

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNE HAKİM OLAN İLKELER¹

Yaşar GÖK²

GİRİŞ

Kamu alımlarıyla ilgili süreç; sözleşmenin imzalanmasına kadarki işlemleri içine alan ihale süreci ve sözleşmenin uygulanması süreci şeklinde iki aşamalı olarak gerçekleşmekte ve her iki aşamanın tabi olduğu hukuki rejim farklılık arz etmektedir. Bu çerçevede, ihale sürecinde gerçekleşen işlemler idare hukukunu ilgilendirirken ve bu aşamada ortaya çıkan ihtilaflar idari yargının denetimine tabi iken, sözleşmenin uygulanması aşaması tümüyle özel hukuk alanında kalmakta ve bu aşamaya ilişkin ihtilaflar adli yargı yerlerince çözüme kavuşturulmaktadır³.

Diğer yandan özel hukuk ilişkilerinde taraflardan birinin diğerine üstünlüğü söz konusu olmadığından, kamu idarelerinin taraf olduğu sözleşmelerde de idare ve yüklenici taraflar sözleşme edimlerinin yerine getirilmesinde eşit konumda bulunmakta, idareye her hangi bir üstünlük ve ayrıcalık tanınmamaktadır.

Esasen hukuki niteliği itibariyle bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmelerinin, özel hukuk sözleşmelerine hakim olan ve dayanağını Borçlar Hukukumuzdan alan; hukuki güven ve sözleşmeye bağlılık ilkesi, iyi niyet, doğruluk ve dürüstlük ilkesi, irade serbestisi ilkesi, sözleşme adaleti ilkesi, sözleşmenin değişen şartlara uydurulması ilkesi gibi ilkelere tabi olduğu hususunda kuşku bulunmamakla birlikte, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun kamu ihaleleri sonucu bağtlanan sözleşmelere uygulanmak üzere özel nitelikli ilkeler de getirdiği görülmektedir ki inceleme konumuzun çerçevesini söz konusu Kanunun 4 üncü maddesinde hüküm altına alınan bu temel ilkeler oluşturmaktadır.

SÖZLEŞME UYGULAMALARINA HAKİM OLAN İLKELER

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İlkeler” başlıklı 4 üncü maddesinde;

“Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”

Hükümleri yer almaktadır⁴.

¹ Mali Hukuk Dergisinde yayımlanmıştır.

² Sayıştay Uzman Denetçisi, Kamu İhale Kurumu E. Daire Başkanı, Kamu İhale Kurulu E. Üyesi

³ Danıştay İDDGK 3.5.1985 tarih E.80, K.71; Uyuşmazlık Mahkemesi 2.3.1987 tarih E.2, K.7; Uyuşmazlık Mahkemesi 16.5.2005 tarih E.16, K.36

⁴ Söz konusu maddenin gerekçe metni aşağıdaki şekildedir :

“Kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, taraflar arasında ihtilaflara neden olunmaması açısından düzenlenecek sözleşmelerde ihale dokümanında bulunan şartlara aykırı hükümlere yer verilmemesi, Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılmaması ve ek sözleşme düzenlenmemesi ilke olarak benimsenmiştir.

Kamu ihaleleri sonucunda yüklenicilerle yapılan akitler birer özel hukuk akdidir. Bir özel hukuk sözleşmesinin taraflarından birinin devlet olması sözleşme kurallarının uygulanması yönünden bir ayrıcalık sağlayamaz. Sözleşme

Kanunun temel yaklaşımını ve ruhunu ortaya koyan ilkelerle ilgili düzenlemeler başlıklar itibariyle aşağıda açıklanmıştır :

A. Sözleşmenin İhale Dokümanına Aykırılık Taşıyamayacağı İlkesi

4734 ve 4735 sayılı Kanunların konuyla ilgili hükümleri incelendiğinde;

4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde ihale dokümanının;

“İhale dokümanı : İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler; sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri,ifade eder” şeklinde tanımlandığı, 27 nci maddesinde;

“İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler; sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir.”

Denildiği ve aynı maddede idari şartnamede yer alması zorunlu hususların tadat edildiği ve bu hususlardan bir kısmının (işin süresi, gecikme cezası, avans verilip verilmeyeceği, fiyat farkı verilip verilmeyeceği, süre uzatımı, iş artışı veya eksilişi, yapı denetimi, denetim, muayene ve kabul şartları gibi) sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olduğu;

4735 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde;

“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.”

Hükümün öngörüldüğü,

7 nci maddede ise, sözleşmede yer alması zorunlu hususların düzenlendiği ve bu çerçevede 4734 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde sayılan idari şartnamede bulunması zorunlu hususlardan sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olanlara aynen bu maddede de yer verilmiş olduğu, görülmektedir.

Söz konusu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, getirilen düzenlemelerin;

- İhale dokümanını oluşturan belgelerin (idari şartname, teknik şartname, sözleşme tasarısı vd.) kendi aralarındaki uyumu,

- İhale dokümanını oluşturan belgeler ile sözleşme arasındaki uyumu, sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Tanımda da ifade edildiği üzere, ihale dokümanı; ihale konusu işin her türlü teknik özelliklerini açıklayan, ihalenin ve işin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak idarece öngörülen bütün kayıt, kural ve şartları belirleyen belgeler manzumesidir.

İstekliler ihale dokümanını incelemek suretiyle yapılacak işin mahiyeti, teknik özellikleri konusunda bilgi sahibi olurlar ve neyi, nasıl ve hangi şartlarla yapmayı yükümlendiklerini ihale dokümanı üzerinden tespit ederler. İşin yürütülmesiyle ilgili olarak tarafların hak ve yükümlülükleri ihale dokümanında gösterilir. Bu nedenle istekliler tekliflerini ihale dokümanındaki bilgi ve belgelere göre hazırlarlar ve ihale dokümanı üzerinden tespit ettikleri olumlu veya olumsuz beklentilerini tekliflerine yansıtırlar.

İhaleden sonra ise, ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanması gereklidir. 4734 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine göre, sözleşme idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır.

uygulamalarına hakim olan haklarda ve yükümlülüklerde eşitlik prensibine kamu ihale sözleşmelerinde de aynen uyulmasının sağlanması için gerekli düzenleme yapılmıştır.”

İşte, 4735 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan “..... düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez” şeklindeki ilke ve aynı sonucu sağlamaya yönelik olarak 4734 sayılı Kanununun 46 ncı maddesindeki “İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez” hükmü bu aşamada düzenlenecek sözleşmenin ihale dokümanında yer alan hükümlere aykırı hükümler ihtiva etmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Böylece ihale üzerinde kalan istekli ile imzalanacak olan sözleşme ile ihale dokümanında yer alan hükümler arasında bir farklılık bulunmayacak, ihale üzerinde kalan istekliye diğer isteklilerin bilmediği ve tekliflerine yansıtmadıkları ilave imkanlar sağlanmayacak ya da yükümlülükler yüklenmeyecektir.

Esas itibariyle bu ilkeye teknik anlamda işlerlik sağlayıcı nitelikteki düzenleme 4734 sayılı Kanununun 27 nci maddesinde bulunmaktadır. Söz konusu madde hükmüne göre ihale dokümanı içerisinde **sözleşme tasarısının** da yer alması zorunludur. Sözleşme tasarısı, idarenin ihale üzerinde kalan yüklenici ile yapacağı sözleşmenin bir örneği şeklindedir ve idari şartnamede yer alan sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin hükümlerle de tam bir paralellik arz etmektedir. Diğer yandan 4735 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde ifade edildiği gibi sözleşme tasarısı olarak Kamu İhale Kurumunca çıkarılan ve Resmi Gazetede yayımlanan **Tip Sözleşme** metinlerinin esas alınması zorunlu olup, burada yer alan standart hükümlerin değiştirilmesine de imkân bulunmamaktadır. Tarafların her türlü hak ve yükümlülükleri sözleşme tasarısında açıkça yer almakta, ihale üzerinde kalan istekli ile bu tasarı esas alınarak düzenlenen sözleşme metni imza altına alınmaktadır. Dolayısıyla idarenin sözleşme tasarısında yer vermediği bir hükme yüklenici ile akdettiği sözleşmede yer vermesi ya da sözleşme tasarısında düzenlediği bir hükmü imzalanan sözleşmede farklı sonuçlar verecek şekilde değiştirmesi mümkün olmayacaktır.

Örneğin; ihale dokümanı kapsamında yer alan idari şartname ve sözleşme tasarısında, “fiyat farkı verilmeyecek” şeklinde belirlenen hüküm hilafına yüklenici ile imzalanan sözleşmede “fiyat farkı verilecektir” şeklinde bir düzenleme yapılamayacaktır. Sonuç itibariyle ihale dokümanında yer alan ve tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen hükümler aynı sonucu verecek şekilde yüklenici ile imzalanan sözleşmeye de aynen yansıtılmak durumundadır.

İhale dokümanı ile sözleşme hükümleri arasında bir farklılık bulunursa hangisi öncelik taşıyacaktır?

4735 sayılı Kanununun 4 üncü maddesindeki “Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez” kesin hükmü karşısında ihale dokümanında yer alan hükümlerin öncelik arz edeceği, bir diğer ifadeyle yüklenici ile imzalanan sözleşmenin ihale dokümanına aykırılık teşkil eden hükümleri yerine ihale dokümanında yer alan hükümlerin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde, Tip Sözleşmelerde de “sözleşmenin ekleri” başlığı altında; ihale dokümanının sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olduğu, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümlerin esas alınacağı ifade edilmektedir.

Bu tespitler dahilinde örneğin; idari şartnamede ve sözleşme tasarısında işin süresi yer tesliminden itibaren 200 gün öngörülmüş ancak ihale üzerinde kalan istekli ile yapılan sözleşmede işin süresi yer tesliminden itibaren 240 gün şeklinde hükme bağlanmışsa, ihale dokümanında (idari şartnamede) yer alan 200 gün geçerli olacak ve yüklenicinin bu süre içerisinde işi bitirmesi gerekecektir.

Keza, ihale dokümanında yer alan avans veya fiyat farkı verilmeyecektir şeklindeki hükümlere karşın, sözleşmeye verilecektir şeklinde hüküm konulması ve bu hükme dayanılarak işin devamı sırasında avans veya fiyat farkı verilmesi hukuken mümkün olamayacaktır.

Benzer biçimde, ihale dokümanında yer alan düzenlemeler hilafına veya ihale dokümanında yer alan düzenlemelere ilaveten sözleşmeye yüklenici aleyhine sonuç doğuracak veya ona ilave külfet getirecek hükümler konulması da mümkün bulunmamaktadır.

B. Sözleşmenin Değişmezliği İlkesi

4735 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında;

“Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez”

denilmekte, “Sözleşmede değişiklik yapılması” başlıklı 15 inci maddesinde ise;

“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a) İşin yapılma veya teslim yeri.

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları”

hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, 4735 sayılı Kanuna tabi sözleşmeler bakımından, 15 inci maddede sayılan iki durum dışında, sözleşme hükümlerinde her hangi bir değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği anlaşılmaktadır.

Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz şeklindeki hüküm sözleşmenin kendisiyle birlikte eklerini de kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin eki olan ihale dokümanı hükümleri de sözleşmenin uygulanması sırasında değiştirilemeyecektir.

İdarelerin kendi mevzuatında, şartların oluşması halinde yine ilgili mevzuatta öngörülen prosedür dahilinde ek sözleşme yapma ve ihtilafları sulh yoluyla halletme imkânı veren düzenlemeler bulunmaktadır.

Örneğin, 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesine göre, Genel Bütçeli İdarelerin taraf olduğu ve henüz mahkemeye, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki ihtilaflar sulh yoluyla çözüme kavuşturulabilmekte, bu çerçevede sözleşme tadilleri yapılabilmektedir.

Diğer idarelerin ise kendi mevzuatında uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesine ilişkin benzer hükümler yer almaktadır.

4735 sayılı Kanundan önceki uygulamada kamu ihaleleri sonucu düzenlenen sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan hukuki ihtilaflar da sulhen, sözleşme değişikliği veya ek sözleşme düzenlenmek suretiyle çözüme kavuşturulabiliyordu.

4735 sayılı Kanunun 4 üncü maddesiyle getirilen hüküm sonucu, 15 inci maddede sayılan haller dışında sözleşmenin uygulanması sırasında sözleşme değişikliği yapılması veya ek sözleşme düzenlenmesi imkânı ortadan kalkmış durumdadır.

Konuyla ilgili olarak bir hususu daha ifade etmekte yarar bulunmaktadır. Bilindiği gibi 4735 sayılı Kanundan önceki uygulamada, 2886 sayılı Kanun ve diğer mevzuat çerçevesinde ihale edilen ve sözleşmeye bağlanan işler için zaman zaman Bakanlar Kurulunca fiyat farkı kararları çıkarılır ve bu kararlar ile yürüyen sözleşmelere alternatif fiyat farkı uygulamaları imkânı getirilirdi.

4735 sayılı Kanunun sözleşme değişikliğine engel getiren 4 üncü madde hükmü ile 8 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan *“Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz”* hükmü karşısında Bakanlar Kurulunca çıkarılması muhtemel fiyat farkı kararlarının yürüyen sözleşmelere uygulanma imkânı da kalmamıştır.

Diğer yandan, madde hükmündeki *“...sözleşme imzalandıktan sonra...”* ifadesinin mefhumu muhalifinden sözleşme imzalanmadan önceye ilişkin serbestlik sonucu çıkarılmamalıdır.

İfadenin buna yönelik bir amacı bulunmamakta, bu hususun yukarıda geniş biçimde açıklandığı üzere ihale dokümanı ile sözleşme hükümlerinin birbirlerine uyumlu olması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Sözleşme Taraflarının Eşitliği İlkesi

4735 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında;

“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”

Hükmü yer almaktadır.

Esas itibarıyla özel hukuk ilişkilerinde taraflardan birinin diğerine üstünlüğü söz konusu olmadığından, kamu idarelerinin taraf olduğu sözleşmelerde de idare ve yüklenici taraflar sözleşme edimlerinin yerine getirilmesinde eşit konumda bulunmakta, idareye her hangi bir üstünlük ve ayrıcalık tanınmamaktadır.

Bu hususun hukukun genel prensiplerinden olduğu ve uygulanma geldiği dikkate alındığında, 4735 sayılı Kanunda tarafların eşitliğini ifade eden hükmün esasen yeni bir durum ortaya koymadığını, sadece eşitlik prensibine yapılan bir vurgu olduğunu belirtmek gerekmektedir.

İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde, tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu ilkesine aykırı maddelere yer verilemeyeceği ilkesinin anlam ve sonuçları :

Uygulamada, idarenin, şartname ve sözleşme metinlerini uzun çalışmalar ve zaman içerisinde görülen uygulama sonuçlarından edinilen tecrübelerle kendi lehine sonuç verecek şekilde düzenlediği, bunların tarafların ortak katkılarıyla değil idarece tek yanlı hazırlandığı ve hazırlanmasında eşitlik prensibinin gözetilmediği, sayfalarca dokümandan oluşan bu metinlerin isteklilerce kısıtlı bir zaman içerisinde incelenmek zorunda kalındığı ve bunların sonuçlarının tam anlamıyla kavranmadığı gibi hususlar yakınma sebebi olarak istekli kesimince sıklıkla gündeme getirilmektedir.

Esas itibarıyla söz konusu hükmün, tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu ilkesinin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinin belirlenmesinde de göz önünde bulundurulmasını temin etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Öngörülen düzenleme ile sözleşme ve eklerini oluşturan belgelerdeki hükümlerin içeriğini belirlemede taraflara bir kısıtlama getirilmekte ve hak ve yükümlülükler dengesinin kurulmasında karşılıklı edimlerin eşitlik süzgecinden geçirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Böylece, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, sözleşme ve eklerinin tarafların haklarını eşit biçimde güvence altına alması ve yükümlülüklerine aykırı davranışları da eşit biçimde yaptırıma bağlaması sağlanmış olacaktır.

Söz konusu ilke 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin verdiği yetkiyle 4734 ve 4735 sayılı kanunlara ilişkin ikincil mevzuatı hazırlamak, bu çerçevede idarelerce ihale dokümanının oluşturulmasında model olarak kullanılacak tip şartname, tip sözleşme ve standart ihale dokümanlarını yayınlamakla görevli bulunan Kamu İhale Kurumunca da gözetilmek ve anılan mevzuatın oluşturulmasında eşitlik ilkesine uygun düzenlemeler yapılmak durumundadır.

Kanunun yorum ve uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu ilkesi göz önünde bulundurulur ifadesinin anlam ve sonuçları :

Söz konusu ilke;

- Sözleşme ilişkilerinde, sözleşmenin tarafları olan idare ve yüklenicinin haklarını talepte ve yükümlülüklerini ifade karşı tarafın kendisiyle eşit seviyede olduğu bilinciyle hareket etmesi,

- Sözleşmenin tarafları dışında, sözleşmenin yorumu, ihtilafların çözümü, kanuna ve kanunun uygulanmasına ilişkin hazırlanmış ikincil mevzuata ilişkin mütalaa verilmesi görev ve yetkisini kullanan idari veya adli merciler ile diğer kişilerin bu görev ve yetkilerini kullanırken

tarafların efitliğini gözetmesi ve yorum, kanaat, görüş ve kararlarını bu çerçevede oluşturması amacına matuf bir düzenlemeyi ortaya koymaktadır.

Özellikle sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili ihtilafları czme kavuşturacak olan yargı mercilerinin, bilirkişilerin, hakem tayin edilenlerin önlerine gelen somut olayı bu ilke süzgecinden geçirerek değerlendirmeleri ve karara varmaları gerekmektedir.