye Bakanlığı'nca yapıldığı, bu halin ise BK.nun 117. maddesindeki imkansızlık durumunu doğurduğu, bütün samimi ve ciddi uğraşılarına rağmen Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesinde kendilerinin bir kusuru da bulunmadığı, bu nedenle bu madde hükmü gereğince borcun ortadan kalktığı) hususuna ilişkindir.

Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, özellikle bu ikinci savunma üzerinde yoğunlaşmış; mahkeme bu halin bir (kusursuz imkansızlık doğurduğunu kabul etmiş, Özel Daire ise; (... olayda bir imkansızlığın mevcut olmadığı, olsa bile davalının bu imkansızlığın doğumunda kusurlu bulunduğu ve bu nedenle, davalının döviz transfer edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olduğu ve davacının, diğer koşulları varsa, tazminat isteyebileceği...) görüşünü benimsemiştir.

Bilindiği ve gerek öğretide, gerekse uygulamada oybirliği ile benimsediği üzere, BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkansızlığın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte var olması gerekmektedir. Bunlar da; imkansızlığı doğuran olay veya durumun sonradan meydana çıkması; bunun önceden tahmin edilemez ve önlenemez olması; bu imkansızlığın doğumuna borçlunun kendi fiili (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunması koşullarıdır.

Davalının savunduğu gibi, olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilememektedir. Nitekim, olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, Maliye Bakanlığı'nm bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nın yetkilerinde sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni bir mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonradan çıkmış bir imkansızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenilmeyen bir hadise olarak da nitelendirilemez. Gerçekten, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nm döviz tahsis etmesi için büyük çabalar harcamıştır. Ancak, bu yeterli değildir. Türk mevzua-

Ru n(,lı.t:\da kamu ihale sözleşme inin yapılmasından sonra idari yargıda iM)' işkmlt-rine ilişkin olarak verilen bir iptal kararının, taraflara sözleşme-□i remd hatası nedeniyle iptal etme yetkisi verip veremeyeceği sorununun ı□□.n incelenmesi yararlı olacaktır. Hata nedeniyle sözleşmenin iptalinin *:□:f* □e gt.--çmişte gerçekleşen veya halen mevcut olaylar bakımından ınüm-1-iin olabileceğini kabul eden ve kanımca da üstün tutulması gereken görüş bul edildiği takdirde, sorunun cevabı açıktır: İhale işleminin iptali, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen bir olay olduğu için, esaslı hata ned□b le özleşmenin iptali mümkün olmayacaktır. İdari yargıda verilen iptal 3rannın geçmişe etkili sonuçlar doğurması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Kanımca gelecekteki olaylara ilişkin saik hatalarının da temel hatasına ı.."\nu olabileceğini ve sözleşmenin iptalinin mümkün olduğunu kabul eden haJ..im görüş açısından da aynı sonuca ulaşılması gerekir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, bir olay ve duruma ilişkin düşünce ve tasavvurun doğruluk n□ gerçekliği hakkında şüphe varsa, hata söz konusu olamaz[51]. İhale işlemlerinin büyük çoğunluğuna karşı idari yargıda iptal davası açıldığı ülkemizde,

---

tını ve özellikle Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten iyi bilmesi ve basiretli ve tedbirli bir tacir olarak davranması gereken davalı TMO., Bakanlığın yetkisini kullanarak döviz tahsis etmeyebileceğini düşünmek ve sözleşmeye ona göre hüküm koymak durumundadır. Nitekim, bu uyuşmazlıktan sonra yaptığı sözleşmelere davalı TMO., "Türkiye'deki yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde, alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir" hükmünü koymuştur. Sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilemeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilemeyen bir faktör olarak dayanamaz.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi bir imkansızlık olarak kabul edilse dahi, bu imkansızlığın doğumuna davalı TMO. kendi fiiliyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği gibi, Türk ithalat rejimini ve Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO. Buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptıılabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsis şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir.

O halde, olayda, BK.nun l 17. maddesi anlamında bir imkansızlıktan veya kusursuz bir imkansızlıktan söz etmek olanaksızdır. "(Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi 1985/3, s. 326).

51 Bkz. yuk. dn.6'da zikredilen yazarlar.

kamu !!ıa□ □özleşmesinin taraflarını_n bu ihtimali hiç düşünmediğini söylemek güçt□r.• □□nze-r□erekçeler_le, ıdari yargıda verilen iptal kararının "işlem tcmel□n□n ç□kmes! 'olarak nıtelendirilınesi de mümkün değildir. Zira işlem temelının çokmesınden söz edilebilmesi için, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların önemli ölçüde değişmiş olması ve şartlarda meydana gelen bu değ!şikliğin taraflarca başlangıçta öngörülmesinin mümkün olmaması gerekir[5]-'. Tekrar belirtelim ki, ihale işlemlerinin idari yargıda iptali ihtimali, kaı!)u ihale sözleşmesinin yapıldığı anda öngörülemeyecek bir durum değildir[:ı-l].

---

[52] Bu noktada tarafların, özellikle de ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatı hükümlerini yanlış yorumlamalarının BK. m.24/1-4 anlamında temel hatası sayılıp sayılamayacağı sorusu akla gelebilir. Sorun doktrinde son derece tartışmalıdır. Bazı yazarlar, gerek belirli bir olaya uygulanacak hukuk kuralının farkında olunmaması, gerekse ilgili kuralın ve sonuçlarının yanlış yorumlanmasının basit bir saik hatası olduğu ve hiçbir durumda sözleşmenin iptali yetkisi vermeyeceğini kabul etmektedir; bkz. **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.783. Buna karşılık bazı yazarlar, hukuki hataların kural olarak, temel hatası niteliği taşımadığı kanısındadır; bkz. **OR-Schwenzer,** Art.24, N.29; **Schwenzer,** Nr.37.37; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 36, Nr. 52; *aynı yazar,* Hata, s. l 15: Yazar bu eserinde, kanunu bilmediğini veya yanlış yorumladığını iddia eden kişinin bu iddiasının inandırıcı olması gereği gibi ispat edilmesinin zayıf bir ihtimal olduğunu, hakimin bu konuda dikkatli ve sıkı davranması gerektiğini belirtmektedir. Karş. ayrıca **Oğuzman/Öz,** s. 86/87 dn. l 74: Bu yazarlar ise, hukuki hatanın esaslı hata niteliği taşıyabileceği görüşü kabul edilse dahi, özellikle sözleşmenin karşı tarafını koruyan bir hükmün bilinmediği gerekçesiyle iptalin mümkün olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Sorunu oldukça ayrıntılı bir biçimde tartışan yazarlardan **Schmidlin** ise, kanunun bilinmemesi hali ile onun hukuki sonuçlarının yanlış değerlendirilmesi halini birbirinden ayırdederek incelemektedir. Yazara göre, belirli bir kanun hükmünün bilinmemesi kural olarak temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptali hakkı vermez. Bu kuralın istisnası sadece, uzman kişilerin bilebileceği kanun hükümleri bakımından kabul edilebilir. Kanunun meydana getireceği hukuki sonuçlarda hata edilmesi halinde ise, yazar yeniden bir ayrım yapmaktadır. Buna göre emredici nitelikteki kanun hükümlerinin sonuçları bakımından hataya düşülmesi asla temel hatasının konusunu oluşturamaz. Buna karşılık, düzenleyici nitelikteki kanun hükümlerinin sonuçlarında hata durumunda, temel hatasının şartları mevcut olduğu takdirde, sözleşmenin iptali mümkün olmalıdır; bkz. **Schmidlin,** Art.23/24 OR, N.327 vd. ve N.339 vd. Alman Hukukundaki tartışmalar için bkz. **Larenz/Wolf,** § 36, Nr. 81 vd, s. 682/683; **MünchKomm/Kramer,** 5. Aufl., Rnr. 82 vd.

[53] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren,** s. 436 vd.; **Schwenzer,** Nr.35.04 vd.; **OR-Wiegand,** Art.18 OR, N.99 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.1288 vd.

[54] Doktrinde sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan hukuki durumun sonradan değişme ihtimalinin, taraflarca öngörülebilir bir durum olduğu kabul edilmekte-

H ta :-□hd i) le kamu ihnlı.! sözleşmesinin iptaline ilişkin açıklaınalarınıı-
1! □,n \'nrn.xkn önce bir hususun vurgulanınnsıııda ynrar vardır: Burada
,•,.. :hp.imi7 St)rtlll, kamu ihnle sözleşırn:sinin hata nedeniyle iptal edilip
dit m □ 'eğidir. Ancak gerek ihaleyi açan kunınıun, gerekse ihaleye teklif
ı ıın İ'td,lilerin) ukarıda incelediğimiz anlamda esaslı bir hataya düşmeleri
, Mı durumu. kanrn ihale sözleşmesinin yapılmasından önce fark etmeleri
müm ündür. İhnleyi açan kurumun esaslı hataya düşmesi ve bunu sonradan
l'tm i halinde ihale işlemini iptal etmesi gerekir. İsteklilerin de teklifle-
rim hazırlarken esaslı bir hataya düşmeleri halinde, tekliflerini iptal etmeleri
imim ündür. İsteklilerin ihaleye teklif sunmaları hukuki niteliği itibariyle
tı □ i aptır ve diğer tek taraflı diğer hukuki işlemler gibi, icap beyanının da
, :lı hata sebebiyle iptal edilebileceği hususunda tereddüt bulunmaınakta-
tirr'---. -4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 30. maddesinin son fıkrasında yer
alan. "'H•rilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç herhangi bir se-

---

dir. Örneğin **Schwenzer** bu konu ile ilgili olarak şunları yazmaktadır: "Sözleşmenin uyarlanmasının sadece sözleşmenin kurulması anında öngörülemeyen durumların varlığı halinde mümkün olacağı hususunda görüş birliği vardır (BGE 101 11 17. 21). Öngörülebilir olaylar bakımından, bundan etkilenen kişinin sözleşmeye bu hususta kayıt koyarak önlem alma imkanı mevcuttur. Bu nedenle, normal fiyat artışları, enflasyon, döviz kurlarındaki değişmeler veya kanun değişiklikleri dikkate alınmayacaktır."; bkz. **Schwenzer,** Nr.35.08; Benzer ifadelere **Kaplan'da** da rastlamak mümkündür. Bu yazar şöyle yazmaktadır:"Buna karşılık normal pahalılık, ekonomik konjuktürdeki sallantılar, para değerinin düşmesi ve normal hava şartlarındaki değişiklikler ve mevzuattaki normal düzenlemeler önceden tahmin edilebilir nitelikte sayılır."; Bkz. **Kaplan,** i., Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1989, s. 15. **Bischoff** da, kanunlarda sonradan meydana gelen değişikliklerin kural olarak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme yetkisi venneyeceğini belirtmektedir. Ancak olağan dışı, hiç beklenmeyen kanun değişiklikleri halinde sözleşme uyarlanabilir. Bu yazara göre, aynı esas içtihatlarda meydana gelen değişiklikler bakımından da geçerlidir. Buna göre, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanabilınesinin istenebilmesi için,) erleşik içtihatlarda beklenmeyen ve öngörülebilmesi mümkün olmayan değişikliklerin olması gerekir; bkz. **Bischoff,** J., s. 188/189; benzer görüşte **OR-Wiegand,** Art.18 OR, N. I0354. İsviçre Federal Mahkemesi de 24 Nisan 2001 tarihli kararında konuyla ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir: "İçtihatlara göre, tarafların uzun süreli sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan şartların sonradan değişebileceğini hesaba katmaları gerekir. Bu nedenle kanunlarda meydana gelecek değişiklikler kural olarak öngörülemez nitelik taşımaz. Federal Mahkeme'ye göre, uyarlama ancak, tarafların bir kanun değişikliğini öngörebildiği, ancak bunun türünü, kapsamını ve sözleşmeye etkisini kestiremedikleri durumlarda söz konusu olabilir; bkz. BGE 127 ili 305. Alman Hukukuna ilişkin olarak bkz. **Bitterich,** NJW 2006, s. I849.

55 Bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 453 ve orada dn.30'da zikredilen yazarlar.

beple geri almmaz ve değiştirilemez" şeklindeki düzenleme, tekliflerin irade sakatlığı nedeniyle iptali imkanını ortadan kaldırmamaktadır[56]. Ancak bu Hir durumlarda gerek idarenin, gerekse isteklilerin hatayı fark etmiş olmalarına rağmen ihale işlemlerine devam etmelerinin iptal hakkının kullanılması imkanını ortadan kaldıran BK. m.31 anlamında icazet sonucu doğuracağı hususuna dikkat edilmelidir. Hata, hataya düşenin kendi kusurundan kaynaklanmış ise, iptal hakkını kullanan taraf, karşı tarafın uğradığı zararları BK. m.26 hükmüne ve yukarıda(§ 5) belirlenen esaslara göre tazmin etme yükümlülüğü altına girecektir.

[56] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.09.1999 tarihli (E. 1999/2255; K. 1999/7015) kararında, tekliflerin de hata sebebiyle iptalinin mümkün olduğu esasından hareketle, hatanın şartlarının mevcut olup olmadığı tartışılmıştır. Karara konu olan olayda, teklif veren düşük teklif verdiğini sözleşmenin yapılmasından önce fark etmiş, ihale üzerinde bırakılmış olmasına rağmen sözleşmeyi yapmaktan kaçınmıştır. İdarenin teminatı irat kaydetmesi üzerine isteklinin açtığı davada verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay, şu değerlendinnelerde bulunmuştur: "Davacı, kendisine ait teklif mektubunda yazılı miktarlar ile diğer teklif verenler arasında rekabet gereklerine uygun düşmeyen ölçüde büyük farklar bulunduğunu ileri sürerek Borçlar Kanunu'nun 24. md.nin 3. bendinde belirtilen anlamda miktarda hataya düştüğünü, bu nedenle sözleşmeyi imzalamaktan kaçınmakta haklı olduğunu öne sünnektedir. Mahkemece ise, davacıya en yakın teklif miktarlarının önemli fark taşımadığı görüşüyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, ton başına verilen fiyatlardaki farkın toplam taşıma hacmi içinde önemli bir yekun oluşturduğunun kabulü gerektiği gibi, davacının vermeyi düşündüğünü bildirdiği fiyatların üzerinde teklif veren ihale katılımcılarının bulunduğu da ihale dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılan inceleme ve araştınna uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme ulaştırılabilmesi için eksiktir. Seçilecek bir taşımacılık uzmanı bilirkişiden, ilgili dönem taşıma maliyetleri, yörede ucuz yakıt temin olanağı, varma yerinden Muş'a dönüşlerde yük bulma olasılığı gibi olgular da gözönüne alınarak maliyet ile teklif fiyatları arasında makul kazanç sağlayıcı fark bulunup bulunmadığı, yöresel taşıma faaliyetleri verilerine nazaran davacının verdiği fiyatlar ile kasdettiğini bildirdiği fiyatlar arasında rekabet gerçekleri ve ticari teamüllere aykırı biçimde önemlice fark olup olmadığı hususlarında ayrıntılı ve kapsamlı rapor alınıp değinilen olgular değerlendirilerek davacının kasdettiği ve bildirdiği ivaz arasındaki farkın esaslı hata ve bunun sonucunda da sözleşmeyi imzalamaktan kaçınmaya esas oluşturacak mahiyette olup olmadığının saptanması ve oluşacak durum çerçevesinde karar verilmesi gerekirken, değinilen yönler irdelenmeden karar verilmesi doğru görülmemiştir.." (Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

B) HİLE ı'(.' *TEHDİT*

Bo□lar Kanunumuzun 28. maddesinde hile, 29 ve 30. maddelerinde tehdit dil "nlenıniştir. Ayrıca öğretide de, hile ve tehdit birer iptal sebebi olarak 1ıyn h.ışhklar altında incelenir. Bu çalışmada hile ve tehdidi aynı başlık alnnJa incelememizin sebebi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun : L maddesi \'e -1734 sayılı Kanunun 17. maddeleridir. Yukarıda değişik ve--sılekrle tekrarlandığı üzere Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. ınaddt-sinde. yüklenicinin[57], ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fül ,eya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilm ·i sözleşmenin feshi sebebi olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanununun yasak fiil ve davranışları düzenleyen 17. maddesinde ise, a) bendinde " Hile. \'aat tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet sureti) le veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek"; b) bendinde "İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, re**kabeti** veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak"; c) bendinde -Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek'□; d) bendinde "Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olara□ asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek" yasaklanmıştır. Görüldüğü gibi, bu hükümlerde hile ve tehdide ek olarak ihaleye fesat karıştırılması başlığı altında fiyat anlaşmaları ve rüşvet ile başka bazı durumlar da açıkça iptal sebebi olarak hükme bağlanmıştır. Bu nedenle Borçlar Kanununda düzenlenmeyen bu durumların, hile ve tehdit başlığı altında ve bunlarla olan ilişkilerine de değinerek incelenmesinin yararlı olacağı kanısındayım.

Aşağıda kamu ihale sözleşmelerinin, Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde "ihaleye fesat karıştırmak" üst başlığı altında toplanan bu sebeplerden sadece hile, tehdit, fiyat anlaşması veya rüşvet sebebiyle iptali incelenecektir. Ancak bu konudaki açıklamalara geçmeden önce Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi ve Kamu İhale Kanununun 17. maddesin-

---

[57] Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde fesihten söz edilmiş olmasına rağmen burada söz konusu olan hakkın, iptal hakkı olduğu, aşağıda irade sakatlıklarının sonucu başlığı altında ayrıca incelenecektir. Ancak söz konusu hükümde eleştirilecek tek terminolojik hata bundan ibaret değildir. Ayrıca maddede, ihale üzerinde bırakılan ve kendisi ile kamu ihale sözleşmesi yapılan istekliyi ifade etmek üzere "yüklenici" ifadesi kullanılmıştır. Türk hukuk uygulamasında yüklenici, eser sözleşmelerinde yapım işini üstlenen tarafı, yani müteahhidi ifade eden bir kavram olup, alım veya hizmet ihaleleri sonucunda imzalanan kamu ihale sözleşmelerinin karşı tarafını oluşturan istekliyi ifade etmek bakımından uygun düşmemektedir.

de sayılan iptal sebeplerinin değerlendirilmesi ve bu hükümler ile Borçlar Kanununun hile ve tehdide ilişkin hükümleri arasındaki ilişkinin açıklığa kavuştunılması yararlı olacaktır.

İlk olarak belirtelim ki, Kamu İhale Kanununun 17. maddesinin (b) ve (c) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlar ve dolayısıyla iptal sebepleri gereksizdir. Gerçekten de bu maddenin (a) bendinde ihaleye fesat karıştırılması üst başlığı altında, (b) ve (c) bendinde sayılan sebepleri de kapsayacak geniş bir düzenleme yer almaktadır.

Bu hükümlerle, Borçlar Kanununun hile ve tehdide ilişkin hükümlerini arasındaki ilişkiye gelince: Kuşkusuz Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi Borçlar Kanununun 28-30. maddelerine göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Ancak bu genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gereken bazı yönleri bulunmaktadır.

Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde, sadece bazı fillerin işlenmesi değil, bunlara teşebbüs edilmesi de yasaklanmıştır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde, genel bir ifadeyle isteklinin, ihale dönemindeki yasak fiil ve davranışlarının bir iptal sebebi teşkil edeceği öngörülmüştür. Bu nedenle Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde belirtilen fiillere teşebbüs edilmiş olmasının da bir iptal sebebi oluşturup oluşturmayacağı sorusu akla gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle, idarenin iptal hakkını kullanabilmesi için isteklinin, Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde sayılan fiilleri işlemiş olması mı aranacaktır; yoksa bu fillere teşebbüs dahi iptal için yeterli mi sayılacaktır?

Borçlar Kanunu açısından değerlendirildiğinde hile ve tehdit sebebiyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için bu eylemlerin teşebbüs aşamasında kalmayıp tamamlanmış olması gerekir. Çünkü aşağıda da değinileceği üzere, iptal hakkınm kullanılabilmesi için hile ve tehdit ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Başka bir deyişle, sözleşmenin kurulması, hile veya tehdit yoluyla sağlanmış olmalıdır. Oysa teşebbüs aşamasında kalmış bir hile veya tehdit fiili ile sözleşmenin kurulmasına yol açılması söz konusu olamaz. Acaba Kamu ihale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde, Kamu İhale Kanununun 17. maddesine yapılan genel atıf ile Borçlar Kanunu açısından geçerli olan bu esas terk mi edilmiştir?

Kanımca bu sorunun olumsuz bir şekilde cevaplandırılması ve kamu ihale sözleşmeleri bakımından da iptal hakkının kullanılabilmesi için hile veya tehdit ile sözleşmenin kurulması arasında bir illiyet bağının mevcudiyeti şartının aranması gerekir. Kamu İhale Kanununun 17. maddesi hükmü ihaleye katılan tüm isteklilere yasak getiren bir hüküm olup asıl yaptırımı, maddede sayılan eylemlerde bulunan veya bulunmaya teşebbüs eden isteklilerin ihale dışı bırakılmasıdır. Başka bir deyişle, sadece yasak fiil ve davranışlarda bulunan istekliler değil, bu fiillere teşebbüs edenler de ihale dışı bırakılacaktır.

. rx□"- □3□ak. fiil ,e davranışlar tamamlanmamış. teşebbüs aşamasında kalnuş ise. k.urnl olarak, bu husus sonradan idare tarafmdan sözleşmenin iptali Hn gere-k.çe olarak kullanılamaz. Örneğin, idarenin ihale şartnamesinde takp ettiği türden bir teminat mektubunun tekliflerin verileceği güne yetişem"□t eği endişesiyle. sahte teminat mektubu hazırlayan, ancak bu arada h.,nkadan teminat mektubunu zanıanmda aldığı için bundan vazgeçen isteklinin bu davranışı. durumu sözleşmenin yapılmasından sonra fark eden ida-1'\:'□e $Özleşmenin iptali hakkı sağlamayacaktır.

Ancak bazı istisnai durumlarda, ihale üzerinde bırakılan ve kendisi ile □L'\zleşme yapılan isteklinin ihale döneminde bazı yasak fiil ve davranışlarda huhmmaya teşebbüs etmesi, ancak bundan daha sonra vazgeçmesi halinde, onun idareye bu hususu açıklama yükümlülüğü söz konusu olabilir. Aşağıda inceleneceği üzere, isteklinin dürüstlük kuralı gereği idareye bilgi vermesi gereken durumlarda sessiz kalması hile teşkil edecektir. Örneğin, ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale sürecinde bazı isteklilerle fiyat anlaşması yapma görüşmelerinde bulunması, ancak sonradan diğer isteklilerin yaptığı anlaşmaya iştirak etmekten vazgeçerek kendi başına hareket etmesi halinde durum böyledir. Taraflar arasında ihale süreci ile kurulan ve bir güven ilişki-:-i niteliği taşıyan ihale ilişkisi, istekliyi, diğer isteklilerin yaptığı fiyat anlaşmasından idareyi haberdar etme yükümlülüğü altına sokar. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sessiz kalan isteklinin bu davranışı hile olarak nitelendirilebilir. Aslında sorun biraz daha yakından incelendiğinde bu ve benzeri durumlarda dahi hile teşkil eden ve sözleşmenin iptalinin gerekçesini oluşturan husus, isteklinin teşebbüs aşamasında kalan davranışı değil, onun idareye karşı dürüstlük kuralından doğan açıklama yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesidir.

Üçüncü şahsın hile veya tehdidi bakımından Borçlar Kanununda yer alan esaslar uygulama alanı bulacaktır. Kamu İhale Kanununun 17. maddesi incelendiğinde, hile, tehdit ve diğer davranışların sadece ihaleye katılacak istekliler bakımından yasaklandığı açıkça anlaşılmaktadır. Esasen böyle olması da son derece doğaldır. Hile veya tehdidin bizzat istekli tarafından değil de, onun lehine olmak üzere üçüncü şahıslarca gerçekleşmesi durumunda, idarenin sözleşmeyi iptal edip edemeyeceği sorunu bakımından, Borçlar Kanununda düzenlenen ve aşağıda inceleyeceğimiz esaslar geçerli olacaktır.

Borçlar Kanununun irade sakatlığına ilişkin hükümleri ile yeni Türk kamu ihale mevzuatında yer alan konuya ilişkin düzenlemeler arasındaki ilişkiyi bu şekilden tespit ettikten sonra, kamu ihale sözleşmeleri bakımından önem taşıyan durumlardan hile, tehdit, fiyat anlaşmaları ve rüşvet nedeniyle sözleşmenin iptali hakkının kullanılmasının şartları üzerinde biraz daha aynntılı durulması yararlı olacaktır.

Kamu ihale özlc,ınckrinde bir iptal sebebi olnrnk hile, özel bir önem taşımaktadır. Çünkü nmu ihnlelcrinde sıkça rastlanan fiyat anlaşmaları veya rüş\et durumunda da özleşmenin iptali genellikle hile bakımından geçerli olan esaslara tabi olmaktadır.

Hil. bir kimseyi sözleşme yapmaya sevketmek için onda yanlış bir kanaat uyandırılması veya esasen mevcut yanlış bir kanaatin devam ettirilmeidir. Hile. durumunda sözleşmenin karşı tarafının bilerek ve isteyerek hataya düşürülmesi söz konusudur. Bu hatanın esaslı olması durumunda iradesi akatlanan taraf, hile hükümleri yanında esaslı hataya dayanarak da sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak hile durumunda, hataya düşürülen tarafın hatası esaslı bir nitelik taşımasa dahi, sözleşmenin iptali ınümkündür[58].

Hileden söz edebilmek için, ilk olarak, ortada aldatıcı bir davranış bulunması gerekir. Hile genellikle aktif bir davranış sonucu gerçekleşir. Sözleşme taraflarından biri, karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için gerçek bazı olguları gizler veya gerçekte mevcut olmayan olguları varmış gibi gösterir. İsteklinin ihaleye katılırken, sahte iş bitirme belgesi düzenlemesi, vergi veya SSK pirim borcu olmasına rağmen böyle bir borcunun bulunmadığına ilişkin belgeleri idareye sunması **(KİK.** m.17/1-c) aktif bir davranışla gerçekleştirilen hileye örnek olarak gösterilebilir.

Hile aktif bir davranışla gerçekleşebileceği gibi, pasif bir davranışla, yani susmak, suretiyle de gerçekleşebilir. Bu tür durumlarda, karşı tarafça bilinseydi sözleşmeyi yapmaktan kaçınacağı bazı hususların açıklanmaması söz konusudur. Ancak pasif davranış, yani susma yoluyla hileden söz edebilmek için, kendisine hile isnat edilen tarafın somut olayda açıklama yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir[59].

Doktrin ve içtihatlarda, açıklama yükümlülüğünün bir kanun hükmünden sözleşmeden veya dürüstlük kuralından(MK. m.2/1) doğabileceği kabul edilmektedir[60]. Bunlardan ilk ikisi sık rastlanan durumlar değildir[61]; buna

---

[58] **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr.1, s. 366; **Wyss/von der Crone,** SZW 2003, s. 39; **Yıldırım,** s. 21; **Kurşat,** s. 15; **Schmidlin,** Art.28 OR, N.142; **OR-Schwenzer,** Art.28 OR, N. 13 ve 22; **Eren,** s. 358; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 445. Hile durumunda buna maruz kalan tarafın düştüğü hata genellikle bir saik hatasıdır. Ancak hilenin bir beyan hatasına yol açıp açmayacağı hususu tartışmalıdır; ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr. 16, s. 372/373; **Kurşat,** s. 16 vd.

[59] **Huguenin,** SJZ 95 (1999), s. 262; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr.13, s. 370/371; **Yıldırım,** s. 104; **Kurşat,** s. 53; **Schmidlin,** Art.28 OR, N.34 vd; **OR-Schwenzer,** Art.28 OR, N.8; **Schwenzer,** Nr.38.06; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 862; **Oğuzman/Öz,** s. 94; **Eren,** s. 359/360; **Kılıçoğlu,** s. 139.

[60] BGE 116 il 431; **Bucher,** AT, s. 220; **Schmidlin,** Art.28 OR, N.35; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr.13, s. 370/371; **Yıldırım,** s.

\. Ştlık açıklama yapmn yilkümliiliiğiinün doğruluk ve dürüstlük kuralmdan □duğu dunımlnr büyUk önem taşımaktadır. Dürüstlük kuralından bir açıkla ı.□) ül...ümliiliiğünün doğup doğmadığı, her somut olayın özellikleri göz Ntimde tutularnk çözüme ba.i..l..lanacak bir sorundur[62]. Bu noktada özellikle ı.. ımktc..ı1' ~özleşmenin niteliği ve taraflar arasmda meydana gelen güven üi□J...isinin yoğunluğu özel bir önem taşıyacaktır[63].

Bu açıdan değerlendirildiğinde, kamu ihale sözleşmelerinde taraflar ara_,mda geniş kapsamlı bir aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğunun kabulü gerd,irM. İhale sürecinin başlaması ile birlikte, taraflar arasında güven ilişkisi niteliği taşıyan bir ihale ilişkisi kurulur. Bu ilişkiden, gerek ihaleyi açan lummun gerekse isteklilerin, ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde tamamlanması ve bu sürecin sonunda yapılacak kamu ihale sözleşmesinin tam ,e doğru bir şekilde ifasına ilişkin olarak birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün kasıtlı olarak ihlali hile teşkil edecektir.

İsteklilerin gerek aktif gerekse pasif bir davranışla hileye başvurmaları daha sık rastlanan bir durumdur. Ancak bazen ihaleyi açan kurumun da hile niteliği taşıyan davranışları söz konusu olabilir. Bir yapım ihalesinde, ihale ilanında veya ihale sürecinin devamı esnasında, isteklilerin tekliflerini etkileyecek hususlar, örneğin, yapım işinin icra edileceği arazinin yapısı ve yeraltı sularının durumu hakkında gerekli açıklamaların kasıtlı olarak yapılmaması, idareye atfedilecek bir hile oluşturacaktır.

Sözleşmenin iptali hakkını doğuran bir hileden söz edebilmek için hile teşkil eden davranışın kasıtlı olması gerekir. Hile yapan tarafın davranışları ile karşı tarafı yanıltma ve bu şekilde sözleşmenin yapılmasını sağlamak ni) eti ile hareket etmesi gerekir. Ancak kastın doğrudan doğruya bir kast olması zorunlu olmayıp, ihtimalı veya dolaylı bir kast *(do/us eventualis)* olması dahi yeterlidir[65]. Ancak hileden söz edebilmek için, hile yapan tarafın

---

105; **Kurşat**, s. 53; **Schwenzer**, Nr.38.06; **OR-Schwenzer**, Art.28 OR, N.8; **\Vyss/von der Crone,** SZW 2003, s. 39; **Gauch/Schluep/Schmidt**, Nr.862; **Eren**, s. 360; **Huguenin**, SJZ 95 (1999), s. 262; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 446/447; **Kılıçoğlu**, s. 139.

[61] Kanundan veya sözleşmeden doğan açıklama yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, s. 105 vd.; **Kurşat**, s. 54 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku,§ 37, Nr.13, s. 371 dn.18.

1-..? **Bucher**, AT, s. 220; **Schmidlin**, Art.28 OR, N.35; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 37, Nr.13, s. 371; **Huguenin**, SJZ 95 (1999), s. 262.

[63] Aynntılı bilgi için bkz. **Schmidlin**, Art.28 OR, N.36 vd.; **Yıldırım**, s. 106 vd.

(,.1 **lngenstau/Korbion/Vygen,** Einl. Nr.90.

[65] **Schmidlin**, Art.28 OR, N.75 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr.4, s. 367; **Yıldırım**, s. 126 vd; **Kurşat,** s. 25 vd.; **Schwenzer**, Nr.38.08; **OR-Schwenzer**, Art.28 OR, N.11; **Eren**, s. 360; **Oğuzman/Öz**, s. 95.

menfaat temin etme veya karşı tnrufo zarar verme niyeti ile hareket etmiş olması şart değildit[0]. Karşı tarana hatalı bir kanaat uyandıran kimsenin doğrudan veya dolaylı bir kastı mevcut değilse, hileden söz edilemez bu dummda iradesi sakatlanan taraf: şartları varsa, temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilir[67].

Nihayet hileden söz edebilmek için, hilenin sonuç doğurması, yani karşı tarafı sözleşme yapmaya sevketmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, hile ile sözleşmenin kurulması arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir[68]. Hileye rağmen karşı taraf aldanmamış veya hilenin farkına varmış ise ya da hileli davranış tamamlanmadan bundan vazgeçilmiş ise, hile gerçekleşmemiş olur. Bu tür durumlarda hilenin teşebbüs aşamasında kalmasından söz edilir[69]. Aynı şekilde hileye maruz kalan taraf, hile olmasaydı dahi sözleşmeyi aynı şartlarda yapacak idiyse illiyet bağı mevcut değildir[70]. Ayrıca hile yapan taraf, muhatabın gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı hileyi fark edebileceğini ileri sürerek sözleşmenin iptaline engel olamaz[71].

Hile ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının varlığından söz edebilmek için, hilenin, karşı tarafı sözleşmeyi yapmaya sevk eden tek sebep olması zorunlu olmayıp, bu sebeplerden biri olması yeterlidir[72]. Dolayısıyla, vergi borcunun veya SSK prim borcunun bulunmadığına dair sahte bir belge düzenleyerek idareye sunan ve ihaleyi kazanarak sözleşmeyi yapan istekli, sahte evrak düzenlediği için değil, kendi teklifinin en avantajlı teklif olması sebebiyle kendisiyle sözleşme yapıldığını ileri sürerek sözleşmenin iptal edilmesine engel olamayacaktır. Verilen örnekte, isteklinin sahte belge düzenlemesi, onunla sözleşme yapılmasına yol açan tek etken olmamakla beraber bu etkenlerden biri olduğu kuşkusuzdur; zira idare bu durumu daha önceden fark etmiş olsa idi istekliyi ihale dışında bırakacak ve onun teklifi değerlendirme aşamasına dahi ulaşamayacaktı.

Hile sözleşmenin karşı tarafınca yapılabileceği gibi, onun lehine olmak üzere üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu takdirde üçüncü kişinin hilesinden söz edilir. BK. ın.28/11 hükmüne göre, lehine hile yapılan

---

66 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.864; **Keller/Schöbi,** s. 159; **Yıldırım,** s. 129.

67 **Schmidlin,** Art.28 OR, N.82; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.864.

68 **Bucher,** AT, s.220/221; **Schmidlin,** Art.28 OR, N.83 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku,§ 37, Nr.15; s. 371; **Yıldırım,** s. 121vd.; **Koller,** Nr.1183; **Schwenzer,** Nr.38.1O; **OR-Schwenzer,** Art.28 OR, N.14; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 447; **Kurşat,** s. 31 vd.; **Eren,** s.361; **Oğuzman/Öz,** s. 95.

69 **Yıldırım,** s. 121/122; **Koller,** Nr.l183; **Keller/Schöbi,** s. 159.

70 **Schmidlin,** Art.28 OR, N.83; **Yıldırım,** s. 123; **Kurşat,** s. 36; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 447.

71 **Schmidlin,** Aıi.28 OR, N.84; **Kurşat,** s. 32.

72 **MünchKomm/Kramer,** 5.Aufl., § 123 8GB, Rnr.12; **Oğuzman/Öz,** s. 95.

işi hil -□i biliyor□, vcyn bilmesi gerekiyorsa, aldatılan tarnr sözleşmeyi iptal :k-hilir. Lehine hile yapılan tnrnr bu durumu bilmiyor ve bilmesi de gcrek--mİ)-l)fSn, hile) e uğrayan taraf ancak temel hatasının şaıiları gerçekleşınişse -□k.Şlll('□i iptal edebilir[74]. Fakat eylem ve davranışları lehine hile yapılan s(zle.şme tarafına isnnt edilebilecek kişiler, bu hüküm anlamında üçüncü şah1s de,ğildir. Örneğin. lehine hile yapılan tarafın yardımcı şahısları veya teın-:ilch üçüncü şahıs olmayıp. bu takdirde hile bizzatihi onun tarafından yapılmış sayılır[75]. Tüzel kişilerin organlarının tüzel kişi lehine yaptığı hile de, tiizel lı.işinin hilesi olarak değerlendirilir[76]. Bu takdirde lehine hile yapılan , hıs. ardımcı şahsın veya temsilcinin hilesini bilmediğini ve bilmesinin de gerekmediğini ileri sürerek sözleşmenin iptaline engel olamaz. Ancak temsilci. organ veya yardımcı şahıs, adına hareket ettikleri kişi lehine değil de karşı taraf lehine hile yapmış iseler, hileye maruz kalan kişi bakımından üçüncü şahıs sayılırlar[77].

Bazı yazarlara göre, lehine hile yapılan taraf ile birlikte veya onun ad ve hesabına ya da başka bir şekilde de olsa sözleşmenin kurulmasına katılmamış olan herkes üçüncü kişidir[78]. Ancak bu formülde yer alan "başka bir şekilde de olsa sözleşmenin kurulmasına katılmamış olma" ifadesi, kamu ihale sözleşmeleri bakımından yanlış anlaşılmalara yol açacak bir nitelik taşımaktadır. Çünkü belirtilen bu esastan hareket edildiğinde, sözleşmenin kurulması aşamasına herhangi bir şekilde dahil olan kişinin hilesi, üçüncü şahsın hilesi olarak değil, bizatihi lehine hile yapılan kişinin hilesi olarak değerlendirilecektir. Yukarıda sıkça belirtildiği üzere, kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin hazırlık aşamasını ihale süreci oluşturmakta ve bu sürece çok sayıda istekli katılmaktadır. Bu isteklilerden birinin veya bir kaçınm şu ya da bu sebeple bir başka istekli lehine onun haberi olmaksızın hile teşkil eden dav-

---

-3 Lehine hile yapılan tarafın hileyi bilmesine rağmen sözleşmenin karşı tarafını aydınlatmamasının aynı zamanda onun hilesi teşkil edip edemeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr.20, s. 374.

74 Bkz. ayrıca aşa. dn.82/83 civarı.

Bucher, AT, s. 221; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.8645 **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku,§ 37, Nr.19, s. 374.

15 **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.866; **Bucher,** AT, s. 221; **Schmidlin,** Art.28 OR, N.112; **OR-Schwenzer,** Aıi.28 OR, N.16; **Yıldırım,** s. 145; **Kurşat,** s. 39 ve 42; **Oğuzman/Öz,** s. 9; **Kılıçoğlu,** s. 140; **Huguenin,** SJZ 95 (1999), s. 266 vd.

76 **Schmidlin,** Art.28 OR, N.117; **Bucher,** AT, s. 221; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 37, Nr.19, s. 375; **OR-Schwenzer,** Art.28 OR, N.16; **Kılıçoğlu,** s. 140.

n **Schmidlin,** Art.28 OR, N.126; **OR-Schwenzer,** Art.28 OR, N.17; **Yıldırım,** s. 145; **Kurşat,** s. 44 dn.201.

78 **Kurşat,** s. 44 ve orada dn.198'de zikredilen diğer yazarlar.

ranışta bulunması halinde, bunun bizatihi o isteklinin hilesiymiş gibi değerlendirilmesi dov__ nı olma.yacaktır.

Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, hileye maruz kalan taraf kamu ihale sözleşmesini iptal edebilecektir. 1-1ile sebebiyle sözleşmenin iptali, özellikle fiyat anlaşması yapılması ve riişvet durumunda bliyük önem kazanmaktadır. Yukarıda(§ 7/lY) belirtildiği Uzere, fiyat anlaşması yapılması veya rüşvet yoluyla bir sözleşmenin kurulması durumunda sadece fiyat anlaşması veya rüşvete ilişkin anlaşma batıl sayılmaktadır. Buna karşılık, fiyat anlaşması veya rüşvet sonucu yapılan anlaşmanın batıl mı sayılacağı, yoksa bu tür durumlarda iptal yaptırımının mı uygulanacağı henüz tam olarak çözüme kavuşturulamamış bir tartışmanın konusudur. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi, Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu tartışmayı sona erdirmiştir. Bu hükümde yollamada bulunulan Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde, fiyat anlaşması yapılması ve rüşve4 açıkça ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu tür durumlarda sözleşme batıl olmayıp, idarenin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi uyarınca sözleşmeyi iptal etmesi gerekecektir. Esasen butlan yaptırımı, idareye ihale öncesi yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilen istekliden belirli şartlar altında işe devam etmesini talep etme yetkisi veren Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ile de bağdaşmayacaktır. Zira batıl bir sözleşmenin taraflarından hiçbiri diğerinden, ifada bulunmasını talep edemez.

İhaleyi açan kurum, ihale sürecinde yapılan fiyat anlaşmasına dahil olan bir istekli ile kamu ihale sözleşmesini yapması, daha sonra bu durumu fark etmesi halinde kamu ihale sözleşmesini iptal edebilir[79]. Bazı isteklerin ihale sürecinde fiyat anlaşması yaptıklarının idarece fark edildiği, ancak kendisi ile ileride kamu ihale sözleşmesi yapılacak isteklinin bu anlaşmaya katıldığını inkar ettiği durumlarda dahi isteklinin gerçekten bu anlaşmaya iştirak ettiğini öğrenen idarenin sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür[80].

Kural olarak, idare, sadece fiyat anlaşmasına katılan istekli ile sözleşme yapması halinde iptal hakkını kullanabilir. Fiyat anlaşmasına katılmayan istekli ile sözleşmenin yapılması halinde, iptal hakkının kullanılması, sadece isteklinin fiyat anlaşmasını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda mümkündür (BK. m.28/11). İhale sürecinde kendisine fiyat anlaşmasına katılması teklif edilen ancak bu teklifi reddeden istekli, bu durumdan idareyi haberdar etmemişse, kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından sonra bu durumdan

---

79 **Christ,** Nr.691: Yazar, fiyat anlaşmasına katılan isteklinin, ihaleyi açan kurumu bu hususta aydınlatmadığı ve bu nedenle hile yaptığını belirtmektedir.

8° **Christ,** Nr. 692.

h.,□'r <.ılan idare. kamu ihale sözleşmesini hile sebebiyle iptal cdebilir[81].
1 nl-.ii□ ukanda da izah edildiği üzere. dürüstlük kuralının açıklama yapma-
□1 □c:-rekrirdiği durumlarda susmak. hile teşkil edecektir. İstekli ve idare ara-
smda J...unılımış olan bir güven ilişkisi niteliği taşıyan ihale ilişkisi, onu, bu
urumdan idareyi haberdar etme yükümlülüğü altına sokar.

Fi□at anlaşmasına ilişkin olarak belirtilen bu esaslar, riişvet hali için de
□"-□erlidir. İsteklinin ihale görevlilerine rüşvet vererek ihaleyi kazanması ve
\..amu ihale sözleşmesinin yapılmasını sağlaması durumunda, bu hususu son-
radan furk eden idare kamu ihale sözleşmesinin 21. maddesi uyarınca söz-
) .şme) i iptal edebilecektir.

Rüş\·et yoluyla kamu ihale sözleşmesinin kurulması durumunda, BK. m. :81 anlamında sözleşmenin tarafı olan isteklinin hilesinin mi, yoksa BK. m.28/11anlamında üçüncü şahsın hilesinin mi söz konusu olduğu sorununun açıklığa kavuşturulması yararlı olacaktır. Tartışmanın ortaya çıkmasına yol açan neden, rüşveti isteklinin veya onun temsilcisi ya da yardımcı şahsının vermiş olmasına rağmen, ihaleyi açan kurumun yanılmasma ve bu nedenle ihaleyi o istekli üzerinde bırakarak onunla sözleşmeyi yapmasına yol açan kişinin rüşveti alan kamu görevlisi (ihale görevlisi) olmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, bir tüzelkişinin org□n ve temsilcisi, başkasından menfaat temin ederek temsil ettiği tiizelkişi aleyhine hareket ettiği takdirde, bu tüzel kişiye göre üçüncü şahıs sayılır. Bu nedenle bu tür durumlarda BK. m.28/11 anlamında üçüncü şahsın hilesinin söz konusu olduğu ve bu hususa ilişkin esasların uygulanması gerektiği düşünülebilir. Bu tiir bir yorum kabul edilse dahi, BK. m.28/1 hükmünün uygulanmasından farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Çünkü üçüncü şahsın hilesi halinde, lehine hile yapılan kişi hileyi biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, muhatap sözleşmeyi iptal edebilmektedir. Rüşvet veren isteklinin bu durumu bilip bilmediğini ya da bilmesinin gerekip gerekmediğini tartışmak tamamen anlamsız olacaktır; çünkü rüşvet vererek ihaleyi açan kurumu aldatmak üzere ihale yetkilisini görevlendiren kişi genellikle isteklinin bizzat kendisidir[82].

Kanımca da üstün tutulması gereken başka bir görüşe göre, rüşvet durumunda üçüncü şahsın değil, sözleşmenin tarafı olan isteklinin hilesi söz konusudur. Sözleşme yapmak istediği ihaleyi açan kurumun görevlilerine rüş-\et veren kişi, bu hususun ortaya çıkmaması için onu elinden geldiğince gizlemeye çalışacaktır. Çünkü idare bu durumun farkma varacak olursa onu ihale dışı bırakacak ve gerekli olduğu takdirde ihaleyi iptal edecektir. □üşvetin arzu edilen sonucu doğurabilmesi için mutlaka gizlenmesi gerekir. istekli rüşvet vererek ihaleyi açan kurumu yanıltmakta ve sözleşmenin kendisi ile

---

81 **Christ,** Nr. 694.

82 **Schmidlin,** Art.28 OR, N.43; karş. ayrıca **Yıldırım,** s. 145.

) apılınası sürecinde sessiz kalmakta, hatta bu durumun ortaya çıkmaması için her türlü gayreti sarf etmektedir. isteklinin bu şekilde suskun kalması, doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdaşnıayıp, BK. m.28/1anlamında doğrudan doğruya ona izafe edilebilecek bir hile teşkil eder[83].

İstekli. rüşvet vennese idi dahi ihaleyi kendisinin kazanacağını, zira ekonomik açıdan en avantajlı teklifin kendisi tarafından verildiğini, dolayısıyla rüşvet ile sözleşmenin kurulması arasında bir illiyet bağı bulunmadığını ileri sürerek idarenin sözleşmeyi iptal etmesine engel olamaz. Çünkü rüşvet durumunda idare, sözleşme yaptığı kişinin güvenilirliği hususunda aldatılmıştır. Ayrıca idarenin yanıldığı bu husus ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı da mevcuttur; zira idare isteklinin rüşvet verdiğini ihale sürecinde fark etmiş olsaydı, onu ihale dışında bırakacak ve onunla sözleşme yapmayacaktı[84].

Kural olarak, tüzel kişinin organlarının ve temsilcilerinin bildiği hususları tüzel kişinin bildiği kabul edilir. Rüşvet durumunda rüşveti alan kişi, tüzel kişiliğe sahip idarenin organı, temsilcisi veya yardımcı şahsı hüviyetini haizdir. Acaba rüşvet veren istekli, rüşvet verdiği kişinin ihaleyi açan kurumun görevlisi olduğunu, bu nedenle görevlilerin bildiği hususların idareye de izafe edileceğini, idarenin bildiği kabul edilen bir hususta hileye uğramasının kavramsal olarak mümkün olamayacağını ileri sürerek iptal hakkının kullanılmasına engel olabilir mi? Rüşvet veren isteklinin bu tür bir iddiada bulunması, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır ve ihaleyi açan kurumun iptal hakkını kullanmasına engel olmaz[85].

Kamu ihale sözleşmelerinde rastlanabilecek ve bu çalışmada üzerinde duracağımız son irade sakatlığı türü tehdittir. Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde, tehdit de, açıkça ihale dönemindeki yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmesinin yapılmasının tehdit ile sağlandığmın sonradan anlaşılması halinde, ihaleyi açan kurum Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesi uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır.

Kamu ihale sözleşmesinin kurulması esnasında tehdit, genellikle istekliler tarafından başvurulan bir yoldur. İhaleyi açan kurumun, bir kimseyi teh-

---

83 **Wyss/von der Crone,** SZW 2003, s. 39. Karş. ayrıca **Schmidlin,** Art.28 OR, N.42. Alman Hukukunda **Flume,** rüşvet durumunda pasif bir davranışla (suskun kalarak) değil, aktif bir davranışla hilenin söz konusu olduğunu kabul etmektedir; bkz. **Flume,** Bd.11, s. 542.

84 **Wyss/von derCrone,** SZW 2003, s. 40; aksi görüşte BGE 129 lll 327.

85 **Wyss/von der Crone,** SZW 2003, s. 39/40.

dit krck. ilrnleye kntılınaya ve en düşük teklifi sunmaya zorlaması, işin n□liği gereği söz konusu olamaz[80].

ihllk□) i açan kurumun bir tüzel kişilik olması nedeniyle, tüzel kişilere , □li"- bir tehdidin söz konusu olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. f\.'ıktrinde oybirliği ile kabul edilen görüşe göre, korkutulan taraf, gerçek kişi , lıhileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişinin yetkili organlarına yöneltilmiş tehdit. tiizel kişiye yöneltilmiş tehdit olarak kabul edilmektedir[87].

İsteklinin. ihale görevlilerini, kendisinin veya yakınlarının hayatlarına, şahıslarına. namuslarına ya da mallarına yönelik ağır ve derhal gerçekleşerek türden bir tehlike (BK. m.30/1) ile korkutarak; veya aksi takdirde işlemiş fılduğu bir suçtan dolayı polis ya da savcılığa ihbarda bulunacağı yönünde tehdit ederek ihalenin kendi üzerinde bırakılmasını ve sözleşmenin kendisi ile yapılmasını sağlaması durumunda, ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olacaktır.

Üçüncü şahsın hilesinden farklı olarak, üçüncü şahsın tehdidi durumunda, iptal hakkının kullanılabilmesi için lehine tehditte bulunulan kişinin bu durumu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şart değildir. Dolayısıyla istekli lehine üçüncü bir şahsın tehditle kamu ihale sözleşmesinin kurulmasını sağlaması durumunda, istekli tehdidi bilmese ve bilebilecek durumda olmasa dahi. ihaleyi açan kurum sözleşmeyi yine de iptal edebilir. Ancak Borçlar Kanununun 29. maddesinin 2. fıkrasında, lehine tehditte bulunulan taraf, üçüncü şahsın hilesinden haberdar değilse, sözleşmeyi iptal eden tarafın, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, karşı tarafın sözleşmenin iptali nedeniyle uğradığı zararları tazminle yükümlü olacağı düzenlenmiştir[88]. Ancak kamu ihale

---

ss Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacak sözleşme değişiklikleri bakımından idare tarafından yapılacak tehdit söz konusu olabilir. Sözleşme değişikliğinin ihale mevzuatına göre caiz olması kaydıyla, idare zor durumda bulunan yükleniciyi, aksi takdirde hak ediş ödemelerini geciktireceği veya bundan sonra yapılacak ihalelere almayacağını belirterek, bazı ek işleri çok düşük fiyata yapmaya zorlayabilir. Kuşkusuz tam tersi bir ihtimal de söz konusu olabilir; yüklenici, aksi takdirde işi durduracağını belirterek bazı ek işleri yüksek bir bedel karşılığında yapması hususunda idareyi bir sözleşme değişikliğine zorlayabilir; bu son ihtimale ilişkin olarak bkz. **Ingenstau/KorbionNygen,** Einl. Nr.92.

K7 **Bucher,** AT, s. 225; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 38, Nr.6, s. 385; **Schwenzer,** Nr.38.18; **OR-Schwenzer,** Art.30 OR, N.4; **Eren,** s. 365; **Oğuzman/Öz,** s. 97 dn.220; **Schmidlin,** Art.29/30 OR, N.28; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 449.

gg Bu tazminat, fedakarlığın denkleştirilmesi esasına dayanır ve ilke olarak menfi zararlarının karşılanmasına yöneliktir; **Kocayusufpaşaoğlu,** Borçlar Hukuku, § 38, Nr.14, s. 388. BK. m.26/11 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle müspet zararların tazminine de hükmedilebileceği görüşü için bkz. **OR-Schwenzer,** Art.29 O□ N.13.

özle,.ınelerinde. lehine tehditte bulunulan isteklinin üçüncü şahsın tehdidini bilmediği veya bilmesinin gerekmediği ve buna ilaveten sözleşmeyi iptal eden idarenin istekliye tazminat ödemesinin hakkaniyet gereği olduğu bir durumu tasavvur etmek güçtür.

BK. m.30/11 hükmünde, taraflardan birinin, bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılabileceği tehdidi ile kendisine fahiş menfaat sağlayan bir sözleşmenin yapılmasını sağlaması da, sözleşmenin iptali hakkının kullanılması yetkisi veren bir tehdit olarak değerlendirilmiştir. Ancak kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu hüküm, sözleşmenin kurulması aşamasında değil, olsa olsa kurulmuş bir sözleşmede sonradan yapılacak değişikliklerde uygulama alanı bulur. Örneğin, idarenin işi geciktiren yükleniciye karşı fesih hakkını kullanacağı tehdidi ile bazı ilave işleri düşük bedele yaptırması, ya da tam tersine, yüklenicinin ödemede temerrüde düşen idareye karşı sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanacağı tehdidini yönelterek bazı ilave işleri fahiş fiyatla kendisine yaptırılmasını sağlaması halinde durum böyledir[89].

III. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI ve SONUÇLARI

Kamu ihale sözleşmelerinde yukarıda belirtilen anlamda bir irade sakatlığının mevcudiyeti halinde iradesi sakatlanan taraf sözleşmeyi iptal edebilecektir. İptal hakkının kullanılması ve sonuçları bakımından uygulama alanı bulacak iki düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki, BK. m.3 l hükmüdür. Diğeri ise, "Sözleşmenin Feshine İlişkin Genel Düzenlemeler" başlığını taşıyan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesidir. Bu düzenlemelerde yer alan esasları incelemeye başlamadan önce uygulama alanlarının belirlenmesi yararlı olacaktır:

İhale üzerinde bırakılan isteklinin kamu ihale sözleşmesini irade sakatlığı nedeniyle iptaline ilişkin bir düzenleme ihale mevzuatında yer almamaktadır. Dolayısıyla "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır" diyen Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 36. maddesi hükmü uyarınca, ihale üzerinde bırakılan isteklinin iptal hakkını kullanması bakımından BK. m.31'de öngörülen esaslar geçerli olacaktır.

İhaleyi açan kurumun iptal hakkını kullanması bakımından ise bir ayrım yapmak gerekir: İdarenin hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi de, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmediği için, BK. m.3 I hükmüne tabi olacaktır. Hile, tehdit ve ihale dönemindeki diğer yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin iptali, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda açıkça düzenlendiği için, iptal hakkının kullanılması bu Kanununun 22. maddesindeki esaslara tabi olacaktır.

---

89 Kuşkusuz bu örnekler, ihale mevzuatının sözleşme değişikliğine izin verdiği durumlarda söz konusuolacaktır.

İrade snkatlığı ile malul bir sözleşmenin hukuki sonuçları Türk/İsviçre &"rçlar Kamınumın 31. mnddesinde düzenlenmiştir. BK. m.31 hiikmüne göre,. "Hata Ve) a hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile ınülzeın fıbuayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan □ hut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır". Dikkatle incelendiğinde, BK. m. 31 hükmünün irade.si sakatlanan tarafa tanıdığı hakka bir isim vermekten kaçınarak sadece bu halkın hukuki sonuçlarını düzenlediği görülmektedir. Madde metninde, literatürde iradesi sakatlanan tarafa tanınan hakkı ifade etmek üzere kullamlan iptal hakkı deyimine yer verilmeınekte[90], bunun yerine, iradesi sakatlanan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesinden veya daha önce yerine getinniş olduğu edimlerin iadesini talep etmesinden söz edilmektedir.

BK. m.31 hükmünün bu ifade biçimi, irade sakatlığının sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olduğu hususunda taı1ışmalara yol açmıştır. Bu konuya ilişkin olarak üç teori ortaya atılmıştır. İptal teorisine (Anfechtungstheorie) göre, irade sakatlığına rağmen sözleşme geçerli olarak kurulur; ancak iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal etmesi ile birlikte geçmişe etkili olarak oıtadan kalkar[91]. Geçersizlik teorisine (Ungültigkeitstheorie) göre, irade sakatlığı ile malul sözleşme, başlangıçtan itibaren her iki taraf için de geçersizdir; ancak bu geçersizliği ileri sürme **hakkı** sadece iradesi sakatlanan tarafa tanınmıştır. İradesi sakatlanan taraf **BK.** m.3 I 'de öngörülen süre içerisinde geçersizliği ileri sünnediği veya sözleşmeye icazet verdiği takdirde karşı taraf sanki sözleşme başlangıçtan itibaren geçerliymiş gibi onunla bağlı olacaktır[92]. Bu teori Federal Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir[93]. Bölünmüş geçersizlik teorisine (Theorie der geteilte Ungültigkeit) göre, sözleşme, iradesi sakatlanan taraf bakımın-

---

[90] Doktrinde de bazı yazarlar, BK. m. 31 hükmünde iradesi sakatlanan tarafa tanınan hakkı "iptal hakkı" olarak nitelendirmenin, irade sakatlığının sözleşme üzerindeki etkileri bakımından ileri sürülen ve aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz teorilerden "iptal teorisi"nin kabul edilmesi manasına gelebileceğinden endişe etmektedir; bkz. **Gauch,** recht 2001, s. 184/185.

[91] Bu görüş taraftarları için bkz. **Bucher,** AT, s. 210; **Wiegand,** recht 1989, s. 110/111; **OR-Schwenzer,** Art.23 OR, N.10; **Schwenzer,** Nr. 39.07; **Eren,** s. 370; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s. 151; **Kramer,** Art. 1 OR, N. 133/134; **Schmidlin,** Art. 23/24 OR, N. 118; **GuhVKoller,** s. 143; **Koller,** Nr. 1043 ve 1294 vd.; **Yıldırım,** s. 226.

[92] **Gauch,** recht, 200 l, s. I 88; *aynı yazar,* SAG 61 (1989), s. 157/158; *aynı yazar*, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, s. 355 vd.; *aynı yazar,* recht 1989, s. 99; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 889 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** § 36, N.68 vd., s. 350-352; **Kurşat,** s. 65.

[93] Bkz. BGE 114 il 143.

dan bağlayıcı olmayıp geçersizdir. Buna karşılık sözleşmenin karşı tarafı için sözleşme bağlayıcı ve geçerlidir. Bu teori Türk Hukukunda "tek taraflı bağlamazlık" olarak da adlandırılmaktadır[9]\

Türk/İsviçre Hukukunda hakim olan teori iptal teorisidir. Kanımca da bu teori, gerek Borçlar Kanununun sistemine gerekse tarafların menfaatlerine uygun düşen sonuçlar meydana getirmektedir[95]. İptal teorisinin, yani irade sakatlığına rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu, ancak iptal hakkı sahibinin bu hakkını kullanması üzerine geçersiz hale geleceğinin kabulü modem gelişmelere de uygundur. Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından yayınlanan "Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Kurallarında", hata, hile ve tehdit durumlarında sözleşmenin "geçersizliğinden" veya "bağlayıcı olmamasından" söz edilmemiş, bunun yerine iradesi sakatlanan tarafa iptal hakkı tanınmıştır (Art. 4.103; Art. 4.107; Art. 4.108). UNIDROIT tarafından hazırlan "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları"nda da aynı şekilde, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptalinden söz edilmiştir (Art. 3.5; Art. 3.8; Aıt. 3.9). Yine Avrupa Özel Hukukçular Akademisi tarafından hazırlanan "Avrupa Sözleşme Kanunu Ön Tasarısı"nda da iptal teorisi kabul edilmiştir (Art. 146; Art. 151; Aıt. 152)[96].

Bu anlayış çerçevesinde iptal hakkı, daha baştan (kurulurken) irade fesadı ile sakat bir hukuki işlemi geçmişe etkili olarak sona erdirme yetkisi veren, bir yenilik doğuran hak olarak tanımlanabilir[97]. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, iptal hakkının kullanılması "geçmişe etkili"(ex *tunc)* etkili sonuçlar doğurur ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini ilk yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırır.

---

[94] Bu görüş taraftarları için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 231, 329, 338; **Oğuzman/Öz,** s. 100; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 452/453. **Bucher,** kanımca da haklı olarak, "tek taraflı bağlamazlık" ifadesinin karışıklığa yol açabileceğini, Hatta lafzen yanlış olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, irade sakatlığı ile malul sözleşmenin taraflardan biri için geçerli, ama diğeri için geçersiz olduğu bir an mevcut değildir. Çünkü iptal hakkı kullanılmadığı sürece taraflardan her ikisi de aynı ölçüde sözleşme ile bağlı olup, iptal hakkının kullanılması üzerine yine aynı ölçüde sözleşmese! bağlılıktan kurtulurlar; bkz. **Bucher,** Der Eintluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht; in: "Das Obligationenrecht 1883-1983 - Bemer Ringvorlesung zum Jubliaum des schweizerischen Obligationenrechts", hrsg. von Pio Caroni, Bern/Stuttgart (Haupt) 1984, s. 148.

[95] İptal teorisi lehine ileri sürülen gerekçeler ve BK. m.31 hükmünün tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Buz,** Eren'e Armağan, s. 302 vd.

[96] İptal teorisini, yani sözleşmenin irade sakatlığına rağmen geçerli olarak kurulduğunu, ancak iradesi sakatlanan tarafça iptal hakkının kullanılması üzerine geçmişe etkili olarak oılaadan kalkacağını kabul eden diğer hukuk sistemleri için bkz. **Kramer,** Irrtum, Nr. 95 vd.

[97] Bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s. 86 ve dn.98'de anılanlar.

sı'\:11 □ ıllnrda gittikçe nrtan oranda tarallnr topladığı gözlenen bir görüşe □ '.... ifusma haşlamış bir sürekli borç ilişkisinde iptal hakkının geçmişe etkili□,nuçlar doğunnası bazı karışıklıklara yol açacaktır. Özellikle daha önce □ rine getirilmiş iş gönne ve kullandırma edim!erinin aynen iadesi mümkün fılnHt):t'aJ...tır. Bu tür edimlerin değerinin hesaplanması çeşitli güçlükleri beraherinde- getirecektir. Nasıl ki sürekli sözleşmelerde geriye etkili sonuçlar '\□urnn sözleşmeden dönme hakkının yerini, ileriye etkili sonuçlar doğuran ' ·ih hsk"-ı almaktadır□ aynı gerekçelerle iptal hakkının da taraflar arasındaki hııJ-uJ...i ilişkiyi geriye etkili olarak değil, ileriye etkili bir şekilde sona erdireeğinin kabulü gerekir[9]s. Hatta bir adım daha ileri gidilerek sürekli sözleşmderde de iptal hakkının fesih hakkına dönüşeceği ileri sürülmektedir[99]. Bu görüşün Türk/İsviçre Hukukundaki temsilcileri, iptal hakkının sürekli borç ilişlı.ilerinde ileriye etkili sonuç doğurması sonucuna, iptal hakkmııı dürüstJül- kuralına aykırı bir şekilde kullanılamayacağını öngören BK. m.25/1 hükmünü kıyasen uygulayarak veya iptalin sonuçlarının amaca uygun bir şekilde _ınırlanması suretiyle ulaşmaktadır[100]. Diğer bazı yazarlar ise, sürekli borç □işlisinin. iptal hakkının kullanılmasmdan önceki dönem için hüküm ve □onuç doğurmasını, fiili sözleşme teorisi ile açıklamaktadır. Ayrıca bazı yaz.arlar. iptal hakkının ileriye etkili sonuç doğurmasının, bu durumun taraflardan herhangi birini zarara uğratmadığı durumlarda kabul edilebileceğini eklemeyi de ihmal etmemektedirler[101].

Buna karşılık diğer bazı yazarlar, sürekli sözleşmelerde de iptalin geçmişe etkili olabileceğini kabul etmektedirler[102].

Brox, H., Die Einschrankung der lrrtumsanfechtung : Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklarung und deren Auslegung, Karlsruhe 1960, s.231 vd.; *aym ya-::.ar.* die Anfechtung von Dauerschuldverhaltnissen, BB 1964, s. 523 vd.; **MünchKomm/Busche,** 5.Aufl., § 142 8GB, Rnr. 17; **Larenz/Wolf,** § 44 RdNr. 39. s. 833; **Schmidlin,** Art. 23/24 OR, N. 184 ve Art. 31 OR, N. 102 vd.; **OR-Schwenzer,** Yorbem zu Art.23-31 OR, N.7; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 942 vd.: **Kramer,** Art.19/20, N.313; **Keller/Schöbi,** s. 278/279 ve s. 311; **Kocayusufpaşaoğlu,** § 36, N.78, s. 356/357; **Yıldırım,** s. 244 vd.; **Kurşat,** s. 68 vd.; **Oğuzman/Öz,** s. 102; **Eren,** s. 375; **Schönenberger/Jaggi,** Art.1 OR, N.565 vd.; **Wiegand,** FS Gauch, s. 716; BGE 129 III 327 vd.

w BGE 129 III 129.

100 **Schmidlin,** Art. 23/24 OR, N. 184 ve Art. 31 OR, N. 102 vd.; **OR-Schwenzer,** Vorbem zu Art.23-31 OR, N.7; **Kocayusufpaşaoğlu,** § 36, N.78, s. 356/357.

((ıl **Schönenberger/Jaggi,** Art.! OR, N.565; karş. ayrıca **Yıldırım,** s. 245/246; **Oğuzman/Öz,** s. 102 dn.248.

ıcıı **Beitzke,** G., Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhaltnissen, Meissner 1948, s. 23 vd, **Oetker,** s. 440 vd. ve özellikle s. 449; **Hartmann,** AJP 2003, s. 1478; **Polydor-Werner,** S., Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldvertrage,

Kanımca bu sün göriişii ilstiln tutmak gerekir. İlk olnnık belirtelim ki, sU-rek.li bürç ilişl-..ilerinde imde sakatlıl-..ları bakımından iptnl hakkının yerine fesih hakl-..ınm ikame edilmesi kavramsal olarak doğru değildir. Gerçi, sözleşme) e;;- a) kırılıl-.. halinde geriye etkili sonuçlar doğuran dönme hakkının yerini ileri) e etkili sonuçlar doğuran feshin alacağı genel kabul gören ve yeni kanuni diizenlemt:lerde de yansımasını bulan bir anlayıştır[103]. Ancak gerek sözleşmeden dönme gerekse fesih, geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde ifa aşamasında meydana gelen aksaklıklar nedeniyle tanınan iki hak olup, bunlamı birbirleri yerine ikame edilmesi teorik açıdan bir sorun yaratmaz. Oysa tamamen başka bir alanda. yani sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki sakatlıklar bakımından öngörülen iptal hakkının yerini fesih hakkının almasını hukuk tekniği açısından izah etmek son derece güçtür[104].

Öte yandan geriye etkili sonuçlar doğuran iptal hakkının sürekli sözleşmelerde karışıklığa yol açacağı; zira özellikle iş görme ve kullandırma edimlerinin aynen iadesinin mümkün olmadığı iddiası, iptal hakkının yerini fesih hakkının almasına bir gerekçe olarak kullanılamaz. Aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran hakların ya hiç kullanılamaması veya sadece ileriye etkili sonuç doğurması, eskiden hakim olan bir anlayış olup, günümüzde artık terk edilmiştir. Bugün artık iadesi imkansızlaşan edimin yerine bedelinin iade edileceği kabul edilmektedir[105]. Maddi edimlerde de, örneğin, iade borçlusunun onu tüketmesi, başkasına devretmesi veya tahrip etmesi nedeniyle, iade imkansızlığı söz konusu olabilir. Bu tür durumlarda ortaya çıkan sorun, iş görme ve kullandırma edimlerinin iadesinde ortaya çıkan sorundan farklı değildir. Dolayısıyla sürekli borç ilişkilerinde iptal hakkının geriye etkili sonuç doğurmasına, aynen iadenin mümkün olmadığı ve bu durumun karışıklığa yol açacağı gerekçesiyle karşı çıkılamaz.

Diss., Genf 1988, s. 100 vd.; **Wyss/von der Crone**, SZW 2003, s. 41 vd.; **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 359. Buna karşılık bazı yazarlar, hata sebebiyle bir sürekli sözleşmenin iptalinin sadece geleceğe etkili sonuçlar doğuracağını kabul ederken, hile nedeniyle iptalin sürekli sözleşmeyi geçmişe etkili olarak kaldıracağı görüşündedir; bkz. **Freiberger**, G.F., Die Nichtigkeit, die Anfechtung und der Rücktritt bei Dauerrechtsverhaltnissen, Diss. München l 948, s. 92 vd.; **Lange**, H., Die Neuegestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhaltnis, JherJb 89 (1941), s. 339 vd.

103 Bkz. örneğin, BGB § 313 Abs.3; 2005 tarihli Türk Borçlar Kanununu Tasarısı m.125 ve 137.

104 İsviçre Federal Mahkemesi iptal ve fesih hakları arasında teorik farklılıkların fazla abartıimaması gerektiği görüşündedir; bkz. BGE 129 llI 129.

105 Bkz. Örneğin BGB § 346 Abs.2; Avrupa Sözleşme Kanunu Ön Tasarısı, Art.160; Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Prensipleri, Art.9.309; Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Prensipleri, Art.7.3.6.

K"nımca. özellikle irade sakatlığı sürekli sözleşmedeki edim-karşı edim u□ sinin imdesi ·akatlanan tnraf aleyhine bozulmasına yol açmış ise, iptaljn $iird..li sözleşmeyi ilk yapıldığı andan itibaren ortadan kaldıracağını kabul l'tm□k kaçınılmazdır. Düştiiğü bir hata veya uğradığı hile ya da tehdit □□niyle karşı tarafın edimine belirli bir süre değerinden çok daha fazla bir □"-d I ödeyen tarafın. kendisi için elverişsiz sonuçlar doğuran bu sürekli sözkşme ilişk.isinden sadece ileriye etkili olarak kurtulabilmesi, buna karşılık İpttıl hakkının kullanılmasından önceki döneme dokunulamaması, adalet his·ine ters düşecektir. Esasen bu tür durumlarda iradesi sakatlanan tarafın iptal hskkmı kullanmasının bir sebebi, bu sözleşme ilişkisinden kurtulmak ise, diger ebebi de geçmişte yaptığı fazla ödemelerin kendisine iadesini sağlamaktır.

Dahası var: Sürekli borç ilişkilerinde iptal hakkının sadece ileriye etkili sonuçlar doğuracağını kabul eden hakim görüşten hareket edildiği takdirde, karşılıklı olarak ifa edilmiş sürekli borç ilişkilerinde irade sakatlığı nedeniyle stlzleşınenin iptali hakkının hiç kullanılamaması gerekir; zira iş gönne ve kullandırma edimlerin aynen iadesinin mümkün olmaması ve iadesi gereken bu tür edimlerin değerinin belirlenmesi, tamamen ifa edilmiş sürekli sözleşmelerde de karışıklıklara yol açacaktır. Bu görüşten hareket edildiğinde, örneğin. 3 yıl devam eden ve karşılıklı olarak ifa edilen bir sürekli sözleşme ilişkisinde, karşı tarafça aldatıldığı için yüksek bedel ödeyen ve bu durumu ilk olarak sözleşmenin ifasından sonra fark eden tarafın kaderine razı olmaktan başka bir çıkar yolu bulunmayacaktır. Böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkını, sözleşmenin ifasına başlanıp başlanmadığına veya tamamen ifa edilmiş olup olmamasına göre bir ayrım yapmadan tanımıştır.

Esasen bu tür adaletsiz sonuçların ortaya çıkma ihtimali, sürekli sözleşmelerde iptal hakkının ileriye etkili sonuçlar doğuracağını kabul eden hakim görüş taraftarlarınca da fark edilmiştir. Bu nedenle de iptal hakkının ileriye etkili sonuçlar doğuracağı kuralının tarafların zarara uğrama ihtimali bulunan durumlarda terk edilebileceği beliiiilmiştir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi irade sakatlığının synallagmaya etki ettiği ve edim-karşı edim dengesini bozduğu durumlarda, bozulan bu dengenin BK. m.20/11hükmünün kıyasen uygulanması ve bir tiir uyarlama yapılması suretiyle yeniden tesis edilmesi gerektiğini ifade etmektedir[106]. İlk bakışta Federal Mahkeme'nin, edim-karşı edim dengesinin bozulduğu durumlarda iptal hakkının geriye etkili sonuç doğurabileceğini kabul ettiği izlenimi uyanmaktadır ki, kanımca iteri sürülen hususlar biraz daha yakından incelendiğinde, durumun pek de öyle olmadığı görülecektir. Gerek BK. m.20/11hükmünün uygulanması ge-

[106] BGE 129 ili 329.

rek□e uyarlamadan söz ı:!tınek suretiyle Federal Mahkeme, aslında örtü ili olarak. sözleşmenin bir kısmının iptal hakkının kullanılmasına rağmen geçerli kalmaya devam ettiğini kabul etmektedir. Çünkü hem BK. ın.20/11 hiikmünün doğrudan veya kıyasen uygulanması hem de uyarlama, sözleşmenin en azından bir kısmının geçerli olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Eğer iptal hakkının geçmişe etkili olarak sürekli sözleşme ilişkisini ortadan kaldıracağı kabul edilecek olursa, bir uyarlama değil, tasfiye söz konusu olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, BK. m.20/11 hükmünün kıyasen uygulanması, sözleşmenin tamamı bakımından değil de, ihtiva ettiği bazı şartlar bakımından irade sakatlığının bulunması halinde düşünülebilir ki, bu tür durumlarda kısmi butlan benzeri bir kısmi iptalin söz konusu olup olamayacağı hususunda aşağıda tekrar durulacaktır.

Yukarıdaki açıklamaları bir ara sonuç olarak özetlemek gerekirse: Tıpkı ani edimli borç ilişkilerinde olduğu gibi, sürekli sözleşme ilişkilerinde de iptal hakkı taraflar arasmdaki sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. İptal hakkının geriye etkili sonuç doğurmaması, irade sakatlığının edim-karşı edim dengesine etkide bulunmadığı ve bu nedenle geriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirmenin dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı istisna durumlarda kabul edilebilir. Dolayısıyla hakim görüşten farklı olarak, sürekli sözleşmelerde iptal hakkının geriye etkili sonuçlar doğurmasının değil, sadece ileriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirmesinin istisnai durumlarda kabul edilebileceği kanısındayım.

Borçlar Kanununun 31. maddesine göre, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal hakkını kullanması yenilik doğuran haklar bakımından geçerli olan esaslara tabidir[107]. İptal hakkı, karşı tarafa varması gerekli tek yanlı bir irade açıklaması ile kullanılır. İptal beyanı açık bir irade açıklaması ile kullanılabileceği gibi, örtülü bir beyanla veya iradeyi gösteren bir davranışla da kullanılabilir. İptal hakkının kullanılması özel bir geçerlilik şekline tabi değildıo[8]. Diğer yenilik doğuran haklar gibi, iptal hakkı da kural olarak şarta ve süreye bağlı olarak kullanılamayacağı gibi, kullanılmakla tükenirler ve

---

[107] Yenilik doğuran hakların kullanılmasının tabi olduğu esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 254 vd.

[108] **Kocayusufpaşaoğlu,** § 37, N.23, s. 375; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 453; **Kurşat,** s. 80; **Eren,** s. 372; **Oğuzman/Öz,** s. 1O1. Türk Ticaret Kanununun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ,,tacirler arasında diğer tarafı teınerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar ve ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması gerekir" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Ancak bu hükmün sadece diğer tarafı temerrüde düşürmek, fesih ve dönme haklarının kullanılması bakımından uygulanacağı kabul edilmektedir; Bkz. **Arkan,** S., Ticari İşletme Hukuku, 1O. Baskı, Ankara 2007, s. 151.

ı..ullanıldıl-t:111sonm geri alınmaları nıiiinkiin değildir. iptal hakkının kullarnlrlıl-t□n □üımı geri alınmasına ve ortadan kalkan sözleşmenin yeniden ihya- ıı.\. J...□rşı tarnfın geri almaya muvafakat ettiği veya iptal hakkının kullanılmasına itiraz ettiği durumlarda izin verilebilir[10]rı_

Dl'"trindc BK. m.20/11 hiikınüne kıyasen, sözleşmenin kısmen iptalinin d, miimJ...ün olması gerektiği kabul edilmektedir[110]. Buna göre, irade sakatlı-□,_/lzkşmenin tamamı bakımından değil de sadece bazı hükümleri bakımından me,·cutsa. iptal hakkı yanız bu hükümler bakımından kullanılabilecektir. .\ne.ak bunun için sözleşmenin konusunun bölünebilir edimlere ilişkin olmas..ı gerekir. Ayrıca. tarafların farazi iradeleri, iptal edilen hükümler olmasaydı .□Jt□şmenin hiç yapılmaması yönünde ise, kısmi iptal söz konusu olmayacsl. sözleşmenin tamamının iptali gerekecektir[111]. Son olarak ekleyelim ki, değişik kısmi butlana ilişkin esasların da, sözleşmenin bazı hükümlerinin irade sakatlığı ile malul olduğu durumlarda uygulanması mümkündür. Bu hususa ilişkin olarak yukarıda (7/11/C/3) değişik kısmi butlana ilişkin olarak yapılan açıklamalara yollamada bulunmakla yetiniyorum.

BK. m.31. hükmüne göre, iptal hakkının hata veya hilenin fark edildiği ,·eya tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlayan bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde kullanılmas_ı gerekir[112]. BK. m.31'de iptal hakkını

Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran Haklar, s. 474 vd.

,w **Schmidlin,** Art. 23/24 OR, N. 148 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.852; **Bucher,** AT, s. 214; **Kurşat,** s. 88 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** § 36, N.79, s. 357; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 453/454; **Oğuzman/Öz,** s. 103; **Eren,** s. 372.

111 Kısmi iptal hak.kında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Schmidlin,** Art. 23/24 OR, N. 148 vd; **Kurşat,** s. 88 vd.

112 BK. m.31 hükmünde iptal hakkının kullanılması bakımmdan, BK. m.60 ve 66"dakine benzer bir üst süre öngörülmemiştir. Bu durum doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, iradesi sakatlanan tarafa tanınan hak.kın (örneğin 10 yıllık) bir üst süreye tabi olması gerekir; bu görüş taraftarları için bkz. **\Viegand,** recht 1989, s. 108; **Gauch,** SAG 61 (1989), s. 156; **OR-Schwenzer,** Art.31 OR, N.14; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr.911; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop,** s. 454; **Yıldırım,** s. 263. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, ünlü Picasso kararında, BK. m.60 ve 67 hükümlerinde bir ve on yıllık süreler öngörülmüş iken, BK. m.31'de sadece bir yıllık süre koyup on yıllık süreden söz edilmemesinin, kanun koyucunun bilinçli bir suskunluğu olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirterek iptal hakkının herhangi bir üst süreye tabi olmadığına hükmetmiştir; bkz. BG E 114 il 140/141, Gerekçe 2 b; Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 333; **Kocayusufpaşaoğlu,** § 37, N.28, s. 377; **Kurşat,** s. 117; **Eren,** s. 373/374; **Oğuzman/Öz,** s. 106; karş. ayrıca **Schmidlin,** Art. 23/24 OR, N. 144 vd. ve Art. 31 OR, N. 132 vd.; **Bucher,** AT, s. 213.

hir yıllık süre içeri·inde kullnnmayan tarafm sözleşmeye icazet verini□ sayılacağı hükme bnğlanını\ tır. ı\ncnk bu diizenleıne teorik açıdan isabetsizdir. Çiinkü bir yıllık süre içerisinde iptal hakkının kullanılmaması halinde, bu hak icazet nedeniyle değil, hak düşllriicii sürenin dolması nedeniyle ortadan kalkar[1]tJ. Kuşkusuz iptal hakkının iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeye açık veya örtülü bir beyanla icazet vermesi nedeniyle ortadan kalması ve sözleşmenin geçerliliğini muhafaza etmesi de mümkündür.

Borçlar Kanunu açısından iptal hakkınm kullanılmasınıı tabi olduğu easları bu şekilde özetledikten sonra Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundaki konuya ilişkin düzenlemelerin incelenmesi yararlı olacaktır. Kamu İhale özleşmeleri Kanununun 22. maddesinde genel olarak sözleşmenin feshinin tabi olduğu esaslar düzenlenmiş; ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar nedeniyle idarenin sözleşmeyi iptal hakkını kullanmasına ilişkin olarak ise şu düzenlemeye yer verilmiştir: "...21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir".

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinde yer alan bu düzenleme teorik açıdan çok önemli yanlışlıkları ihtiva etmektedir. İlk olarak, gerek bu hükümde gerekse aynı Kanunun 21. maddesinde, idarenin sahip olduğu bozucu yenilik doğuran hakkı tanımlamak üzere benimsenen terminoloji üzerinde durulması yararlı olacaktır. Yukarıda değişik vesilelerle işaret edildiği üzere, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, isteklinin ihale öncesi dönemde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edildiği için idareye tanınan sözleşmeyi sona erdirme hakkını "fesih" olarak adlandırmıştır. Ancak gerçekte burada söz konusu olan bozucu yenilik doğuran hak "fesih" değil, "iptal hakkıdır". İsteklinin ihale öncesi dönemdeki Kamu İhale Kanununun 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışları, ihaleyi açan kurum bakımından bir irade sakatlığına yol açar. İrade sakatlıkları halinde ise yaptırım, iptal edilebilirliktir. Buna karşılık fesih hakkı, sürekli sözleşmelerde söz konusu olur. Fesih hakkı ya bir ifa engeli sebebiyle taraflara sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirme yetkisi verir (olağanüstü fesih), ya da belirsiz süreli sözleşmelerde taraflara belirli fesih dönemi veya sürelerine uyulmak kaydıyla herhangi bir haklı nedene dayanma zorunda olmaksızın sözleşmeyi sona erdirme imkanı vermek suretiyle, deyim yerinde ise belirsiz süreli sözleşmenin süresini belirler (olağan fesih)[114]. Fesih hakkından söz edebilmek

---

11J Tümb u hususlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Eren'e Armağan, s. 309 vd.

114 Sözleşmenin feshi kavramı ve türleri hakkında genel bilgi için bkz. **Buz**, Sözleşmeden Dönme,s. 80 vd.

·--,n, kumlu□unda herhangi bir sakatlık bulunmayan sözleşmenin mevcudiyen □relir. Oysa Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesine göre , □l □menin sona erdirilmesi durumunda sözleşmenin kurulması aşamasında ir sakatlık mevcuttur.

Türl Kanun Koyucusunun, sürekli sözleşmelerde iptal hakkının yerini '□in alacağı yönündeki görüşten etkilendiği akla gelebilir. Ancak bu ihtim□I 111derece zayıftır. Zira Kamu ihale Sözleşmeleri Kanununun 21 ve 22. maddderi sadece sürekli sözleşmelerde değil, ani edimleri ihtiva eden kamu ihale sözleşmeleri bakımından da uygulanacak genel nitelikte hükümlerdir. A□nca Kanunun gerekçelerinde, doktrinde bu hususta ileri sürülen görüşler□□ yararlanıldığını, -daha da ileri gidelim- doktriner herhangi bir araştırmanm yapıldığını gösteren bir emare dahi bulunmamaktadır. Kanımca bu terminolojik hatanın sebebi "fesih" teriminin Türk Kanuı Koyucusu tarafından ıx,"'k sevilen bir ifade olmasıdır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanununun iktibası □-ıasında bu Kanunda yer alan dönme ve iptal terimleri dilimize "fesih" olarak çevrilmiştir' [15]. Arada geçen zaman içerisinde, ülkemizde son yıllarda gerek doktrinde gerekse içtihatlarda iptal, dönme ve fesih gibi bozucu yenilik doğuran haklar, gerekli kavramsal titizlik gösterilerek yerli yerinde kullanılmaya başlanmıştır. 2003 yılında yürürlüğe giren bir kanunun tüm bu bozucu yenilik doğuran hakları ifade etmek üzere, yeniden fesih ifadesini kullanması, bu olumlu süreci tersine döndüren talihsiz bir gelişme olmuştur!

Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinde yer alan düzenlemenin asıl vahim tarafı, "fesih" olarak adlandırdığı yenilik doğuran hakkın kullanılması bakımından öngördüğü hükümlerde kendisini göstermektedir. Bu Kanunun 22. maddesinin 1. fıkrasında, karşılaştırmalı hukukta bir benzeri bulunmayan ve teorik olarak da izah edilmesi imkansız bir şekilde, fesih olarak adlandırdığı hakkın doğumuna yol açan olguların tespit edildiği anda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı, ancak idarenin 7 gün içerisinde fesih kararı alacağını ve kararın alındığı tarihi izleyen 5 gün içerisinde istekliye bildirileceği hükme bağlanmaktadır. Daha kısa ve açık bir şekilde ifade etmek gerekirse: Bu hükümde bir yandan sözleşmenin belirli bir tarihte feshedilmiş sayılacağı düzenlenirken, diğer yandan idarenin fesih kararı alması düzenlenmiştir. Bu düzenleme, sadece sözleşmenin 21. maddeye göre "'feshi" (doğrusu:iptali) durumunda değil, 19 ve 20. maddelere göre feshi halinde de uygulama alanı bulmaktadır[116]. Bu son anılan hüki.imlere göre söz-

---

[115] Bu yanlış çeviri örnekleri için bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s. 79 vd.

[116] Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinin yukarıda bir kısmını aktardığım ilk fıkrasının tam metni şu şekildedir: "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 itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde

lçşınenin sona erdirilmesi bu çalışmanın kapsamı dışındadır. 22. maddede) er alan düzenlemenin. bu çalışmanın kapsamına dahil olan, isteklinin ihale öncesi yasak fiil ve davranışları nedeniyle idarenin sözleşmeyi iptal etmesi ömeği üzerinde açıklanması, hükmün ihtiva ettiği teorik açmazları açıkça gözler önüne sermek açısından yararlı olacaktır.

İhaleyi açan kurum, isteklinin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17. maddesi anlamında yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunu tespit ederse, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, bu an itibariyle sözleşme "feshedilmiş sayılacaktır". Feshedilmiş sayılma veya Türk Hukukunda yaygın bir şekilde kullanılan başka bir ifade ile, --infisah", kendiliğinden sona erme anlamına gelir. Kendiliğinden sona em1e durumunda, doğal olarak sözleşmeyi sona erdirmek için tarafların yenilik doğurucu bir beyanda bulunmalarına da $_{o}$oerek kalmayacaktır. Bu takdird e idarenin sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini karşı tarafa bildinnesı, bozucu bir yenilik doğuran hakkın kullanılması değil, daha önceden gerçekleşmiş bir hukuki durumun (sona ermenin) tespitine ilişkin bir beyan niteliği taşıyacaktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesi bu kadarıyla yetinmiş olsaydı, kanun koyucunun hukuk politikasına ilişkin bir tercihte bulunduğu söylenebilir ve bu husus bir ölçüde anlaşılabilirdi. Denilebilirdi ki, Türk Kanun Koyucusu, bir tür irade sakatlığı niteliği taşımasına rağmen, isteklinin ihale öncesi yasak fiil ve davranışlarının tespiti halinde "iptal edilebilirlik" yaptırımını değil de, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi yaptırımını benimsemiştir. Ancak 22.maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde idarenin 7 gün içerisinde fesih kararı alması ve öu kararı 5 gün içerisinde yükleniciye bildirmesinden söz edilmektedir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, "feshedilmiş" saydığı bir sözleşmenin feshi için idareyi karar alma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Söz konusu hükümde yer alan bu son cümle esas alınacak olursa, bu kez de Kanun koyucunun "infisah", yani kendiliğinden sona erme yaptırımını değil, sözleşmenin idarenin fesih beyanı üzerine sona ermesini kabul ettiği sonucuna varılabilecektir. Peki ama aynı fıkra içinde hem sözleşmenin "feshedilmiş sayılacağından" hem de "feshinden" söz eden bu düzenlemenin tamamı gözünde tutulduğunda ne tür bir sonuca varılacaktır? Aşağıda bu hususa ilişkin bir tür "tevil" denemesinde bulunulacaktır. Şimdiden şu kadarını söyleyelim ki, feshedilmiş sayılan bir sözleşmenin sonradan tekrar feshinden söz eden bu düzenleme, son yıllarda Türk Hukukunda gerçekleşen kanunlaştırma çalışmalarında ne kadar özensiz hareket edildiğin tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

---

idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir."

K□ımı lh:11' ö.ık□mekri Kamımınuıı 22. ınrıddcsinin 1. fıkrası, sadece "□lt'\ i sı'llll erdirme mekanizması bakımından benimsenen tuhaf, anla- □ıl\ i,;,ı.fü,sı7 J...onstriiksi)on bakımmdan değil. içerik itibariyle de son de- \.□h.>lt:ılıdır. Yukarıda belirtildiği üzere. bu hükme göre. idarenin □,asak fiil ,' ,i,,u:mışlarının tespiti anında sözleşme feshedilmiş sayılacaktır. ister söz- ::-nin hu andan itibaren kendiliğinden feshedileceği kabul edilsin. isterse b□'nin fesih he)anındn bulunması üzerine sona ereceği kabul edilsin. her ,.ınımds hu s,.)ırn erme. yasak fiil ve davrn111şın tespit edildiği an itibariyle ll-.iim ifode edecektir. Sözleşmenin tespit anından önceki kısmı bu sona c-m1.xitn etkilenmeyecektir. Başka bir ifadeyle. bu sona erme, geriye etkili ıl□il. daima ileriye etkili sornıç doğuracaktır.

□ p□ı,.i ama ihaleyi açan kurum, isteklinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunu sözleşmenin tam ve karşılıklı ifasından sonra tespit ederse ne olac::ıktır? Örneğin. istekli hile veya tehditle ya da fiyat anlaşması yaparak piya- □ dcicrinin kat kat üzerinde bir edimde bulunmuş ve parasını tahsil etmiş, ancak idare bu durumu ilk olarak karşılıklı ifanın gerçekleşmesinden sonra tespit etmişse, bu tarihten itibaren gerçekleşecek bir sona erme ne anlam ifade edecektir? KİSK. m.22/1 hükmünün lafzına bağlı kalınacak olursa, hiçbir anl:ım ifade etmeyecektir; çünkü madde metninde sözleşmenin söz konusu huluka aykırılıkların tespiti anı itibariyle sona ereceği açıkça hükme bağlanmaktadır. Tam ve karşılıklı ifa durumunda ise ortada tespit anı itibariyle sona erecek bir sözleşme bulunmayacaktır. Dolayısıyla verdiğimiz örnekte, ihaleye fesat karıştırarak fahiş menfaat temin eden isteklinin elde ettiği kanınımlar, KİSK. m.22/1 hükmüne göre gerçekleşecek bir sona ermeden etkilenmeyecektir. Böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

KİSK. m.22/1 hükmünün, ifasına başlanmış sürekli sözleşme ilişkileri göz önünde tutularak konulmuş olması ihtimali mevcuttur. Yukarıda BK. mJ I hükmüne göre kullanılan iptal hakkının etkileri incelenirken de belirtildiği üzere, doktrinde savunulan bir fikre göre, ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde sona erme, kural olarak, ileriye etkili sonuçlar doğurur. Hizmet alımları veya sürekli bir borç ilişkisi meydana getirecek türden yapım ihaleleri sonucunda akdedilen kamu ihale sözleşmeleri bakımından ileriye etkili sona erme, bu görüş çerçevesinde nispeten anlaşılabilir. Ancak K.İSK m.22'de ihalenin türüne göre herhangi bir ayrım yapılmamıştır ve dolayısıyla bu hüküm, alım ihaleleri sonucu akdedilen kamu ihale sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır ki, o zaman da yukarıda işaret etmeye çalıştığım kabulü mümkiin olmayan sonuçlar meydana gelecektir.

Fesih kararının alınması için öngörülen 7 günlük süre ise, bambaşka sorunların doğumuna yol açacaktır. İsteklinin ihale öncesi yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edildiği andan itibaren 7 gün içinde değil de, daha geç, örneğin iki hafta sonra alınan bir fesih kararı geçersiz mi sayıla-

caktır'? Kanımca bu sürenin bir hak düşürücü süre değil de, idareye yönelik bir düzen hükmü olarak değerlendirilmesi gerekir. İstekli irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek istediği takdirde, BK. m.31'de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süreden yararlanabilirken, idarenin 7 günlük süre içinde bu hakkını kullanması gerektiğinin kabulü, taraflar arasındaki simetriyi ters yüz edecektir. Dahası var: Yukarıda belirttiğim gibi, ihaleyi açan kurumun hile veya tehdit nedeniyle değil de hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi halinde, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacak ve BK. m.31'e göre bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde bu hakkını kullanabilecektir. Belki de kendi kusuruyla hataya düşen idare, sözleşmeyi iptal etmek istediği takdirde, bir yıllık süreden yararlanabilirken, kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığı, aksine isteklinin ihaleye fesat karıştırma niteliği taşıyan bir davranışının bulunduğu durumlarda 7 gün içerisinde harekete geçmek zorunda olması izah edilemez. Kanun koyucunun amacı bu olamaz.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun, kamu ihalelerinin özelliklerini ve idarenin ihtiyaçlarını göz önünde tutan hükümler ihtiva etmesi beklenirdi. Ancak maalesef söz konusu Kanun bunu yapmak yerine borçlar hukukunun temel esaslarını alt üst eden düzenlemelere yer vermiştir. Bu Kanunun yukarıda incelediğimiz 22. maddesi ve Kamu İhale Kurumuna "mücbir sebep belirleme" yetkisi veren(!) 1O. maddesinin I. fıkrasının (e) bendi hükmü, bu tespiti doğrulamak için yeterli örneklerdir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun bir an önce bu ve benzeri noktalarda yeniden ciddiyetle gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi gerekir.

Tekrar burada incelediğimiz soruna dönecek olursak: KİSK. m.22 hükmü değiştirilmediği sürece yürürlükte olan ve uygulanması gereken bir hükümdür. Kanımca bu hükmü, amaca uygun bir sınırlandırmaya tabi tutarak şu şekilde yorumlamak uygun olur: İsteklinin ihale öncesi yasak fiil ve davranışlarının idare tarafından tespit edilmesi halinde sözleşme, idarenin iptal hakkını kullanması üzerine sona erecektir. Bu sona erme, ifasına başlanmış sürekli kamu ihale sözleşmelerinde, ihale öncesi yasak fiil ve davranışın edim-karşı edim dengesini bozmadığı durumlarda, tespitin yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Buna karşılık, ani edimli kamu ihale sözleşmeleri ile, irade sakatlığının edim-karşı edim dengesini bozduğu sürekli sözleşmelerde, iptal hakkının kullanılması, geçmişe etkili sonuç doğurur ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini ilk yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırır. Ayrıca iptal hakkının kullanılması için öngörülen 7 günlük süre, bir hak düşürücü süre olmayıp, idareye yönelik bir düzen hükmüdür. İdarenin ihale öncesi yasak fiil veya davranışlar nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı, sözleşmeye icazet verildiği sonucuna varmayı gerektiren bir durum olmadığı sürece, BK. m.3I hükmüne göre bir yıllık süre içerisinde kullanılabilir.

Yukand!lki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gerek isteklinin gerek ihale□i açan kurumun irade sakatlığı nedeniyle kamu ihale sözleşmesini iptal em1e i durumunda. kural olarak, taraflar arasındaki hukuki ilişki geçmiş etı...ili bir şekilde ortadan kalkar. Bu nedenle taraflar arasında daha önceden)erine getirilmiş edimlerin iadesi, yani sözleşmenin tasfiye edilmesi □kir.

iade talebinin hukuki dayanağı ve kapsamı, bu çalışmanın kapsamını a'" n ye a□rı bir çalışmaya konu oluşturabilecek son derece çetrefilli bir sorundur. Bu nedenle aşağıda genel nitelikte bazı değerlendirmelerde bulunmakla ,ıerinilecektir.

Borçlar Kanununun irade sakatlığına ilişkin hükümlerinde, iptal üzerine taraflar arasında meydana gelecek iade ilişkisine ve iade taleplerinin kapsamına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır[117]. Kamu İhale Sözleşmeleri □anununun 21. maddesinde de sözleşmenin feshedilerek hesabının "genel hükümlere göre tasfiye" edileceği öngörülmüştiir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun başka bazı hükümlerinde (ın.17/a, m.19, m.20, m.23 ve m.24/111) ,er alan "genel hükümlere göre tasfiye" ifadesi Ti.irk Hukukunda ifa ile çözülemeyen, yani akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu izlenimi uyandırmaktadır ki, aşağıda tekrar üzerinde duracağımız üzere, bu doğru değildir. Türk/İsviçre Hukukunda hakim olan görüş[118], irade sakatlıkları nedeniyle iptal halinde daha önce yerine getirilen -edimlerin iadesi bakımından, iade konusu edimin türüne göre bir ayrım yapma11adır. Buna göre iptal üzerine iadesi gereken edim bir taşınmaz ise, iptal hakkının kullanılması ile birlikte tapuda karşı taraf lehine yapılan tescil yolsuz hale gelir ve iade alacaklısı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilir. Ayni nitelikteki bu talep hakkı herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir. İade konusu edim bir taşınır ise ve taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu görüşü kabul edildiği takdirde, iade alacaklısı, istihkak davası ile iadeyi talep edecektir. Bu talep hakkı da zamanaşımı süresine tabi değildir. Buna karşılık taşınır mülkiyetinin devrinin soyut olduğu kabul edilecek olursa, iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılması gerekecektir. Aynı şekilde iade alacaklısının karşı tarafa devrettiği mal üzerin-

---

117 Oysa **Munzinger'in** gerek 1869 gerekse 1871 tarihli tasarılarında sözleşmenin butlanı ve iptali başlığını taşıyan ayrı bir bölüm bulunmaktadır. Bu hükümlerde butlan ve iptal edilebilirlik kavramlarının ifade ettiği anlam belirtildikten sonra, butlan ve iptal halinde sözleşmenin hangi esaslara göre tasfiye edileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (1869 tarihli tasarı §§ 83-88; 1871 tarihli tasarı Art. 84-89).

118 **Kocayusufpaşaoğlu,** § 36, N.72, s. 353; **Kurşat,** s. 91 vd.; **Gauch/Schluep/Schmidt,** Nr. 892; **Yıldırım,** s. 238; **Eren,** s. 374/375; **Hartmann,** Rückabwicklung, s. 327 vd.

dcl-.i mülkiyeti (ömeğin, zamanaşımı ile iktisap, iyiniyetli iiçüncii şahısların mülkiyet hakkı kazanma ı. karışma, birleşme nedeniyle) kaybettiği durumlarda da iade talebi bir sebepsiz zenginleşme talebi niteliği taşıyacaktır. Ayrıca iş gönne ve kullandırma edimlerinin iadesi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir. İade taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı durumlarda, bu talep BK. m.66'daki bir ve on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır[119].

Buna karşılık doktrinde savunulan yeni bir fikre göre, irade sakatlıkları nedeniyle sözleşmenin iptali halinde de iadenin sözleşme hukuku kurallarına göre gerçekleşmesi gerekir[120]. Bu görüş, sözleşmeden dönme halinde iade talebinin sözleşmesel bir nitelik taşıdığını kabul eden "dönüşüm teorisinin" irade sakatlığı nedeniyle iptal durumuna aktarılmış bir biçimidir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında bu görüşten bahsederken, bunun "iyi gerekçelerle· savunulan bir görüş olduğunu belirtmektedir[121].

İade talebine ağırlıklı olarak sözleşme hukuku hükümlerini uygulayan bu yeni görüşün haklı gerekçeleri mevcuttur. Bunlardan ilki, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması halinde devreye girecek BK.ın.66 hükmünde öngörülen kısa zamanaşımı süresidir. Gerçekten de, elini çabuk tutarak iade talebine sahip olduğunu ve iade borçlusunun kim olduğunu öğrendiği andan itibaren bir yıllık süre içerisinde iade talebini ileri sürmeyen alacaklı, iade borçlusunun BK. m.66'ya dayanan zamanaşını ı savunması ile karşılaşacaktır[122]. İade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tu-

---

[119] BK. m. 66 hükmünde iade alacaklısının iadeyi talep etmeye hakkı olduğunu öğrendiği andan itibaren bir yılın ve her durumda IO yıl dolmasıyla birlikte sebepsiz zenginleşme alacağının zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. İrade sakatlığı nedeniyle iptal durumunda özellikle bu bir yıllık sürenin iadesi gereken edimin ifa edildiği anda mı yoksa iptal hakkının kullanıldığı anda mı işlemeye başlayacağı son derece tartışmalıdır; bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu,** § 36, N.73/74, s. 353 vd; **Hartmann,** Rückabwicklung, s. 340 vd.

[120] **Schmidlin,** Art. 31 OR, N. 16 vd. ve N.56 vd.; **Wiegand,** FS. Gauch, s. 717 vd.; *aynı yazar,* recht, 1989, s. 110/111; **Serozan,** R., Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi, Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 735 vd.

[121] BGE 129 111 328.

[122] BK.m.66 hükmünde öngörülen bir yıllık sürenin eleştirisi için bkz. **Buchcr,** E., Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102 il (1983), s. 280; *aynı yazar,* AT, s. 697; *aynı yazar,* Verjahrung: gute Schritte in guter Richtung - Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 111 226-241 (4C.29672005); in: recht 2006, s. 186 vd. **Hartmann,** Rückabwicklung, s. 340; **Eren,** s. 862; **Scrozan,** Borçlar Hukuku, § 27, N.22, s. 383; **Buz,** Sözleşmede Kararlaştırılandan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hu-

ıulmarnun. ıııde alacaklısı bakımından doğuracağı bir başka tehlike ise, BK. *sn,□:*1'de iade borçlusuna tanınan "zenginleşmenin kalktığı defi" 'f.n□ichc-nıngscinrede) ile karşılaşması ihtimalidir. İade borcunun kapsamını düzenle) en BK. m.63 hükmünde, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin, iade 1n& iade konusu şeyden elinde kalanı geri vererek iade borcundan kurtu**b.."'1lğı** düzenlenmiştir.

Gerçi iade halinde sözleşme hukuku kurallarının uygulanması, bu sakınır um.fan ilkini ortadan kaldırabilir. Ancak sözleşme hukuku kurallarının uygıibnma·ı halinde de "zenginleşmenin kalktığı (artık mevcut olmadığı) di-finin.. ileri sürülmesi halinde meydana gelene benzer sonuçların ortaya :ma ihtimali mevcuttur; zira iade borçlusu bu kez de iade konusu edimin lendi lusunı olmaksızın imkansızlaştığını iddia ve ispat ederek BK. m. l 17 ükmü uyarınca iade borcundan kurtulabilecektir. Sözleşme hukuku kurallan da tıpkı sebepsiz zenginleşme ve zilyetlikte iadeye ilişkin hükümler gibi, iade problematiğini her yönüyle kavrayıp tatmin edici bir çözüme bağlamakıan uz.aktır. Aslında bu son derece doğaldır; zira sözleşme hukuku kuralları {düz) \'emıe ilişkileri göz önünde tutularak vazedilen kurallar olup, geri \i'J'lTle (iade) ilişkileri bakımmdan uygulandığında yetersiz kalmaktadır.

Kanımca akamete uğrayan, yani batıl, iptal edilen veya dönme ya da geri alına gibi bir hakkın kullanılması suretiyle sona erdirilen sözleşmeler gereğince daha önce yerine getirilen edimlerin tasfiyesinin ortak esaslara tabi tunılması gerekir[123]. Akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesi bakımından, tas-□e ilişkisinin doğmasına yol açan sebebe göre, örneğin, sözleşmenin kurutuşunda bir sakatlık nedeniyle mi geçersiz olduğu, yoksa ifa aşamasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle dönme hakkınm kullanılması üzerine mi sona erdirildiğine göre bir ayrım yapılamaz[124]. Çünkü her durumda tasfi-□enin amacı aynıdır ve bu da sözleşmenin kuruluşundan önce mevcut olan durumun *(sıaıus quo anıe contactıım)* yeniden sağlanmasıdır.

Ancak ne Türk/İsviçre Borçlar Kanununda ne de Alman, Avusturya, Fransız Medeni Kanunlarında akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin genel nitelikte ortak hükümler yer almaktadır. Oysa yeni gelişmelerde, akamete uğrayan sözleşmelere ilişkin genel kurallara yer verme yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Örneğin, Avrupa Özel Hukukçular Akademisi tarafından 2001 yılında yayınlanan "Avrupa Sözleşme Kanunu Ön Ta-

---

kuki Dayanağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (9-1O Aralık 2005), s. 143.

ın Aynı yönde temenniler için bkz. **Zimmermann,** FS Kramer, s. 753; **Helwege,** s. 520 vd.

nı Ayrıntılı bilgi için bkz. **Helwege,** s. I04 vd. ve s. 522 vd. i•ade modalitelerinin belirlenmesi bakımından tasfiyeye yol açan sebebe göre bir ayrım yapılmasını savunan aksi görüş için bkz. **Coen,** s. 418 vd.

sarısı"nın l 60. maddesinde geçersiz veya iptal edilen ya da taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışı Uzerine diğer tarafça sona erdirilen, kısacası ifa ile çözülemeyen, "akamete uğrayan" sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin genel bir düzenleme yer alınaktadır[125]. Aynı şekilde Prof. Pierre Catala başkanlığında hazırlanan 22 Eylül 2005 tarihli Fransız Medeni Kanununun Borçlar Hukuku ve Zaınanaşımına İlişkin Hükümlerinin Reformuna İlişkin Ön Tasarıda (Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription, Art. l I6 I vd.), akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında bu hususta da bir düzenleme yer almamaktadır.

Akamete uğrayan sözleşmelerin ortak esaslara göre tasfiyesinde özellikle şu hususların göz önünde bulundurulması gerekir: İlk olarak, sözleşmenin batıl olması, iptal edilmesi veya dönme hakkının kullanılması üzerine meydana gelen iade ilişkisinde, her iki tarafın da daha önce elde ettikleri edimleri aynen iade etmesi gerekir. Aynen iadenin mümkün olmaması halinde bedel üzerinden iade söz konusu olacaktır. Bu noktada iade imkansızlığının hangi sebepten kaynaklandığı kural olarak önem taşımaz. Sadece hizmet edimlerinde olduğu gibi, iade konusu edimin niteliği gereği ayneıi iadenin mümkün olmadığı durumlarda değil, niteliği gereği aynen iadesi mümkün olan maddi bir edimin iade borçlusunun kusuru yüzünden veya kusuru olmaksızın yok olması ya da kötüleşmesi durumunda da bedel üzerinden iade yükümlülüğü doğacaktır. İade konusu edimin değerini iade yükümlülüğünün tamamen veya kısmen ortadan kalkması, sadece bu imkansızlığın iade alacaklısına izafe edilebilecek bir kusurdan kaynaklandığı veya iade konusu edimin piyasa şartlarına bağlı olarak değerinin düştüğü durumlarda kabul edilebilir[126].

Ancak iade konusu edimin değerinin hesaplanmasında, objektif, yani piyasa değerinin mi, yoksa ona tarafların tasfiye edilen sözleşme ilişkisinde biçtikleri sübjektif değerinin mi esas alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Her iki alternatifin de bazı sakıncaları vardır. Edimin sübjektif değerinden hareket edilir ve iadesi imkansızlaşan edimin sözleşmede kararlaştırılan değeri esas alınacak olursa bu, tasfiye edilen sözleşmeye yeniden geçerlilik tanınması anlamına gelecektir. Eğer iade alacaklısı daha önce yerine getirdi-

---

125 Bu düzenlemelere ilişkin olarak bkz. **Zimmermann,** FS Kraıner, s. 751/752 □ **Helwege,** s. 592 vd

126 **Helwege,** s. 562 ve s. 600; karş. ayrıca **Zimmermann,** FS Kraıner, s. 754. Aynen iadesi mümkün olmayan edimin bedelinin iadesi kuralına, iade borçlusunun fiil ehliyetine sahip olmayan bir şahıs veya hileye maruz kalan bir şahıs olması, iade konusu edimin iade alacaklısının elinde de imkansızlaşacağı veya iade borçlusunun kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi (karş. § 346 111 1 Nr.3) hallerinde istisna getirilemeyeceği hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Helwege,** s. 554 vd.

□i l'dimin sözleşmede karnrla,tırılan değerini alma imkanma sahip olursa, _□kşmrnin batıl sayılma ının veya iptal ya da dönme hakkının kullanılması _ ıT\"tİ) le geçmişe etkili olarak sona erdirilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. <.. zdliJ...le irade sakatlığının edim-karşı edim dengesini bozduğu ve hak sahibinin hu nedenle sözleşmeyi iptal ettiği durumlarda, bu sonuç kabul edilemez. Ömeğin. bir kamu ihale sözleşmesinde isteklinin hile ile gerçek değerininçok iizerinde bir edimi yerine getirmesi ve idarenin bu nedenle iptal hak□ını J...ullanması. ancak isteklinin yerine getirdiği edimi aynen iade edememe-i durumunda, idarenin bu edimin sözleşme değerini ödemekle yükümlü rutulması. kullanılan iptal hakkını anlamsız hale getirecektir. İade konusu edimin objektif değerinin esas alınması ise başka açıdan kabul edilemez sonuçlar meydana getirecektir. Özellikle sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımmdan şu tehlike mevcuttur: özleşmede piyasa değerinin çok altmda bir bedel karşılığında bir edimi □erine getinnekle yükümlü olan borçlu, edimini kısmen yerine getirdikten ·on□ bilinçli olarak sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunarak, aynen iade imkanına sahip olmayan alacaklıyı geçmişe etkili sonuçlar doğuran dönme hakkını kullanmaya tahrik edebilir. Zira alacaklı sözleşmeden dönme hakkını □ullandığı takdirde, aynen iade edemediği borçlunun ediminin piyasa değerini ödeyecek ve borçlu bu şekilde ifa halinde zarar edebileceği sözleşmeden karlı çıkacak veya en azından daha az zarar ederek kurtulmuş olacaktır[127]. Benzer bir durum, burada incelediğimiz kamu ihale sözleşmelerinin ihale öncesi yasak fiil ve davranışlar nedeniyle iptali bakımından da ortaya çıkabilir: Düşük teklif vererek ihaleyi kazanan ve sözleşmeyi kısmen de ifa eden istekli, zarar edeceği bu kamu ihale sözleşmesinden, ihale öncesi yasak fiil ,·e davranışlarda bulunduğunu bu durumu henüz fark etmeyen idareye ihbar ederek veya ettirerek onun sözleşmeyi iptal etmesini sağlayabilir.

Gerek objektif gerekse sübjektif değerin esas alınması halinde meydana gelecek bu tür adaletsiz sonuçların doğumuna engel olmak için şu yönde bir yöntem önerilmektedir: İade konusu edimin değeri hesaplanırken objektif değeri esas alınmalıdır. Ancak bunun üst sınırı edimin sözleşmede kararlaştınlan sübjektif değeridir. İade konusu edimin objektif değerinin sübjektif değerini aştığı durumlarda bu sonuncu değer esas alınmalıdır[128].

Kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptali bakımından da, yukarıda işaret edilen esaslar geçerli olmalıdır.

---

127 **Coen**, s. 418.

128 **Coen**, s. 418.

SONUÇ

Bu çalışmada, ardığımız belli başlı sonuçları şu şekilde özetlemek miimlı.iindiir:

1. İdarenin kamu hizmetlerinin görülmesi için ihtiyaç duyduğu edimleri □1zleşme) aparnk tedarik etme imkanı Türk Hukukunda da kabul edilmektedir. İdarenin bu amaçla yaptığı sözleşmelerin bir kısmı idari sözleşme olup id3re hukuku kurallarına tabi iken, diğer bir kısmı bakımından ise özel hulul-.1-.uralları uygulanmaktadır. İdarenin, ihtiyaç duyduğu edimleri karşılamak amacıyla gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmelere "kamu ihale sözleşmeleri" adı verilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesidir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, yapılacak sözleşmelerde tarafların eşit olduğu, ihale dokümanlarında ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı hükümlere yer verilemeyeceği ve kanunun yorumunda da aynı prensibin uygulanacağı şeklindeki düzenleme karşısında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi ihaleler sonucunda bir idari sözleşme düzenlenebilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu yönde bir düzenleme ihtiva etmemesine rağmen, kanımca 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi ihale sürecinin sonunda akdedilen sözleşmelerin de kural olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığınm kabul edi imesi gerekir. Esasen bir idari sözleşme yapılmasını gerektiren ihtiyaçların, özel hukuk sözleşmeleriyle de karşılanması imkanı mevcuttur.

2. Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımasına rağmen, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, bu sözleşmenin kuruluşundan önce ihale açılması gerekmektedir. Bu ihale süreci, ülkemizde kamu hukuku kökenli kurallar ile düzenlenmiştir. Bu durum bir bütün olarak sürecin, yani ihale aşamasının ve bunun sonucunda imzalanan kamu ihale sözleşmesinin hangi hukuki rejime tabi olduğu sorununun ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Türk doktrin ve içtihatlarında kullanılan ifadelere bakıldığında, "iki aşama teorisinin" kabul edildiği sonucu çıkarılabilir. Bu teoriye göre idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşamalı bir işlem söz konusudur: Birinci aşama, sözleşme yapılmasına kadar olan aşamadır. Bu aşama, ihale veya benzeri sürecin başlangıcı, uyulması gereken esaslar ve mevzuat, ihale işleminin yapılması ve sonuçlandırılmasından ibarettir. Bu ilk aşamada idarenin yaptığı her türlü eylem ve işlem "idari" bir nitelik taşımakta olup idare hukuku kurallarına tabidir. İkinci aşamayı ise, birinci aşamada tamamlanan idari işlemin icrası saflıası oluşturmaktadır. İdare hukuku kural-

!arına tabi olan birinci aşamanın tamamlanmasından sonra, bir özel hukuk sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu ikinci aşama, yani yapılan özel hukuk sözleşmesi, tamamen özel hukuka tabi olup, bu konudaki uyuşmazlıkların karara bağlanma yeri ise adli yargı veya sözleşmede öngörülmesi kaydıyla tahkim mahkemesidir. Ancak idare hukukuna tabi birinci aşamada da özel hukuka ilişkin bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Bu sorunlar kamu ihale mevzuatında bir çözüme kavuşturulmadıkları ölçüde özel hukukta geçerli olan esaslara tabi olacaktır.

3. İki aşama teorisinin doğal bir sonucu olarak, ihale aşamasında gerçekleşen bir hukuka aykırılık nedeniyle idari yargıda verilen iptal veya yürütmenin durdurulması kararları, kendiliğinden kamu ihale sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğunnayacaktır. Sözleşmenin geçersiz sayılabilmesi için, söz konusu hukuka aykırılık durumunun özel hukuk kuralları açısından da bir geçersizlik sebebi teşkil etmesi gerekir. İdari yargıda verilen iptal kararının kamu ihale sözleşmesini de otomatik olarak geçersiz hale getireceğinin kabul edilmesi halinde, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin bir anlamı kalmayacaktır.

4. Diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, kamu ihale sözleşmelerinde, taraflardan biri (idare) bakımından sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü bulunmamaktadır. İdarenin sözleşmenin karşı tarafını ne şekilde belirleyeceği kamu ihale mevzuatında açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu kuralların muhatabı idare olduğundan ve sadece idareye yönelik talimatlar niteliği taşıdığından, bu durum sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini etkilemeyecektir.

5. Gerek karşılaştırmalı hukukta ge□ekse Türk Hukukunda, idarenin başlamış bir ihale sürecini kamu ihale sözleşmesi yapmak suretiyle sonuçlandırmak zorunluluğu bulunmamaktadır. İdarenin kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından önceki her aşamada ihale işlemlerini iptal etmesi mümkündür. Gerçi idarenin iptal kararları da yargısal denetime tabi olup, hukuka aykırı bir nitelik taşıdıkları takdirde iptal edilebilmeleri mümkündür. Ancak ihalenin iptali kararının idari yargıda iptal edilmesi dahi idare açısından sözleşme yapma zorunluluğu meydana getirmez. İdarenin ihaleyi iptal kararının haklı bir sebebe dayanmaması ve hukuka aykırı olması halinde sadece bundan zarar gören şahısların uğradıkları zararların tazminini talep etme hakkı doğar.

6. Yeni Türk ihale mevzuatında, ihale sürecinde gerek idare gerekse istekliler tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırılıklar bakımından tazminat yükümlülüğü öngören genel nitelikte düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu yönüyle yeni Türk ihale mevzuatı Avrupa Birliği direktiflerinde öngörülen hukuki koruma standartlarını sağlayamamıştır. Bu durum karşısında sorunun sorumluluk hukukunun genel esaslarına göre çözülmesi gerekmektedir:

İhale sürecinde idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri ile isteklilere zarar vermesi halinde. zarar gören isteklinin *culpa in conlrcıhendo* esasma g'"re tazminat talep etmesi mümkündür. İhale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında kaynağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisi (ihale ilişkisi) meydana gelir. Bu ilişki tarafların her ikisini de, diğer tarafın zarara uğramasına engel olacak özen gösterme, koruma, aydınlatma yülı..ümlülükleri altına sokar. Dolayısıyla idarenin bu güven ilişkisine aykırı hareket etmesinden zarar gören istekliler *cılpa in conırahendo* esasına göre uğradıkları zararların tazminini talep etme imkanına sahiptir.

İsteklilerin uğradıkları zararların tazmini için seçimlik olarak başvurabileceği ikinci sorumluluk temelini haksız fiil hükümleri oluşturur. İdareye karşı haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak dava açılması, özellikle *culpa üı conırahendo* sorumluluğunun şartlarının mevcut olmadığı durumlarda pratik bir önem kazanır. Ancak Türk Hukukunda kural olarak haksız fiil sorumluluğu nedeniyle hukuka aykırı eylem ve işlemde bulunan kamu görevlilerine değil, sadece idareye karşı dava açılması mümkündür. İdareye karşı açılacak tazminat davası, hizmet kusuru esasına dayalı tam yargı davası niteliği taşıyacak ve buna ilişkin olarak özellikle içtihatlarla geliştirilen esas ve kurallara tabi olacaktır.

İhale sürecinde sadece idarenin isteklileri zarara uğratması değil, isteklilerinin de hukuka aykırı işlem ve eylemlerle idareyi zarara uğratmaları söz konusu olabilir. Örneğin isteklilerin fiyat anlaşması yapması veya hile, tehdit ya da rüşvet vermek suretiyle sözleşmenin kurulmasını sağlamaya çalışmalan mümkündür. Ayrıca isteklinin kendisine tanınan itirazen şikayet hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanması ve ihale sürecini geciktirerek idareyi zarara uğratması da ihtimal dahilindedir. Bu ve benzeri durumlarda idare seçimlik olarak *culpa in contrahendo* veya haksız fiil hükümlerine göre uğradığı zararların tazminini talep edebilir.

7. Gerek Devlet İhale Kanununda, gerekse Kamu İhale Kanununda yer alan düzenlemelere göre, ihale kararının sözleşmenin kurulmasına yol açan bir etkisi bulunmamaktadır. İhale kararından sonra tarafların bir araya gelerek sözleşme yapması gerekmektedir. Dolayısıyla ihale kararı verilmiş olmasına rağmen, hem idarenin hem de ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmenin kurulmasma yönelik yükümlülüklerini yerine getirmeyerek sözleşmenin kurulmasına engel olma imkanları mevcuttur. Bu durum kamu ihale sözleşmesinin kurulması mekanizmasının teorik açıdan izah edilmesini adeta imkansız hale getirmektedir. Kanımca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bakımından sözleşmenin kurulması mekanizması şu şekilde tahlil edilebilir: İhalenin açılması bir icaba davet, isteklilerin tekliflerini sunması bir icaptır. İdarenin ihale kararı vermesi, kiminle sözleşme yapabileceğine ilişkin iradesinin tekemmül ettiğini gösteren bir iç işlemdir. Kamu ihale sözleşmesinin

1'urulabilmesi için. idarenin kabul iradesini tarafların I arşı karşıya olduğu bir ortamda sözleşmeyi imzalamak suretiyle açıklama ı gerekir.

8. Kamu ihale hukukuna hakim olan eşitlik, rekabeti sağlama ve kamu ihtiyaçlarının uygun bir şekilde karşılanması ilkelerinin doğal bir sonucu olarak ihale dokümanlarına aykırı sözleşme düzenlenemez. Aynı şekilde kamu ihale sözleşmesinin imzalanması esnasında, ihale kararına esas teşkil eden teklifte de değişiklik yapılamaz. İhale şartnamesinde ve ihaleye esas teklifte belirtilen şartlara aykırı sözleşme yapılamaması yasağı, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılacak sözleşme değişiklikleri bakımından da geçerlidir. Kanımca ihale dokümanlarına aykırı sözleşme düzenlenememesi bakımından sözleşmenin esaslı noktaları ile yan noktaları arasında bir ayrım yapılması isabetli olacaktır: İhale dokümanlarından esaslı bir şekilde sapan sözleşme yapılması mutlak olarak yasaktır. Buna karşılık, yan noktalar bakımından, ihale bedelini etkilememesi kaydıyla, kamu ihale sözleşmesi yapılırken ihale dokümanlarında öngörülen şartlardan farklı hükümler konabilmesi mümkün olmalıdır.

9. "Sözleşmede Yer Alınası Zorunlu Olan Hususlar" başlığını taşıyan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 7. maddesi BK.m.19 anlamında bir emredici hüküm olmayıp, idareye yönelik talimatlar ihtiva eden düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, kamu ihale sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için, tarafların, ihale dokümanlarına aykırı olmamak kaydıyla, BK.m.1 anlamında sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları yeterlidir. Hemen ekleyelim ki, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 5. maddesi uyarınca, İdarelerce yapılacak sözleşmeler tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenleneceği için, aynı Kanunun 7. maddesinde sayılan hususlara yer vermeyen bir kamu ihale sözleşmesi pratikte söz konusu olmayacaktır.

10. Kamu İhale Kanununa O1.06.2007 tarih ve 5680 sayılı Kanunla, eklenen "Ek Madde 2" ile çerçeve sözleşme niteliği taşıyan kamu ihale sözleşmesi yapılabilmesi imkanı kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme, Klasik Sektörlere ilişkin 2004/18/EG sayılı Direktifte yer alan esaslarla karşılaştırıldığında, son derece yetersiz bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

11. İki aşama teorisinin doğal bir sonucu olarak, kamu ihale sözleşmesinin geçerli olup olmadığı Borçlar Kanunumuzda yer alan esaslara göre tespit edilecektir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek geçersizlik hallerini üç ana başlık altında toplamak mümkündür: Bunlar kamu ihale sözleşmesinin butlanı, yetkisiz temsiz ve irade sakatlıkları nedeniyle iptaldir.

12. Kamu ihale sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracak ilk ihtimal, BK.m.19/20 anlamında bir butlan sebebinin mevcut olmasıdır. Butlan

, □hinin m□,cut olup olmadığı ara,tırırken, sözle,mcnin kurulduğu an esas □lın□cttk.tır.

13. Kamu ihale özle ınelerinin butlanı sebeplerinden en önemlisini, enı-n.'dici hukuk kurallarına aykırılık oluşturur. BK.m.19/20 anlaınmda emredici bir hukuk. kuralına aykırılığm söz konusu olabilmesi için belirli bir sözleşm niıı yapılmasını veya içeriğini yasaklayan emredici bir hukuk kuralınm tmlunına□ı ve bu yasak hükmünün sözleşmenin taraflarının her ikisine de yönelik.lir yasak olma ı gerekir. Taraflardan sadece birinin sözleşmeye katılmasını) asaklayan veya sözleşmenin taraftarından biri bakımından sözleşmenin içeriğine ilişkin ya ak getiren hükümlerin ihlali sözleşmenin butlanına □ol açmayacaktır. Tek tarafa yasak getiren emredici bir hukuk kuralının ihlalinin özleşmenin butlanma yol açabilmesi, ihlal edilen hükümde butlan yaptırımının açıkça öngörülmüş olması veya söz konusu nomıun anlam ve amacının. ihlal durumunda sözleşmenin batıl sayılması sonucunu haklı göster-me-si gerekir.

Kamu ihale hukuku literatüründe, kamu ihale sözleşmelerinin yasal dayanağını oluşturan ihale kurallarının BK.m.19/20 anlamında emredici bir k.ural olmadığı ve bunlara aykırılığın kural olarak sözleşmenin batıl olması sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir. Kamu ihale mevzuatında tarafların her ikisine de yasak getiren düzenlemeler yer alması istisnai bir durumdur. Bu tür istisnai durumlarda, ilgili ihale kuralma aykırılık sözleşmenin butlanı sonucunu doğuracaktır. Bunun dışında sözleşmenin batıl sayılması sadece, ihlal edilen ihale kuralında butlan yaptırımının açıkça düzenlenmiş olması veya söz konusu kuralm anlam ve amacınm butlan sonucunu haklı göstermesi halinde söz konusu olabilir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde kamu ihale sözleşmesinin emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle butlanına yol açacak ilk durum, istekliler tarafından ihale işlemlerine itiraz edilmiş olmasına rağmen itiraz sonuçlandınlmadan kamu ihale sözleşmesinin yapılmasıdır. Bu takdirde sözleşmenin batıl olacağı, Kamu İhale Kanununun 55. maddesinin 5. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Kanımca aynı sonucun Kamu İhale Kurumuna yapılan itiraz sonuçlanmadan kamu ihale sözleşmesinin imzalanması durumu için de kabul edilmesi gerekir.

Aynı şekilde idarenin ihale açmadan kamu ihale sözleşmesi yapması halinde de sözleşmenin batıl sayılması gerekir. Kamu İhale Kanununun 55. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen butlan yaptırımının, en ağır ihale hukuku ihlali niteliği taşıyan bu tür durumlara kıyasen uygulanması mümkündür.

İhale dokümanlarına veya ihaleye esas teşkil eden teklife aykırı düzenleme yapılması da sözleşmenin butlanına yol açacaktır. Bu sonuç kamu ihale hukukuna hakim olan temel ilkelerden çıkmaktadır. Ancak bu ihtimalde, sözleşmenin tamamen batıl sayılması yerine, "değiştirilmiş kısmi butlan"

c·asının uygul::ınınası suretiyle. hukuku aykırı sözleşme hOkiimlcrinin yerine, ihale dokilmanlarında veya ihaleye esas teklifte yer alan dUzcnlcmclcrin gı:çeccğini kabul etmek gerekir.

1-t BK.m. I 9 anlammda "kanrn düzenine aykırılık", kamu ihale sözleşmeleri bakımından rastlanabilecek bir butlan sebebi değildir. Kamu ihale hukuku kuralları kamu düzenini koruyan kurallar değildir. Ayrıca kamu düzenini. kamu yararı kavramı ile karıştırmamak gerekir. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerinde olduğu gibi kamu ihale sözleşmelerini yaparken de kamu yararını gözetmesi gerekir. Kamu düzenine ilişkin kurallar aynı zamanda kamu yararına da hizmet ederler. Ancak kamu yararına olan her durumda kamu düzeni söz konusu değildir. Kamu düzeni kavramı, kamu yararı kavramından daha dar bir kavramdır.

15. Ahlaka aykırılık sebebiyle kamu ihale sözleşmesinin BK.m.19/20 hükümleri uyarınca batıl sayılıp sayılamayacağı hususunda bir ayrım yapmak gerekir: Ahlaka aykırılık ya sözleşmenin içeriği, ya da kurulma biçimi bakımından söz konusu olabilir. Kamu ihale sözleşmesinin içeriğinin ahlaka aykırı bir nitelik taşıması, tasavvur edilmesi son derece güç bir ihtimaldir. Buna karşılık sözleşmenin kurulma biçimi ahlaka aykırı bir nitelik taşıyabilir. Örneğin isteklilerin kendi aralarında fiyat anlaşması yaparak veya kamu görevlilerine rüşvet vererek sözleşmenin kendileri ile yapılmasını sağlamaları halinde durum böyledir. Bu tür durumlarda, sadece fiyat anlaşması veya rüşvete ilişkin anlaşmaların mı, yoksa aynı zamanda kamu ihale sözleşmesinin de mi ahlaka aykırılık nedeniyle batıl hale geleceği tartışmalıdır. Kamu İhale Kanununun 17 ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddeleri bu tartışmaları Türk Hukuku bakımından sona erdirmiştir. Bu düzenlemelere göre fiyat anlaşması yapılması ve rüşvet, bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

16. Bir başka butlan sebebi ise imkansızlıktır. Sözleşmenin kurulduğu anda kamu ihale sözleşmesinin ifası objektif olarak imkansız ise, sözleşme batıldır.

17. Kamu İhale sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek ikinci geçersizlik nedeni ise yetkisiz temsildir. İdare veya istekli adına ihale sürecine katılan ve kamu ihale sözleşmesini imzalayan kişilerin, bu hususta yetkilerinin bulunmaması veya yetkinin sınırlarını aşmaları durumunda yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. İdare adına organ veya temsilci sıfatıyla hareket eden kişilerin bu hususta yetkilerinin bulunup bulunmadığı ve yetkinin kapsamı, BK. m.33/I'de yapılan yollama nedeniyle kamu hukuku kurallarına göre belirlenecektir. Türk İdare Hukukunda hakim olan anlayışa göre, yetkisi bulunmayan bir kimsenin yaptığı kamu ihale sözleşmesi, idarenin sonradan işleme icazet vermesi ile geçerli hale gelmez.

İstck.li adına ilrnlcye katılan ve kamu ihale sözleşmesini yapan kişinin bu hususta □etkisinin bulunup bulunmadığı, kapsamı ve yetkisiz temsile ilişkin sorunlar BK.m.3:! vd. hükiimlerine göre çözülecektir. Ancak ihale mevzuat1nda temsilci veya vekil sıfatıyla ihaleye katılan kişiler bakımından yetkinin ıne\cudiyetinin ispatı sıkı koşullara tabi tutulduğu için, istekli bakımından □etı.isiz temsil problemi pratikte ortaya çıkmayacaktır.

18. Kamu İhale Sözleşmelerinin geçersizliği sonucunu doğuracak üçüncü durum ise, sözleşmen taraflarının iptal hakkını kullanmasıdır. Gabin, işin niteliği gereği kamu ihale sözleşmelerinde söz konusu olamayacağı için, iptal hakkı sadece irade sakatlıkları bakımından kullanılabilecektir. Kamu İhale Kanununun 17 ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21. maddesinde, isteklinin hile, tehdit, fiyat anlaşması veya rüşvet vb. sebeplerle ihaleye fesat karıştırmış olması halinde idarenin sözleşmeyi iptal edebileceği özel olarak düzenlenmiştir. Gerçi Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21 ve 22. maddelerinde sözleşmenin feshinden söz edilmektedir. Ancak burada söz konusu olan bozucu yenilik doğuran hak, fesih değil, iptal hakkıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iptal hakkının kullanılmasını ve sonuçlarını düzenleyen Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22. maddesi, teorik açıdan izah edilmesi mümkün olmayan bir düzenleme olup, bir an önce değiştirilmesi veya ilga edilmesi gerekir.

İptal hakkının kullanılması üzerine, tarafların daha önce yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesi gerekecektir. Kanımca iptal hakkının kullanılması üzerine meydana gelen tasfiye ilişkisinde, tarafların iade yükümlülüğünün ortadan kalkması son derece istisnai durumlarda kabul edilmelidir. Taraflardan her biri, daha önce elde ettiği edimleri, aynen, bu mümkün değilse bedelini iade etmelidir. İade imkansızlığı halinde tarafların aynen veya bu mümkün değilse bedel üzerinden iade borcundan tamamen veya kısmen kurtulmaları, sadece bu imkansızlığın iade alacaklısına izafe edilebilecek bir kusurdan kaynaklandığı veya iade konusu edimin piyasa şartlarına bağlı olarak değerinin düştüğü durumlarda kabul edilebilir.