



KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Kafalı

Ar. Gör. Hüseyin Yağızhan Kol



Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu

Editörler

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Kafalı

Ar. Gör. Hüseyin Yağızhan Kol

Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu

Editörler:

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak
Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu
Doç. Dr. Eda Manav Özdemir
Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Kafalı
Ar. Gör. Hüseyin Yağızhan Kol

ISBN 978-625-8592-23-8
1. Baskı İstanbul - 2026

İHÜ Yayınları 171

Genel Yayın Yönetmeni Savaş Cihangir Tali
Yayın Yönetmeni Ayşenur Alper
Tasarım İHÜ Yayınları
Kapak Uygulama İHÜ Yayınları
Mizanpaj Uygulama Muhammed Muttaki Topcu
Baskı&Cilt Erkam Yayın San. ve Tic. A.Ş.
Sertifika No: 51796



Kamu ihale sözleşmelerinde uyuşmazlık çözümü ve güncel gelişmeler sempozyumu / editörler Ali Yeşilırmak, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Eda Manav Özdemir, Ömer Faruk Kafalı, Hüseyin Yağızhan Kol. -- Birinci basım. -- İstanbul : İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2026.

152 s. ; 24 sm. -- (İHÜ Yayınları ; 171.).

ISBN 978-625-8592-23-8.

1. Kamu alımları _Hukuk ve mevzuat_ _Türkiye. 2. Kamu sözleşmeleri _Türkiye. 3. Uyuşmazlık çözümü (Hukuk) _Türkiye.

KKX2754

346.561023

297.09587

© Bu eserin tüm yayın hakları, İbn Haldun Üniversitesi'ne aittir. Eleştirel makale ve dergilerde yapılacak kısa alıntılar dışında, bu kitabın tamamı veya bir kısmı, yayıncının izni olmadan yayınlanamaz.

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları bir İbn Haldun Üniversitesi departmanıdır.

Ordu Cd. No:3, 34480 Başakşehir/İstanbul
yayinevi@ihu.edu.tr | press@ihu.edu.tr

Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu

Türk Tahkim Akademisi
&
Kamu İhale Kurumu
&
İbn Haldun Üniversitesi
Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi
&
İstanbul Finans Merkezi

Editörler

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usûl Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir
Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü,
Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanı

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Kafalı
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usûl Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Ar. Gör. Hüseyin Yağızhan Kol
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usûl Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

9 Ocak 2026

İstanbul



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI



İçindekiler

Önsöz	7
Program Akışı	11
Sempozyum Açılış Konuşmaları	15

I. Oturum

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Melikşah Yasin

İdari Yargı Kararlarının Yürüyen Sözleşmelere Etkisi <i>Dr. Hasan Gül</i>	33
Kamu İhale Sözleşmelerine İlişkin Güncel Mevzuat Değişiklikleri <i>Ceyhan Çelik</i>	47
Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İdari Yargı-Adli Yargı Ayrımı <i>Av. Özkan Doğan</i>	63

II. Oturum

Oturum Başkanı: Adem Albayrak

İhale Yoluyla Kurulan Sözleşmelerde Türk Borçlar Kanunu'nun Uygulama Alanı <i>Prof. Dr. Muzaffer Şeker</i>	77
Kamu İhale Sözleşmelerinde Fiyat Farkı Uyuşmazlıklar (Yargı Uygulaması ve Mevzuat Çerçevesinde Değerlendirme) <i>Belkıs Karakaş</i>	83
Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri <i>Dr. Erdem Bafra</i>	97

III. Oturum

Oturum Başkanı: Abdullah Yaman

Kamu İhale Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği <i>Doğan Ağırman</i>	113
Kamunun Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü <i>Prof. Dr. Ali Yeşilirmak</i>	123
Yüksek Fen Kurulunun Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü <i>Muhammet Ali Yıldızbakan</i>	131



Önsöz

Kamu ihale sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin sürekliliği, kamu kaynaklarının etkin kullanımı ve sözleşme dengesinin korunması bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu sözleşmeler, bir yönüyle idarenin kamu yararını gerçekleştirme sorumluluğuyla, diğer yönüyle özel hukuk ilişkilerinin tarafların eşitliğine dayalı yapısıyla kesişen çok boyutlu bir hukuki zeminde yer almaktadır. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü, yalnızca görevli yargı yolunun belirlenmesine ilişkin teknik bir mesele olarak değil, kamu düzeni, hukuki güvenlik, yatırım ortamı, idarenin sorumluluğu ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının etkinliği bakımından da değerlendirilmesi gereken bir alandır.

Elinizdeki eser, 9 Ocak 2026 tarihinde İstanbul Finans Merkezi Halkbank Genel Müdürlük İstanbul Konferans Salonunda gerçekleştirilen “*Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu*” kapsamında yapılan açılış konuşmalarının, sunulan tebliğlerin ve gerçekleştirilen tartışmaların yayıma hazırlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Sempozyum, Türk Tahkim Akademisi, Kamu İhale Kurumu, İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi ve İstanbul Finans Merkezi iş birliğiyle düzenlenmiştir. Dört açılış konuşmasının ardından gerçekleştirilen üç oturumda toplam dokuz tebliğ sunulmuş, kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların farklı boyutları yüksek yargı mensupları, akademisyenler, uygulamacılar ve kurum temsilcileri tarafından kapsamlı biçimde ele alınmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, çoğu zaman idari yargı ile adli yargı arasındaki görev ayrımı, idari yargı kararlarının yürüyen sözleşmelere etkisi, mevzuat değişikliklerinin sözleşme ilişkilerine yansımaları, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı, fiyat farkı talepleri, sözleşmenin devri, tahkime elverişlilik ve Yüksek Fen Kurulunun uyuşmazlık çözümündeki rolü gibi karmaşık meseleleri beraberinde getirmektedir. Sempozyumda bütüncül bir yaklaşımla tartışılan bu konular, yalnızca teorik değerlendirmeler bakımından değil, kamu yatırımlarının sürdürülebilirliği ve uygulamada karşılaşılan sorunların öngörülebilir biçimde çözümlenmesi bakımından da büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle eser, akademisyenler, hâkimler, avukatlar, kamu kurumları, yükleniciler ve uyuşmazlık çözümü alanında çalışan uygulamacılar için bir başvuru kaynağı olmayı amaçlamaktadır.

Uyuşmazlık çözümünde etkinlik, yalnızca uyuşmazlığın sona erdirilmesiyle sınırlı değildir. Esas olan, uyuşmazlığın hukuki güvenliği zedelemeyen, tarafların meşru beklentilerini gözeterek ve kamu yararı ile sözleşme dengesini birlikte koruyacak biçimde çözümlenmesidir. Kamu kaynaklarının kullanıldığı, ekonomik sonuçları geniş ve kurumsal etkileri güçlü alanlarda bu ihtiyaç daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu nedenle idari ve adli yargı mekanizmaları ile tahkim ve kurumsal teknik değerlendirme süreçlerinin birlikte ele alınması büyük önem taşımaktadır.

Bu eserin ortaya çıkmasına katkı sunan açılış konuşmacılarımıza, tebliğlerini sunarak bilgi ve tecrübelerini paylaşan kıymetli konuşmacılarımıza, oturum başkanlarımıza ve değerlendirmeleriyle tartışmaların zenginleşmesine katkı sağlayan tüm katılımcılarımıza teşekkür ederiz. Sempozyuma ev sahipliği yapan Halkbank'a, organizasyonun gerçekleştirilmesine katkı sunan Türk Tahkim Akademisine, Kamu İhale Kurumuna, İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezine, İstanbul Finans Merkezine ve emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza şükranlarımızı sunarız.

Ayrıca organizasyonun gerçekleştirilmesine sundukları özverili katkılar dolayısıyla İstanbul Finans Merkezi Hukuk ve Kamu İşleri Direktörü Av. Hasan Ali Kulak'a ve Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanı Dr. Erdem Bafra'ya teşekkür ederiz.

Organizasyonun hazırlık ve uygulama süreçlerinde özveriyle görev alan kıymetli öğrencilerimiz Ayşenur Purde Usta, Zeynep Kahraman, Eda Nur Çakır ve Burak Kalender'e ayrıca teşekkür ederiz. Kurumlar, uygulamacılar, akademisyenler ve genç araştırmacılar arasındaki bu iş birliği, kamu ihale sözleşmeleri alanında daha nitelikli, öngörülebilir ve etkin uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının geliştirilmesi bakımından son derece kıymetlidir.

Elinizdeki kitabın, kamu ihale sözleşmeleri hukukunun gelişimine ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların daha etkin ve öngörülebilir biçimde çözümüne katkı sunmasını temenni ederiz.

Editörler
İstanbul, 2026



Program Akışı

Açılış Konuşmaları:

10:00 – 10:30 Av. Hasan Ali Kulak

İstanbul Finans Merkezi Hukuk ve Kamu İşleri Direktörü

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı, UÇAM Müdürü

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanı, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu Üyesi

Mehmet Bıçkıcı

Kamu İhale Kurumu II. Başkanı

I. Oturum:

Moderatör: Prof. Dr. Melikşah Yasin

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi,
Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Üyesi*

10:30 – 11:00 **Dr. Hasan Gül**

*Danıştay 13. Daire Başkanı
“İdari Yargı Kararlarının Yürüyen Sözleşmelere Etkisi”*

11:00 – 11:30 **Ceyhan Çelik**

*Kamu İhale Kurumu Düzenleme Dairesi Başkanı
“Kamu İhale Sözleşmelerine İlişkin Güncel Mevzuat Değişiklikleri”*

- 11:30 – 12:00 Av. Özkan Doğan**
TOKİ İstanbul Hukuk Müşaviri
“Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İdari Yargı-Adli Yargı Ayrımı”
- 12:00 – 13:30 Öğle Arası**
- II. Oturum:**
- Moderatör: Adem Albayrak**
Yargıtay Birinci Başkanvekili, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı
- 13:30 – 14:00 Prof. Dr. Muzaffer Şeker**
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
“İhale Yoluyla Kurulan Sözleşmelerde Türk Borçlar Kanunu’nun Uygulama Alanı”
- 14:00 – 14:30 Belkıs Karakaş**
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi
“Fiyat Farkından Doğan Uyuşmazlıklar”
- 14:30 – 15:00 Dr. Erdem Bafra**
Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanı
“Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri”
- 15:00 – 15:15 Kahve Molası**
- III. Oturum:**
- Moderatör: Abdullah Yaman**
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı
- 15:15 – 15:45 Doğan Ağırman**
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi
“Kamu İhale Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği”

15:45 – 16:15 Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

İbn Haldun Üniversitesi Öğretim Üyesi, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu Üyesi
“Kamununun Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”

16:15 – 16:45 Muhammet Ali Yıldızbakan

Yüksek Fen Kurulu Üyesi
“Yüksek Fen Kurulunun Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü”



Sempozyum Açılış Konuşmaları

Av. Hasan Ali Kulak

İstanbul Finans Merkezi Hukuk ve Kamu İşleri Direktörü

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı, Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu üyesi

Mehmet Bıçkıcı

Kamu İhale Kurumu II. Başkanı

Av. Hasan Ali Kulak*

Saygıdeğer başkanlarım, kıymetli hocalarım ve değerli katılımcılar,

Ülkemizin vizyon projelerinden biri olan İstanbul Finans Merkezi'nde, Halkbank'ın ev sahipliğinde bir araya gelmekten büyük onur ve gurur duyuyorum. Hepiniz İstanbul Finans Merkezi'ne hoş geldiniz.

İçinde bulunduğumuz bu alan, sadece modern mimariden ibaret, yüksek binaların olduğu, yoğun trafiğin bulunduğu bir yerleşke değil. Burası, sınırları 7412 sayılı İstanbul Finans Merkezi Kanunu ile belirlenen finansal bir serbest bölge ve Türkiye'nin küresel finans alanındaki stratejik bir hamlesidir. Gökyüzüne uzanan bu modern binaların ardında, devletimizin yıllara sâri planlaması ve ülkemizi bölgesel bir güçten küresel bir oyuncuya dönüştürme stratejisi yer almaktadır. Değerli konuklar, İFM katılımcılarına yalnızca bir ofis alanı değil, aynı zamanda bir rekabet avantajı sunmaktadır.

Finansal hizmet ihracatı ve dıştan dışa ticaret operasyonlarındaki kurumlar vergisi istisnalarından, yabancı para birimiyle defter tutma kolaylığına, yabancı personel çalıştırma izinlerinden, belki de bizler için en önemli konu olan hukuk seçimi serbestliğine kadar sağlanan bu imkânlar, bölgenin küresel konumunu güçlendirmek için devletimiz tarafından atılmış stratejik bir adımdır. Günümüz dünyasının en büyük zorluklarından biri olan ve son zamanlarda sıkça duyduğumuz belirsizlik kavramı da İFM'nin sunduğu bu teşvikler ve ön-görülebilir yasal altyapı ile bir nebze olsun dağılmaktadır.

Dijitalleşme ve yapay zekânın fiziki sınırları ortadan kaldırdığı günümüzde, sermaye ve girişimci için en belirleyici rota olan güven ve kamu desteği, İstanbul Finans Merkezi'ni katılımcılar için güvenli bir liman hâline getirmektedir. Kıymetli katılımcılar, özel sektör için

* İstanbul Finans Merkezi Hukuk ve Kamu İşleri Direktörü.

kârlılık en öncelikli konu olmakla birlikte, kurumsallık ve kapsayıcılık arttıkça şeffaflık ve hesap verebilirlik de yönetimin ayrılmaz bir ilkesi hâline gelmektedir.

Kamu bankalarımızın yanı sıra Borsa İstanbul, EPİAŞ, Ziraat Katılım ve Kuveyt Türk gibi İstanbul Finans Merkezi'nin paydaşları, her ne kadar kamu ihale mevzuatına tabi olmasa da satın alma süreçlerinde kamu ihale mevzuatının temel felsefesini esas alarak evrensel standartlarda bir disiplinle hareket edildiğini söylemek mümkündür. Sempozyumu burada, finansın kalbinde düzenlememizin temel gayesi, kamu kurumlarımızla olan köklü iş birliğimizi daha da güçlendirmek ve kamu ile özel sektörün dinamizmini bu modern ekosistemde buluşturmaktır.

Sözlerime son verirken ev sahibimiz Halkbank'a, organizasyon paydaşı kurumlarımıza ve yöneticilerimize, değerli konuşmacılarımıza, organizasyonun hayata geçirilmesi için emek sarf eden özellikle Eda Hocam'a, Yeliz Hocam'a, Ali Hocam'a ve Erdem Bey'e, ayrıca Yağız Hocam'a çok teşekkür ediyorum. Sempozyumun tüm katılımcılar için ufuk açıcı ve faydalı olmasını diliyorum.

Tekrardan İstanbul Finans Merkezi'ne hoş geldiniz.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu*

Sayın Yargıtay Birinci Başkanvekilim, Yargıtayımızın ve Danıştayımızın kıymetli başkan ve üyeleri, Kamu İhale Kurumumuzun değerli başkan ve temsilcileri, değerli başkanlarım, sayın akademisyenler, saygıdeğer uygulayıcılar, kıymetli misafirler, öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

İstanbul Finans Merkezi gibi ülkemizin ekonomik vizyonunu temsil eden bir mekânda sizlerle buluşmaktan büyük bir memnuniyet duyduğumu ifade etmek isterim. Kamu ihale sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin sürekliliğini, kaynakların etkin kullanımını ve hukuki öngörülebilirliği önemli ölçüde etkileyen bir alandır. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların yalnızca sözleşmelerin taraflarına değil, özellikle de kamu yararı bakımından çok önemli etkileri söz konusudur.

Bu vesileyle hepimizin burada buluşmasından ayrıca büyük bir memnuniyet duyuyorum. Bugünkü sempozyum; idari yargı kararlarının yürüyen sözleşmelere etkisinden Türk Borçlar Kanunu'nun kamu ihale sözleşmelerindeki uygulama alanına, fiyat farkı uyuşmazlıklarından tahkimin rolüne kadar son derece güncel ve uygulamaya temas eden başlıkları, yüksek yargı mensuplarımızın, akademisyenlerimizin ve değerli uygulamacılarımızın tartışmasına açmak için hazırlanmıştır. Bu yönüyle programın teori ile uygulamayı bir araya getirmesi ve bunun ülkemize katkı sağlamasını hedeflemekteyiz.

2018 yılında Sayın Hocam Prof. Dr. Ali Yeşilirmak'ın öncülüğünde kurulan İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü ve Uygulama Araştırma Merkezi olarak bizim de temel hedefimiz; uyuşmazlık çözüm kültürünün kurumsallaşmasına katkı sunmak, kamu ve özel alanlarda karşılaşılan sorunlara bilimsel temelli, yenilikçi çözümler getirebilmektir. Kamu ihale sözleşmeleri gibi teknik ve dinamik bir

* İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı, Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü.

alandaki kurumlar arası iş birliğiyle düzenlenen bu tür etkinliklerin, bu misyonun bir çıktısı olduğunu düşünmekteyiz.

Bu kıymetli organizasyonun hayata geçirilmesinde emeği geçen başta Kamu İhale Kurumu'na, bugün bize ev sahipliği yapan İstanbul Finans Merkezi'ne ve genel sekreterliğini yürütmekte olduğum Türk Tahkim Akademisi ile Kamu İhale Kurumu ve tüm paydaşlara, değerli konuşmacılarımıza, oturum başkanlarımıza, kıymetli vakitlerini bize ayıran Yargıtayımızın ve Danıştayımızın başkanlarına ve üyelerine, kıymetli akademisyenlere çok teşekkür ediyorum.

Ayrıca bu organizasyonun gerçekleştirilmesindeki üstün emek ve gayretleri dolayısıyla İstanbul Finans Merkezi Hukuk ve Kamu İşleri Direktörü Hasan Ali Kulak'a, Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanı Sayın Erdem Bafra'ya, Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanı Sayın Doç. Dr. Eda Manav Özdemir'e ve UÇAM'ın genç araştırmacılarına teşekkür ediyorum. Başta Araştırma Görevlisi Hüseyin Yağızhan Kol olmak üzere, bugün sunuculuk görevini de üstlenen Araştırma Görevlisi Abdülmecit Güldağı'na ve bugün bu organizasyonda bizlerle birlikte yer alan İbn Haldun Üniversitesi'ndeki öğrencilerimize ayrıca teşekkür ediyorum.

Bu sempozyumun, kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların daha öngörülebilir, etkin ve adil bir şekilde çözülmesine katkı sunmasını temenni ediyorum, saygılarımla.

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir*

Sayın Yargıtay Birinci Başkanvekili, Yargıtay ve Danıştay Üyeleri, sayın başkanlarım, kıymetli hocalarım ve değerli katılımcılar, hepiniz hoş geldiniz.

Halkbank'ın ev sahipliğinde böylesine yüksek bir katılımıla Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler konulu Sempozyumda bir araya gelebilmekten büyük memnuniyet duyuyoruz. Öncelikle organizasyonda emeği geçen herkese teşekkür ederek sözlerime başlamak istiyorum.

Kıymetli katılımcılar, 9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi ile ilgili mevzuat çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan yatırım tahkimi davalarının takibi Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü koordinasyonunda ilgili birimlerle birlikte yapılmaktadır. Bahse konu iş ve işlemlerin takibi amacıyla Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü bünyesinde Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı kurulmuştur. Daire Başkanlığının görevleri arasında başta yatırım tahkimi davalarının koordinasyonu ve takibi olmakla birlikte bunun dışında tahkime ilişkin olarak uluslararası kurum ve kuruluşlarla ilgili iş ve işlemleri yürütmek, uluslararası tahkim konusundaki gelişmeleri izlemek, bu konulardaki çalışmalara iştirâk etmek bu çerçevede yurt içi ve yurt dışı toplantılara katılmak da yer almaktadır.

Kamu kurumları ile istişarelerde bulunmak ve tahkime yönelik farkındalığı artırmak amacıyla Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü bünyesinde kamu çalışma grubu kurulmuştur. Bu çerçevede pek çok etkinlik gerçekleştirilmiştir. Bu gerçekleştirilen etkinliklerde yapılan sunumlar yayın haline getirilmiştir. Söz

* Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu üyesi.

konusu yayınlara www.mevzuat.gov.tr'de “Yayınlar” kısmından erişmek mümkündür.

Tahkim alanında nitelikli bilimsel araştırmalar yapmak ve bu tür araştırmaların yapılmasını teşvik etmek, uygulamacı ve araştırmacılara bilimsel kaynak sağlamak, tahkime ilişkin eğitimler düzenlemek, ulusal ve uluslararası düzeyde sempozyum, konferans ve çalıştay gibi etkinlikleri gerçekleştirmek, ulusal ve uluslararası iş birlikleri kurmak suretiyle ülkemizde tahkim kurumunun geliştirilmesine katkı sağlamak amacıyla Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, İbn Haldun Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi iş birliğiyle 2021 yılında Türk Tahkim Akademisi kurulmuştur. Türk Tahkim Akademisi koordinasyonunda tahkim merkezleri, Türkiye Adalet Akademisi ve üniversitelerin uygulama ve araştırma merkezleri ile iş birliği çerçevesinde programlar ve etkinlikler gerçekleştirilmiştir.

16 Ekim 2025 tarihinde Ankara’da Türk Tahkim Akademisi, Kamu İhale Kurumu ve TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi (ETÜ) Hukuk Fakültesi iş birliği ile “*Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu*” nu düzenledik. Bu sempozyuma değerli Yargıtay ve Danıştay daire başkanlarımız ve üyelerimiz de destek verdiler. Kendilerine ayrıca teşekkür ediyorum. Toplantı büyük ilgi gördü ve çok kıymetli tartışmalara vesile oldu. Bu çerçevede Ankara’daki toplantının devamını İstanbul’da yapmayı hedefledik.

Türk Tahkim Akademisi, İbn Haldun Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi (UÇAM), Kamu İhale Kurumu ve İstanbul Finans Merkezi iş birliği ile bugün burada bir araya gelmiş bulunuyoruz. Hepinizin de bildiği gibi tahkim alanında oldukça önemli gelişmeler yaşanıyor. Her geçen gün tahkime ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan ilgi daha da artıyor.

Program kapsamında üç oturum halinde kamu ihale sözleşmelerinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin güncel gelişmeler değerlendirilecek ve sorunlar tartışılacaktır. İlk oturumda konunun idari yargı boyutu, ikinci oturumda adli yargı boyutu, üçüncü oturumda ise tahkim boyutu ele alınacaktır. Tartışmaların ileride yapılabilecek yasal düzenlemelere ışık tutacağına, Yargıtay ve Danıştay kararları bakımından da önemli katkılar sağlayacağına inanıyorum.

Değerli konuşmacıların ve katılımcıların katkıları için teşekkür ediyorum. Hepimiz için faydalı ve verimli bir etkinlik olmasını temenni ve teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

Mehmet Bıçkıcı*

Yüksek yargının, kamu ve özel sektörün değerli temsilcileri, kıymetli katılımcılar, hanımefendiler, beyefendiler.

Kamu İhale Kurumu, Türk Tahkim Akademisi, İbn Haldun Üniversitesi UÇAM ve İstanbul Finans Merkezi tarafından birlikte düzenlenen bu sempozyuma hoş geldiniz diyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kamu ihalelerini düzenlemekte, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise sözleşme alanını düzenlemektedir. Kamu İhale Kurumu, gelinen aşamada özellikle ihale sisteminin düzenlenmesi, mevzuatın hazırlanması, ihale uyuşmazlıklarının çözümü, dijital dönüşüm, yasaklılık süreçlerinin yürütülmesi ve ihale istatistik verilerinin tutulması gibi alanlarda faaliyet göstermektedir. Bunun yanında bilinmektedir ki kamu harcamaları ülkemizdeki yatırımları, üretim miktarlarını ve kalkınmayı doğrudan etkilemektedir.

Bu itibarla kamusal faaliyetlerin aksamadan yürütülmesi, yatırımların ekonomiye kazandırılması ve yerli üretimin teşviki, hem kamu hem de özel sektör aktörleri açısından büyük önem arz etmektedir. Kamu alımlarında temel ilkelerin tesisi, sözleşme süreci bakımından da önem taşımaktadır. Sözleşme sürecinin mevzuata uygun şekilde yürütülmesi ve sağlıklı bir sözleşme yönetiminin tesisi, yatırımların ekonomiye kazandırılmasına önemli katkı sağlar. Sözleşme süreci sözleşmenin imzalandığı gün başlar ve zamana yayılır. Bu husus hepimizin malumudur.

Ancak unutulmamalıdır ki bu süreç, tarafların yükümlülükleri tamamen sona erene kadar dikkatle izlenmesi gereken bir süreçtir. Kamu ihale sözleşmeleri kural olarak özel hukuk ilke ve kurallarına tabi, tarafların eşitliği ilkesine dayanan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin bir

* Kamu İhale Kurumu II. Başkanı.

tarafında idareler bulunsa da kamu ihale sözleşmelerinin niteliğini belirleyen ve onları idari sözleşmelerden ayıran temel unsur sözleşmenin konusu ve amacıdır. Sağlıklı bir sözleşme yönetimi için sözleşme öncesi hazırlık süreci büyük önem arz etmektedir.

Bu bilinçten hareketle Kurum olarak yayımladığımız tip sözleşmeler, genel şartnameler ve düzenleyici işlemler, idarelerin ve yüklenicilerin sözleşme sürecinde uymak zorunda oldukları kuralların çerçevesini oluşturmakta ve uygulamayı yönlendirerek hukuki belirlilik sağlamaktadır. Bu yönüyle Kamu İhale Kurumu, sözleşme öncesinde düzenleyici ve denetleyici bir kurum olarak aktif bir rol üstlenmektedir. Aynı zamanda sözleşme aşamasında da etkin bir rol oynamaktadır.

Bu doğrultuda Kamu İhale Kurumu, yalnızca ihale sürecine ilişkin değil, sözleşme sürecinde ortaya çıkan sorunların ve tereddütlerin giderilmesinde, paydaşların ihtiyaçları doğrultusunda gerekli mevzuatın hazırlanması ve hayata geçirilmesinde de önemli bir sorumluluk üstlenmektedir. Değerli katılımcılar, kamu alımları ve ihale sözleşmeleri dinamik bir alandır. Piyasa dinamiklerinin değişmesi de sürekli yeni ihtiyaçları gündeme getirmektedir. Bu çerçevede Kurum olarak 2023 yılının son çeyreğinde sözleşme uygulamalarına yönelik yeni bir çalışma başlattık. Sizler de bu sürece yakından şahit oldunuz.

Bu süreçte sektör temsilcilerimizin, yüklenici firmalarımızın ve yatırımcı kuruluşlarımızın görüşlerini topladık. Sorunları birlikte tespit ettik. Çalışmayı istişareye açık şekilde olgunlaştırdık. Nihayetinde 30 Temmuz 2025 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan düzenlemeleri 1 Eylül itibarıyla yürürlüğe koyduk. Bu yeni düzenleme ile, daha sonraki oturumlarda arkadaşlarımızın teknik ayrıntılarını aktaracağı üzere, yer teslimi, iş programı, teknik personel bildirim ve hakediş düzenlemesi gibi alanlarda uygulamada yaşanan sorunlar ele alındı. Yeni ve revize birim fiyat uygulamaları daha öngörülebilir bir yapıya kavuştu.

Yaklaşık maliyetin hesabında, resmî rayıçlar ve birim fiyatlar için güncelleme yöntemleri netleşti. Bunun yanı sıra son dönemde gündemde olan fiyat dalgalanmalarına karşı somut adımlar attık. Fiyat farkı hesaplamalarında kullanılan endeksleri güncelledik. Türkiye İstatistik Kurumu iş birliğiyle yaklaşık 24 yeni alt endeksi uygulamaya aldık. Böylece malzeme, makine ve ekipman girdilerinde daha gerçekçi bir fiyat mekanizması oluşturmayı hedefledik. Bu değişikliğin hem kamu kurumlarını hem de yüklenici firmaları piyasa dalgalanmalarına karşı daha güçlü koruyacağına inanıyoruz.

Kıymetli katılımcılar, ne kadar iyi hazırlanmış olursa olsun, iyi yönetilmeyen bir sözleşme her zaman uyuşmazlıklara açıktır. Kısa sürede işlevsiz hâle gelebilir ve kendisinden beklenen faydayı sağlamaz. Bu nedenle sözleşmenin uygulanması sürecinde şeffaflık, belge yönetimi, iletişim ve yükümlülüklerin izlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu amaca yönelik olarak mevzuat çalışmalarıyla birlikte dijitalleşmeyi de eş zamanlı yürütüyoruz. Kamu alımlarının dijital dönüşümünü hızlandırmak amacıyla 1 Ağustos'ta yürürlüğe giren, kamu alımlarının elektronik ortamda yapılmasına ilişkin uygulama yönetmeliklerini hayata geçirdik. EKAP ile birlikte bunu uyguluyoruz. Sözleşme yönetiminin dijitalleşmesinde bunu ilk adım olarak görüyoruz.

Hâlihazırda sözleşme devir teyit işlemleri EKAP üzerinden yapılmaktadır. Önümüzdeki süreçte tebligatlar, sözleşme değişiklikleri, hakediş düzenlemeleri, fiyat farkı hesaplamaları, muayene ve kabul işlemleri başta olmak üzere tüm sözleşme yönetim sürecinin EKAP üzerinden yürütülmesine yönelik bir hedefimiz var. İnşallah bunu yakın zamanda hayata geçirmeyi düşünüyoruz. Böylece etkin bir sözleşme yönetimi sağlanmasında yalnızca süre ve maliyet avantajı elde etmeyeceğiz. Aynı zamanda güvenilirliği, şeffaflığı ve izlenebilirliği de artıracacağız.

Biliyoruz ki mevzuat ne kadar iyi hazırlanırsa hazırlansın, sahadaki uygulama ve sektörün katkısı olmadan sonuç almak mümkün değildir. Bu da uygulanabilir bir mevzuatın ortaya konulmasını gerektirir. Bu nedenle, Eda Hanım'ın da belirttiği gibi, bu sempozyumu İstanbul'da gerçekleştirmeyi çok önemli buluyorum. Sizlerden gelecek görüş ve öneriler bundan sonraki adımlarımıza yön verecektir. Bizler kamu ihale sözleşmelerinde öngörülebilir, şeffaf ve güven veren bir sistem kurma yolunda sizlerle birlikte ilerlemek istiyoruz.

Saygıdeğer katılımcılar, sağlıklı bir sözleşme yönetimi aynı zamanda uyuşmazlık çıkmadan önce riskleri azaltmayı da hedefler. Ancak uygulamada sözleşme sürecinde tarafların yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi, sözleşme hükümlerinin farklı yorumlanması, beklenmeyen durumların ortaya çıkması veya koşulların sonradan değişmesi gibi nedenlerle uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Yatırımların mümkün olan en kısa süre içinde hayata geçirilmesi açısından, kamu ihale sözleşmelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların hızlı ve etkin şekilde çözüme kavuşturulması büyük önem arz etmektedir.

Bu noktada şunu ifade etmek isterim. 2020 yılında Kanun'da yapılan değişiklikle Yüksek Fen Kurulumuzu da devreye soktuk. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda Yüksek Fen Kurulumuza görevler verildi. Arkadaşlarımız oturumlarda bu konuya daha ayrıntılı değineceklerdir. Kurulumuz en kısa sürede sorunların çözümü için çalışmakta ve uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasına katkı sunmaktadır. Bu vesileyle kendilerine teşekkür ediyorum.

Değerli katılımcılar, uyuşmazlık kaçınılmaz hâle geldiğinde çözüm yollarının sözleşme içinde öngörülmüş olması, tarafların zaman ve kaynak kaybını önleyecektir. Bu çerçevede kamu ihale sözleşmelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının daha işler hâle getirilmesi de göz ardı edilmemesi gereken bir gerçektir.

Bu noktada alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak tahkim müessesesi, ortaya çıkan uyuşmazlığın uygulanacak hukuku, tahkim yeri ve hakemlerin taraflarca belirlenmesiyle karar alma sürecinin işletilmesini ifade etmektedir. Bu sürecin sonunda alınan kararların mahkeme kararları gibi bağlayıcı nitelikte olması, tahkimin hızlı ve etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olma özelliğini ortaya koymaktadır.

Nitekim Kamu İhale Kurumu olarak bizler de bu gerçeği göz ardı etmedik. 2017 yılında yapılan Kanun değişikliği ile kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi aşamasında taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilebilmesinin mümkün olabileceğini mevzuatımıza derç ettik.

Saygıdeğer katılımcılar, sempozyum boyunca gerek yargı mensuplarımızdan gerek akademik camiadan gerek uygulayıcılardan ve siz değerli katılımcılardan gelen görüşler not edilecektir. Daha önce belirttiğimiz istişare mekanizması çerçevesinde gerek kamu ihale süreçleri gerek sözleşme uygulama süreçlerine yönelik yapacağımız düzenlemelerde bu görüşler dikkate alınacaktır. Bu yöndeki değerlendirmeleriniz bizim için önemli birer referans olacaktır.

Bu duygu ve düşüncelerle sempozyumun kamu ihale süreçleri ve sözleşme uygulamalarına önemli katkılar sağlamasını temenni ediyor, hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Teşekkür ederim.



I. Oturum

*İdari Yargı Kararlarının Yürüyen Kamu
İhale Sözleşmelerine Etkisi, Kamu İhale Sözleşmelerinde
Güncel Mevzuat Değişiklikleri ile Kamu İhale Sözleşmelerinden
Doğan Uyuşmazlıklarda İdari Yargı-Adli Yargı Ayrımı*

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Melikşah Yasin

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi,
Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Üyesi*

Saat: 10:30 – 12:00

Dr. Hasan Gül

Danıştay 13. Dairesi Başkanı

İdari Yargı Kararlarının Yürüyen
Sözleşmelere Etkisi

Ceyhan Çelik

Kamu İhale Kurumu

Düzenleme Dairesi Başkanı

Kamu İhale Sözleşmelerine İlişkin
Güncel Mevzuat Değişiklikleri

Av. Özkan Doğan

TOKİ İstanbul Hukuk Müşaviri

Kamu İhale Sözleşmelerinden
Doğan Uyuşmazlıklarda İdari
Yargı-Adli Yargı Ayrımı



Prof. Dr. Melikşah Yasin

Tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum.

Bugün idare hukuku bakımından önemli bir konuyu gündeme getireceğiz. Şu bakımdan şanslıyız: Masanın bütün tarafları bugün konuşmacı olarak aramızda bulunuyor. Bir taraftan yüksek yargının bu konuda nihai kararı veren dairesinin başkanı, Danıştay 13. Dairesinin kıymetli başkanı Sayın Hasan Gül beyefendi aramızda. Diğer taraftan Kamu İhale Kurumu'ndan ve uygulayıcı idare olarak TOKİ'den arkadaşlarımız masanın farklı tarafların temsilen burada bulunması bizler bakımından ayrıca önemlidir.

Konu neden önemli? Çünkü bu, idare hukukçularının tek başına çözebileceği bir mesele değil. Bir taraftan özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme rejimi var. Diğer taraftan ise sözleşme öncesi idari aşama ve bu aşamada tesis edilen idari işlemler bulunmaktadır. Sözleşme öncesi tesis edilen “ayrılabilir işlemlerin” idari yargının denetimine tabi olduğu bir yargısal denetim süreci söz konusu. Dolayısıyla Kamu İhale Kurumu İkinci Başkanımızın yaptığı konuşmada da ifade ettiği üzere, hem sözleşme öncesi idari işlemlerin denetimi idari yargının görev alanına girmekte hem de sözleşmeyle doğrudan ilgisi olmayan düzenleyici işlemlerin denetimi yine idari yargının görev alanında bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmelerin uygulanmasından önceki idari işlemlerin hukuki rejimi ve denetlenmesi ayrı bir hukuki mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunun yanında, bu sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabi olsa da bilhassa konusu kamu hizmetini ilgilendiren sözleşmeler bakımından, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde salt özel hukuk mantığıyla bakışımızın ne kadar isabetli olduğu da ayrıca tartışılması gereken bir husustur. Sonuç itibarıyla her ne kadar özel hukuk hükümlerine tabi olsalar bile, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan, bilhassa yapım işleri veya hizmet alımlarına

ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin sadece özel hukuk perspektifiyle yorumlanmasının doğurabileceği bazı hukuki sorunlar bulunmaktadır. Biz bunları zaman zaman kendi aramızda tartışıyoruz.

Ben burada konuşmacı değilim, bu nedenle sözü fazla uzatmak istemiyorum. Bugün çok değerli konuşmacılarımızın ve katılımcılarımızın fikirleri, açıklamaları ve yorumlarıyla bizleri bu konularda aydınlatacaklardır. Buna da hiçbir şüphemiz yok.

Dolayısıyla ilk konuşmacımız, Danıştay On Üçüncü Dairesinin kıymetli başkanı Sayın Hasan Gül beyefendi. Kendilerine öncelikle İstanbul'a hoş geldiniz diyoruz. Genellikle biz Danıştay toplantıları vesilesiyle Ankara'ya gidiyoruz. Bugün ise kendilerini İstanbul'da görmekten ayrıca mutlu olduk.

Buyurun efendim.

İdari Yargı Kararlarının Yürüyen Sözleşmelere Etkisi

Dr. Hasan Gül*

Sözlerime başlarken hocalarımıza, tüm meslektaşlarımıza ve katılımcılara selam ve saygılarımı sunuyorum, bu sempozyumun başarılı geçmesini diliyorum. Salonumuz da çok güzel. Böyle salonlarımızın olmasından da mutlu oluyoruz. İlgi de güzel. Bu güzel salon ve güzel şehir, inşallah konuya beklentileri karşılayacak bir katkı sunmamıza vesile olur.

Konumuz, sunum başlığı itibarıyla “İdari Yargı Kararlarının Yürüyen İhale Sözleşmelerine Etkisi”. Fakat bunu revize etmek gerekir. Çünkü idari yargıda verilen ret kararları, ihale üzerinde bir sonuç doğurmaz. Bu nedenle konuyu “İdari Yargıda Verilen İptal Kararlarının Yürüyen Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi” şeklinde değerlendirmek daha uygun olur diye düşünüyorum. Ben de konuyu bu kapsamda ele almak istiyorum. Sunum başlıklarını da bu şekilde tespit ettim.

Sonuçta şu ayrım önemli: İhale işlemleri nedir? Sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan işlemler nedir? Bir de iptal kararlarına bağlı olan hukuki ve teorik çerçevenin ortaya konulması gerekiyor. Son olarak da iptal kararlarının ihale sözleşmeleri üzerindeki etkisini değerlendirmek gerekir.

Türkiye uygulamasını ele aldığımızda, bu konunun çok fazla tartışılan bir husus olmadığını görüyoruz. Danıştay kararları, Yargıtay

* Danıştay 13. Dairesi Başkanı.

kararları, Anayasa Mahkemesi kararları da var. Fakat ben farklı bir bakış açısı ortaya koyabilir diye düşündüğüm için, Avrupa Birliği uygulamasına da kısaca değinmek istiyorum. Çünkü bize kıyasla orada çok farklı bir anlayış olduğunu görüyoruz.

Ben bu konuyu uzun zamandır merak ediyordum ve bu konu ile ilgili Danıştay Dergisi'nin 153. sayısında yer alan 35-40 sayfalık bir makalem var. Burada söylediklerimin hangi kaynaklardan alındığını, nereden alındığını merak edenler ayrıntıları o çalışmada bulabilir ve söylediklerimi oradan takip edebilirler.

Başkanı olduğum Danıştay 13. Dairesi esas itibarıyla, Türkiye'de "üst kurul" veya "bağımsız idari otorite" olarak adlandırılan kurulların işlemlerinin denetimini yapar. Bunlardan biri de Kamu İhale Kurumudur. Haliyle ihale işlemlerinin nihai denetimi de Danıştay tarafından yürütülmektedir. Ben 2011 yılından bu tarafa Danıştay'da görev yapıyorum. Üç yıla yakın bir süredir de Danıştay 13. Daire Başkanım. Danıştay üyeliğinden önceki dönemde de beş yıl Kamu İhale Kurumu Başkanlığı görevim oldu. Meslek hayatımın büyük bir kısmı ihale konularıyla ilgilenmekle geçti. Ondan önce de Maliye Bakanlığı'nda genel müdürlük yapmıştım. O dönem de harcamayla, ihaleyle ve benzeri konularla yakından ilgiliydi.

Şimdi öncelikle bu konunun önemini ortaya koymak için bir çerçeve çizmek gerekiyor. İhale işlemlerinde bizim "zincir işlem" dediğimiz bir süreç var ve haliyle bu sürecin içinde belli aşamalar bulunuyor. İhale işlemleri sürecinin tamamlanmasıyla birlikte de hocamın açılıştaki çok güzel ifade ettiği üzere, farklı bir hukuki statüye geçiliyor. En azından teorik olarak tarafların eşitliğine dayanan bir sözleşmenin imzalanmasıyla sonuçlanan bir süreçten bahsediyoruz.

Peki ihale işlemleri dediğimiz zaman bunu hangi temel aşamalara oturtabiliriz? Malum olduğu üzere kamu alımları süreci, kamunun harcama yapmasını gerektirdiğinden bir ihtiyaç analiziyle başlar, öncelikle kamu bir şeye ihtiyacı olduğuna karar verir. Daha sonra

bu ihtiyacı tanımlar. Bu ihtiyaç nasıl tanımlanır? İhaleye ilişkin idari ve teknik şartnameler hazırlanır. Bu idari ve teknik şartnamelerde ihtiyacınızı tanımladığınız gibi, ihaleye katılabilecek olanlardan hangi teknik, ekonomik ve mali yeterlik kriterlerinin arandığını da belirtirsiniz. Yani ihaleye kimlerin teklif verebileceğine ilişkin çerçeve de idari ve teknik şartnamede ortaya konulur.

Daha sonra ihale ilan edilir. İhaleye ilgi duyan kişiler ihale dokümanını indirirler. İdari ve teknik şartnameyi incelerler. Çeşitli ihtilafların ortaya çıktığı ilk aşama genelde bu aşamadır. Çünkü ihaleye katılmak isteyen ancak mevcut yeterlik kriterlerine göre katılamayanlar, kendilerinin de ihaleye katılabilmeleri gerektiğini ileri sürerler. Kimileri de ihale dokümanının rekabete aykırı olduğu, tek bir firmayı işaret ettiği gibi iddialarda bulunabilir.

Yaşanan bu ihtilaflarla birlikte ihale süreci de devam eder, teklifler alınır, ihale komisyonu teklifleri değerlendirir ve sonuç itibarıyla ekonomik açıdan en avantajlı teklif ve ikinci teklif belirlenir. Bu aşamadaki işlemlerde yine çok sayıda ihtilafa yol açar. Çünkü ihalede ikinci sırada, üçüncü sırada kalan kişiler, çoğu zaman birinci sıraya gelebilmek için ilk sıradakilerin tekliflerinin geçersiz olduğunu ileri sürerler. Teklifleri geçersiz kılınanlar da aslında tekliflerinin geçerli olduğunu savunurlar.

Bu aşamalardaki işlemlerin hepsi öncelikle ayrı ayrı bir idari başvuruya konu olabilir, akabinde yargısal bir sürece de yol açabilir. Zira bizim sistemimizde yargısal süreçten önce zorunlu olarak işletilmesi gereken iki aşamalı bir idari başvuru sistemi vardır.

Birincisi, bu süreçteki iddialar ihale yapan idareye şikâyet yoluyla ileri sürülür. İkincisi, Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet yoluyla başvurulur. Kamu İhale Kurulu kararları da idari yargıda dava konusu edilebilir. Fakat buradaki özellik şudur: Kamu İhale Kurumu tarafından karar verilinceye kadar ihale sözleşmesi imzalanamaz.

Peki buradaki amaç nedir? Sözleşme aşaması, açılış konuşmalarında da belirtildiği üzere zaten yeterince karmaşık uygulamalar, süreçler ve zorluklar barındırmaktadır. Bir de sözleşmeden önceki ihtilaflar bile, en azından Kamu İhale Kurumu nezdinde sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanmasının önüne geçilerek uyuşmazlıkların daha da büyümesinin önlenmesi hedeflenmiştir. Daha sonra da değişeceğim üzere, Avrupa Birliği uygulamasında da benzer kurallar bulunmaktadır. Ancak Kamu İhale Kurumu kararı üzerine her ne kadar sözleşme imzalanabiliyor ise de sözleşme öncesi işlemler idari yargı denetimine açık olduğu için yargılamalar çoğu zaman devam etmektedir. Yani bir belirsizlik vardır. Fakat sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte artık farklı bir hukuki statüye geçilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da belirtildiği üzere, tarafların eşitliğine dayanan bir safhaya geçiliyor. Peki bu safhada devam eden yargısal süreçte verilecek iptal kararlarının yürüten sözleşmeler üzerindeki etkisi ne olacaktır? İlk bakışta aslında çok kolay bir cevap var gibi görünür. Diğer iptal kararlarında ne oluyorsa burada da o olur. Fakat burada şu tür problemler ortaya çıkabiliyor: İdari yargı, özellikle eskiden daha yavaş işlediği dönemlerde, karar verildiğinde sözleşme konusu edimin tamamen yerine getirildiği veya büyük ölçüde yerine getirildiği durumlarla karşılaşılabilirdi. Bugün yargı daha hızlı işlese de, bu ihtimal yine de gündeme gelebilmektedir.

Peki bu durumlarda ne olacak? Teorik olarak iptal kararlarının idari işlemi geçmişe yürüteceği, bağlı sonuçların tamamını ortadan kaldıracacağı gibi ilkeleri düşündüğümüzde, bunu burada nasıl uygulayacağız? Sonuçta iş ifa edilmiş veya büyük ölçüde ifa edilmiş olabiliyor. Bu durumda iptal kararının sonucu her zaman sözleşmenin sonlandırılması mı olmalıdır? Anlatacağım konunun temel hatları budur.

Peki teorik olarak baktığımızda iptal kararlarının hukuki sonucu nedir? Aslında çok basit. Hocalarımızdan birinin yaptığı tanımlamayı

aktarayım: İptal kararı, hukuka aykırılığın doğduğu andan başlayarak ortadan kaldırılmasını, hukuk düzeninin hukuka aykırılığın bulunmadığı duruma döndürülmesini ve doğmuş sonuçların olabildiğince silinmesini gerektirir. Bizim için kritik olan nokta şudur: İptal kararı, doğmuş sonuçların da olabildiğince silinmesini gerektiriyor. Peki bu “silinme” nedir? Eğer iptal kararı sözleşmenin uygulanması safhasına da sirayet edecekse, bu silinme nasıl gerçekleşecektir? Konunun önemi de büyük ölçüde buradan kaynaklanıyor.

Hocalarımızın bu konuda ne dediğine baktığımızda, iptal kararlarının sonucunun teorik çerçevesi çok açık olmakla birlikte, “İdari yargıda verilen iptal kararının tarafların eşitliğine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi üzerindeki etkisi ne olacaktır?” sorusunda farklı yaklaşımlar görüyoruz. Bunların hangi hocamız tarafından söylendiği de, az önce bahsettiğim makalede ayrıntılarıyla yer alıyor.

En uçtaki görüş şudur: Hiçbir etkisi yoktur. Sözleşme tarafların kanunu olarak kalır. Çünkü bazı görüşlere göre, tarafların eşitliğine dayanan bir sözleşme adeta kanun gücündedir ve tarafların kanunu olan sözleşme idari yargıda verilen iptal kararından etkilenmez

Diğer uçta yer alan görüşe göre ise: Sözleşme öncesi idari işlemin denetimine izin veren bir sistemde, iptal kararlarının sözleşme üzerinde hiçbir etkisi olmayacağını savunmak bir tutarsızlıktır. O zaman yargılamanın ne anlamı olur? Eğer idari yargıda verilecek iptal kararının tarafların kanunu olan sözleşmeye hiçbir etkisi olmayacaksa, idari yargılamanın sonucu nedir? Elbette şöyle denebilir: Evet, bunun bir sonucu vardır, sözleşmeye etki etmez ama tazminat sorumluluğuna yol açar. Bu da olası bir çözüm yolu olarak görülebilir.

Bu konuda farklı bazı görüşler de bulunmaktadır.

Peki iptal kararlarının ihale sözleşmelerine etkisi bakımından Türkiye’de yargı ne söylüyor? Danıştay pek çok kararında, ihale işlemlerinin iptalinin, bu işlemlere dayalı olarak imzalanan sözleşmeleri

hukuki dayanaktan yoksun bıraktığını ifade ediyor. Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, idari işlemin iptalinin ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemleri ortadan kaldıracağını söylüyor.

Yargıtay ne diyor? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2022 tarihli bir kararındaki ifadelerden hareketle şunu görüyoruz: İdare Mahkemesi'nin ihalenin iptaline ilişkin kararı, ihalenin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirildiğinin tespiti mahiyetindedir. Evet, bir iptal kararı varsa, bu mevzuata aykırı davranıldığına tespittir. Ancak burada önemli olan şudur: Bu tespit, özel hukuk sözleşmesini kendiliğinden sonlandırmaz. Kararda farklı görüşler de olmakla birlikte ben çoğunluğun görüşünü aktarıyorum. Buna rağmen idarenin, yasaya ve Anayasa'ya saygı gereği ihale sözleşmesini sona erdirme yönünde irade kullanması zorunludur.

Yani Yargıtay, bizim hukukumuzda bu meselenin açık şekilde düzenlenmemiş olduğunu da dolaylı olarak gösteren bir çerçeve çiziyor. Evet, diyor, iptal kararları kendiliğinden bir özel hukuk sözleşmesini sona erdirmez fakat hukuka bağlı bir idare bunu sona erdirmek zorundadır.

Yargıtay'ın birçok kararında şu yaklaşım da yer alıyor: İdari yargıda verilen iptal kararları üzerine sözleşmenin idarece feshedildiği durumlarda, hukuki imkânsızlık sebebiyle idarenin sözleşmeyi fiilen uygulama imkânı kalmadığından, işin durdurulması ve tasfiyeye gidilmesinde iş sahibi idareye kusur yüklenemeyeceği belirtiliyor. Ben farklı birkaç karar da gördüm, ancak onların özel bir niteliği var mıydı, tam olarak söyleyemiyorum. Ben bu görüşe katılmıyorum. Çünkü kararlarda çoğu zaman idarenin kusuru bakımından bir analiz yapmadan bu sonuca ulaşıyor ve bu yaklaşım bana göre tartışmaya açıktır.

Türkiye'de yasal mevzuat ve yargı kararlarındaki içtihatlar, yani Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararları çerçevesinde, az önce belirttiğim çizgide bir uygulama yerleştiği için, sonuçta ortaya çıkan tablo nedir?

İptal kararının sözleşmeyi kendiliğinden sonlandırdığı, ya da idarenin sözleşmeyi sonlandırmak zorunda olduğu yönünde bir anlayış yerleştiği için bizde uygulama şu şekilde gelişmiştir: Kamu İhale Kurulu kararı üzerine sözleşme imzalandığından, idari yargıda dava konusu olan işlemler de çoğu zaman Kamu İhale Kurulu kararlarıdır. Kamu İhale Kurulu kararlarının idari yargıda iptal edilmesi hâlinde, mevcut sözleşmenin tarafının değişmesi gerekiyorsa, ki genelde gerekir, mevcut sözleşme kapsamında yürütülen iş tasfiye edilir, ardından, yargı kararı doğrultusunda sözleşme imzalamaya hak kazanan tarafla yeni bir sözleşme imzalanır. Genel uygulama bu şekildedir.

Burada özellikle işin sona yaklaştığı durumlarda, işin yüzde 80'inin veya yüzde 90'ının tamamlandığı bir aşamada mevcut yükleniciyle sözleşmenin tasfiye edilmesi ve kalan kısım için başka biriyle sözleşme imzalanması hem süreci uzatmakta hem de zaten yeterince karmaşık olan sözleşme yönetimine ilave karmaşıklıklar getirebilmektedir. Ancak sonuçta uygulamada bir şekilde bu durumlar yönetilmekte ve çözüme kavuşturulmaktadır.

İhale sözleşmenin konusu idarenin çok acil ihtiyaç duyduğu bir iş de olabilir. Örneğin pandemi döneminde acil şekilde sonuçlandırılması gereken bir aşı ihalesi yapılmışken, idari yargıda usule uyulmadığı gerekçesiyle bir iptal kararı verilmesi ihtimali düşünülebilir. Böyle bir durumda sözleşmenin sonlandırılması çok ciddi mahsurlara yol açabilir. Ancak bizde bu tür senaryolar genelde çok tartışılmaz. Çünkü uygulamamızda buna imkân tanıyan açık bir mekanizma bulunmamaktadır.

Benim araştırdığım kadarıyla Avrupa Birliği hukukundaki yaklaşım ise, 2007 yılına kadar, iptal kararlarının sözleşme üzerinde hemen hemen hiçbir etkisinin olmadığı yönündedir. Elbette ülke uygulamaları farklıdır. Kamu alımlarına ilişkin bu meseleyi düzenleyen bir direktif vardır ve konu bu çerçevede ele alınmıştır. Direktifte sözleşmenin sonlandırılacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından,

2007 yılına kadar Avrupa Birliği ülkelerinde ihale sözleşmelerinin sonlandırılmasına yönelik uygulama yaygın değildir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise iptal kararları üzerine sözleşmenin baştan itibaren yok hükmünde sayıldığı bir yaklaşım görülmüştür. Tabii “baştan beri yok hükmünde” yaklaşımıyla, bizdeki “feshi gerekir” yaklaşımı aynı şey değildir. Bizde sözleşmenin feshi gerektiği söylenir, ancak işin ifa edilen kısmı bakımından ayrıca bir tartışma yürütülmez. Oysa burada, mevzuatımızda tam bir açıklık yoktur. Sözleşme baştan itibaren mi yok hükmündedir yoksa ifa edilen kısım geçerli kabul edilip kalan kısım mı geçersiz sayılmalıdır? Bu aslında ciddi bir tartışma konusudur, fakat bizde bu tartışma çok yapılmaz. Bizdeki uygulama, daha çok fesih niteliğindedir. Yani fesih tarihine kadar olan kısım geçerli kabul edilir, sonrasında yeni bir sözleşmenin imzalanması gündeme gelir.

2007 yılına kadar Avrupa Birliği'nde genel görünüm bu yöneydi. Peki 2007 yılında ne oldu? 2007'den sonra Avrupa Birliği uygulamasında şu yaklaşım benimsendi: İhale işlemlerinde gerçekleştirilen hukuka aykırılığın ağırlığına göre sözleşmenin akıbetine karar verilebilir. Yani şarta bağlı bir sisteme geçildi.

Peki Avrupa Birliği hukukunda neden böyle yeni bir yola gidildi? Eski direktiflere göre ortada şöyle bir problem vardı: Eğer idari yargıda verilen iptal kararlarının veya inceleme organı kararlarının sözleşme üzerinde hiçbir etkisi yoksa, o zaman bu yargılama safhasının anlamı nedir? Benim baştan söylediğim noktaya geliyoruz. Eğer idari yargıda verilen iptal kararlarının sözleşme üzerinde hiçbir etkisi olmayacaksa, bu yargılama niye yapılıyor? Direktiflerdeki bu belirsizlik sebebiyle, birçok ülke uygulamasında sözleşmeler bir an önce imzalanıyor ve inceleme organının incelemesine fırsat verilmeden sözleşme uygulanmaya başlanıyordu.

Özellikle Avusturya örneğinde olduğu gibi, ihale kararının verilip onaylanmasıyla birlikte sözleşmenin imzalanmış sayıldığı uygulamalar vardı. Böyle bir yapıda, imzalanan sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin bir kural da yoksa, ihale kararının verildiği an itibarıyla idari yargı denetimi büyük ölçüde anlamsız hâle geliyordu. İşte direktif, bu noktada “bu kadar da olmaz” diyerek bir dizi kural getirildi.

Getirilen ilk kural şudur: İhale sözleşmesinin imzalanmasından önce 10 günlük bir bekleme süresi öngörüldü. Hemen sözleşme imzalanamayacak, bu 10 günlük süre içinde ilgili kişiler başvuru haklarını kullanabileceklerdir. Avrupa Birliği ülkelerinde inceleme organı, Kamu İhale Kurumu benzeri bağımsız bir yapı olabileceği gibi, böyle bir yapının olmadığı ülkelerde ilk derece mahkemesi de çoğu zaman inceleme organı işlevini görmektedir. Bu 10 günlük süre, sözleşmenin imzalanmasının yasak olduğu bir dönemdir.

Ayrıca bu 10 gün içinde inceleme organına bir başvuru yapılmışsa, başvuru sonuçlanıncaya kadar sözleşme imzalama yasağının uzaması öngörülmüştür. Bu 2007 düzenlemesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda 2008 yılında yapılan değişikliklerle bizim mevzuatımıza da büyük ölçüde aktarılmıştır. Yani bu yönüyle aynı sistem bizde de var, Avrupa Birliği’nde de var.

Peki getirilen kurallar nelerdir? Birincisi, idare bu yasak olan 10 günlük süre içinde sözleşme imzalamışsa, bu sözleşme geçersizdir. Getirilen ilk düzenleme budur. Yani bir yasak koyuyorsunuz ve bu yasak dönemde sözleşme imzalanırsa sözleşme geçersiz sayılıyor.

İkincisi, ilan edilerek yapılması gereken bir alımın, doğrudan bir kişi ya da bir teşebbüsten ilan edilmeden yapılması hâlinde de sözleşme geçersiz sayılır. Çünkü bu iki durum, hukuka ağır aykırılık hâli olarak kabul edilmiştir.

Bunun dışında şöyle bir çerçeve de getirildi. Sözleşme usule uygun şekilde imzalanmışsa, yani 10 gün beklenmiş, inceleme

organının kararı da beklenmiş, sözleşme usule uygun imzalanmış, fakat daha sonra yargısal süreç sonucunda ihale iptal edilmişse, bu durumda direktif üye ülkelere sözleşmeyi geçerli sayma noktasında bir serbestlik tanımaktadır. Ancak isteyen ülke, ulusal mevzuatına göre farklı bir yol da izleyebilir.

Daha da önemli olan bir başka nokta şudur: 10 günlük kural ihlal edilerek sözleşme imzalanmış olsa bile, kamu yararı bakımından zorlayıcı bir sebep varsa, sözleşmenin ayakta tutulması mümkün olabilmektedir. Yani sistem kademeli olarak ilerliyor. Kural olarak geçersizlik var, ancak zorlayıcı bir sebep varsa istisnai olarak sözleşme yine de geçerli kabul edilebiliyor.

Peki bu zorlayıcı sebebin varlığına kim karar verecek? Buna yine yargı ya da inceleme organı karar verecektir. İdare, kendiliğinden “zorlayıcı sebep var” diyerek sözleşmeyi geçerli saymamaktadır.

Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da var. Benim makalemde bu kararların ayrıntıları da yer alıyor. Direktife tabi olmayan alımlarda konu nasıl çözülüyor sorusu da önemlidir. Çünkü her alım direktife tabi değildir. Küçük alımlar veya belli alanlardaki alımlar direktif kapsamında olmayabilir. Bu gibi durumlarda da Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne gelen uyuşmazlıklarda benzer bir yaklaşımı sürdürmekte ve aynı temel mantıkla değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu kararlarda da Direktif kapsamında olmayan alımlarda, herhangi bir kamu alım sözleşmesinin sonlandırılmasının gerekip gerekmediğine, ihale işlemindeki hukuka aykırılığın ağırlığına bakılarak her somut olayda ayrıca karar verilmesi gerektiği ifade ediliyor. Yani “İptal kararı var, sözleşme mutlaka sonlandırılır.” şeklinde bir uygulama hiçbir şekilde yok.

Bizim yargısal içtihatlarımız belli ve bunlardan vazgeçilmesi de söz konusu olamaz diye düşünüyorum. O hâlde ne olabilir? Aslında

burada idari yargının ihale işlemlerinin denetimindeki bakış açısını bir miktar değiştirmesi gerekiyor. Çünkü siz yargı olarak ihale işlemlerindeki her hukuka aykırılık nedeniyle iptal kararı vermezseniz, yürüyen sözleşmelere sirayet eden bir sonuçla da karşılaşmazsınız.

Bizde şöyle bir anlayış var: İhale mevzuatı ağırlıklı olarak şekle dayalı. Süreler var, belgeler var, standart formlar var, o kadar çok ayrıntı var ki. Mesela şöyle bir durum düşünelim: İhale ilanının ihale tarihinden en az 40 gün önce yayımlanması gerekiyor fakat ilan 39 gün önce yayımlanmış. Bir hata yapılmış, gün yanlış hesaplanmış. Bizde klasik yaklaşım şu oluyor: Kanunda 40 gün yazıyor, ilan 39 gün önce yayımlanmışsa ihalenin iptali gerekir. Bu yaklaşım bir kolaylık sağlıyor. Usule aykırılık var, ihaleyi iptal ederim.

Avrupa Birliği Adalet Divanı bu tür kararları neden veriyor? Bence bu kararlar, yargısal denetimdeki yaklaşımı göstermesi bakımından önemli. Şunu da söyleyeyim, bizim 13. Daire ihale işlemlerinin denetimini yapıyor. Biz en azından şunu demeye başladık. Evet, bu ihale işleminde hukuka aykırılık var, ama bu aykırılık ihalenin iptalini gerektirmez. Fakat tabii bunu söylerken çok titiz bir çalışma yürütmek gerekiyor. Gerçekten neyin ihale sonucunu etkilediğini, hangi aykırılığın ihalenin iptalini gerektirdiğini, hangi durumda ise gerektirmediğini çok net ve ikna edici bir şekilde ortaya koyabilmeniz lazım. Aksi takdirde “istediklerine etkiler, istemediklerine etkilemez dersin” gibi bir görüntü ortaya çıkar ki bu kabul edilebilir değil. Bu elbette ayrıca tartışılması gereken bir konu.

Bizim dairenin bakış açısını da kısmen yansıtan bir örnek kararda da Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu yaklaşımı görülebilir. Bir toplu taşıma ihalesi yapılıyor. Bu alanda, ihale yapılmadan önce en az bir yıl önce ön ilan yapılması gerekiyor. Çünkü Avrupa Birliği hukukunda özellikle toplu taşımada planlama daha uzun vadeli düşünülüyor. Tarafların gerekli hazırlığı yapabilmesi için bir yıl önceden ön ilan öngörülmüş.

Somut olayda ön ilan yapılmamış. Avusturya Yüksek Mahkemesi kendisine gelen dosyada, “Ön ilan yapılmadan ihaleye çıkmış, bu konuda ne dersiniz?” diye Adalet Divanı’na başvuruyor. Konu inceleniyor ve şöyle bir analiz yapılıyor. Buradaki endişe şu: Ön ilan yeterli süre önce yapılmadığında, işi mevcut yürütenle ihaleye ilk defa katılmak isteyenler arasında eşitsizlik doğabilir. Çünkü ihaleye yeni katılmak isteyenler yeterince hazırlık yapamayabilir, bu durumda mevcut yüklenici daha avantajlı olabilir.

Divan, ön ilan kuralının varlığında tereddüt olmadığını söylüyor. Evet, bir yıl önce yayımlanması gerekiyordu. Ama ardında şu değerlendirmeyi yapıyor. Somut olayda mevcut ilan zaten 49 gün önce yayımlanmış. Bu süre içinde ilgili tarafın yeterli hazırlığı yapabilecek durumda olduğu da anlaşılabilir. Hatta bunu daha önce öğrenmiş olması da mümkün. Bu nedenle, ön ilanın bir yıl önce yapılmaması tek başına, mutlak olarak ihalenin iptalini gerektirmez. İlgili mahkemenin bu konuda bir analiz yapması gerekir. Kaldı ki ilgili kişi, 49 günlük sürenin yetersiz olduğuna dair bir başvuru da yapabilirdi, fakat bunu da yapmamış.

Sonuç itibarıyla Divan şunu söylüyor: Mahkeme olarak sadece bu aykırılıktan hareketle ihaleyi iptal edemezsin. Ön ilan yükümlülüğüne aykırı davranılmasının, ihalede eşitlik, rekabet ve eşit muamele ilkeleri üzerinde bir etkisi var mı, buna bakarak karar vermelisin. Bizdeki bozma kararlarına benzer bir mantıkla, somut olay analizi yapılmasını istiyor.

Bence bu yaklaşım, bizim idari yargıda ihale işlemlerinin denetiminde de yol gösterici olabilir. Elbette her olayın yorumu bu kadar kolay olmayabilir. Ancak bu tür analizler yoluyla, her şekle aykırılığın mutlaka ihalenin iptalini gerektirmediği yönünde bir yola girmek gerekir. Bizim de 13. Daire olarak, en azından son yıllarda bu yola girdiğimizi söyleyebilirim.

Ben burada 25 dakikayı bitirmiş bulunuyorum. Sonuç itibarıyla söylediklerimi özetlemiş olayım. Bizdeki uygulama, ihale işlemlerinin iptalinin hukuka aykırılığın ağırlığına bakılmaksızın, yürüyen sözleşmelerin sonlandırılması gerektiği sonucuna varabiliyor. Burada ağır hukuka aykırılık hâlleri bakımından Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi ayrı bir değerlendirme yapılarak farklı bir yaklaşım benimsenebilir mi sorusu gündeme gelebilir.

Ancak bizim yargısal içtihatlarımız ve özellikle Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı oldukça katı olduğu için, Avrupa Birliği'ndeki modelin şu an itibarıyla bir uygulama alanı bulabileceğini düşünmüyorum. Peki o hâlde bunları niye anlattım? Çünkü farklı bakış açıları kazanmak için farklı uygulamaları görmek gerekiyor. Farklı uygulamaları görmediğinizde, kendi uygulamanızın en doğru uygulama olduğu varsayımıyla hareket edip sorgulamıyoruz.

Ben ihale alanında uzun yıllardır çalıştığım için, Kamu İhale Kurumu Başkanlığı ve sonrasında Danıştay'daki görevim boyunca, “burada bir şeyler yanlış oluyor galiba” diye kendime sorduğum sorular beni başka ülkelerde nasıl bir uygulama olduğunu araştırmaya yöneltti ve araştırmalarımın bir uygulama sonuçlara ulaştım. Benim bu araştırmalarımın 2021 yılı itibarıyla güncel olan mevzuata dayalı olduğunu da söylemem gerekir.

Benim söyleyeceklerim bu kadar. Hepinize teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Melikşah Yasin

Saygıdeğer Başkan'a çok teşekkür ediyoruz. Müsaadenizle ben de birkaç hususa, dikkatinizi çekmek isterim.

Sayın Başkanım, Danıştay'ın çok eski bazı kararlarında “tecviz-i kabil hata” diye bir kavram kullanılırdı. Yani “cevaz verilebilir hata”. Dolayısıyla kamu ihale mevzuatından kaynaklanan, dava konusu işlemin esasını etkilemeyen, tolere edilebilir, basit nitelikteki hukuka aykırılıkların belki bu kavram üzerinden aşılabilceği aklıma geldi, değerlendirmenize sunmak istedim.

Bir diğer nokta da Yargıtayın hukuka aykırılık meselesine yaklaşımıyla ilgili. Yargı kararını uygulamakta bir hukuka aykırılık yok. Ancak yargı kararına konu teşkil eden işlemin bizatihi kendisi hukuka aykırı. Dolayısıyla hukuka aykırı işlemi tesis eden idare olduğu için, ondan doğan sözleşmenin feshi bakımından idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu bakımdan böyle bir ayırım yapmanın, Yargıtay kararları bakımından önemli olduğunu acizane düşünüyorum. Bunu da Başkanımızın sunumundan hareketle ifade etmek istedim.

Bir de “Dava açanlar, yargı kararı uygulanmayacaksa ne elde edecekler?” sorusu gündeme geldiğinde, bizde cezalandırıcı tazminat anlayışı bulunmadığı, telafi edici zarar tazminatı anlayışı esas olduğu için, dava açıp somut bir sonuç elde edememek, yargı kararlarının uygulanabilirliği ve etkinliği bakımından ayrıca bir problem alanı teşkil ediyor.

Tekrar çok teşekkür ediyorum Sayın Başkanım.

Şimdi ikinci konuşmacımız, Kamu İhale Kurumu Düzenleme Daire Başkanı Sayın Ceyhan Çelik beyefendi. Buyurun efendim.

Kamu İhale Sözleşmelerine İlişkin Güncel Mevzuat Değişiklikleri

Ceyhan Çelik*

Sayın Başkanlarım, sayın Kurul Üyeleri, Değerli Katılımcılar. Hepinizi Kurumumuz ve şahsım adına saygıyla selamlıyorum. Oturumun bu bölümünde, kamu ihale sözleşmelerindeki güncel mevzuat değişiklikleri üzerine konuşmak istiyorum. Bu kapsamda öncelikle Kurumumuzun sözleşme aşamasındaki rolü üzerine kısaca bir değerlendirme yapmanın faydalı olacağını düşünüyorum. Açılış konuşmasında Sayın Başkanımızın da belirttiği üzere, Kurumumuzun görev ve yetkileri yalnızca ihale aşamasıyla sınırlı olmayıp sözleşme aşamasına da uzanmaktadır.

Özellikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde gerek ihale kanununa gerekse 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin mevzuatı hazırlamak, uygulamayı geliştirmek ve yönlendirmek görevleri Kurumumuza verilmiştir. Mevzuat içindeki düzenlemelere baktığımızda, öncelikle Kurumumuzun teklifi üzerine hazırlanarak Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konan fiyat farkı esaslarını görüyoruz. Ardından Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ile bunlara uygun olarak hazırlanması gereken tip sözleşmeler mevcuttur. Yine muayene ve kabul süreçlerini düzenleyen kabul yönetmeliklerinin de bulunduğunu görüyoruz.

* Kamu İhale Kurumu Düzenleme Dairesi Başkanı.

Kurumumuzun sözleşmenin uygulanması aşamasındaki görevi yalnızca mevzuatı hazırlamakla sınırlı olmayıp aynı zamanda uygulamayı yönlendirme görevi de bulunmaktadır. Bu kapsamda, Kurumumuz düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak uygulamayı yönlendirmektedir. Nitekim 2019'dan bu yana, gerek COVID salgınına bağlı tedarik zincirinde yaşanan zorluklar gerek deprem kaynaklı sıkıntılar gerekse de ekonomik dalgalanmalar sebebiyle sözleşmelerin yürütülmesinde çeşitli ifa güçlükleri yaşandığını hep beraber gördük.

Sözleşmelerin bu olağanüstü koşullara uyarlanması amacıyla kanun koyucu 4735 sayılı Kanun'a dört defa geçici madde eklemeyi uygun görmüştür. Bu geçici maddelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı Kararlarıyla belirlenerek uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için Kurumumuz yetkili kılındı. Bu kapsamda alınan yaklaşık 100'e yakın Kurul kararı ile fiyat farkı ödemeleri, süre uzatımı, sözleşmenin devri ve feshi gibi pek çok konudaki tereddüt giderilmiş oldu.

Peki Kurumun sözleşmenin uygulanması aşamasında bunun dışında ne gibi görevleri bulunuyor? Az evvel de belirtildiği üzere, kamu ihale sözleşmeleri esasen tarafların eşitliğine dayanan özel hukuk sözleşmeleridir. Ancak adı üzerinde ihale sözleşmeleri olup kendine has ilkeleri olduğundan ihale dokümanından bağımsız düşünülemez. Yani ihale şartlarını bozacak bir sözleşmenin hazırlanmasına kanun koyucu hem temel ilkelerle hem de özel olarak düzenlediği "sözleşmelerin tip sözleşmelere aykırı olamayacağı" yönündeki kurala cevaz vermemiştir.

Bu çerçevede, tip sözleşmeler de Kurumumuzca hazırlanmakta olup bunun yalnızca bir istisnası vardır. O da mal ve hizmet alımlarında, Kurumumuzun uygun görüşü alınmak kaydıyla, idareler tarafından hazırlanan sözleşmelerin kullanılabilmesidir.

Kurumumuzun sözleşme aşamasına ilişkin diğer bir görevi mücbir sebeplerle ilgilidir. Mücbir sebepler, hepimizin bildiği gibi, sözleşmenin ifasını imkânsız hâle getiren ve sözleşme taraflarından kaynaklanmayan hâllerdir. Bu hâller 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde doğal afet, kanuni grev, genel salgın hastalık ve seferberlik ilanı olarak sayılmıştır. Bununla birlikte benzeri hâllerin de Kurum tarafından belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde yüklenicilerin idareye başvurusu ve idarece gerekli belgelerin Kuruma iletilmesi üzerine, önlenemezlik ve öngörülemezlik kriterleri bir arada mevcutsa, mücbir sebep başvuruları Kurumumuzca uygun görülmektedir. Bu hâllerde sözleşmelere süre uzatımı verilmesi ve sözleşmenin feshi imkânı gündeme gelebilmektedir.

Kurumun sözleşme aşamasındaki görevlerinden bu şekilde kısaca bahsettikten sonra, şimdi güncel mevzuat değişikliklerine geçmek istiyorum. Müsaadenizle ilk olarak Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerine konuşmak istiyorum.

Bildiğiniz gibi EKAP, 2010 yılından beri ihale uygulamalarımızda yer alan bir platformdur. 1 Ağustos 2025 tarihinde yürürlüğe giren Kamu Alımlarının Elektronik Ortamda Yapılmasına İlişkin Uygulama Yönetmeliği kapsamında platformun kapsamı ve sınırları genişlemiştir. Bu sayede EKAP, kullanıcılarına işlem kolaylığı, hız ve kayıt güvenliği sağlamaktadır.

Bu geliştirmeler yalnızca 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerle sınırlı kalmamış, istisnalar kapsamında yapılan ihalelerde ve doğrudan teminlerde de EKAP'ın kullanılmasına ilişkin yoğun talepler doğrultusunda mevzuat altyapısı hazırlanmıştır. Teknik altyapının tamamlanmasıyla birlikte artık bu işlemler de EKAP üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.

Yine yalnızca ihale süreçleriyle sınırlı kalmayıp, sözleşme aşamasına ilişkin işlemlerin de EKAP üzerinden yürütülmesi hedefi doğrultusunda mevzuat altyapısı tamamlanmıştır. Ağustos ayı itibarıyla bu işlemlerin bir kısmı uygulanmaya başlanmıştır.

Peki şu anda EKAP üzerinden hangi işlemleri yapabiliyoruz? İhale komisyonunun oluşturulmasından işlem dosyasının hazırlanmasına, yaklaşık maliyetin hazırlanmasından başvuru ve tekliflerin gönderilmesine, ihale onay belgesi, ihale komisyon kararı, ihale yetkilisi onayı, sözleşmenin imzalanması ve tebligat gibi tüm işlemler EKAP üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.

Devam eden süreçte, Sayın Başkanımızın da belirttiği gibi, sözleşme aşamasındaki tüm işlemlerin EKAP'a taşınması hedeflerimiz arasındadır. Bu kapsam, yer tesliminden hakke diş raporlarının hazırlanmasına ve takiben muayene ve kabul süreçlerine kadar bütün adımları içerecektir.

Nitekim bu haftanın başında, yani 5 Ocak'ta, elektronik altyapının hazırlanmasıyla birlikte sözleşme aşamasındaki tüm teminatların EKAP üzerinden verilmesine imkân sağlayacağımızı duyurduk. Buna kesin teminat mektubu, avans teminat mektubu, geçici kabul noksanları, kesin hesap kesintisi gibi teminat mektupları da dahildir. Bu süreç peyderpey ilerleyerek tamamlanacaktır.

Bundan sonra bahsetmek istediğim mevzuat değişiklikleri ise 1 Eylül 2025 tarihinde yürürlüğe konan ve sözleşme uygulamalarında son 20 yıldaki belki de en kapsamlı değişiklikleri içeren mevzuat çalışması olacaktır.

Bu kapsamda yaklaşık iki yıl süren bir çalışma yürütüldü ve gerek sektörle gerekse tüm paydaş idarelerle toplantılar yapılarak çalışmaya nihai hâli verildi. Öncelikle fiyat farkı esaslarında yapılan değişiklikleri paylaşmak istiyorum.

Az evvel de belirttiğim gibi, son yıllarda sözleşmenin uyarlanmasına yönelik taleplerin ana başlıklarından biri, mevcut fiyat farkı uygulamalarının yetersizliği iddiasıydı. Bu iddia da çoğunlukla TÜİK endekslerinin piyasa fiyatlarını tam olarak karşılamadığı yönündeki değerlendirmelere dayanıyordu.

Bildiğiniz gibi fiyat farkı mekanizması dinamik bir mekanizmadır. Enflasyonist veya dezenflasyonist dönemlerde maliyetlerin uyumlaştırılmasını sağlar ve bunu ağırlıklı olarak TÜİK endeksleri üzerinden yapar. Bu eleştirinin dönem dönem haklılık payı olduğunu kabul ederek bu noktada ne yapabiliriz diye değerlendirdik. Değişiklikten önce TÜİK tarafından ikili kırılımlı endekslerin yayımlandığını gördük. Örneğin TÜİK Yİ-ÜFE 23 numaralı endeksi çimento, hazır beton, kireç, tuğla gibi ürünlerin paçal hâliydi ve ağırlıklandırılmış bir sepeti ifade ediyordu.

Görüşmeler sonucunda bu yapının detaylandırılmasına imkân sağlayarak, alt kırılımlar şeklinde dörtlü basamaklı daha ayrıntılı endekslerin yayımlanmasını sağladık. Böylece örneğin doğrudan hazır beton fiyatını yansıtan bir endeksin kullanılabilmesi mümkün hâle geldi. Ya da makineler bakımından, tüm araçların bir arada yer aldığı 28 numaralı endeks yerine, yalnızca iş makinelerine özgü 28.92 numaralı endeksin yayımlanması ve kullanılması yoluyla daha gerçekçi bir fiyat değişimi ölçülebilir hale geldi. Bu şekilde, fiyat artışı kaynaklı uyarılma taleplerinin önemli ölçüde azaltılmasını hedefledik.

Fiyat farkı esaslarında ele aldığımız diğer bir konu da hak edişlerin düzenlenmesiyle ilgilidir. Hak edişler, kural olarak uygulama ayını takip eden ilk beş gün içinde, endeksler yayımlandıktan sonra düzenlenmelidir. Bu sürenin beklenmediği hâllerde ise fiyat farkı hesabının sonradan yapılması gündeme geliyordu. Ancak özellikle deprem bölgesindeki işlerde bir ay içinde birden fazla hak ediş yapılması ihtiyacı doğdu. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla, bir ay içinde birden fazla hakkeşiş yapılan durumlarda, endekslerin yayımlanması

beklenmeksizin önceki ayın endeksleri kullanılarak hak ediş düzenlenmesine imkân tanıyan istisnai bir düzenleme yapıldı.

Diğer bir konu, yeni birim fiyatın tespitine ilişkin uygulama esaslarıdır. Değişiklikten önce fiyat farkı hesaplanan işler ile fiyat farkı hesaplanmayan işler arasında ayırım yapılmaması uygulamada karışıklığa yol açıyordu. Yapılan değişiklikle, fiyat farkı hesaplanması öngörülen işler bakımından ihale tarihinin esas alınması prensibi benimsendi. Fiyat farkı hesaplanması öngörülmeyen işlerde ise, idare kaynaklı ya da mücbir sebeplerle süre uzatımı verilmesi ve buna bağlı olarak fiyat farkı hesabının doğması hâlinde, proje değişikliği onay tarihinin içinde bulunduğu aya ilişkin fiyatın kullanılmasına yönelik bir düzenleme getirildi. “Proje değişikliği onay tarihi” ibaresini bundan sonra daha sık duyacaksınız. Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki yeni fiyat hükümlerinde de bu kavramdan sıkça bahsedeceğim. Bu kavram mevzuatımızda değişikliklerle birlikte ilk kez yer almış oldu.

Bir diğer başlık iş programıyla ilgilidir. Bildiğiniz üzere, yüklenicinin iş programına uymaması durumunda fiyat farkı hesabında, iş programına göre işin yapılması gereken ayın endeksi ile işin fiilen yapıldığı ayın endeksinden düşük olanı esas alınarak fiyat farkı hesaplanması gerekir. Ancak bu kural sözleşme süresi bitmiş işler bakımından farklı uygulanıyordu. Sözleşme süresi bitmiş ve cezalı çalışılan işlerde, işin bitim tarihi ile işin fiilen yapıldığı ayın endeksine bakılarak hesaplama yapılıyordu. Bu da özellikle işin bitim tarihine yaklaşıldığı dönemlerde, işi zamanında yapmak yerine cezalı çalışmaya yönelmeyi teşvik ederek bir anlamda daha yüksek fiyat farkı alınmasına yol açabiliyordu. Bu tür uygulamaları ortadan kaldırmak amacıyla yeknesak bir uygulamaya geçildi. Artık her durumda, iş programına göre işin yapılması gereken ay ile işin fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinden düşük olanı esas alınarak fiyat farkı hesaplanması uygulamasına geçildi.

Revize iş programına ilişkin düzenlemeler de bu çalışmanın önemli başlıklarından biridir. Revize iş programı yapılması hâlinde fiyat farkının yalnızca uzatılan süre için mi, yoksa iş programının yapıldığı tarihten sonraki dönem için mi hesaplanacağı konusunda farklı uygulamalar bulunuyordu. Bu karışıklığın önüne geçmek adına, süre uzatımına sebep olan durumun ortaya çıktığı tarihten önceki döneme ilişkin ödenek dilimlerinde herhangi bir değişiklik yapılmayacağı, bu tarihten sonraki dönem için ise revize iş programına göre fiyat farkı hesabı yapılacağı düzenlendi. Böylece uygulamadaki önemli bir belirsizlik de giderilmiş oldu.

Fiyat farkı esaslarına ilişkin olarak paylaşmak istediğim başlıca hususlar bu şekildedir.

Diğer bir önemli husus ise, bu çalışmanın ana konularından biri olan birim fiyat ve rayiçlerin güncellenmesi müessesesidir. Bu, üzerinde özellikle durduğumuz, uzun süredir konuşulan ve beklenen bir düzenlemeydi. Düzenlemeden önce birim fiyat ve rayiçler, olağanüstü dönemler dışında, yılın başında yayımlanır ve yıl boyunca geçerli kabul edilirdi. Bu durum piyasa gerçekleriyle örtüşmediği için sıklıkla eleştiri konusu oluyordu.

Biz burada ihale aşaması ve sözleşme aşaması bakımından farklı kurallar getirerek bu sorunun önüne geçmeyi hedefledik. Bunu nasıl yaptık? İhale sisteminde yaklaşık 20 yıldır uygulanan bir güncelleme yaklaşımını esas aldık. İş deneyim belgeleri ve iş hacminin güncellenmesinde olduğu gibi, ihale tarihinden bir önceki aya ait endeks ile belgenin düzenlendiği tarihten bir önceki aya ait endeks esas alınarak güncelleme yapılması kuralı var. Neden böyle? Çünkü ihale tarihinin içinde bulunduğu ayın endeksi o ay içinde yayımlanmaz. Takip eden ayın üçüncü gününde yayımlanır ve içinde bulunulan ayın endeksi ihale tarihinde bilinemez. Dolayısıyla paya ait olarak bir önceki aya ait endekse gidildiğinde, payda için de yine bir önceki aya ait

endekse gidilmesi gerekir. İhale aşamasında bu şekilde bir kurguyla güncelleme mekanizmasını mevzuata taşıdık.

Sözleşme aşamasında ise tüm tarihler belli olduğu için, ihale tarihi ve rayiçlerin ait olduğu tarih esas alınarak, doğrudan içinde bulunan aya ait rayiçler ve fiyatlar kullanılarak güncelleme yapılabilmesine yönelik düzenlemeler getirildi. Bu düzenlemeler önemli çünkü bu düzenlemelerle birlikte rayiçlerin artık aylık olarak kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmaya başladığını görüyoruz. Bu, başlı başına önemli bir gelişme.

Yaklaşık maliyetin hesabında “güncelliğini kaybetmesi hâlinde” ibaresini kullanmıştık. Dolayısıyla, kamu kurum ve kuruluşları tarafından rayiçler aylık olarak yayımlanıyorsa, bu hükümlerin uygulanmasına çoğu durumda gerek kalmayacaktır. Bu hükümler daha çok yedek hüküm niteliğine gelmiş durumda. İleride rayiçlerin yayımlanmadığı bir döneme girilmesi gibi bir durum söz konusu olursa, idarenin takdirine bağlı olarak bu hükümler yine kullanılabilir.

Diğer taraftan yaklaşık maliyet hesabı yapıldıktan sonra ikinci bir güncelleme imkânı daha getirdik. Şöyle düşünün: Hesaplamayı yaptık, ilana çıkacağız. Ancak o dönemde kurda önemli bir artış oldu ve yaklaşık maliyetimiz bir anda güncelliğini yitirdi. Bu tür durumlarla karşılaştık ve ihalelerde tekliflerin yaklaşık maliyetin üzerinde kalması sebebiyle çok sayıda iptal yaşandığını gördük. Bu durumların önüne geçmek amacıyla ikinci bir güncelleme imkânı tanıdık. Fiyat farkı hesabı öngörülen işlerde fiyat farkı katsayısı, fiyat farkı hesabı öngörülme-yen işlerde ise genel endeks, yani Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi üzerinden güncelleme yapılmasına imkân sağladık.

Diğer önemli konu, yeni fiyatın tespitine ilişkindir. Sözleşme aşamasında “yeni fiyatın tespiti” başlığı bu çalışmada baştan aşağı ele alınarak revize edildi. Burada iki önemli kuraldan bahsetmek istiyorum. Birincisi, yeni fiyatın proje değişikliği tarihinden itibaren 30 gün içinde ve imalata başlanmadan önce tespit edilmesi esası

getirildi. Bu neden önemli? Çünkü yeni fiyatın tespiti, sözleşme aşamasındaki uyuşmazlık alanlarının başında geliyor. Bu esaslara uygun hareket edilmesi hâlinde uyuşmazlıkların büyük ölçüde azalmasını bekliyoruz. İkincisi de yeni fiyatın eskiden olduğu gibi idarece onaylandığında geçerli olacağını kurala bağladık.

Yeni fiyatın tespitinde rayiçler bakımından da ikili bir ayrıma gidildi. Fiyat farkı verilen işler ve fiyat farkı verilmeyen işler için ayrı bir yaklaşım benimsendi. Fiyat farkı verilen işler bakımından, her durumda rayiçlerin ihale tarihine güncellenmesi ya da indirgenmesi suretiyle taşınması esası getirildi. Fiyat farkı verilmesi öngörülme- yen işlerde ise rayiçlerin proje değişikliği onay tarihine güncellenmesi suretiyle hesaplama yapılması kuralı benimsendi. Bu işlemlerde TÜİK tarafından yayımlanan alt endeksin kullanılması gerektiği de açıkça belirtildi. Eğer bu alt endeksler yayımlanmamışsa, bu durumda genel endeks kullanılarak hesaplama yapılacağı düzenlendi.

Yeni fiyata ilişkin bir diğer önemli başlık; kâr ve genel gider oranıdır. Bu, uygulamada uyuşmazlığa sebep olan konulardan biriydi. Burada da farklı bir yaklaşıma geçtik. Eğer kâr ve genel gider oranı sözleşmede önceden belirlenmişse, yani idare bu oranı sözleşmeye yazmış ve istekli de teklifini buna göre vermişse, sözleşme aşamasında yeni fiyatın tespitinde bu oranın yeniden müzakere edilmemesine yönelik bir düzenleme yaptık ve doğrudan bu oranın kullanılması prensibini benimsedik.

Buna karşılık böyle bir oran belirlenmemişse, yüklenici kârına karşılık %10, genel giderlere karşılık ise %15'e kadar, taraflarca anlaşılan oran esas alınacaktır. Ayrıca, işin içinde benzer bir iş kaleminin bulunup bulunmadığına göre de bir ayrım öngörüldü. Benzerlik gösteren bir iş kalemi varsa bu kaleme uygulanan tenzilat oranı uygulanacak. Benzer bir iş kalemi yoksa, resmi birim fiyat ve rayiçlerin %90'ı üzerinden hesaplama yapılarak bir üst limit belirlenecek. Bu yaklaşımın, oran belirlenmeyen işler bakımından uygulanmasına devam edilecektir.

Diğer bir başlık yer teslimiyle ilgilidir. Bildiğiniz gibi 4734 sayılı Kanun'a göre, arazi temini, kamulaştırma ve imar işlemleri yapılmadan, istisnai durumlar haricinde ihaleye çıkılmaması gerekir. Bu istisnai durumlar daha çok büyük ölçekli altyapı işleri bakımından söz konusudur. Ancak bu kurala uyulmadan ihaleye çıkılan işlerde, yer teslimi aşamasına gelindiğinde yer tesliminin yapılmadığını ve bu nedenle işin süresinin başlatılmadığını biliyoruz. Özellikle fiyat farkı verilmeyen işlerde bu durum yüklenici bakımından ciddi mağduriyetlere yol açıyordu.

Bu tür durumların önüne geçebilmek amacıyla bir düzenleme yaptık. Yüklenici kusurundan kaynaklanmayan, hukuki, fiili veya idari bir sebeple yer teslimi yapılamıyorsa, yer tesliminin kâğıt üzerinde yapılarak sürenin başlatılması ve ardından işin durdurulmuş sayılmasına yönelik bir düzenleme getirildi. Daha sonra işin fiilen teslimi yapıldığında, arada geçen sürenin yükleniciye süre uzatımı olarak verilmesi öngörüldü. Böylece hem yüklenicinin hak kaybı yaşamaması hem de sürecin sağlıklı yürütülmesi amaçlandı. Bu çerçevede, yüklenicinin yer teslimine bağlı yükümlülüklerinin de işin fiilen teslimiyle birlikte başlayacağı açıkça düzenlendi.

Diğer düzenlemeleri tablo halinde kıyaslayarak aktarmak istiyorum. Bunlar teknik personel, iş programı ve projelere ilişkindir.

Bildiğiniz gibi teknik personel, işin fen kurallarına uygun yürütülmesi bakımından büyük önem taşır. Burada özellikle bildirim süresinin başlangıcında bir değişiklik yaptık. Daha önce yer tesliminden itibaren 10 gün içinde teknik personel bildirim yapılırken, artık onaylanmış iş programının yükleniciye tebliğ edildiği tarihten itibaren bu sürenin başlayacağı düzenlendi. Böylece teknik personel bildiriminin, onaylı iş programına göre, yani tüm personelin bir anda değil, hangi personelin hangi tarihte bulundurulacağı esas alınarak peyderpey yapılması sağlandı.

Ceza uygulama koşulları da netleştirildi. Teknik personel bildirimini hiç yapılmaması, eksik yapılması veya bilgi ve belgelerde eksiklik bulunması hâlinde ceza uygulanacağı açıkça düzenlendi. Ayrıca daha önce imalata başlamama gibi bir koşul açıkça yer almıyorken, yapılan değişiklikle teknik personel bildirim yapılmadan hiçbir imalata başlanamayacağı kural hâline getirildi.

İş programına ilişkin olarak da yüklenicinin iş programını hazırlayıp sunması için öngörülen 15 günlük süreye dair uygulamada aksaklıklar olduğu tarafımıza iletildi. Bu sürecin disipline edilmesi amacıyla günlük gecikme cezası %10'dan %100'e çıkarıldı.

Projelere ilişkin olarak da kapsamlı değişiklikler yapıldı. Artık projeler ihale dokümanının bir parçası olarak EKAP'ta yer aldığından, projelerin sözleşme aşamasında ayrıca yükleniciye verilmesi uygulaması sonlandırıldı. Diğer taraftan, uygulama projelerinin teslimi için daha önce belirli bir süre öngörülmemişken, yapılan değişiklikle imalatlara başlamadan en az 15 gün önce projelerin yükleniciye verilmesi gerektiği düzenlendi.

Diğer taraftan, yüklenicinin uygulama sırasında hazırladığı projeler için bedel ödenmesi kuralı, daha önce istisnai nitelikteydi. Yani dokümanda açıkça öngörülmesi hâlinde bu ödemeler yapılabiliyordu. Yapılan değişiklikle, dokümanda aksi belirtilmedikçe bu projeler için bedel ödenmesine imkân tanıyan bir uygulamaya geçildi.

Yine nihai projelerin teslim zamanına ilişkin bir düzenleme bulunmazken, FIDIC sözleşmelerinde olduğu gibi, geçici kabul başvurusuyla birlikte yüklenicinin nihai projeleri idareye teslim etmesine yönelik düzenlemeler getirildi. Böylece kabul heyetinin de nihai projeler üzerinden kabul yapmasına imkân sağlanmış oldu.

İşe başlamaya ilişkin olarak da bir değişiklik yapıldı. Değişiklikten önce, proje bulunmaması durumunda idarenin izniyle işe başlanabiliyor, ancak sorumluluk yüklenicide kalıyordu. Bu hüküm revize

edilerek, hiçbir durumda proje olmaksızın imalata başlanamayacağı, aksi hâlde sorumluluğun ilgili taraf üzerinde olacağı düzenlendi. Bu şekilde sözleşmenin taraflarının eşitliğine daha uygun bir çerçeve oluşturulması amaçlandı.

Diğer değişikliklerimiz ödemelere ilişkindir. Bildiğiniz gibi ödemeler, sözleşme aşamasındaki önemli sorun alanlarından biridir. Bu alanı disipline edebilmek adına, geçici hakkeş raporlarında yer alan ve sözleşmede aksine düzenleme yapılmasına imkân veren ödeme sürelerine ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırdık. Ardından, yüklenicinin başvurmadiğı durumlarda idarenin üç aylık hakkeş düzenleme süresini bir aya indirdik.

Bildiğiniz gibi ihtirazi kayıt müessesesi daha önce yargı kararıyla iptal edilmişti. Burada oluşan hukuki boşluğu gidermek amacıyla, yüklenicilerin hakkeş raporlarına ilişkin itirazlarını en geç kesin hesabın idareye teslim edildiği tarihe kadar yapmaları gerektiğini düzenledik.

Diğer bir düzenleme, aralarında doğal bir bağlantı olması sebebiyle birlikte ihale edilen yapım işleri ile hizmet işlerine ilişkindir. Burada sık kullanılan örneklerden biri atık su arıtma tesisleridir. Bir yapım işi var, ardından bir ya da iki yıllık işletme dönemi geliyor. Bu işletme döneminde hak edişlerin nasıl yapılacağı uygulamada önemli bir sorun alanıydı. Çünkü geçici kabulden sonra yalnızca bir ek geçici hakkeş raporu düzenlenebilmesi mümkün oluyordu.

Bu noktada bir ayırım yaptık. Geçici kabulden sonra ek geçici hakkeş raporu, yapım işleri bakımından yine düzenlenebilecek. Özellikle makine ve ekipman testleri bakımından bu rapor gerekli olabiliyor. Ardından işletme dönemindeki hak edişlerin ise Hizmet İşleri Genel Şartnamesine göre yürütülmesi gerektiğini düzenleyerek bu alandaki ihtiyacı karşılamayı hedefledik.

Kesin hesaplara ilişkin itirazlar bakımından da bir belirlilik sağlanması amaçlandı. Bu çerçevede, kesin hesapların idareye tesliminden sonra, değişikliklere ilişkin itirazların tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yapılması gerektiği düzenlendi.

Sigortaya ilişkin olarak da bir düzenleme yapıldı. İnşaat all risk sigortası, yüklenicilerin sıklıkla şikâyet ettiği bir konu olmakla birlikte, 4735 sayılı Kanun'dan kaynaklanan bir yükümlülük. Bu noktada yapılan değişiklikle kısmi kabul yapılan işlerde inşaat all risk sigortasının kısmi geçici kabul ile birlikte sonlandırılabilmesine imkân tanındı. Bunun ardından genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigortaya geçilebilmesi, kısmi kesin kabul ile birlikte de bu sigortanın sonlandırılabilmesi düzenlendi. Böylece sigorta kapsamını azaltmadan, maliyetleri düşürerek daha dengeli bir çözüm üretilmeye çalışıldı.

Son olarak, mücbir sebeplerle ilgili süreler bakımından bir değişiklik yapıldı. Özellikle COVID salgını ve deprem sonrası OHAL döneminde olduğu gibi, mücbir sebebin kesintisiz devam ettiği hâllerde, 20 günlük başvuru süresinin işlemeyeceği açıklandı. Mücbir sebep hâli devam ettiği sürece başvuru yapılabileceği, ancak bu başvurunun geriye dönük en fazla 20 gün için hüküm ve sonuç doğuracağı yönünde açıklayıcı bir düzenlemeye gidildi.

Sözleşme aşamasına ilişkin değişikliklerimiz bu şekildedir.

Son olarak, 26 Aralık 2025 tarihinde yürürlüğe konan 4734 sayılı Kanun değişikliği hakkında da kısaca bilgi vermek istiyorum. Bu değişiklik, itirazın şikâyet başvuru bedeli ve Kamu İhale Kurumu payının iadesiyle ilgilidir.

Anayasa Mahkemesi, ilgili hükümleri kişilere aşırı külfet yüklediği gerekçesiyle iptal etmişti. Bilindiği üzere daha önce itirazın şikâyet başvuru bedelleri, yalnızca başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması hâlinde iade edilebiliyordu. Kurum payı ise hiçbir durumda iade edilmiyordu.

Yeni düzenlemeyle birlikte, itirazın şikâyet başvuru bedellerinin başvuru sahibinin haklılık oranı dikkate alınarak iade edilebilmesi benimsendi. Yani Kurul tarafından itirazın şikâyet başvurusu üzerine düzeltici işlem ya da iptal kararı alınması halinde, iddia sayısındaki haklılık oranına göre başvuru bedeli iade edilecektir.

Peki hangi durumlarda bedel iadesi yapılmayacak? Birincisi, itirazın şikâyet başvurusunun reddi kararı verilmesi hâlinde iade olmayacak. İkincisi, Kurum tarafından eşit muamele ilkesi çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda, yani başvuru sahibi A isteklisinin teklifini şikâyet ediyor, ancak Kurum B, C, D isteklilerini de re'sen aynı iddialar bakımından inceliyor ve bu inceleme sonucunda bir düzeltici işlem ya da iptal kararı çıkıyorsa, bu durumda da iade yapılmayacak.

Süreler ise 30 ve 15 günlük sürelerdir. Başvuru sahibinin kurul kararının kendisine tebliğini izleyen 30 gün içinde Kuruma başvurusu, bu başvuru üzerine Kurumun 15 gün içinde bedel iadesi yapması gerekmektedir. Bu süre içinde iade yapılmazsa, arada geçen süre için yasal faiz işleyeceği yine 4734 sayılı Kanun'da öngörülmüştür.

Son olarak, Kurum payının iadesine ilişkin kapsamdan da kısaca bahsetmek isterim. Bugün itibarıyla 5,3 milyon TL üzerindeki sözleşme bedeli olan işlerde bu bedelin on binde 5'i oranında alınan bir Kurum payı bulunmaktadır. Bu payın işin tamamlanmayan kısmına karşılık gelen tutarının iki hâlde iadesi mümkün kılındı. Bunlardan birincisi, Kurul kararlarına karşı dava açılması sonucunda yargı kararıyla sözleşmenin el değiştirmesi hâli, ikincisi ise sözleşmenin mücbir sebeplerle feshi hâlidir.

Burada 30 ve 15'er gün olmak üzere üç süre öngörülmüştür. 30 günlük süre, yüklenicinin idareye başvuru süresidir ve fesih ile tasfiye işlemlerinin kendisine tebliğinden itibaren başlar. Ardından idarenin 15 gün içinde gerekli bilgi ve belgeleri hazırlayarak Kuruma iletmesi gerekir. Kurum da 15 gün içinde bedel iadesini yapar. Bu sürelerde iade yapılmazsa, arada geçen süre için faiz işlemesi öngörülmüştür.

Kamu ihale sözleşmelerine ilişkin güncel mevzuat değişikliklerine dair aktaracağım hususlar bu şekildedir. Bu mevzuat değişikliklerinin, sözleşmenin taraflarının eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu ilkesi çerçevesinde hazırlandığını, düzenlemelerin hem uyumsuzlukların azaltılmasını hedeflediğini hem de yatırımların bir an evvel hayata geçirilmesini sağlamaya dönük olduğunu tekrar hatırlatmak isterim.

Prof. Dr. Melikşah Yasin

Ceyhan Bey'e bu kapsamlı sunumu için çok teşekkür ediyoruz. Son olarak da TOKİ İstanbul Hukuk Müşaviri Sayın Avukat Özkan Doğan Bey'i dinleyeceğiz. Buyurun efendim.



Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İdari Yargı-Adli Yargı Ayrımı

Av. Özkan Doğan*

Kıymetli Başkanlarım, kıymetli hazirun, Kamu İhale Sözleşmeleri Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumuna hoş geldiniz. Değerli konuşmacıları ve siz kıymetli katılımcıları saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği gibi Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, kamu hukukuna tabi olan, kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşların yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve esasları belirleyen önemli bir hukuk disiplindir.

Gerek kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin çokluğu, gerekse ihtiyaç duyulan bu mal ve hizmetlerin büyüklüğu düşünüldüğünde, kamu ihale mevzuatı uygulamalarının son derece geniş bir alana yayıldığı ve bunun doğal sonucu olarak da çok sayıda idari ve adli ihtilaf ortaya çıktığı malumunuzdur.

Kamu ihale sözleşmeleri kapsamında adli ve idari yargı ayrımına geçmeden önce, “ihale” kavramının kısaca tanımlanmasının yararlı olacağını değerlendiriyorum. Arapçadan Osmanlıcaya, oradan da günümüz Türkçesine geçen “ihale”, bir işi veya bir malı, birçok istekli arasında en uygun şartlarda kabul edene bırakma, eksiltme veya artırma olarak tanımlanabilir.

* TOKİ İstanbul Hukuk Müşaviri.

Kabaca ihale; alım, satım, kiralama, yapım ve benzeri herhangi bir işte sözleşme yapmak için, birden fazla sayıdaki istekli arasından birini seçmek amacıyla belirli ilke ve teknikler çerçevesinde izlenen usul ve gerçekleştirilen işlemleri ifade eder. Diğer bir ifadeyle ihale, sözleşmenin karşı tarafını seçmek için idarenin izlediği usul ve bu usul kapsamında gerçekleştirilen işlemler bütünüdür. Bu bütünün içinde birbirini izleyen ve her biri diğeriyle irtibatlı birden fazla aşama ve işlem vardır. Bu nedenle ihalenin bir “idari işlemler dizisi” olarak tanımlanması da mümkündür.

İhale öncesi süreç, ihale süreci ve sözleşme süreci olarak tanımlanan üç aşamadan oluşan kamu ihalelerinde, bu üç farklı süreçle ilgili olarak da çok çeşitli ihtilaflar doğmaktadır.

Kıymetli hazirun, kamu ihale sözleşmeleri konusunda, ihale kavramı dışında “idari sözleşme” kavramının da tanınması gerekmektedir. Genel olarak sözleşmenin, daha dar anlamda idari sözleşmenin ne olduğu konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak gerek Danıştay gerekse Yargıtay kararları ışığında, idari sözleşmeleri; taraflarından birinin kamu idaresi, kamu kurumu ya da kuruluşu olduğu, kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili bulunan ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanıyan sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür.

Bilindiği gibi kamu ihale sözleşmelerinde uygulama birliği sağlamak üzere Kanun’un 5. maddesinde, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin tip sözleşmelerin Resmî Gazete’de yayımlanacağına dair hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemeye istinaden ülkemizde uygulanan ihalelerde kullanılan çeşitli tip sözleşmeler mevcuttur. Mal, hizmet ve yapım işleri bu tip sözleşmeler üzerinden ihale edilmekte ve sözleşmeler imzalanmaktadır. Özellikle yapım işlerinin büyüklüğü, süresi ve niteliği düşünüldüğünde, bu sözleşmelerle ilgili çok çeşitli ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bunun doğal sonucu olarak da gerek idari yargıda gerekse adli yargıda çok sayıda dava bulunmaktadır.

Ortaya çıkan bu ihtilafların adli yargıda mı, idari yargıda mı görüleceği ve bu ayrımın hangi kriterlere göre yapılacağı da doğal olarak önem arz etmektedir. Kamu ihale mevzuatı açısından idari yargı, adli yargı ayrımı yapılırken öncelikli olarak “sözleşme öncesi” ve “sözleşmenin imzalanması” kriteri kullanılmaktadır.

Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Devlet İhale Kanunu çerçevesinde, ihale aşamasında tesis edilen işlemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı mercilerince, ihale safhası tamamlanıp taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların ise adli yargı mercilerince çözüleceği yönünde genel bir görüş birliği vardır. Nitekim gerek Yargıtay gerekse Danıştay uygulamaları da bu yöndedir.

Bu ayrımın temel gerekçesi, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte idarenin kamu gücüne dayanarak tesis ettiği işlemlerin, muhatapların iradesine bağlı olmayan ve karşılıklı müzakereye dayanmayan tek yanlı işlemler olmasıdır. Sözleşmenin imzalanmasından itibaren ise idarenin tek yanlı iradesi değil, sözleşme hükümlerine uygun olarak icra edilen ve tarafların iradelerinin uyuşmasına bağlı özel hukuk işlemleri söz konusudur.

Bununla birlikte, tek başına bu ayrımın uygulamada tüm hukuki sorunları çözemediği de görülmektedir. Bu noktada ikinci bir kriter devreye girmektedir. Bu da idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği işlemlere ilişkin görev ayrımıdır.

Özellikle Yargıtay ve Danıştay kararlarında somutlaştırılan bu kritere göre, sözleşme imzalandıktan sonra tesis edilse bile, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliği taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların adli yargıda görülmemesi gerekir. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin imzalanıp imzalanmadığına değil; dava konusu edilen işlemin idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği

bir işlem olup olmadığına ve dava konusunun sözleşmeden doğan bir hakkın kullanımına ilişkin bulunup bulunmadığına bakılacaktır.

Bu görev ayrımıyla ilgili olarak Danıştayın ve Yargıtayın çok sayıda ve istikrar kazanmış içtihadı bulunmaktadır. Bunlardan biri olarak, örneğin 2016 tarihli bir kararında Danıştay 13. Dairesi, MR cihazı hizmet alımıyla ilgili olarak sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan ortaklık durum belgesinin sahteliğine dayanılarak sözleşme ve ihalenin iptaline ilişkin açılan davada şöyle demiştir:

Sözleşmenin feshine ilişkin olmakla birlikte, sözleşme öncesine ilişkin ve ihale sürecinden kaynaklandığı açık olan, idarece kamu gücüne dayanılarak tek yanlı olarak tesis edilen ve icrai nitelik taşıyan işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlığın, sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından, işbu davanın idari yargıda çözülmesi gerekmektedir. Danıştayın, özellikle Danıştay 13. Dairesinin ve Yargıtayın görev ayrımına ilişkin içtihatları da bu konuda istikrar kazanmış durumdadır.

Anlaşıldığı üzere yargı kararlarında, sözleşmenin imzalanması aşamasından sonra olsa dahi, dava konusu işlemin hangi döneme ait olduğuna, idarenin tek yanlı bir işlemi olup olmadığına ve tesis edilirken kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığına göre bir değerlendirme yapılmakta; bu değerlendirme sonucunda adli yargı ile idari yargı arasında görev ayrımı belirlenmektedir.

Bu kriterler çerçevesinde idari yargıda ve adli yargıda görülen tipik dava örnekleri bulunmaktadır. İdari yargıda görülen davaların en tipik örneği, ihalenin iptalinden doğan davalardır. Bildiğiniz gibi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A maddesinde ivedi yargılama usulüne tabi davalar sayılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, ihaleden yasaklama kararları hariç olmak üzere, ihale işlemlerinin ivedi yargılama usulüne tabi olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir.

Uygulamada ihale işlemleri; teknik şartnamelerin hazırlanması, yaklaşık maliyetin belirlenmesi, ihale usulünün seçilmesi, ihale ilanı, ihale komisyonunun oluşturulması, tekliflerin alınması ve ihalenin karara bağlanması şeklinde sıralanabilir. Anlaşıldığı gibi bu işlemlerin ortak özelliği, idareler tarafından gerçekleştirilmesi ve muhatapların iradeleri dışında gelişen süreçlere dayanmasıdır.

Bu işlemlere karşı üçüncü kişiler tarafından idareye karşı dava açılması mümkün olduğu gibi, yükleniciler tarafından da idareye karşı dava açılması mümkündür. Danıştay kararlarında, sözleşme imzalandıktan sonra açılrsa dahi, bu tür ihale işlemlerine karşı açılan davaların idari yargının görev alanına gireceği; bunlardan bazılarının da ivedi yargılamaya tabi olacağı yönünde istikrarlı değerlendirmeler bulunmaktadır.

İdari yargıda görülen ve uygulamada en çok karşılaştığımız diğer bir tipik dava türü de ihaleden yasaklama kararlarına karşı açılan davalardır. Kamu İhale Kanunu, ihalelere katılmaktan yasaklama hâlini 58. maddesinde düzenlemiştir. Kanunda belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında, fiil ve davranışın özelliğine göre, istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Aynı hüküm Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesinde de tekrarlanmış; Kanun'un 25. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında, fiil ve davranışın özelliğine göre ihaleden yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'un 25. maddesinde birçok hâlde ihaleden yasaklama kararı verileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, özellikle (f) bendinde yer aldığı üzere, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirememek gerekçesiyle ihaleden yasaklama kararları verilmesi uygulamada oldukça sık karşılaşılan bir durumdur.

Adli yargıda görülen en tipik dava örneği ise sözleşmenin feshine ilişkin davalardır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, yükleniciye ilgili mevzuat çerçevesinde sözleşmeyi fesih imkânı tanımıştır. Ancak uygulamada sözleşmelerin çoğunlukla idareler tarafından feshedildiği görülmektedir.

Kanun, 20/B maddesinde yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması hâlini; 17. maddesinde yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti hâlini; 21. maddesinde ise yasak fiil ve davranışların ihaleden sonra anlaşılması hâlini düzenlemiş ve bu durumlarda sözleşmenin idare tarafından feshi imkânını öngörmüştür.

Uygulamada en sık karşılaşılan durum ise Kanun'un 20/A maddesinde düzenlenen, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirememesi veya işin süresinde bitirilmemesi hâlidir. Bu durumda Kanun, idarelere sözleşmeyi fesih yetkisi tanımaktadır.

Bildiğiniz gibi, 2020 yılında küresel ölçekte bir pandemi dönemi yaşadık. Sosyal yaşamdan kültürel faaliyetlere, çalışma biçiminden aile ilişkilerine kadar hayatın pek çok alanını etkileyen pandemi, doğal olarak ekonomik hayatı da yakından etkiledi. Aradan geçen yaklaşık üç yıllık süre zarfında pandeminin izleri günlük yaşamdan büyük ölçüde silindi. Geriye, zaman zaman hafızamızda yer eden bazı trajikomik görüntüler kaldı.

Bununla birlikte pandeminin ekonomik hayattaki etkileri maalesef hâlen sürmekte ve ekonomik hayatı önemli ölçüde etkilemeye devam etmektedir. Özellikle yapım işlerinde ortaya çıkan enflasyonist ortam ve inşaat maliyetlerindeki beklenmedik artışlar nedeniyle birçok şirket, üstlendikleri işi süresinde bitirememiş ve bitirilmesi konusunda ciddi sıkıntılar yaşamıştır. Bu sıkıntılar nedeniyle de Kanun'un 20/A maddesi uyarınca çok sayıda sözleşme idareler tarafından feshedilmiştir.

Fesih sonrası işlerin yeniden ihale edilmesinin ardından oluşan idare zararlarının tazmini amacıyla, özellikle iki ihale arasında oluşan farkın tazmini için idareler tarafından çok sayıda dava açılmaktadır. Yükleniciler tarafından da feshin geçersizliğinin tespiti ve buna bağlı olarak tazminat ve alacak davaları ikame edilmektedir. Ancak öğleden sonraki oturumda bu hukuk davalarına ilişkin ayrıntılı bir sunum yapılacağı için, bu aşamada ayrıntıya girmeyeceğim.

Kıymetli hazirun, kamu ihale sözleşmeleri kapsamında adli ve idari yargının yanı sıra ceza yargılamasının söz konusu olduğu durumlar da bulunmaktadır. Bilindiği gibi Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 27. maddesinde cezai sorumluluk hâli düzenlenmiştir. Yüklenicilerin cezai sorumluluğuna ilişkin bu maddede, iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa bile, 21. maddede belirtilen fiil ve davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile o işteki ortak ve vekilleri hakkında, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre kovuşturma yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunulacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemenin temel mantığı, Kanun'un 25. maddesinde sayılan bazı fiillerin, örneğin rüşvet ve irtikâp gibi fiillerin, aynı zamanda Türk Ceza Kanunu bakımından bağımsız suçlar olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu nedenle yasak fiilleri işledikleri tespit edilen ve bu sebeple sözleşmeleri feshedilen şirketler ile ilgilileri ve yetkilileri hakkında Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunulmakta; suçun sabit görülmesi hâlinde cezalandırma yoluna gidilmektedir.

Süremizi çok aşmadan, son olarak değinmek istediğim bir diğer konu da kamu ihale sözleşmeleri kapsamında gelir paylaşımı esasına dayalı inşaat sözleşmeleridir. Bilindiği üzere son dönemde, özellikle Toplu Konut İdaresi ve bağlı iştirak şirketleri tarafından sıklıkla kullanılan gelir paylaşımı esasına dayalı inşaat sözleşmelerinin, kamu ihale mevzuatı çerçevesinde ortaya çıkardığı farklı ihtilaflar bulunmaktadır.

Bildiğiniz gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesi, Kanun'da tanımlanan müstakil bir sözleşme tipi değildir. Hizmet sözleşmesinin, yapım sözleşmesinin ve gayrimenkul satım sözleşmesinin çeşitli unsurlarını bünyesinde barındıran karma bir sözleşme tipidir. Gelir paylaşımı esasına dayalı inşaat sözleşmesi ise kat karşılığı inşaat sözleşmesinin daha kompleks bir görünümüdür. Bu yapıda işin içine vekâlet sözleşmesi ve eser sözleşmesi hükümleri de girebilmektedir.

Genelde mülkiyeti idarelere ait olan taşınmazlar üzerinde bir proje geliştirilmesi ve elde edilen gelirin de sözleşmeye uygun olarak paylaşılması esasına dayanan bu sözleşme tiplerinde, özellikle pandemi sürecinden kaynaklanan gecikmeler, bu gecikmeler nedeniyle verilen ek süreler ve bu ek sürelerde yüklenicilerin ödedikleri bedellere faiz uygulanması konusunda çok sayıda ihtilaf ortaya çıkmıştır.

Bu ihtilaflarda gerek Yargıtay gerekse Danıştay kararları ışığında yapılan görev ayırımında, genel görev ayırımından esaslı bir farklılık görülmemektedir. Buna göre sözleşme aşamasına kadar olan uyuşmazlıklar idari yargıda, sözleşme sonrasına ilişkin uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözümlenmektedir.

Bununla birlikte, son dönemde bu alanda bazı istisnai içtihatlarla da rastlanmıştır. Danıştay Başkanımızın da burada bulunması vesilesiyle somut bir örnek vermek isterim. Toplu Konut İdaresi tarafından ihale edilen Kuru Florya projesine ilişkin uyuşmazlıklarda, sözleşme imzalanıp iş tamamlandıktan sonra, sözleşme kapsamında yer alan bazı bağımsız bölümlerin ve AVM'nin satışına ilişkin süreçten kaynaklanan ihtilaflar gündeme gelmiştir. Her ne kadar sözleşmede satışın nasıl yapılacağına dair hükümlere ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olsa da uyuşmazlığın sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olması nedeniyle adli yargıda görülmesi beklenecekken, bu dosyaların idari yargının görev alanına girdiği yönünde, genel görev kurallarının dışında kalan istisnai nitelikte bazı kararlar verilmiştir. Bu çerçevede konuya ilişkin yaklaşık 10 dosya açıldığı ve

bu dosyalarda idari yargının görevli olduğuna dair değerlendirmelerde bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu yaklaşımın büyük ölçüde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin ve özellikle gelir paylaşımı esasına dayalı modellerin kendine özgü yapısından kaynaklandığı kanaatindeyim.

Sonuç olarak, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında idari yargı ile adli yargı ayrımına ilişkin olarak, özellikle Yargıtay ve Danıştay kararları ışığında istikrar kazanmış kriterler mevcuttur. Ortaya çıkan spesifik durumlarda da bu kriterler çerçevesinde görev ayrımı yapmak mümkündür.

Hem adli hem idari hem de cezai süreçlerin söz konusu olabildiği ihale mevzuatında, yargı kararlarının ve akademik çalışmaların son derece istikrarlı ve tutarlı bir şekilde ilerlediği, ihtilafların çözümü noktasında idari kurumların ve yargı mercilerinin önemli ölçüde uzmanlaşmış olduğu ve bu uzmanlaşmanın doğal sonucu olarak da seri yargılamaların gerçekleştiği memnuniyetle görülmektedir.

Saygıdeğer hazirun, sempozyumun düzenlenmesinde ve organizasyonda emeği geçen herkese teşekkür ediyorum. Özellikle yoğun programlarınız arasında buraya gelerek, dinleme sabrını ve nezaketini gösterdiğiniz için sizlere de ayrıca teşekkür ediyorum. Çok sağ olun.

Prof. Dr. Melikşah Yasin

Değerli meslektaşımız Avukat Özkan Doğan Bey'e bu kıymetli sunumu için çok teşekkür ediyoruz. Tekrar sabırla dinlediğiniz için hepimize teşekkür ediyoruz. Bir sonraki oturumda görüşmek üzere efendim. Hoşça kalın.



II. Oturum

*Kamu İhale Sözleşmelerinde Türk Borçlar Kanunu'nun
Uygulama Alanı, Fiyat Farkından Doğan
Uyuşmazlıklar ile Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri*

Oturum Başkanı: Adem Albayrak

Yargıtay Birinci Başkanvekili ve Hukuk Genel Kurulu Başkanı

Saat: 13:30 – 15:00

Prof. Dr. Muzaffer Şeker
İstanbul Ticaret Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

İhale Yoluyla Kurulan
Sözleşmelerde Türk Borçlar
Kanunu'nun Uygulama Alanı

Belkıs Karakaş
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Fiyat Farkından Do-
đan Uyuşmazlıklar

Dr. Erdem Bafra
Kamu İhale Kurumu Hukuk
Hizmetleri Dairesi Başkanı

Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri



Adem Albayrak

Evet, saygıdeğer meslektaşlarım, saygıdeğer hanımefendiler ve beyefendiler, hepimizi saygıyla, sevgiyle ve muhabbetle selamlıyorum.

Napolyon'un "Dünya bir ülke olsaydı, başkenti İstanbul olurdu" dediği rivayet edilir. Gerçekten de çok isabetli bir söz. Bana göre dünyanın en güzel şehrinde, her ne kadar şehri gezme imkânımız olmasa da sabah uçakla gelip akşam yine uçakla dönecek olsak da, böylesine güzel bir şehirde, böylesine güzel bir toplantıda bir araya gelmekten büyük bir memnuniyet duyduğumu ifade etmek isterim.

Konu bizim açımızdan gerçekten önemli. Sabahki oturumda işin idari yargı boyutunu ele aldık. Şimdi ise birinci ve ikinci oturum kapsamında, işin adli yargı boyutuna geçeceğiz.

Programla ilgili arkadaşlarım şöyle aktardı. Soru-cevap bölümünü en sona bırakacağız. Bu nedenle, zaman açısından daha verimli olması için konuşmacılarımızın sunumlarını yarım saat değil, konuşmacılarımızın hassasiyetine güvenerek 20'şer dakika içinde özetlemelerini rica ediyoruz. Ardından diğer heyet konuşmasını yapacak. En sonda da mümkün olursa soru-cevap kısmını daha geniş tutmayı hedefliyoruz. Hem sizler açısından hem de bizim açımızdan daha faydalı olacağını düşündük.

Bu çerçevede, fazla vakit kaybetmeden, süreyle sınırlı kalmak kaydıyla konuşmacılarımıza söz vermek istiyorum. İlk konuşmacımız, çok değerli Dekanımız Prof. Dr. Muzaffer Şeker Bey.

Buyurun lütfen.



İhale Yoluyla Kurulan Sözleşmelerde Türk Borçlar Kanunu'nun Uygulama Alanı

Prof. Dr. Muzaffer Şeker*

Açıklamalar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nu kapsar şekilde yapılacaktır.

Bilinmektedir ki *“hukuki bir işlem olan ihale sözleşmelerinde ihale sözleşmesinin akdedilmesine kadar olan süreçte çıkacak ihale kararıyla ilgili tüm hukuksal uyumsuzluk ve hukuka aykırılıklar idari aşamaya dahil olduğu için idari yargıda çözümlenir. Buna karşılık sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından doğacak tüm hukuki uyumsuzlukların çözüm yeri ise adli yargılardır.”*¹

Yargıtay'a göre de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerin iptali davası idari yargıda görülürse de ihale ile oluşan eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklara adli yargıda bakılır (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 1997/2847, Karar Numarası: 1997/3122, Karar Tarihi: 17.06.1997). Bu karara göre: *“Dava, eser sözleşmesinin feshinin haksızlığının tespiti ile el atmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Eser sözleşmesinin yapılmasından önceki safhada, ihalenin iptali ile ilgili olarak idare ile ihaleye katılan arasındaki uyumsuzlukların çözüm yeri, idari yargıdır. Oysa, somut olayda, ihaleden sonra taraflar arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılmış bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinden doğan tüm uyumsuzlukların çözüm yeri de adli yargıdır. Bu itibarla, görevli mahkemede*

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

1 Ahmet Nohutçu, *İdare Hukuku* (Ankara: 2014), 402.

açılan davanın esasına girilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın görev yönünden reddi doğru olmamış ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

Doktrine göre de: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na tabi ihale sonucunda imzalanan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. 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 Kanunu’na tabi ihaleler sonucunda bir idari sözleşme düzenlenebilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu yönde bir düzenleme ihtiva etmemesine rağmen, **2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na tabi ihale sürecinin sonunda akdedilen sözleşmelerin de kural olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerekir.”**

“...Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımasına rağmen, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, bu sözleşmelerin kuruluşundan önce ihale açılması gerekmektedir. Bu ihale süreci, öncelikle 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, uygulanması 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 tâbi olan birinci aşamanın tamamlanmasından sonra, bir özel hukuk sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu ikinci aşama, yani yapılan özel hukuk sözleşmesi, tamamen özel hukuka tâbi olup, bu konudaki uyuşmazlıkların karara bağlanma yeri ise adli yargı veya sözleşmede öngörülmesi kaydıyla tahkim mahkemesidir. Ancak idare hukukuna tâbi birinci aşamada da özel hukuka ilişkin bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Bu sorunlar kamu ihale mevzuatında bir çözüme kavuşturulmadıkları ölçüde özel hukukta geçerli olan esaslara tâbi olacaktır. ... 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 geçersiz olması sonucunu doğurmayacaktır. 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.”¹

Aslında “**Bütün idari sözleşmelerin uygulanmasında izlenecek yolları gösteren temel bir kanun bulunmamaktadır. Bu durumda eğer bir idari sözleşmenin yapılmasında izlenecek yol idare hukukuna ait bir kanun maddesi ile sabit değilse, idare hukukuna ait temel ilkelere göz önünde bulundurulardan özel hukuktan (yani Borçlar Hukukundan) faydalanılabilir.**”² “**İdarenin sözleşmelerini “İdari Sözleşme” ve Özel Hukuk Sözleşmesi” olarak ayırmak doğru olacaktır ... idarenin “özel hukuk sözleşmelerinin tamamı borçlar hukuku kurallarına göre düzenlenir.**”³ “**İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olması mümkündür. Bu taktirde, gerek sözleşmenin kuruluşunun gerekse ifasının özel hukuk esaslarına ve Borçlar Kanunu’na tabi olması**

1 Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (Ankara 2007), 353.

2 Ahmet Nohutçu, *İdare Hukuku*, 371.

3 Ahmet Nohutçu, *İdare Hukuku*, 353.

gerekir.¹ Doktrindeki ağırlıklı görüş, Devlet İhale Kanunu kapsamında imzalanan sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmeleri olduğu yönündedir.² O halde Devlet İhale Kanunu kapsamında akdedilen sözleşmelerde de Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Türk Medeni Kanun'un 5. maddesine göre de: "Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."

Konu ile ilgili kamu ihale sözleşmeleri dikkate alınarak yapılan ancak Devlet İhale Kanunu kapsamında kurulan sözleşmeler için de geçerli olacak olan doktrindeki şu açıklamalara yer verilmesi de faydalı olacaktır: "Kamu ihale sözleşmelerinin iptalinin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca mümkün olacağına dair şüphe yoktur. Bu kamu ihale sözleşmelerinin Türk borçlar kanununun genel ilkelere tabi olmalarının bir sonucu olduğu gibi, ... TMK. m. 5'in de bir sonucudur. Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi "Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." hükmünü ihtiva etmektedir. Şu hâlde ... irade sakatlıkları TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca kamu ihale sözleşmelerinin iptal sebebi olacaktır. Ayrıca fark edilmiş olacaktır ki, kamu ihale mevzuatı yalnızca idarenin sözleşmeyi iptal edebileceği halleri düzenlemektedir. İsteklinin sözleşmeyi irade sakatlığı sebebiyle iptali, yalnızca Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olacaktır."³

"Kamu ihale mevzuatında yer almayan bir haklı sebebin ortaya çıkması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca sözleşmenin sona erdirilebileceğine şüphe yoktur. Aksi durumun kabul edilmesi halinde kamu ihale mevzuatında yer alan sona erdirme sebeplerinde sınırlı sayı ilkesinin kabulü anlamına gelecektir ki, bu haklı sebebin tanımlanmasında kazuistik bir yaklaşım takip etmeyen ve esnek

1 Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 51.

2 Karş. Pınar, Yunus Akşin, *Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri*, 2. Baskı (Ankara: 2021), 359.

3 Pınar, *Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri*, 100.

*bir yaklaşım izleyen Türk özel hukukunun sistematığıne bütünüyle aykırı olacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme tiplerinin bazıları için özel sona erdirme maddeleri öngörülse dahi bunlar TBK m. 125 ve 126'nın uygulama alanını dışlamamaktadır. Yukarıda ... sözleşmenin TBK m. 30 vd. uyarınca iptali bakımından yaptığımız tespit tekrar burada geçerli olacaktır; Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi "Bu kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır" hükmünü ihtiva etmektedir. ... TMK'nın ve (genel nitelikli hükümlerinin ve TBK'daki genel nitelikli hükümlerin, özel hukuk niteliği taşıyan, yani, klasik ayırımı göre, devletin ve kamu gücüyle donanmış kamu hukuku tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanmaksızın girdiği ilişkiler de dahil olmak üzere [...] tüm ilişkilerde – bu ilişkiler hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun – uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını işaret etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinden olan TBK m. 125 ve 126'nın bu kapsamda yorumlanacağına dair hiç şüphe yoktur."*¹

Netice olarak, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olması mümkündür. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, borçlar hukuku kurallarına göre düzenlenir. Bu taktirde gerek sözleşmenin kuruluşunun gerekse ifasının özel hukuk esaslarına ve Borçlar Kanunu'na tabi olması gerekir. Türk Medeni Kanun'un 5. maddesine göre de: "Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." Şüphesiz "Bütün idari sözleşmelerin uygulanmasında izlenecek yolları gösteren temel bir kanun bulunmamaktadır. Bu durumda eğer bir idari sözleşmenin yapılmasında izlenecek yol idare hukukuna ait bir kanun maddesi ile sabit değilse, idare hukukuna ait temel ilkeler göz önünde bulundurulardan özel hukuktan (yani Borçlar Hukukundan) faydalanılabilir."²

1 Pınar, Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhale Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri, 116-117.

2 Ahmet Nohutçu, İdare Hukuku, 371.

Adem Albayrak

Teşekkür ediyorum hocam, hassasiyetiniz için. Çok teşekkür ediyoruz.

Hemen sözü Yargıtay Üyesi Sayın Belkıs Karakaş'a vermek istiyorum. Belkıs Hanım şu anda, kamu ihalesi sonucu kurulan sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların nihai olarak çözüldüğü Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nde görev yapmakta.

Birlikte aynı dairede 8 yıl çalıştık. Sekiz yılı aşkın bir süre birlikte 15. Hukuk Dairesi'nde çalıştık. Dolayısıyla birbirimizin sesine alışkanlığımız vardır, değil mi sayın hakimim? Bilgi alışkanlığımız, bilgi alışverişimiz de hep olmuştur.

Şimdi fiyat farkından doğan uyuşmazlıklarla ilgili Belkıs Hanım bilgilerini bize aktaracak.

Buyurun lütfen.

Kamu İhale Sözleşmelerinde Fiyat Farkı Uyuşmazlıklar (Yargı Uygulaması ve Mevzuat Çerçevesinde Değerlendirme)

Belkis Karakaş*

Giriş

Kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, uygulamada önemli bir yer tutmakta; bu uyuşmazlıklar içinde fiyat farkından doğan ihtilaflar ayrıca önem arz etmektedir. Özellikle yapım işleri ve hizmet alım sözleşmeleri bakımından, sözleşme bedelinin değişen ekonomik koşullar karşısında nasıl korunacağı ve hangi şartlarda güncelleneceği meselesi, yargı mercilerinin önüne sıklıkla gelmektedir.

Bu çalışma, uzun yıllara dayanan yargı tecrübesi çerçevesinde, fiyat farkına ilişkin uyuşmazlıkların Yargıtay uygulamasında hangi esaslara göre değerlendirildiğini ortaya koymak ve uygulamada şekillenen içtihatları somut örneklerle açıklamak amacıyla hazırlanmıştır.

Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bedel Unsuru

Kamu ihale sözleşmeleri, idarenin kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla özel hukuk kişisi gibi hareket ederek mal, hizmet veya yapım işi temin ettiği sözleşmelerdir. Bu yönüyle söz konusu sözleşmeler hem kamu ihale hukukunun özel düzenlemelerine hem de borçlar hukukunun genel ilkelerine tabidir.

* Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi.

Türk Borçlar Kanunu anlamında borç ilişkisi doğuran bu sözleşmelerde taraflar, alacaklı ve borçlu sıfatıyla karşı karşıya gelmekte; sözleşmenin konusunu oluşturan edim ise çoğu zaman bir bedel karşılığında yerine getirilmektedir. Bu nedenle bedel unsuru, kamu ihale sözleşmelerinde merkezi bir öneme sahiptir.

Türk Borçlar Kanunu'nda bedel unsurunun görünüm kazandığı ve kamu ihalelerine de konu olabilen sözleşme türlerine ilişkin başlıca örnekler aşağıda belirtilmiştir.

Satış Sözleşmesi Bakımından Bedel

TBK m. 207'de satış sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

“Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme; alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler. Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.”

TBK m. 233'te ise satış bedelinin belirlenmesine ilişkin olarak şu hüküm yer almaktadır:

“Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır. Satış bedeli, satılanın ağırlığına göre hesaplanıyorsa darası indirilir. Bazı ticari malların satışında, daralı ağırlıktan miktar olarak ya da yüzde hesabıyla bir indirim yapılmasına veya bedelin daralı ağırlık üzerinden belirlenmesine ilişkin ticari teamüller saklıdır.”

Hizmet Sözleşmesi Bakımından Ücret

TBK m. 393'te hizmet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır:

“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir. Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıkarılabildiği sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır.”

TBK m. 401'de ücret borcu bakımından şu düzenleme yer almaktadır:

“İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.”

Eser Sözleşmesi ve Kamu İhale Uygulaması

Kamu ihale mevzuatı kapsamında ağırlıklı olarak uygulanan yapı işleri yönünden eser sözleşmesi hükümleri önem taşımaktadır. Bu bağlamda TBK m. 480, bedelin götürü olarak belirlendiği hâllerde yüklenicinin eseri kararlaştırılan bedelle tamamlamakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, başlangıçta öngörülemeyen durumların ortaya çıkması hâlinde sözleşmenin uyarlanması gündeme gelebilecektir.

Uyarılama Kurumu ve Aşırı İfa Güçlüğü

Yargıtay uygulamasında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında yapılan sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda, fiyat farkı talepleriyle birlikte uyarılama taleplerinin de ileri sürüldüğü görülmektedir.

TBK m. 138’de aşırı ifa güçlüğü şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-
yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir
durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya
çıkarsa ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları,
kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına
aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve
borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı
ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak
ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni
koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı
takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli
edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hak-
kının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü
yabancı para borçlarında da uygulanır.”

Maddenin gerekçesinde, bu düzenlemenin öğreti ve uygulama-
da sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edi-
len “işlem temelini çökmesi” kurumuna ilişkin olduğu; imkânsızlık
kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayalı uyarılma isteminin
temelinde Türk Medenî Kanunu m. 2’de öngörülen dürüstlük kura-
lının bulunduğu belirtilmiştir. Buna göre sözleşmenin değişen koşul-
lara uyarlanması veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, be-
lirli koşulların birlikte gerçekleşmesine bağlıdır.

Yargı uygulamasında uyarılma talebinin kabul edilebilmesi için
aşağıdaki koşulların birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır:

- Sözleşme kurulurken öngörülemeyen olağanüstü bir duru-
mun ortaya çıkması,
- Bu durumun borçludan kaynaklanmaması,
- Sözleşme şartlarının borçlu aleyhine dürüstlük kurallarına
aykırı düşecek ölçüde değişmesi,

- Borcun henüz ifa edilmemiş olması veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş bulunması.

Özellikle son koşul, kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulamada belirleyici nitelik taşımaktadır.

Kamu İhale Mevzuatında Fiyat Farkı

2886 Sayılı Kanun Dönemi ve Bakanlar Kurulu Kararnameleri

2886 sayılı Kanun'un yapım sözleşmelerinde uygulandığı dönemlerde ve öncesinde fiyat farkları, değişik tarihlerde çıkarılan Bakanlar Kurulu kararnameleri çerçevesinde uygulanmış ve tartışılmıştır. Yargıtay uygulamasında, çıkarılan kararnamelerin bir kısmı "asıl olanın sözleşme özgürlüğü olduğu ve Bakanlar Kurulunun sözleşmelere müdahale edemeyeceği" gerekçesiyle uyuşmazlıklarda uygulanamaz kabul edilmiş; bazı dosyalarda ise uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu çelişkili kararlar nedeniyle 24.11.1986 tarihli ve 1986/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir.

Anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, idare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklarda yükleniciler tarafından idare aleyhine Bakanlar Kurulunca çıkarılan 8/505, 8/2574 sayılı ve benzeri kararnamelere dayanılarak açılan davalarda, bu kararnamelerin belirli kamu idareleri açısından geçerli hukuki sonuç doğurabileceği; kararnamelerin uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ise olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından saptanacağı kabul edilmiştir.

Yargıtay (kapatılan) 15. Hukuk Dairesinin 2006/4345 esas sayılı emsal ilamında da kararname uygulama koşullarının oluşup oluşmadığına olayın özelliklerine göre hâkimin karar vereceği vurgulanmıştır. Kararda, hâkimin yararlanacağı yasal dayanağın Türk Medenî Kanunu m. 2'deki dürüst davranma kuralı olduğu belirtilmiştir. Örnek

olarak, sözleşmede ifa için bir veya iki ay gibi kısa bir süre kararlaştırılmışsa, bu sürede yüklenicinin fiyat artışlarından etkilenebileceğinin düşünülemez; bu nedenle, aksine hüküm bulunsa bile kararnameye dayanılarak fiyat farkı talep edilmesinin olayın özelliğine ve dürüstlük kuralına uygun düşmeyebileceği ifade edilmiştir.

4734 ve 4735 Sayılı Kanunlar Sonrası Dönem

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, özellikle 4735 sayılı Kanun m. 8 ile fiyat farkı uygulamasının daha açık bir yasal çerçeveye kavuşturulduğu görülmektedir. Anılan maddede, "Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespite Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir.

4735 sayılı Kanun m. 7'de sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlar sayılmış; m. 7/g bendinde "sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği" hususunun düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece fiyat farkına ilişkin düzenlemenin sözleşmenin taraflarını bağlayacak biçimde belirlenmesi sağlanmıştır.

4735 sayılı Kanun'un "Sözleşmede değişiklik yapılması" başlıklı 15. maddesi doğrudan fiyat farkına ilişkin olmamakla birlikte, "sözleşme bedelinin aşılması" vurgusuyla işin yapılma ve teslim yeri ile ödeme şartlarının değiştirilmesine ilişkin sınırları ortaya koymaktadır. Bu nedenle anılan hükmün, fiyat farkı uyuşmazlıklarının değerlendirilmesinde dolaylı etkisi bulunduğu kabul edilebilir.

Düzenlenen tip sözleşmelerde fiyat farkına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Hizmet alım sözleşmelerinin 14. maddesinde örnek olarak şu düzenlemeler bulunmaktadır:

"Yüklenici gerek sözleşme süresi gerekse uzatılan süre içinde, sözleşmenin tamamen ifasına kadar vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde artışa gidilmesi

veya yeni mali yükümlülüklerin ihdası gibi nedenlerle fiyat farkı verilmesi talebinde bulunamaz. ... Sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.”

Fiyat Farkına İlişkin Kanuni Düzenlemeler ve Esaslar

4735 Sayılı Kanun m. 8 Kapsamında Genel Çerçeve

Fiyat farkı uygulamaları açısından 4734 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanun kapsamındaki en önemli düzenleme, 4735 sayılı Kanun’un 8. maddesinde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasında, sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri belirleme yetkisi düzenlenmiş; devamında ise sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

4735 sayılı Kanun m. 8 kapsamında ilk kez 31.12.2002 tarihli ve 24980 sayılı 3. mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanıp 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren esaslar, daha sonra farklı tarihlerde değişikliğe uğramış; 31.08.2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan yeni esaslarla yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni esaslarda da değişik tarihlerde değişiklikler yapılmıştır.

Yapım işleri bakımından fiyat farkı hesaplanabilmesi için, ilgili ihaleye ait idari şartname ve sözleşmede bu esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağı belirtilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşme süresi 365 takvim gününü aşan yapım işlerinde fiyat farkı hesaplanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmesi zorunludur. Ayrıca sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.

Yargıtay uygulamasında öncelikle sözleşme ve ekleri olan şartnamelerde fiyat farkı uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığı denetlenmekte; şartların mevcut olması hâlinde fiyat farkı, ilgili esaslarda açıklanan formüllere göre hesaplatılmaktadır.

Fiyat Farkı Hesaplanması Öngörülme Yen İşler

Yapım işleri ile ilgili esasların önemli düzenlemelerinden biri de “Fiyat farkı hesaplanması öngörülme Yen işler” başlıklı 9. maddedir. Bu maddeye göre, idari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verilmesi öngörülme Yen işlerde, 4735 sayılı Kanun m. 10’da belirtilen mücbir sebepler veya idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması hâlinde; uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için fiyat farkı hesaplanmaktadır.

Benzer hükümler hizmet alım sözleşmelerine ilişkin esasların 7. ve 8. maddelerinde de düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerde fiyat farkı uygulanabilmesi için sözleşme ve eklerinde fiyat farkının ödeneceğinin kabul edilmiş olması; hüküm bulunmayan sözleşmelerde ise mücbir sebep veya idareden kaynaklı süre uzatımının bulunması koşulu aranmaktadır. Bu noktada, sözleşmenin ekleri olarak değerlendirilen genel, idari ve teknik şartnamelerin HMK m. 193 kapsamında delil sözleşmesi niteliği taşıdığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımları

4735 sayılı Kanun m. 8’e 2014 yılında eklenen fıkra ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, 4734 sayılı Kanun m. 62/e uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı İş Kanunu m. 2’de tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalışan işçileri kapsayan toplu iş sözleşmeleri, alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla ilgili kamu işveren sendikası tarafından yürütülüp sonuçlandırılabilir.

Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkra kapsamında sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülme Yen ve

sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için ise fiyat farkı ödene-
mez; asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl
işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.

Bu hükme göre, 4734 sayılı Kanun m. 62/e-2 kapsamında ta-
nımlanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında, asga-
ri ücret artışlarından kaynaklanan fiyat farklarının ödenebilmesi için
toplu iş sözleşmesinin kanunda öngörülen usule uygun şekilde yü-
rütülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Yargıtay uygulamasında da
bu şartların gerçekleşmesi hâlinde asgari ücret kaynaklı fiyat farkının
verilebileceği kabul edilmektedir.

Geçici Maddeler Kapsamında Fiyat Farkı

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na sonradan ekle-
nen geçici maddelerde fiyat farkı verilmesine ilişkin özel hükümler
getirilmiştir. Geçici 5. maddede, sözleşmesinde yapılan imalatlar için
ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup bu-
lunmadığına bakılmaksızın fiyat farkı verileceği düzenlenmiştir. Ge-
çici 6. ve 7. maddelerde ise ihale dokümanında fiyat farkı hesaplan-
masına ilişkin hüküm bulunan ve bulunmayan sözleşmeler yönünden
ayırım yapılmak suretiyle uygulanacak dönemler gösterilmiştir.

Geçici 5. madde uygulamasında fiyat farkı verilebilmesi için te-
mel olarak aşağıdaki şartlar aranır:

- İhalenin 01.12.2021 tarihinden önce yapılmış olması veya maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sözleşmenin fe-
sih ya da tasfiye edilmeksizin kabulünün veya geçici kabulü-
nün yapılmış olması,
- 01.07.2021 ile 31.12.2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen
kısımlar için, sözleşmede fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm
bulunup bulunmadığına bakılmaksızın fiyat farkı verilmesi,
- 01.07.2021 ile 30.11.2021 tarihleri arasında ihalesi yapı-
lan işlerde fiyat farkı verilmesi; uygulanacak endeksin ihale

tarihinin, diğer bir ifadeyle son teklif verme tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeks olması,

- 01.07.2021 tarihinden önceki ihalelerde ise yüklenici başvurusu alınarak 2021 yılı Haziran ayına ait endeksin temel endeks olarak uygulanması ve sözleşme fiyatları esas alınarak fiyat farkı verilmesi.
- Geçici 6. madde uygulamasında fiyat farkı verilebilmesi için temel olarak aşağıdaki şartlar aranır:
- İhalenin 01.04.2022 tarihinden önce yapılmış olması ve 15.04.2022 tarihi itibarıyla işin devam etmesi veya geçici/kabulünün yapılmamış olması,
- 01.01.2023 ile 31.12.2023 tarihleri arasında, sözleşmesinde fiyat farkı hükmü bulunan işlerde fiyat farkının bu esaslara göre artırılması; sözleşmede hüküm bulunmayan işlerde de aynı esaslara göre değerlendirme yapılması,
- 01.01.2022 ile 31.03.2022 tarihleri arasında, sözleşmede hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın fiyat farkı verilmesi.
- Geçici 7. madde uygulamasında fiyat farkı verilebilmesi için temel olarak aşağıdaki şartlar aranır:
- İşin yapım işi niteliğinde olması, ihalenin 01.03.2023 tarihinden önce yapılmış bulunması ve 28.12.2023 tarihi itibarıyla devam etmesi veya geçici kabulünün onaylanmamış olması,
- 01.01.2024 ile 31.12.2024 tarihleri arasındaki imalatlar bakımından, sözleşmede fiyat farkı hükmü bulunan işlerde ilgili formüle göre hesaplama yapılması,
- Sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise TÜİK yurt içi fiyat endeksine göre hesaplama yapılması.

Yargı Uygulaması ve Değerlendirme

Yargı uygulamasında temel yaklaşım, sözleşme hükümlerinin esas alınmasıdır. Bu çerçevede, sözleşmede yer alan düzenlemeler bağlayıcı kabul edilmekte ve uyuşmazlıklar öncelikle bu hükümler çerçevesinde çözümlenmektedir.

Uygulamada özellikle aşağıdaki ilkeler öne çıkmaktadır:

- Sözleşmede belirlenen fiyat farkı yönteminin sonradan değiştirilmesi mümkün görülmemektedir.
- Fiyat farkı talepleri, ilgili kanun hükümleri ve geçici maddeler çerçevesinde değerlendirilmektedir.
- Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında toplu iş sözleşmelerinden doğan farklar, şartları mevcutsa fiyat farkı kapsamında ele alınmaktadır.

Emsal olarak gösterilen 2021/1446 esas ve 2013/5217 karar sayılı ilamda, esasların yürürlüğe girdiği dönemde imzalanan sözleşmede, esaslarda belirlenen endeks yerine bir önceki 2002/5039 sayılı esaslarda belirtilen endeksin uygulanması tartışılmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan “sözleşmede fiyat farkına ilişkin esaslarda sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz” hükmü geçince, sözleşmede kabul edilen esaslara göre hesaplama yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Yargıtay’ın 2024/3181 esas sayılı ve aynı döneme ilişkin benzer içtihatlarında; örneğin yemek ve kahvaltı hizmet alımı sözleşmelerinde, öncelikle sözleşmelerdeki fiyat farkına ilişkin hükümlere bakılması, ardından 4735 sayılı Kanun m. 8/1’de belirlenen esasların koşullarının uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması, uygulanamıyor ise geçici 3, 5 ve 6. maddelere göre dönemsel inceleme yapılması gerektiği yönünde bozma kararları verilmiştir.

Bunun yanında, idarenin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı; bu yetkinin kanunun amacına ve kamu yararına uygun kullanılmaması

hâlinde hakkın kötüye kullanılması değerlendirmesinin gündeme gelebileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 2022/2223 esas sayılı ilamında, 4735 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkta; imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi hâlinde, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak sözleşmeye taraf idarenin kararıyla sözleşmenin feshedilip tasfiye edilebileceği, ancak idarenin takdir yetkisinin sınırsız ve keyfi olmadığı vurgulanmıştır. Kararda, Hazine ve Maliye Bakanlığı görüşünün ihaleyi gerçekleştiren ve sözleşmeye taraf olan idareyi bağlamayacağı; sözleşmenin feshedilip tasfiye edilmesinde takdir yetkisi bulunan idarenin bu yetkiyi kamu yararına uygun şekilde kullanması gerektiği gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri bakımından Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 2023/648 esas sayılı ilamı önem taşımaktadır. Anılan ilamda, 4734 sayılı Kanun'da hizmet kavramının kapsamı; 4734 sayılı Kanun m. 62/e'de personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımının unsurları; 4735 sayılı Kanun m. 8'de fiyat farkının esasları ve ek fıkrada toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bedel artışlarının hangi koşullarda fiyat farkı olarak ödeneceği değerlendirilmiştir.

Kararda, Kamu İhale Genel Tebliği m. 78.1.1 uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımının; ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetin en az yüzde yetmişlik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dâhil işçilik giderinden oluştuğu ve işin niteliği gereği süreklilik arz ettiği hizmet alımlarını ifade ettiği belirtilmiştir.

Aynı Tebliğ'in 78.1.3. maddesinde mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan ve niteliği gereği süreklilik arz eden park ve bahçe bakım-onarım işleri, çöp toplama, cadde, sokak ve meydan

temizliği gibi işler ile bunların karakteristik edimlerini içeren veya alt hizmetleri niteliğinde bulunan bazı hizmetlerin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edileceği açıklanmıştır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin anılan kararında, taraflar arasındaki sözleşmenin sürücülü araç kiralınmasına ilişkin olduğu ve Kamu İhale Genel Tebliği m. 78.1.3 kapsamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı değerlendirilmiştir. Bu nedenle mahkemece, 4734 sayılı Kanun m. 62/e ve ek 2. madde ile 4735 sayılı Kanun m. 8 ve ilgili ek fıkra gereğince taraflar arasındaki tüm ihale evrakı, sözleşmeler ve hak edişler incelenerek asgari ücretten kaynaklanan fiyat farkı verilmesi için gereken şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilirkişi ek raporuyla araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Sonuç

Fiyat farkından doğan uyuşmazlıklar, kamu ihale hukukunun en dinamik alanlarından birini oluşturmaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde sözleşme hükümleri ile kamu ihale mevzuatının birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Yargı uygulamasında sözleşme hükümleri belirleyici kabul edilmekte; ancak mücbir sebep, idareden kaynaklanan süre uzatımı, geçici kanuni düzenlemeler ve personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları gibi özel durumlarda kanuni şartların somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca denetlenmektedir.

Ekonomik dalgalanmaların yoğun olduğu dönemlerde bu tür uyuşmazlıkların artması kaçınılmazdır. Bu nedenle fiyat farkı taleplerinin değerlendirilmesinde, sözleşme metni, ihale dokümanı, şartnameler, hak edişler, süre uzatımı kararları ve ilgili kanuni düzenlemeler birlikte ele alınmalı; hesaplama yapılması gereken hâllerde ise dönem, endeks, formül ve uygulama koşulları açıkça belirlenmelidir.

Adem Albayrak

Teşekkür ediyorum, sağ olun.

Evet değerli katılımcılar, Belkıs Hanım'a bu kapsamlı değerlendirmesi için çok teşekkür ediyoruz.

Şimdi söz sırası, Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Daire Başkanı Sayın Dr. Erdem Bafra'da. Kendisi, kamu ihale sözleşmelerinin devri konusunda bizleri bilgilendirecek.

Sayın Erdem Bafra Bey, buyurun lütfen.

Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri

Dr. Erdem Bafra*

Sayın Başkanlarım, değerli konuklar, öncelikle sunumuma başlarken en derin saygılarımı arz etmek istiyorum.

Belki de son söyleyeceğimi baştan söylemek isterim. Kamu ihale sözleşmeleri ve uygulamaları, kamu alımlarının temel ilkelerinden bağımsız yorumlanamaz. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve uluslararası uygulamalar da bunu ortaya koymaktadır. Keza Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girerken, uluslararası uygulamalar ve özellikle Avrupa Birliği uygulamaları dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Dolayısıyla her ne kadar sözleşme hukuku anlamında özel hukuka tabi bir sözleşmeden bahsediyor olsak da sözleşme sürecinde kamu alımlarının temel ilkelerini göz ardı etmek hem sözleşmeye aykırılık teşkil edecek hem de bu ilkelerin uygulanması bakımından uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu çerçevede, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 36. maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin devrine ilişkin olarak da Türk Borçlar Kanunu'nda 205. maddede sözleşmenin devri, 206. maddede ise sözleşmeye katılma düzenlenmiştir. Bu iki kavram uygulamada sıkça karıştırılmaktadır.

TBK m. 205'teki düzenleme uyarınca, sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve yükümlülüklerini üstlenir. Bu nedenle üç taraflı bir hukuki ilişki söz konusudur.

* Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanı.

Borçlar hukuku anlamında aranan koşullara baktığımızda, devredilebilir bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Ayrıca devir sözleşmesinin, ilk sözleşmenin şekline tabi olması koşulu da aranır.

Bu anlamda, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda TBK'ye atıf yapılmış olsa da kamu alımlarının temel ilkeleri dikkate alınarak sözleşmenin devrine özgü ayrı koşullara yer verilmiştir.

Toparlamak gerekirse, sözleşmenin devrinde bütün hak ve yükümlülükler sözleşmeyi devralana geçer. Bu anlamda bir tasarruf işlemiyle karşı karşıyayız. Sözleşmeyi devralan açısından ise bir taahhüt işlemi söz konusudur. İfa konusu edim bundan sonra sözleşmeyi devralan tarafından yerine getirilecektir.

Bu kısa çerçeveden sonra, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen sözleşmenin devri müessesine geçmek istiyorum.

Bir kamu ihale sözleşmesi neden devredilir? Bunun koşullarına az sonra değineceğim. Öncelikle ekonomik gerekçeler, yüklenicinin zor durumda kalması veya bazı teknik zorunluluklar, kamu ihale sözleşmelerinin devrine yol açabilmektedir. Ayrıca Kamu İhale Genel Tebliği'nin 27. maddesinde, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 46. maddesinde ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 52. maddesinde de konuya ilişkin koşullar sayılmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin devrinde ilk koşul, devredilebilir bir kamu ihale sözleşmesinin varlığıdır. Dolayısıyla istisna kapsamında yapılan sözleşmeler ve doğrudan teminler, sözleşmenin devrine ilişkin koşulların gerçekleşmesi bakımından bu Kanunun kapsamı dışındadır.

İkinci olarak, uygulamada idarelerin en fazla zorlandığı husus “zorunlu hâlin varlığı” meselesidir. Ağustos ayından itibaren EKAP üzerinden sözleşme devir teyitlerinde, idarelerin zorunlu hâlin ne olduğuna ilişkin gerekçeyi sisteme girmesi zorunlu hale getirilmiştir. İdarelerin zorunlu hâle ilişkin hangi gerekçeleri tercih ettiğine de kısaca bir göz attım.

Örnek vermek gerekirse, arazide şoför bulunamaması, çok dik bir arazide çalışma zorunluluğu olması, yüklenici işçileri ile yerel halk arasında sürekli çatışma ve çekişme yaşanması gibi gerekçelerin devir gerekçesi olarak gösterildiğini görüyoruz. Bununla birlikte, “idarenin uygun görmesi”, “ihale yetkilisinin iradesi” gibi genel geçer gerekçelerin girilmemesi, idarelerin sorumluluğu doğmaması açısından önem arz etmektedir.

Kamu İhale Kurulunun 2007/50 sayılı düzenleyici nitelikteki kararında da zorunlu hâlin tespiti, sözleşmenin feshini gerektiren hâller dışında somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiş ve idarelerin, yüklenicinin sorumluluğunun doğacağı bir hâli zorunlu hâl gerekçesi olarak göstermemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bunu da hatırlatmak isterim.

TBK m. 205’i hatırlarsak, eğer ifa bakımından kişiye bağlı birtakım özellikler aranıyorsa, bunların da sağlanması gerekir. Dolayısıyla üçüncü şart olarak, devralanın ilk ihaledeki şartları da sağlaması gerekecektir.

Dördüncü olarak, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 16. maddesinde, devir tarihinden itibaren üç yıllık devretme ve devralma yasağı düzenlenmiştir. Uygulamada en fazla karşılaşılan sorunlardan biri de bu yasağın devreden yönünden mi uygulanacağı yoksa hem devreden hem devralan yönünden mi uygulanacağı hususudur.

Devrin isim ve statü gereği olmaması gerekir. Tür değişikliği, şirketlere ilişkin bazı değişiklikler veya ticaret unvanı değişikliği bu kapsamda değerlendirilmez.

İhale yetkilisinin yazılı izni de aranan bir diğer koşuldur. Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 52. maddesinde, bu iznin nasıl alınabileceği daha somut şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme baz alındığında, ihale yetkilisinin önceden izninin alınması ve devir sözleşmesine ihale yetkilisinin katılması şartıyla bu koşulların sağlanması mümkündür.

Son koşul ise devir sözleşmesinin noter onaylı olmasıdır. Bu koşul olmadan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu anlamında bir sözleşme devrinden söz etmek mümkün değildir. Noter onayıyla birlikte devir işlemleri tamamlanır.

2003 yılından beri Kamu İhale Kurumu bu devir sözleşmelerine ilişkin takibi yapmakta ve istatistiksel veriler oluşturmaktadır. 2003 yılında yazılı olarak Kuruma bildirilen formlar, 2009 yılında elektronik ortama aktarılmıştır. Günümüzde ise EKAP üzerinden sözleşme devir teyit belgesinin düzenlenerek Kuruma gönderilmesi suretiyle devir işlemleri elektronik ortamda yürütülmektedir.

Sözleşme devir sayılarına baktığımızda, son üç yılda yıllık 160 ila 185 aralığında sözleşme devri bulunduğunu ifade edebiliriz. Burada geçici maddelerdeki devirleri değil, 16. madde kapsamındaki sözleşme devri istatistiklerini kastediyorum.

Bir kamu ihale sözleşmesi Kanuna aykırı şekilde devredilirse ne olur? Bu husus 25. maddenin (g) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin feshi, kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve yüklenici bakımından bir yıldan iki yıla kadar yasaklama yaptırımını gündeme gelebilir.

Son olarak uygulamadaki bazı sorunlara değinmek istiyorum.

Yüklenicinin Türk Ticaret Kanunu anlamında birleşme yoluyla başka bir şirketle birleşmesi ister devralma yoluyla ister yeni şirket kurulması yoluyla olsun, külli halefiyet ilkesi uygulandığından, Kurul kararında da belirtildiği şekilde, idarenin yani ihale yetkilisinin yazılı izni bu noktada aranmaz.

İkinci bir sorun alanı ise, somut bir düzenleyici Kurul kararı olmamakla birlikte, bir ticari işletmenin tür değiştirme suretiyle TTK m. 194 kapsamında bir sermaye şirketine veya ticaret şirketine dönüşmesi hâlidir. Bu durumda, ticari işletme işletmenin devamı sayılmayacağından ve TTK m. 194'ün doğrudan atfı bulunmadığından, burada ihale yetkilisinin izninin alınması gerektiğini değerlendirebiliriz.

Yine şirket bölünmesi, tam bölünme veya kısmi bölünme hâllerinde de ihale yetkilisinin yazılı izninin aranması konusunda dikkatli olunması önem arz etmektedir.

Az önce ifade ettiğim üç yıllık devir yasağının yalnızca devreden açısından uygulandığını burada belirtmek istiyorum. Devralan açısından da üç yıl öncesine kadar devrettiği bir sözleşme bulunup bulunmadığının EKAP üzerinden kontrol edilmesi gerektiğini hatırlatmak gerekir.

Ortak girişim ortaklarındaki değişiklik bağlamında da şu hususu vurgulamak gerekir. Örneğin ABC ortak girişimi sözleşmeyi AB olarak devrediyorsa, bu da bir sözleşmenin devridir. Bu durumda ihale yetkilisinin izninin alınması ve diğer koşulların gerçekleştirilmesi gerekir.

Uygulamada, son dönemde verilen kararlar çerçevesinde Bölge İdare Mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Ortak girişimin sözleşmeyi devretmesi sonucunda, ortak girişimi oluşturan ortaklar da üç yıllık devir yasağına tabi olacak mı sorusu gündeme gelmektedir. EKAP üzerinden kurguladığımız sistemde ve uyumsuzluk konusu olaylarda, evet, burada ortak girişimin ortakları açısından da devreden olarak 3 yıllık devir yasağı söz konusu olacaktır. Yani; ABC ortak girişimi sözleşmeyi devreden taraf olarak kabul edildiğinden, ortak girişim ortakları üç yıllık devir yasağına tabi olmaya başlayacaktır. Bu önemli bir husustur.

Yine burada; teminat iadesinin devreden açısından gerçekleştirilmesi gerektiği ve devralanın da teminatı sağlaması gerektiği, düzenleyici Kurul kararıyla ayrıca karara bağlanmıştır.

Yüklenicinin ölümü hâlinde sözleşmenin devri 17. maddede düzenlendiği için, 30 günlük süre içinde aynı koşulları taşıyan mirasçılara sözleşmenin devri öngörülmüştür. Bu nedenle 16. maddedeki devir koşullarının burada aranmadığını da hatırlatmak gerekir.

Damga vergisi konusu da vardır. Bu biraz fer'i bir konu olmakla birlikte, bu noktada 4'te 1 oranında damga vergisi alındığını ifade etmek gerekir.

Son olarak karşılaştırmalı hukuka değinmek istiyorum. Bu önemli bir konu. Sözleşme devirleri hem Avrupa Birliği'ne üye ülke hukuklarında özel hukuk anlamında, hem de kamu alımları direktifleri ve diğer mevzuat bakımından sözleşme değişiklikleri bağlamında ele alınmaktadır. “*Modification of Contracts*” veya “*Change of Contracts*” başlığı altında, sözleşme değişikliği kapsamında değerlendirilir. Kamu alımları açısından, ayrı bir “sözleşme devri” maddesi çoğu hukuk sisteminde ayrıca yer almamaktadır.

Direktifin 72. maddesine baktığımızda, sözleşme değişikliklerinin sözleşmenin esaslı yani karakteristik unsurunu değiştirmeyecek şekilde yapılması gerektiği görülür. Örnek vermek gerekirse, A noktasından B noktasına bir tramvay hattı yapım işi söz konusuysen, sözleşme sürecinde bunun A noktasından C noktasına gidecek şekilde değiştirilmesi, AB Adalet Divanı kararlarında sözleşmenin esas unsurunu değiştiren bir durum olarak değerlendirilmektedir.

Avrupa Birliği klasik kamu alımları direktifine baktığımızda, sözleşme bedelinin yüzde 50'sine kadar değişikliklerin mümkün kılındığı görülür. Ancak her bir değişikliğin bu oranı aşmaması gerekir. Eşik değerin altında ise yüzde 10 ve yüzde 15'lik dilimler halinde, yapım işleri için yüzde 15, mal ve hizmet için yüzde 10 oranında sözleşme değişikliği mümkün kılınmaktadır.

Yine Avrupa Birliği klasik direktifinde, şirket yeniden yapılanmaları ile birleşme ve devralmalarda sözleşmenin devredilebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Buna karşılık Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesinde bu hususun açıkça düzenlenmemiş olduğunu tekrar hatırlatmak gerekir.

Sözleşmenin esaslı karakteristik unsuru, sözleşme devri açısından da önemlidir. Bu, Türk hukuku bakımından da yol gösterici bir

değerlendirme alanı sunmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı burada, sözleşmenin amacına bakılması gerektiğini ifade eder. Yaklaşık maliyetten bağımsız olarak, sözleşme ile hangi amacın hedeflendiği dikkate alınır. Bu esaslı karakteristik unsur tespit edilerek hem sözleşme devirlerinde hem sözleşme değişikliklerinde idarenin buna göre karar vermesi gerektiği vurgulanır.

Divanın 16 Ekim 2025 tarihli bir kararı, sözleşme değişikliği bağlamında devre cevaz veren olumlu bir karardır. Araç çekme hizmetlerinde İsveç Polis Teşkilatı bir çerçeve anlaşmada 10 kilometreye kadar sabit bir tutar belirliyor. Ancak çerçeve sözleşme aşamasında bu 10 kilometreyi 50 kilometreye çıkarıyor. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bunun sözleşmenin karakteristik unsurunu değiştirmedeğini belirtiyor. Sözleşme bedelindeki yüzde 10'luk limite de uyulmuş. Bu değişiklik, esasen mali külfet yönünden bir farklılık doğuruyor. Yapılacak işin niteliği ise aynı kalıyor.

Divanın *Finn Frogne* kararı da önemlidir. Acil arama hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen bir alımda, sözleşmenin devamı aşamasında yüklenici firma, radyo haberleşme cihazı yerine sunucu kümesi satın alıp idareye kiralamak istiyor. İdare de bunu kabul ediyor. Ancak ön yeterlik aşamasını geçemeyen başka bir istekli itiraz ediyor. Bu değişiklik olsaydı, ben ön yeterlik aşamasını geçtim diyordum. Burada Divan, bu tür bir değişikliğin kamu alımlarının temel ilkeleriyle uyuşmadığını belirtiyor.

Dolayısıyla hem sözleşme devirlerinde hem sözleşme değişikliklerinde kamu alımlarının temel ilkelerini ve sözleşmenin esaslı karakteristik unsurlarını dikkate almak gerektiğini vurgulamak gerekir.

Almanya'da da benzer bir düzenleme vardır. Rekabetin kısıtlanmasının önlenmesine ilişkin kanun içinde kamu alımları ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir ve Avrupa Birliği klasik kamu alımları direktifindeki düzenleme ile büyük ölçüde paraleldir.

İngiltere’de ise, sözleşmenin hangi hallerde değiştirilebileceği “tablolar” halinde düzenlenmiştir. Acil durum alımları, öngörülemez hâller, sözleşmede yer alan hususların gerçekleşmesi gibi sebepler öngörülmüştür. İngiltere, Brexit sonrası özellikle ulusal alımlar ve savunma sanayii alımları bakımından 2023 yılında yeni bir kanun yürürlüğe koymuş ve daha esnek bir yaklaşım benimseyeceğini belirtmiştir. Ancak bu esnekliği kurarken, yüzde 50’lik sınıra uyulacağını ve basiretli bir idare gibi davranılması gerektiğini de ifade eder.

Savunma sanayii uygulamasında ise, teknolojik gelişim ve etkinliğin sağlanması gibi amaçlar varsa, bazı durumlarda yüzde 50’lik değişim oranının dahi aranmayacağına ilişkin istisnai bir yaklaşım görülmektedir.

Eşik değer altı alımlarda da yüzde 10 ve yüzde 15’e kadar sözleşme değişiklikleri mümkün kılınmaktadır. Ayrıca İngiltere’de “*Light Touch Contracts*” olarak adlandırılan, özellikle sağlık ve eğitim gibi sosyal amaçlı alımlarda sözleşme değişiklikleri daha esnek bir çerçevede ele alınmakta ve süreç büyük ölçüde idarenin inisiyatifine bırakılmaktadır. Bu sözleşmelerde, kullanıcı ihtiyacının ne olduğu veya hizmet sunumunun nasıl şekilleneceği, ilgili kişilerle doğrudan görüşülerek belirlenebilmektedir.

Toparlamak gerekirse, karşılaştırmalı hukukta sözleşmenin devri ve sözleşme değişikliği farklı tekniklerle ele alınsa da her hâlükârda sözleşmenin karakteristik unsurunu değiştirmeme ilkesi ile kanun ve direktiflerde belirtilen oransal sınırlar birlikte uygulanmaktadır. Ayrıca, yeni bir ihale ile tedarik edilmesi gereken bir işin ihalesiz biçimde sürekli sözleşme değişiklikleri yoluyla temin edilmesinin önüne geçecek önlemlerin ulusal hukukta ve uygulamada alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Ben çok fazla vaktinizi almadan bu şekilde toparlamak isterim. Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Saygılarımla.

Adem Albayrak

Şimdi sabahki oturumda salonda bulunanlar hatırlarlar Hukuk Genel Kurulunun bir kararından bahsedildi. O kararı birkaç cümleyle de olsa huzurlarınıza arz etmek isterim. Çok değerli başkanımız, Danıştay On Üçüncü Daire Başkanı Sayın Hasan Gül'ün bahsettiği bir karar vardı. O kararı ben de anında merak edip baktım. Aslında kararın tarih ve numarasını da vereyim. Sabahki Hasan Başkan'ın anlattığı konuların tamamını içeriyor. Oldukça geniş yazılmış bir karar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.06.2022 tarihli, 2020/3-688 esas, 2022/846 kararı.

Dosya nasıl bir dosya anlatmaya çalışayım? Şöyle: Bir büyükşehirde, bir üniversite var. Üniversite bir ihale açıyor. Diyor ki, yükleniciye üniversitemin şurada bir park yeri var. Bu park yerini düzenle, düzelt. Oraya bir otomasyon sistemi kur. Ve bura ile ilgili on yıl boyunca da kiralama şeklinde bir kira sözleşmesi yapılıyor. Aslında biraz karma bir sözleşme. Yap işlet devret değil ama yap işlet gibi bir durum var, kira sözleşmesi nitelikleri de var. Karma bir sözleşme.

İhale sonucunda sözleşme imzalanıyor. Yüklenici sözleşme gereklerini yerine getirmeye başlıyor. Üçüncü yılda, bir vatandaş üniversiteye girişte “buradan para alamazsınız” diyor. Tartışma sürerken ücreti ödüyor ve dava açıyor. Ardından idare mahkemesinde de dava açıyor. “Burada böyle bir ihale yapıldı. Bu kira sözleşmesi geçersizdir” diyor. Tabii idari işlem usule aykırıdır, yasaya aykırıdır gibi iddialar var. Detaylar önemli değil. Neticede süreç ilerliyor ve Danıştay sonuç itibarıyla şunu söylüyor. İdare, sen burayı kiraya veremezsin diyor ve yani kira sözleşmesinin temeli çökmüş oluyor.

Biz nereye dönüyoruz? Kira sözleşmesine dönüyoruz. Kira sözleşmesinin 6/2. maddesinde, ben özellikle arkadaşlarıma o maddeyi de okuyacağım, şöyle diyor. “Kıracı, kiralayan tarafından haklı nedenle fesih halinde herhangi bir hak talep etmeyeceğini gayrikabili rücu beyan eder ve kabul eder.”

Yani sözleşme hükmü şunu söylüyor. Eğer kiralayan bu kira sözleşmesini haklı bir nedenle feshederse, bu takdirde sen hiçbir şey isteyemezsin.

Tabii haklı neden var mı yok mu tartışması kararda yapılmış. Orada haklı neden şu şekilde belirlenmiş: Ortada bir idare mahkemesi kararı var. İdare mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı Anayasa'nın 138/4. maddesinde düzenlenmiş. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi ne diyor? Danıştay kararı ve yürütmenin durdurulması kararları için idare, kararı otuz gün içinde yerine getirmek zorunda. İdare bu karara göre ne yapmak zorunda? Kira sözleşmesini feshetmek zorunda.

Bu fesih, yargı kararına dayalı olduğu için haklı nedenle fesih olarak kabul edilmiş. Dolayısıyla sözleşmenin 6/2. maddesi gereğince "sen herhangi bir ücret talep edemezsin" denmiş. Karar bana göre de isabetli olmuş ve direnme kararı onanmış.

Bu kararı bu şekilde size arz etmek istedim. Çünkü burada konu geçti, "Hukuk Genel Kurulu kararı neydi" diye. Başkanımızın bu karardan bahsetmesi çok faydalı oldu. Sabah anlatılan konular, yani idarenin ihale sonrası yaptığı sözleşmenin, ihalenin iptali halinde veya temelin çökmesi halinde hangi ihtimallerin ortaya çıkacağı, bunların tamamı bu kararda da ele alınmış. İlgilenenler için güzel bir karar olduğunu düşünüyorum.

Bunu da bilgi olarak paylaşmak istedim.

Ben özellikle çok teşekkür ediyorum. Böyle bir toplantı düzenledikleri için Türk Tahkim Akademisi'ne, Kamu İhale Kurumu'na, üniversitemize ve burada bizi misafir eden Finans Merkezi'ne çok teşekkür ediyorum. Arkadaşlarım adına, sizlerin de ilgisi ve sabrı nedeniyle bizleri dinlediğiniz için ayrıca teşekkür ediyorum.

Başka güzel günlerde görüşmek dileğiyle hepinize tekrar teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum. Sağ olun, var olun.





III. Oturum

*Kamu İhale Sözleşmeleri ve Tahkim ile
Yüksek Fen Kurulunun Kamu İhale Sözleşmelerinden
Doğan Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü*

Oturum Başkanı: Abdullah Yaman

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Saat: 15:15 – 16:45

Doğan Ağırman

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Kamu İhale Sözleşmelerinin

Tahkime Elverişliliği

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

İbn Haldun Üniversitesi

Öğretim Üyesi, Türk Tahkim

Akademisi Koordinasyon

Kurulu Üyesi

Kamunun Taraf Olduğu

Uyuşmazlıkların Tahkim

Yoluyla Çözümü

Muhammet Ali Yıldızbakan

Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Yüksek Fen Kurulunun Kamu İhale

Sözleşmelerinden Doğan

Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü



Abdullah Yaman

Evet, kıymetli hazirun, hepinizi saygıyla selamlayarak son oturumu açıyoruz. Son oturum olmasına rağmen ilginizin devam ettiğini görüyorum.

Tahkim, özellikle son yıllarda ilgiyle takip edilen bir müessese. Tahkim başlıklı oturumlar genelde dolu dolu geçiyor. Bu oturumda iki yetkin meslektaşımızla birlikte huzurunuzdayız.

Öncelikle, Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi üyesi ve aynı zamanda konuyla ilgili eserleri ve makaleleri bulunan Sayın Doğan Ağırman Bey'den, kamu ihale sözleşmelerinin tahkime elverişliliği hususunda sunumunu dinleyeceğiz.

Buyurun.



Kamu İhale Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği

Doğan Ağırman*

Kıymetli hazirun, öncelikle hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Maalesef birkaç toplantıdır üst üste son oturumda sunum yapmak bize nasip oluyor. Adem Başkanımın dediği gibi artık gerçek anlamda bilginin peşinde koşanlar aramızda.

Kamu ihale sözleşmelerinin tahkime elverişliliği konusuna geçiyorum. Kamu ihale sözleşmeleri, kısaca değinildi ve çok anlatıldı. Kamunun da bizler gibi mal alma, hizmet alma, yapım işi yaptırma ihtiyacı var. Bizler gidip bir yerden parasını verip hukuki ilişkiye girerek bunu yapabiliyoruz. Ama kamu olunca, kamunun genel menfaati gereği bunların birtakım kurallara tabi olması gerekiyor.

Bizim en son çıkan düzenlememizden önce, daha önce artırım ve eksiltme gibi farklı isimlerle anılan bir kanunumuz vardı. Daha sonra Devlet İhale Kanunu çıktı. En son Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun dördüncü maddesinde, kamu ihale sözleşmeleri mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında akdedilen bir sözleşme olarak tanımlanmış.

Kamu, ihtiyacını gidermek için mal ve hizmet alımını götürü bedel ve birim fiyatlı sözleşmelerle, yapım işini ise hem götürü bedel sözleşmelerle hem birim fiyatlı sözleşmelerle hem de bunların ikisini bir arada barındıran karma sözleşmelerle yerine getirebilmekte. Bu sözleşmelerin bir tarafında idare, diğer tarafında yüklenici bulunuyor.

* Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi.

Sözleşme imzalanana kadar idari yönü ağır basıyor. Sözleşme imzalandıktan sonra ise taraflar eşit konumda, aralarında bir mesafe farkı olmadan ilişkilerini devam ettirmeleri gerekiyor.

Şimdi kamu ihale sözleşmelerinin tahkime elverişliliğine gelmeden önce, tahkime elverişliliği değerlendirmemiz gerekiyor. Tahkime elverişlilik dediğimizde, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenip çözülemeyeceğini değerlendirmemiz gerekir. Bir uyuşmazlık tahkim yoluyla çözülebiliyorsa tahkime elverişlidir.

Konu itibarıyla bir uyuşmazlık tahkim sözleşmesine konu olabiliyorsa buna objektif tahkime elverişlilik diyoruz. Uyuşmazlığın taraflarının taşınması gereken niteliklere sahip olup olmadığına baktığımızda ise sübjektif tahkime elverişlilik gündeme gelir. Bir sözleşme yapmak için fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Tarafların fiil ehliyeti var mı yok mu, bu sübjektif yönü ilgilendirir. Ancak bizim hem MTK'de hem HMK'de tahkime elverişlilik denildiğinde ağırlıklı olarak uyuşmazlığın tahkime konu olup olamayacağı yönü öne çıkar.

Bu açıdan baktığımızda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun birinci maddesinde taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ile tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir denmiştir. Tersinden söylediğimizde, taşınmazların aynına ilişkin olmayan uyuşmazlıklar ve tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir. Yani taraflar bir uyuşmazlık üzerinde serbest iradeleriyle tasarrufta bulunabiliyorlarsa, bu konuda tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Aksi durumda, ceza hukuku, idare hukuku, aile hukuku gibi alanlarda uyuşmazlığın niteliği gereği tahkim elverişli olmadığı kabul edilir. Bunun yanında bazı uyuşmazlıklar, aslında tarafların iradesine tabi gibi görünse bile, korunmaya değer hukuki menfaatler nedeniyle tahkime elverişli kabul edilmez. İş hukuku ve tüketici hukuku buna örnek olarak gösterilir. Burada iradeye tabi bir uyuşmazlık

vardır ancak işçi ile işverenin eşit konumda olmadığı, bazı zorunluluklar karşısında iradenin sakatlanabildiği kabul edildiği için tahkime elverişli görülmez.

HMK'nın 408. maddesinde de benzer bir düzenleme var. Orada da taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ile tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar dışında kalan tüm uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul ediliyor.

MTK ile HMK arasındaki önemli fark şudur. MTK'de Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bu ne demektir? Bir tahkim sözleşmesi yapıldı. Sözleşmenin konusu, Türkiye dışındaki bir taşınmaza ilişkin ise bu tahkim sözleşmesi geçerlidir. Bu ayrıntı çoğu zaman kaçırılıyor. Milletlerarası tahkim bakımından kanun koyucu, Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerinde özellikle durmuştur ve bunu tahkim konusu yapamazsın demiştir. Türkiye'de bulunmayan taşınmazlar ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Örneğin İsviçre'deki bir taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlık tahkime konu edilebilir.

Tahkime elverişsizlik neden önemlidir. Çünkü tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılırsa, bu sözleşme geçersizdir. Bu, mahkemede dava açıldığında ileri sürülebilir. Tahkimde dava açıldığında da ileri sürülebilir. İleri sürülür ama dinlenmez ya da hiç ileri sürülmezse, hakem kararının iptali gündeme gelir.

Hakem kararının iptal nedenleri arasında hem MTK'de hem HMK'de bu husus düzenlenmiştir. Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında yargılama yapılmış olsa dahi, elverişlilik yoksa iptal söz konusu olur. Yapılan emeklerin tamamı boşa gitmiş olur.

Şimdi gelelim asıl soruya. Kamu ihale sözleşmeleri tahkime elverişli midir?

Kamu ihale sözleşmeleri tahkime elverişlidir. Ancak bu, çok kolay bir yoldan geldiğimiz bir konu değil. Bununla ilgili ciddi bir mücadele verildi. Aslında bizim tahkim uygulamamız ilk olarak kamu yapım işlerinde ve kamu alımlarında gündeme geldi.

Osmanlı'dan bu tarafa devletin büyük projeleri finanse edecek imkânı çoğu zaman yoktu. Finansman kaynağını dışarıdan sağlamak için imtiyaz sözleşmeleri yapılırdı. Tramvay hizmetlerinin verilmesi, su şebekesinin sağlanması gibi birçok iş imtiyaz sözleşmeleriyle yürütüldü. Bu alanlara gelmek isteyenler de devlet yargısına ilişkin tereddüt yaşıyordu. Bu sorun uzun süre devam etti.

1990'lara geldiğimizde bununla ilgili 3996 sayılı Kanun çıkarıldı. Kanunun 5. maddesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde bir yaklaşım getirildi. Ancak Anayasa Mahkemesi bu 5. maddeyi iptal etti. Gerekçe olarak da Danıştayın görüş verme yetkisinin anayasal bir yetki olduğunu, bunun ortadan kaldırılamayacağını ifade etti.

Bu yolla ilerlenemeyince çareyi Anayasa'yı değiştirmekte bulduk. Anayasa'nın 125. maddesinde değişiklik yapıldı. Devletin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabidir hükmünün devamına bir fıkra eklendi ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebileceği düzenlendi.

Bununla da yetinilmedi. Danıştayın olumsuz görüş verebilmesi gibi bir risk gündeme gelebileceği için 2577 sayılı Kanun'un ilgili hükmünde de değişiklik yapıldı ve imtiyaz sözleşmelerinde tahkim varsa, bu uyuşmazlıkların idari yargının görev alanında olmadığı yönünde düzenlemelerle sistem tamamlandı.

Bununla da meseleyi sağlamlaştırmış olduk. Daha sonra 4501 sayılı Kanun ile kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesine ilişkin usulü belirledik. Bu şekilde yargısal sorun da büyük ölçüde çözülmüş

oldu. Kamu ihale sözleşmelerinin tahkimle ilgili olarak görülmesinde engel teşkil eden bir durum ortadan kalktı.

En son 2001 yılında MTK'yi, 2011 yılında da HMK'yi yürürlüğe koyduk. Geldiğimiz aşamada bir uyuşmazlık yabancılık unsuru içeriyorsa, yani taraflardan birinde yabancılık unsuru söz konusuysa MTK uygulanacak. Yabancılık unsuru içermiyorsa HMK uygulanacak. Sözleşme imzalandıktan sonra bu artık özel hukuk sözleşmesidir. Tahkimde görülmesi önünde, mevcut haliyle bir engel bulunmamaktadır.

Kamu ihale sözleşmesi imzalandı. Özel hukuk sözleşmesi haline geldi. Bundan sonra çıkan uyuşmazlıklar adli yargıda görülecek, tahkim sözleşmesi yapılmışsa tahkimde görülecek.

Peki sözleşme imzalanmadan öncesine ilişkin bir uyuşmazlık varsa bu nerede görülecek. Tahkim sözleşmesi varsa yine tahkimde görülmesi gerekir. Burada "sözleşme imzalanmadan önceki uyuşmazlıklar idari yargıya tabidir" ilkesi, otomatik ve mutlak bir biçimde uygulanamaz. İhalenin iptali gibi ihale işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklardan bahsetmiyorum.

Sözleşmeye ilişkin olarak taraflar arasında görülecek uyuşmazlıklar bakımından, tahkim sözleşmesi varsa, sözleşme imzalanmadan önceye ilişkin olsa dahi yine tahkimde görülmesi gerekir.

Ne olabilir?

Kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan önce bir ön sözleşme yapılmış olabilir. Sözleşme imzalanmadan önce hükümetler arası bir protokol olabilir. Bu protokole uyulmadığı ileri sürülebilir. Bu da gündeme gelebilir. Sözleşme imzalanmadan önce ortaya çıkan bir uyuşmazlık dahi olsa, bunun tahkimde görülmesi gerekir. Taraflar arasındaki ilişki özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir ve zaten bu tür bir uyuşmazlık bakımından, sırf "öncesine ilişkin" diye idari yargı yoluna gidilmesi gerektiği söylenemez. Bu konuda son yıllardaki uygulamamızda bir tereddüt yaşanmamakta, yargısal bir sorun da görülmemektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin tahkime elverişliliği bakımından tablo budur.

Ancak uygulamada sorulan bazı sorular ve karşılaşılan bazı sorunlar var. Bunlar, kamu ihale sözleşmesinin tahkime elverişli olup olmamasından ziyade, sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan bazı başlıklardan kaynaklanıyor.

Örneğin sözleşmenin feshi, tasfiyesi ve devri gibi talepler. Yüklenici idareye başvuruyor, idare bir karar veriyor. Bu karar üzerine yüklenici, daha en başında “bu dava nerede görülecek, tahkimde görülebilir mi” sorusunu soruyor.

Mesela 2019 yılında Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun geçici 4. maddesiyle yükleniciye, idareye başvurarak sözleşmeyi feshetme, devretme, tasfiye isteme hakkı tanındı. İdare olumsuz görüş verdi veya tasfiye talebini reddetti. Bununla ilgili dava açıldığında ne olacak? Tahkim sözleşmesi varsa, taraflar arasındaki bu uyuşmazlıkların da tahkimde görülmesi gerekir.

Tasfiye, fesih ve devir konuları biraz önce Erdem Bey tarafından da anlatıldı. Sözleşmenin devri söz konusu oldu, burada bir uyuşmazlık çıktı. Uyuşmazlık sözleşmenin tarafları arasındaysa, tahkim şartı olabilir. Çıkan uyuşmazlığın idarenin verdiği bir karara ilişkin olması bunu değiştirmez. Tahkim sözleşmesi varsa yine tahkimde görülmesi gerekir. Zira bu, adli yargıda görülmesi gereken sözleşmesel bir uyuşmazlıktır.

İkinci olarak munzam zarar talepleri son yıllarda çok fazla gündeme geldi. TBK 122. madde uyarınca alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zararının bulunduğunu iddia ediyorsa, bunu ispat etmek koşuluyla talep edebilir.

Şimdi yüklenici tahkimde davasını açtı, yargılama yapıldı, alacağını veya başka alacaklarını aldı. Daha sonra “Alacağımı geç aldım, munzam zararım oluştu.” diyerek munzam zarar talep etti. Bu talep tahkim sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir mi? Ayrı bir alacak mıdır?

Bu konuda son yıllarda farklı düşünceler ileri sürülüyor. Benim görüşüm şu: Munzam zarar talebi, asıl sözleşmenin devamıdır, bir parçasıdır. Birlikte değerlendirilmesi gerekir. Asıl uyuşmazlığa ilişkin tahkim sözleşmesi varsa, munzam zarar taleplerinin de tahkimde görülmesi gerekir.

Neden?

Munzam zarar iddiasını asıl sözleşmeden bağımsız değerlendiremezsiniz. Munzam zararın oluşup oluşmadığına bakmak için sözleşmeye geri döneceksiniz. Hakedişler olabilir, başka yükümlülükleri yerine getirme iddiaları olabilir. Asıl sözleşmeyi elinize alacaksınız. Oradaki hükümlere göre munzam zarar oluşup oluşmadığını değerlendireceksiniz. İspat yükü munzam zararı talep edendedir. O da yine sözleşmeye, sözleşmenin uygulanmasındaki taraf davranışlarına ve eylemlere bakarak munzam zarar talebini temellendirecektir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesi varsa, sonraki munzam zarar taleplerinde de tahkim yolunun açık olduğu kabul edilmelidir.

Şimdi, yatırım tahkimi diye anılan bir kurum var. Birleşmiş Milletler'in inisiyatifiyle 1966'da yürürlüğe giren ve bizim açımızdan da 1989'da yürürlüğe giren bir sözleşme var: Devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasında çıkan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü hakkında sözleşme. İçeriğine girmeyeceğim. Son yıllarda çok fazla dava konusu oluyor. Bizim açımızdan da ileride daha fazla gündeme gelebilir. Bu konuda otuzun üzerinde uyuşmazlık görüldüğüne dair bir meslektaşımızın çalışmasını da hatırlıyorum.

Yatırım tahkimine kısaca değinirsek: Bu sözleşmeye taraf olan bir devletle, diğer devletin vatandaşları (gerçek kişi veya şirket olabilir) arasında yatırım kaynaklı uyuşmazlıklar bu çerçevede gündeme geliyor. Diğer tahkimden iki önemli farkı var.

Birincisi, devlet bu sözleşmeye taraf olunca, diğer devlet vatandaşlarıyla yatırım kaynaklı uyuşmazlıkların tahkimde görülmesini, ayrıca bir tahkim sözleşmesi olmasa dahi kabul etmiş sayılıyor.

İkincisi, yatırım tahkiminde verilen kararlar bakımından icra kabiliyeti, klasik tahkimden farklı bir rejime tabi. Diğer hakem kararlarında tanıma ve tenfiz mekanizması gündeme gelirken, burada sistemin kendine özgü bir icra mantığı var.

Bizi ilgilendiren husus ise son yıllarda gündeme gelen bir başlık: “Yargı Kararlarıyla Gerçekleşen Dolaylı Kamulaştırma” iddiaları. Bu, idare olabilir, adli yargı olabilir, ceza yargılaması olabilir. Yatırımcı, diğer taraf devlette yaptığı yatırımla ilgili olarak, devletin yasama, yürütme veya yargı faaliyeti neticesinde haksız şekilde malvarlığına el konulduğunu iddia ederse, yatırım tahkiminde bu durum “dolaylı kamulaştırma” olarak değerlendirilebiliyor.

Kamulaştırma projesi üzerinden kurulan kurgular ayrı bir şey. Ancak yargı faaliyeti kapsamında, uluslararası hukukun ve milletlerarası ticaret hukukunun temel ilkelerine aykırı bir yargılama neticesinde bir malvarlığı kaybı meydana gelmişse, bu “haksız el koyma” olarak nitelendirilebiliyor. Böyle bir durumda, dolaylı kamulaştırma kabul edilerek bedelin yatırımcı tarafından tahsil edilebileceği yönünde kararlar verilebiliyor.

Belki Trump doktrini sonrasında genel milletlerarası kurallar daha çok tartışılır hale geldi. Ancak bizim bakımımızdan, mevcut bağlayıcılığın sürdüğünü de not etmek gerekir. Benim dikkatimi çeken husus buydu. En azından bu noktada dikkatli olmak gerekir. Yargı süreçleri üzerinden böyle bir kamu zararı doğmasın.

Tahkimde rejimi köklü biçimde değiştirdik. Artık tahkimde, diğer dosyaların temyizindeki usul kuralları aynen uygulanmayacak. İptal nedenlerini sınırladık. MTK'nin 15. maddesi ve HMK'nın 439. maddesinde sınırlı sayıda iptal nedeni var. Yalnızca bu gerekçelerle hakem kararının iptali istenebilir. Bu konuda çok sorun yaşanmıyor.

Asıl sorun şu: İptal davasında ve temyizde hangi usul uygulanacak? HMK'de “Hakem kararına karşı iptal davası açılacaktır.” deniyor.

Özel bazı usullere de kısmen değinilmiş. Ancak iptal davasında tam olarak hangi usul kurallarının uygulanacağı konusunda hem HMK'de hem MTK'de açık bir düzenleme yok. Bu sorunlar önümüze geldikçe, kararlarımızla tartışıp değerlendiriyoruz.

Bu çerçevede, kendi dairemizin 2015 tarihli kararında şunu söyledik: İptal davası Bölge Adliye Mahkemesinde görülür. Bölge Adliye Mahkemesi bu davaya ilk derece mahkemesi olarak bakar. İlk derece mahkemesi olarak da, HMK'deki usul kurallarının kıyasen uygulanması gerekir. Tabii tahkimin genel ruhuna ve emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla.

Son kararlarımızdan birinde şu durum vardı: Tahkim yargılamasında iki taraf da, davacı ve davalı, ayrı ayrı iptal davası açmıştı. Dosyalar aynı daireye gelmişti. Şunu dedik: Bu davaları birleştirerek gör. Aksi halde biri hakkında yargılama devam ederken, diğeri beklemek durumunda kalır. Bu da ciddi sorunlar doğurabilir. Dolayısıyla birleştirme burada uygulanmalı ve birlikte görülmeli.

Temyiz konusunda da açık bir hüküm yok. HMK'de açık bir hüküm bulunmuyor. MTK'de ise 2018 yılında değişiklik yapıldı. Milletlerarası tahkimde temyiz halinde, HMK'nin temyize ilişkin hükümleri uygulanır şeklinde açık bir hüküm getirildi. Böylece muğlaklık giderildi.

Bu kapsamda, örneğin bir taraf temyiz etmiş, diğerk taraf da katılma yoluyla temyiz talebinde bulunmuştu. Bu mümkün müdür? Tahkimde de uygulanabilir mi? Biz, uygulanabilir yönünde karar verdik. HMK hükümlerini burada kıyas yoluyla uygulamak mümkün.

Teşekkür ediyorum. Sabrınız için.

Abdullah Yaman

Doğan Bey'e çok teşekkür ediyoruz.

Munzam zarar, ülkede yaşanan yoğun enflasyonist ortamdan dolayı gerçekten çok sıkıntılı bir konu. Tahkim yolu ile çözümü mümkün mü? Türk Borçlar Kanunu'nun 122/2. maddesine göre, esas alacakla birlikte talep edilirse mümkün tabii.

Daire olarak şu ana kadar böyle bir hakem kararıyla karşılaşmadık. Asıl davalar, bilirkişi raporlarıdır, usuldür, Yargıtay'a gel git, muhtelif bozmalar derken 10 yıl, 15 yıl süren yargılama süreçleri sonunda alınan ilam, temerrüt faizleriyle beraber birlikte zararın ancak bir kısmını karşılayabiliyor. Bilahare açılan munzam zarar davası ise ek dava mahiyetinde oluyor. Onun için bu hallerde, tahkim yolu elverişli olmayabilir. Zira tahkimde yargılama belirli bir hedef sürede başlayıp bitiyor.

Ama tahkim şartında “bu sözleşmeden kaynaklanan davalar, asıl alacak ve buna ilişkin munzam zarar” şeklinde açık bir kapsama yer verilse, ikinci talep için de yol açılmış olabilir ama henüz önümüze gelmedi.

Evet, şimdi sözü fazla uzatmadan Prof. Dr. Ali Yeşilırmak hocama geçelim. Başlık biraz geniş: “Kamunun Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü.” Üç gün sürecek bir başlık aslında. Ama hocamın belirlenen süre zarfında toparlayacağına eminim.

Kamunun Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak*

Doğan Başkan'la bir iş bölümü yaptık. Sağ olsun o, genel hükümler ve yargı kararlarına değineceğini söyledi. Ben de uygulamaya yönelik, özellikle kamudan katılan avukat arkadaşların işine yarayacak noktalara değinmek istedim. Tabii her şeyi söylemek mümkün değil. Başkanımın dediği gibi uzun vakit alır. Ama gözüme çarpan ana hususları söylemekte fayda görüyorum.

Öncelikle, hizmet türüne göre tahkim şartı öngörülen sözleşme sayısına baktım. Sağ olsun Dr. Erdem Bafra'nın sunumundan istifade ettim. Mal sözleşmelerinde 459, yapım sözleşmelerinde 31, hizmet sözleşmelerinde 294, danışmanlıkta 2. Bu 2024 için. Tip sözleşmeler açısından baktığınızda, tahkim şartı içeren sözleşmeler toplamın yaklaşık yüzde birini oluşturuyor. Yani çok yüksek değil belki ama çok düşük de değil.

Sözleşmeyi hazırlarken, her ne kadar tip sözleşmeden gitmek gerekiyorsa da her bir işte risk analizini mutlaka dikkatlice gözden geçirmek lazım. Hangi riskler idarede kalıyor, hangileri işi yapana devrediliyor. Buna net bakmak gerekiyor.

İşin yapım sürecindeki yazışmalara da çok dikkat etmek lazım. Tahkim başlamamış olabilir ama ileride uyuşmazlık çıkarsa yazılan her şey delil olarak kullanılacak. Dolayısıyla yazışmalara doğru cevap

* İbn Haldun Üniversitesi Öğretim Üyesi, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu Üyesi.

vermek gerekir. Benim başıma çok geldi, zannedirim bütün arkadaşların da gelmiştir. “Bu işe ilişkin dosya nerede?” dediğinizde yazışmalar ya hiç çıkmıyor ya da eksik çıkıyor. Bu bize özgü değil. Bir dönem Mısır Devleti’ni Türkiye’de bir yapım işi bakımından temsil etmiştim. Sözleşme dahil dosya yoktu. Sözleşme bile yoktu. “Nerede?” diyorum. Mısır Dışişleri Bakanlığı’nda bulamamışlar. Dolayısıyla bizde böyle şeyler olmak demeyelim. En azından tüm yazışmaların eksiksiz bulunması gerekir.

Tahkim şartının hazırlanması da çok önemli. Tip sözleşmede tahkim şartı var. Malum, milli uyuşmazlıklar için İSTAC, milletlerarası uyuşmazlıklar için 4686 sayılı Kanun kapsamında tahkime gidilebileceği yönetmelikte ifade ediliyor.

Burada ilk gözüme çarpan mesele şu. “Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık” deniyor. Bir defa “sözleşmeden doğan” ile “sözleşme ile ilgili” ayrımını iyi yapmak lazım. “Sözleşmeden doğan” dediğinizde kapsamı daraltıyorsunuz. Munzam zarar belki girer ama başka zararların gerçekten “sözleşmeden doğup doğmadığı” tartışma konusu oluyor. “İlgili” demek çok daha geniş ve daha işlevli.

Mesela buranın tefrişatıyla ilgili bir sözleşmede, buraya girerken müteahhidin aracının kaza yapması sonucu uğranılan zarar talep edilebilir mi? “İlgili” derseniz edilebilir. “Doğan” derseniz edilmeyebilir. Çünkü iş buranın tefrişatıyla ilgili.

Yine, sözleşmenin devri ve sözleşmenin uzatılması gibi hususlar konuşuldu. Bu tip durumlarda tahkim şartının akıbeti ne olacak. Bunlara da tahkim şartında değinmekte fayda var. Her ne kadar sözleşmenin devrinde Yargıtayın yerleşik ve olumlu yaklaşımı olsa da, uygulamada boşluk kalmaması gerekir.

Bir diğer konu, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili mümkün mü? İSTAC kurallarında bu konuda açık bir hüküm var mı, yanlış hatırlamıyorsa yok. Tahkim şartında düzenlemek faydalı olabilir.

Özellikle alt müteahhitlerin durumu önemli. Büyük yapım işlerinde alt müteahhitler var. Malum, tahkim şartı nispi. İki taraf arasında geçerli. Alt müteahhidi kapsamazsanız, alt müteahhit “Bu tahkim şartı sonucu verilen hakem kararı beni bağlamaz.” diyebilir. Haklı olarak da diyebilir. Alt müteahhitleri uygun bir kurguyla dahil ederse-
niz, tek seferde ve tek yargılamada uyuşmazlıkların çözülmesi mümkün olabilir.

Tahkim yeri, tahkim dili, acil durum hakemi kararlarının uygulanıp uygulanmayacağı, küçük uyuşmazlıklar için hızlandırılmış usul gibi hususlara da tahkim şartında yer vermek lazım.

Mesela Milletlerarası Ticaret Odası tahkiminde belli bir tutarın altındaki uyuşmazlıklar hızlandırılmış usule tabi olabiliyor, tek hakemle hızlı bitiriliyor. Bizde de, bir eşik belirlenerek daha hızlı çözüm hedeflenebilir mi. 80 milyon çok olabilir ama prensip olarak bu yaklaşım değerlendirilebilir.

Tek tip sözleşmeler açısından da, belki Kamu İhale Kurumu'nun bu tip sözleşmeleri, en azından bu saydığım başlıklar bakımından yeniden elden geçirmesinde fayda olabilir.

Hakem-bilirkişi meselesine de değinmek gerekiyor. Hakem-bilirkişi olacaksa, mesela mühendis bir hakemin vereceği kararın bağlayıcılığı, bunun nasıl kurgulanacağı önceden netleştirilmeli.

Tahkim talebi ve talebe cevap, bir “dilekçe” gibi görülmemeli. Tahkim talebini hazırlamak için dosyanın tamamına vakıf olmak ve baştan bir yargılama stratejisi belirlemek gerekir. Kamu avukatı olarak önünüze geldiğinde, dikkat edilmesi gereken temel noktalardan biri budur.

Hakem seçimi çok önemli. Ben olsam, problem çözme yeteneğine sahip, iletişim becerileri güçlü, tahkim usulünü bilen ve tecrübesi olan bir hakemi tercih ederim. İletişim becerisi niye önemli. Çünkü genelde üç hakem oluyor, taraflar var. Hem diğer hakemlerle hem taraflarla sağlıklı iletişim kurabilmesi lazım ki süreç bir karara bağlansın.

Eski HUMK döneminde meşhur bir örnek vardı. Üç hakem anlaşamazsa tahkim sona eriyordu. Taraflara yapılabilecek en büyük kötülük şuydu: “Bir yıl dinledik, ayrı karar verdik. Geçmiş olsun, tahkim bitti. Yeni tahkime gidin.” Böyle bir şeyin yaşanmaması gerekir.

Hakemlerin vicdanen rahat edebilecekleri bir karara varabilmeleri, heyet içinde de makul bir uyum yakalanabilmesi önemli. Kararlar çoğu zaman “benim dediğim doğru” çizgisinde değil, heyet içi bir uzlaşmayla şekilleniyor.

Son olarak şeffaflık konusu çok önemli. Hakemin kimlerle nasıl bir ilişkisi var. Bizde şeffaflığa ilişkin kurallar yeni kabul edildi. İSTAC da o kuralları imzaladı ama henüz yürürlüğe girmedir. Bu alanda da dikkatli olmak gerekiyor. Umut ederim yakında yürürlüğe girer. Kim kimi ne zaman atamış, kimden mütalaa almış. Bunların idareler tarafından da görülebiliyor olması, aslında avukatlar tarafından biliniyor olması önemli. Hakemler için de önemli. Ben, benim yanımdaki hakemin başhakemle ya da kendisini atayan tarafla ilişkisinin ne olduğunu bilmek isterim.

Başhakem seçimi son derece önemli. Taraf hakemlerinin bir başhakem seçebilmesini teşvik etmek lazım, özellikle idareyseniz. Çünkü 4686’da mahkemeye başvuruluyor. Mahkeme kendince en doğru kişiyi başhakem seçiyor ama o her zaman uyuşmazlık için en doğru kişi olmayabilir.

Şimdi, görev belgesi, bir numaralı usulî karar ve usulî zaman çizelgesi ilk yapılması gereken işler. Özellikle 4686 “görev belgesini hazırlayın” diyor. Çok matah bir form değil. Kanunda içinde bulunması gereken unsurlar sayılmış. Dolayısıyla onlara bakıp hazırlamak son derece basit. Önemli olan mümkün olduğunca geniş tutulması, özellikle de netice-i talep bakımından.

Bir numaralı usulî karar son derece önemli bir karar. Tahkimdeki belki de en önemli usulî karar, ara karar. Tahkimin esnek bir usul

olduğunu söylüyoruz, işte tezahürü bir numaralı usulî kararda. Bunu nereden anlarız? Usul kanunumuza bakın, mahkeme yargılamasını düzenleyen yüzlerce madde var. Tahkim kurallarına bakın, en geniş tahkim kuralları bile 40–50 maddeyi geçmez.

Bunu nasıl telafi edeceğiz? Bir numaralı usulî kararda o tahkimi taraflara özgü hale getireceğiz. Onun için burada dilekçelerin şekli, hazırlanması, sunulması, delillerin değerlendirilmesi, tanıklar, tanık beyanları, uzman görüşü, bilirkişi atanması, çapraz sorgu ve duruşmalara ilişkin hususları ayrıntılı şekilde yazmak lazım.

Şöyle bir söylenti var: “Bir numaralı usulî karar önemli değil.” Buna inanmayın. Çok önemli. Birisi size idarenin avukatı olarak “bir numaralı usulî karar çok da önemli değil, bir iki sayfa olsun” derse bilin ki daha sonra sorun çıktığında büyük problem yaşayacaksınız. İki taraf anlayamayınca büyük sorun yaşayacaksınız.

Usulî zaman çizelgesinde de tahkim yargılamasının hangi süre içinde biteceği yaklaşık olarak ortaya konuyor. Bu sizin elinizi kuvvetlendiriyor. Çünkü yargılamanın akışını ve takvimini baştan belirliyor.

Dilekçelerin hazırlanması bu aşamalardan sonra gerçekleşiyor. Dilekçelerin hazırlanmasında yargılama stratejinizi mutlaka kontrol edin ve gerekiyorsa düzeltin. Çünkü artık elinizde tüm deliller bu aşamada bulunmalı diye düşünüyoruz. Tabii burada gerekiyorsa e-postaları da incelemek lazım, taraflar arasında e-posta yazışmaları olduysa.

Tanık ve uzman beyanlarını dilekçeleri vermeden önce mutlaka almak gerekir. Varsa çevirilerin hazırlanması için ayrıca çaba sarfetmek lazım. Bazen çok çeviri oluyor, özellikle yabancı unsurlu tahkimlerde. Onların yönetilmesi son derece güç olabiliyor.

Çapraz sorgu, usul kanunumuzda hüküm var ama uygulamamız maalesef neredeyse yok. Çapraz sorgu konusunda hâkimlerimiz de çok eğitilmiş değil, avukatlarımız da çok eğitilmiş değil. Yeni yeni

çapraz sorgu eğitimleri veriliyor anladığım kadarıyla. Ama tahkimde çok sık kullanılan bir kurum. Çapraz sorgu, diğer tarafın sizin tanığınızı veya uzmanınızı sorgulaması ya da sizin bilirkişiyi sorgulamanız şeklinde olabiliyor.

Buradaki hedefleri doğru belirlemek ve soruları ona göre sormak lazım.

Hakem kararları bakımından iki ana karar tipi var: ara karar ve nihai karar. Ara kararlara karşı kural olarak iptal davası açılmıyor. Açılmamalı da. Nihai kararla birlikte iptal davası açılabilir. Bu hatalar yaşandığı için özellikle değinmek istedim.

Hakem kararlarına karşı başvuru yolları malum: kararın düzeltilmesi, yorumlanması, tamamlanması. Bunların oranı nedir dersiniz, kararın düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanmasına başvurulması genelde yüzde 10'un altında. Bizde istatistik yok ama uluslararası istatistiklere baktığımızda bunu görüyoruz.

İptal davasındaki başarı oranı da İsviçre'de yaklaşık yüzde 6. Bizim hukukumuzda bu oran biraz daha yüksek ama maalesef şu ana kadar yayınlanmış bir istatistik yok. Tam olarak bilme şansımız da yok.

Son olarak, yargılamanın iadesi de başvuru yolları arasında sayılabilir.

Teşekkür ediyorum.

Abdullah Yaman

Teşekkür ediyoruz. Usulcü olarak, usul ekonomisine de özellikle riayet ettiniz. Gayet güzel ve özlü bir anlatım oldu.

Tabii, başhakemle ilgili hocamın söylediklerine aynen katılıyorum. Taraf hakemleri anlaşılmazsa mahkeme seçiyor. Ama başhakem çok önemli. Çünkü bize gelen kararlarda genelde görüyoruz, üç hakemli heyetlerde çoğu zaman karar ikiye bir çıkıyor. Hatta bazen muhalif hakemlerin, bir yıllık sürenin sonunda muhalefet yazarak, kararı süresi içinde çıkmadı diye geçersiz kılmaya çabaladıklarına bile şahit oluyoruz.

Evet, şimdi son konuşmacımıza geçiyoruz.

Sayın Muhammet Ali Yıldızbakan, aynı zamanda hukukçu kimliğiyle Yüksek Fen Kurulu üyesi. Yüksek Fen Kurulu'nun kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümündeki rolünü bize aktaracak. Buyurun lütfen.



Yüksek Fen Kurulunun Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü

Muhammet Ali Yıldızbakan*

Kamu ihale sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıklarda Yüksek Fen Kurulu'nun yeri kapsamında başlayacağız.

Kurulumuz toplam 18 üyeden oluşmaktadır. Alanlarında en az on yıl tecrübeye sahip, üst düzey kamu görevlisi olan bireylerden oluşmaktadır. Mesleki olarak inşaat mühendisi, mimar, çevre mühendisi, şehir plancısı, elektrik-elektronik mühendisi, makine mühendisi, jeoloji mühendisi ve bir de ben hukukçu olarak 8 farklı branşta mesleki disiplin bir arada bulunmaktadır. Hukukçu üye 2020 yılında kurula katıldı daha öncesinde kurul, teknik anlamda son sözü söyleyen bir yapı şeklinde dizayn edilmiştir.

Katılımcı yüksek yargı camiasının değerli başkan ve üyelerine şifahi olarak mahkemelerde “Bir dosyada en fazla kaç tane bilirkişi atadınız?” Sayın Başkanım “11” dedi. Ortalama 5’miş arkadaşlar. Maksimum değerlere baktığımızda 11 çok zor. “Neden 11 atadınız?” dedim. Dedi ki, “Akıllı binayı düşün. Elektrik mühendisi lazım, şu lazım, bu lazım.” YFK’de bunlardan daha fazlası olduğunu ifade ettim. Yani Türkiye’nin teknik anlamda en yetkin kurulu diyebiliriz.

Kurulumuz Teknik anlamada tahkim modeli bir yapı ile işlemektedir. Ancak bu konuda farklı görüşleri olan Prof Dr. Ali YEŞİL-IRMAK hocamız ise YFK için “Siz hakem değil, hakem bilirkişisi olabilirsiniz” diyor. Çünkü tahkimde, tek hakem olduğunda branş

* Yüksek Fen Kurulu Üyesi.

çeşitliliği bulunmuyor. Ama en az üç hakem varsa kanunumuz şu an “bir tanesi hukukçu olacak” diyor. Bence YFK bu şartları da büyük ölçüde sağlamaktadır.

Bizler adaleti gözetebilmek için, yapım sektöründeki ve yapımla ilgili danışmanlık hizmetlerindeki anlaşmazlıklar için bir çözüm merkezi olarak ifade edebiliriz.

YFK kararlarına karşı yargı yolu devam etmektedir. Bu kapsamda yargı yolunda ön aşamada bizlere başvurulabilir.

Peki YFK yargı öncesi neden geliniyor? Birazdan onu da ifade edelim.

Ayrıca Kurulumuz rayiç ve Birim Fiyat kitabı yayımlamaktadır. İhaleye başlamadan önce en çok kullanılan kitaplardan biri. Ne işe yarıyor? Yapı yaklaşık maliyetlerini hesaplamaya yarıyor. Yani biz işin başında varız aslında. Görünmüyoruz, karışmıyoruz. “İşinizi yapın” diyoruz. Yapılacak işe göre bir hesap ortaya çıkıyor.

Peki yayımlanan bu rayiç ve birim fiyatlar kime etki ediyor? Ev alıyorsanız, tapuda harç ödüyorsanız, belediyeden ruhsat alıyorsanız... Açık söyleyelim, bizim bunlardan haberimiz yoktu. Biz bunu yalnızca yapım sektöründeki ihalelerde yaklaşık maliyetin hesaplanması için yayımladığımızı sanıyorduk. Bir öğrendik ki yapı sınıfı, ruhsat, birçok harçta bu kitap kullanılıyor. Bizden habersiz. Ama gerçekten kamuya büyük bir katkı yapıyormuşuz, sonradan fark ettik. O yüzden çok hassasız.

Değerli arkadaşlar, bir imalatın yapılması için gereken asgari şartı belirleyen, asgari şartları teknik olarak tarif eden ve bu şartların ne kadara mal olacağını belirleyen bir kitap aslında. Belki birçoğumuz kullanıyor, belki birçoğumuzun haberi yok. Mahkemeler de ara ara bize soruyor. Bir anlaşmazlık olduğunda mahkeme “YFK, bunun fiyatı nedir” diyor. Ya da gayrimenkul değerlendirme uzmanları soruyor. Mahkemeler itiraz edildiğinde bizden bu fiyatları istiyor.

Yılda binden fazla dosya geliyormuş. Kurula doğrudan gelmiyor bunlar. Yazışma yoluyla, ilgili birimlerce mahkemelere gerekli cevaplar veriliyor.

Teknik adamlar projeye konuşur. Teknik adamlar bazen mevzuatı sevmiyor, kızıyorlar bize ama mevzuat var. En sonunda yine oraya geliyoruz, yapacak bir şey yok. İdare de eline bir mevzuat alıyor. “İdare hukuku mu dersiniz, sözleşme hukuku mu ne dersiniz” diye. İdareyi bağlayan bir sistem var. Arkadaşlar, bu ikisi çatıştığında adli yargı her zaman açık, hiçbir sıkıntı yok.

Peki yargıya değil de neden bize geliyorlar? Buyurun, devam edelim. YFK 1934 yılında çıkarılan kanunda “Nafia Yüksek Fen Heyeti'nin herhangi bir fennî işte son sözü söyleme salahiyeti...” hükmü ile fen anlamında tam yetkili bir kurulu olarak kurulmuştur.

Peki neden bunu söylüyor? Bir yatırım var, yapım var. Bu yapımda yalnızca teknik konuşsun, hukuk burada dursun diyor. Çünkü burada aslında teknik anlaşmazlıklar var, “fennî” diyor. Bu anlamda teknik bilirkişiler olarak, belki de teknik hakemler olarak Yüksek Fen Kurulu'na ihtiyaç doğmuş. Cumhuriyetin 10. yılı. Yeni yeni yatırımlar yapılıyor. İller Bankası 1933'te kuruluyor. Ardından ihtiyaçlar doğuyor, yatırımlar artıyor. Bir hukukçu olarak şunu söyleyeyim: Teknik değilseniz gerçekten çok zor. Mahkemeler neden bilirkişiye gidiyor? Çünkü kavramlar teknik. Hukukla doğrudan alakalı olmayan kavramlar olduğu için, bilen kişilere gidip soruyoruz.

1972 yılında diyorlar ki, “Tamam.” Yüksek Fen Kurulu ile ilgili cümleyi şöyle değiştiriyorlar: “*İnşaat ve tesisat işleriyle ilgili anlaşmazlıkları inceleyip karara bağlamak.*”

1983'te tekrar bir düzenleme oluyor. “Niye değişiyor” diyeceksiniz. Arada, yanlış değilsem, 1960 ve 1982 Anayasa değişiklikler var. Kamu da yapılar yeniden düzenlendikçe mevzuat da değişiyor.

1983'teki düzenleme ile birlikte 180 sayılı KHK de: Proje, inşaat, kontrol ve benzeri işlerde meydana gelen anlaşmazlıklarda Yüksek Fen Kurulu karar verir. Kararı da "nitelikli çoğunlukla" yani üçte iki çoğunlukla ver diyor. Vermezsen ne oluyor? Bu arada 6 üyelik bir yarıdan bahsediliyor. Eğer altı üye üçte iki çoğunluğu sağlayamazsa diyor ki "Bayındırlık Kurulu" var.

Bayındırlık Kurulu kim? Şöyle oluyor: Altı Yüksek Fen Kurulu heyeti duruyor, yanına dışarıdan heyet geliyor. Karayolları Genel Müdürü, Tapu Kadastro Genel Müdürü, Yapı İşleri Genel Müdürü ve Bakanlık Müsteşarı başkanlığında toplanan bir kuruldu.

Bu arada Yapı İşleri Genel Müdürlüğü o dönem tüm Türkiye'deki yapıları yapan ana idari birimdir. Şu anda her bakanlık kendi yapım işlerini yapabiliyor.

Bayındırlık Kurulu'nun verdiği karar kesin ve bir ay içinde işleme giriyor.

2002 yılına kadar bu işlem böyle devam ediyor. Biz karar vermeye devam ediyoruz aslında. Tarihte bizim kararlarımız var, arşiv kitaplarımız var. Şu an arşiv kitaplarımız da oluşturuluyor. Yakında bunları eğitimlerle ve başka çalışmalarla ortaya koyacağız.

2002 yılında 4735 sayılı Kanun çıkıyor. Avrupa Birliği müktesebatı kapsamında Türkiye ile bir şeyler yapalım deniyor. Bu kanun çıkıyor ama bir şey unutuluyor.

4735'ten önce, yapıma ilişkin bütün şartnameleri, tip sözleşmeleri, bu işlere dair birçok metni Yüksek Fen Kurulu hazırlıyordu. Şu an gördüğünüz tip sözleşmeyi de Yüksek Fen Kurulu hazırladı ancak bazı değişiklikler var.

Bu tip sözleşmeler zaman içinde güncellendi. Günümüz Türkçesine de çevrildi. Kavramlar eski Türkçeyle kalmıştı. 2004'ten bu yana biliyorsunuz hukukta biraz daha günümüz Türkçesi kullanılmaya başlandı.

2002'deki bu 4735 sayılı Kanun'la birlikte bize ait olan şartnameler, tip sözleşmeler ve birçok işlem Kamu İhale Kurumu'na devredildiği için biz biraz pasif kaldık açık söylemek gerekirse. Çünkü yetkiler tırpanlandı. Fakat yetki hâlâ yerindeydi. Ta ki 2011'e kadar karar verme yetkisi devam ediyordu.

2011'de 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Teşkilat Kanunu'nun 16. maddesinde bu yetki tekrar hatırlatıldı.

2018'de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçtik. Teşkilat yapılanmalarımız değişti. Bu kapsamda çevre ve kooperatifler ile ilgili anlaşmazlıklar bile yetki alanında görünüyor.

2020'de bizim 1934'ten bu yana kullandığımız yetki, belki biraz daha tırpanlandı. Bakın, önceki kanunda doğrudan yazıyordu: İnşaat ve yapımla ilgili karar vermek şeklinde her ifade bulunmaktaydı.

Ama 2020'de yapılan düzenleme ile Karar verilen konu başlıkları 8 maddeye indiriyoruz. Bununla beraber çalışma usul ve esaslarımız da düzenleniyor.

2026 yılında bir kanun taslağı çalışması ile birlikte; "Yüksek Fen Kurulu sözleşme anlaşmazlıklarına baktığında verdiği kararlar uygulanırsa, taraflar arasında adli yargıda görülecektir." Şeklinde bir düzenleme öngörülmektedir.

Sözleşme anlaşmazlıklarında dava üçüncü kişiye açılabilir mi? Yani ben ve karşı taraf sözleşme imzaladık. Anlaşmazlığımız var. Üçüncü bir kişiye "sen burada taraftın" diyebilir miyiz?

Şu anda tartışılıyor ve bu tartışmaları ortadan kaldırmak için bu kanun taslağı çalışması ve bazı mevzuat değişikliği çalışmalarımız devam etmektedir.

4735 Kanun Ek Madde 1'de bazı hükümler var arkadaşlar. 8 maddede biz şu an karar veriyor görünüyoruz. Hâlbuki karar alanımızda Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesinde yeni birim

fiyat yapılması işleminde de Yüksek Fen Kurulu hâlen karar vermeye devam ediyor.

Buradaki kavramlar iş programı, fiyat farkının ödenmesi ve hesaplanması gibi sekiz başlıktan oluşmaktadır. Bununla ilgili bir karar verdik, şu an yargılanıyoruz.

Yargılanma sebebimiz de çok tuhaf bir konu. Biz, Cumhurbaşkanlığı tarafından Kamu İhale Kurumu'na verilen yetki kapsamında alınan düzenleyici kararı uygulayın şeklinde karar verdik ve bu kapsamda İdareye sadece düzenleyici kararın uygulanmasını söylüyoruz. Fakat bu karar sonrası bir anda davada doğrudan taraf olduk.

Dava konusu ise Kamu İhale Kurumu'nun düzenleyici kararının uygulanması yönündeki kararımız. Yargılama devam etmektedir.

Peki neden Yüksek Fen Kurulu'na başvurulmaktadır?

Zaman insanlar için önemli. Yatırımlar için de önemli. Yatırımların bir an önce faaliyete geçmesi gerekiyor. Peki yatırımlar esnasında bir anlaşmazlık doğduğunda ne yapıyor. Bir mahkemeye dilekçe vermeniz ve dilekçeler teatisinin devam etmesi, yoğunluğa göre değişmekle birlikte, şu an 6 ay ile 1 yıl arasında sürebiliyor. Peki YFK'ye gelindiğinde ne oluyor?

Yüklenici tarafından başvuru yapıldıktan sonra kanuna göre 30 gün içinde dosya önümüze gelebiliyor. Peki bu süreçte 17 üye ne yapıyor? Dosya, ilgili raportör üye başkanlığında sırasıyla inceleniyor ve 60 gün içinde karar verilebiliyor. Şunu da söyleyeyim: şu ana kadar 60 gün içinde karar verdiğimiz hiç olmadı. Ortalamamız 30 ile 40 gün arasında değişiyor.

Bu önemli bir kavram. Düşünün, 70 günlük bir iş var. 63. gün bize başvuru yapılmış. İdare 30 gün bekletiyor. İş bitiyor ve Yüksek Fen Kurulu'na "böyle bir anlaşmazlığımız var" deniyor. Biz hızlıca çözdüğümüzde, kesin kabul aşamasına kadar bu sorunu çözebilmiş oluyoruz.

Peki mahkemeye gitse ne olurdu? 70 günlük işin mahkemeye gitmesi, denetim süreçleri tamamlanana kadar minimum 2 yıl sürer.

Bu anlamda “bize gelin” demiyorum. Yanlış anlaşılmasın. Ben “hadi gelin, anlaşmazlıklarınızı çözelim” demiyorum. Biz, 1934’ten bu yana bu işlemleri tesis ediyoruz. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri 12. Yargı Paketi’nde yeniden gündeme geldi. Neden? İnsanlar zamanı satın almak istiyor.

Bir şeyi özellikle rica ediyoruz: Bize geldiğinizde, lütfen Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen şartları yerine getirmiş olun. Getirmedeğinizde, usule uymadığınızda bize gelmenin bir anlamı kalmıyor.

YFK kimlere hitap ediyor? Kamu kurum ve kuruluşları, kooperatifler, her türlü yapım ve yapımla ilgili danışmanlık hizmetleri bize başvuruda bulunabilir. Ama yeter ki mahkemeye gidilmesin. Çünkü mahkemeye gidildiğinde yargılama başlıyor. Biz yargının önüne geçemeyiz. Biz ne dedik? Bizim üstümüzde yargı var.

Yüksek Fen Kurulunca 2020 ile 2025 yılları arasında yaklaşık 1779 görüş ve 1301 karar verilmiştir.

Yüksek Fen Kurulunca “Görüş” ve “Karar” olarak iki farklı işlem gerçekleştirilmektedir.

“Görüş” 4735 kanuna tabi bir sözleşme olmadığı takdirde bizden görüş sorulabilir. Ya da 4735 istisna kapsamında ise yine gelip bize görüş sorabilirsiniz.

“Karar” ise 4735 sayılı kanunda saydığımız 8 madde ile Yapı Yaklaşık maliyetlerinde kullanılan birim fiyat ve rayiçlerin yayımlanması konularından oluşmaktadır.

Kurulumuzda yılda ortalama 600 dosya inceleniyor. Bunların bir kısmı karara bağlanıyor, bazıları usulden, bazıları esastan incelenip cevapları ilgili idarelere gönderiliyor. İdare kararlarımıza uymakla yükümlü olduğundan kararlarımız bağlayıcıdır.

Neden bağlayıcı? Tip sözleşmeyi okuduysanız, birçoğunuzun okuduğunu düşünüyorum. Bazı maddeler toplumda “idareyi kayırıyor” algısı doğurabiliyor. İdare yapar, idare söyler, idare keser gibi. O zaman yüklenici diyor ki “devlete karşı elim bağlı.” Hani eşitlik ilkesi vardı? İşte YFK burada diyor ki: İdare, sen hata yapıyorsun. Ya da yüklenici, sen hata yapıyorsun. Şeklinde görüş ve kararlar verilmektedir.

Kısaca örnek birkaç kararımızdan örnek verelim.

Bir kararımız: İş artışı ve eksilişi hesabında, ihale sürecinde EKAP'ta yüklü olan uygulama projesi esas alınacak. Olay şuydu: EKAP'a yüklenen proje ile vatandaşlara verilen proje dağlar kadar farklı. Adam neye itiraz edecek? Böyle bir şey olabilir mi? Olamaz. EKAP herkese açık. Bununla ilgili bir anlaşmazlık olmuştu.

İkinci bir kararımız: Yapım İşleri Genel Şartnamesininin 21 ve 22. maddelerini uygulayın. Biz onların yerine geçmiyoruz. Taraflarca imzalanan sözleşme ve ekleri hükümlerinizi uygulayın diyoruz.

Bir diğer kararımız: İşin yürütülmesi sırasında gecikme. Bunu özellikle koydum. 60 günlük işin hakkediş ödeme süresi 180 gün. 30, 30, 180. İş 60 gün. Mantıklı mı? Çok inisiyatif isteyen bir durum.

Biz bunu daha önce Kamu İhale Kurulu ile de istişare ettik. Ortak bir yol bulalım dedik. Kamuların ödenek ve bütçe süreçleri nedeniyle süreleri uzatmak istemesini anlayabiliyorum, haklılar. Ama bu esnekliği suistimal edenler de oluyor.

Bence burada ihale süresini geçmeyen bir üst sınır olmalı. Bunu Başkanımın huzurunda da arz ediyorum. 60 günlük işe 180 gün, 30-30 ekleyince toplam 240 gün. Allah yardımcısı olsun.

Bir diğer konu: Fen noktasında çalışılmayan döneme ilave süre verilemeyeceği.

Son olarak Anayasa Mahkemesininin YFK için verilmiş kararından bahsedeceğim.

644 sayılı KHK'ya ilişkin bir iptal davası açılıyor. Anayasa Mahkemesi diyor ki, Yüksek Fen Kurulu kararlarının kesinliği yargısal anlamda bir kesinlik değil, idari kesinliktir. İdare, yatırımın işleyişini devam ettirmek istiyor. Durmasın, yerinde kalmasın. Çünkü yatırım yarıda kaldığında elde edilen menfaat ortadan kalkıyor.

Kanun koyucu, yargılama süreçlerinin uzunluğunu dikkate alarak, kamu yatırımlarının taraflar arasındaki uzun süreli fiyat anlaşmazlığı nedeniyle sürüncemede kalmasını önlemek istemiştir. Yeni imalatların gerektirdiği fiyatın doğrudan mahkeme tarafından belirlenmesi yerine, bu konudaki kararın öncelikle idari bir organ olan Yüksek Fen Kurulu'na verilmesini öngörmüş ve işleyişi kolaylaştırmak istiyor.

Yüklenici, Yüksek Fen Kurulu'nun belirlediği fiyatı esas alarak işi yürütmek zorunda olmakla birlikte, belirlenen fiyatı yeterli bulmadığı durumda uyuşmazlığı usulüne uygun şekilde yargı mercilerine taşımada ve haklarını yargı önünde aramasında herhangi bir engel yoktur.

Şu an Yüksek Fen Kurulu yargılanıyor. Umarım verdiğimiz kararlar problem oluşturmasın. Biz aslında şunu söylüyoruz: İş sürüncemede kalmasın, devam etsin. FIDIC'te de benzer uygulamalar var. Avrupa'da ve Amerika'da da örnekleri var.

Eda Manav Özdemir Hocamızla yapılan Cumhurbaşkanlığı Külliyesi'nde ilk programda "YFK" dedim, kimse tarafından bilinmediğini fark ettik. Kavramları oturtmaya çalışıyoruz.

Bu yıl itibarıyla kamu kurum ve kuruluşlarına talep halinde, proje okumadan proje işletimine, sözleşmedeki hakkediş düzenlemelerinden fiyat farkına kadar eğitimler düzenlenecektir. Bilginize arz ederim.

Saygılarımla sunarım. Hepinize teşekkür ediyorum.



Soru – Cevap

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Muhammet Ali Yıldızbakan Bey'e sunumu için çok teşekkür ederiz.

Son oturum olduğu için isterseniz birkaç soru alalım. 17.00'ye kadar süremiz var. Soru sormak isteyen, öncelikle kendini tanıtarak ayrıca soruyu hangi konuşmacıya sorduğunu da belirtirse memnun oluruz.

Katılımcı

Prof. Dr. Cemile Demir Gökyayla, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Aslında diğer hazirun da bunu söyledi ama ben özellikle sesli dile getirmek istedim. Şu anda inşaat projelerinde uygulamadaki en büyük sıkıntı şu: Projede bir uyuşmazlık çıktığında nakit akışı kesiliyor. Mesela ek iş yapıyor ya da yaptığını düşünüyor ama ek işin parasını o anda alamıyor.

Birinci ek iş, ikinci ek iş, üçüncü ek iş, dördüncü ek iş derken süreç uzuyor. Buna bağlı olarak başka başlıklar altında da maddi talepleri oluyor. Bunları alamıyor.

Bu, bir süre sonra projenin nakit akışını bozuyor. Özellikle cezalar uygulanırsa vesaire, durum daha da ağırlaşıyor. Dolayısıyla en büyük problem projenin nakit akışının bozulması ve işin sürüncemede kalması.

Sizin anlattıklarınızdan, Anayasa Mahkemesi'nin "idari olarak bağlayıcıdır" tespiti şu anlama geliyor diye anladım: "Kesinlikle yargıya başvurulamaz" demek değil. İdare, yargıya gidilmeden önce bu karara uymak zorunda. Siz aslında projede nakit akışını sağlayan bir konumdasınız.

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Biraz daha şöyle söyleyeyim: Sürüncemede kalmadan projenin, yani yatırımın bir şekilde uygulanmasını sağlayan bir kuruluz aslında.

Katılımcı

Evet.

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Bir de kurulun amacı da zaten bu. Çünkü bu anlamda tekil bilgiye sahip bir yapı olmadığını düşünüyoruz. Mahkemeye gidildiğinde yine bilirkişiye gidilecek. Üç, beş, yedi, sayıyı bilmiyorum ama yine bir bilirkişiye gidilecek. Teknik bir değerlendirme yapılacak. İdare kendi içinde bunu çözmeye çalışıyor ve diyor ki “böyle bir kurul var.” Kamu yatırımları için bence büyük bir avantaj. Umarım daha farklı yapılarla ve daha farklı kararlarla bunu geliştirmek mümkün olur.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Başka soru var mı?

Katılımcı

Mustafa Erkan, Marmara Üniversitesi. Merak ettiğim soru şu: Kanunda açıkça “YFK kararları idareyi bağlar” deniyor. Buradan mefhum muhalifinden, diğer tarafı bağlamaz sonucu çıkıyor.

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Uygularsa diğer tarafı bağlamaz. Uygulaması bağlamıyor.

Katılımcı

Evet. Peki YFK karar verdikten sonra sözleşmenin diğer tarafı mahkemeye gitmek isterse, önce idare mahkemesine gidip YFK kararını iptal ettirmek zorunda mı? Çünkü idari bir karar olduğu, Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği için.

Bu kararın hukuki niteliği nedir?

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Tam da bu noktada, Sayın Başkan'ın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne giden bir dosyada, herhalde sizin de imzanız vardı Başkanım. Çok özür diliyorum. İsterseniz davayı örnek üzerinden söyleyelim, hocamın sorusuna da o şekilde cevap vereyim.

BOTAŞ bir soru soruyor. Diyor ki, “Burada bir kamulaştırma işleminde gecikme var.” Gecikmeden dolayı yüklenici diyor ki “Fiyat farkı istiyorum.” Yüksek Fen Kurulu'na git deniyor. BOTAŞ Yüksek Fen Kurulu'na geliyor. Davalar halen devam ediyor. Daha Yargıtay'a gelmedi, Bölge Adliye'de.

BOTAŞ'ın getirdiği olayda biz diyoruz ki: “Eğer kamulaştırmada bir gecikme nedeniyle süre veriyse, doğal olarak fiyat farkı da vermen gerekir.”

BOTAŞ diyor ki: “Senin kararın nedeniyle ben fiyat farkını verdim. Örnek veriyorum iki milyar TL zarar ettim.” Bize dava açıyor. Nerede açıyor? İdare mahkemesinde. İdare mahkemesi diyor ki “Bu bizim konumuz değil, sözleşme konusu, adli yargıya gidin.” Adli yargı diyor ki “Bu benim işim değil, iki idare arasındaki işlem.” Sonra dosya Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gidiyor. Söz başkanımda.

Yüklenicinin talebiyle bize gelindiğinde, 4735 sayılı Kanun kapsamında bize başvurulması gerektiği için süreç bu şekilde işliyor.

Katılımcı

Bunu anladım ama temel nokta şu: İdare sizin kararınızı iptal olmadan, yani ortada bir idari karar varken, bağlayıcılığı olan bir işlem varken, mahkemeye doğrudan gidilebilir mi?

Yani önce idare mahkemesinde iptal ettirip sonra adli yargıya mı gidilecek?

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Tam da bu noktada ben de size katılıyorum hocam ama yargı öyle demedi.

Katılımcı

Eğer öyleyse çok fecaat bir durum. Kolaylaştırmazsınız, işi bitirirsiniz. Üç beş yıl idare mahkemesi, üç beş yıl adli yargı, toplam on yıl.

Bence eksik olan nokta, hukuki statüsünün ve niteliğinin tam olarak ortaya konulması. Yargı mercii misiniz, değil misiniz? Tahkim misiniz, değil misiniz?

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Tahkimin tam ortasındayız. Biz idari tahkim olarak değerlendiriyoruz.

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak - İbn Haldun Üniversitesi Öğretim Üyesi, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu Üyesi

Birkaç ay önce Ankara'da bir toplantı yapıldı. Toplantının ana konusu YFK kararlarının hukuki niteliğiydi. Başlık da buydu. Ben de bu konuya temas etmesi gereken kişiydim.

Sorun şurada: YFK kim? Bu kararların niteliği ne? Kanun çok açık değil.

Benim önerim şu: Değerli konuşmacı da bahsetti. Bunu hakem bilirkişi kararı olarak nitelendirirseniz, hakem bilirkişi kararlarında bildiğiniz gibi iki özellik var. Bağlayıcı hakem bilirkişi kararları ve bağlayıcı olmayan, nakit akışını sağlamak için verilen kararlar.

Her iki halde de sizi kimse dava etmez. Çünkü hakem bilirkişisiniz, bir karar verdiniz. Dava edecekse gider tahkime gider, mahkemeye gider. O baksın devamına.

Ana soru bu. Cevabı da bence kanun değişikliğinden geçiyor. Umarım bir şekilde olur.

Katılımcı

Hakem bilirkişilik müessesesini Türkiye’de uygulamaya başlamanız lazım. Herhalde YFK üzerinden de başlayabiliriz.

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

İlk örneği olabiliriz belki de.

Katılımcı

Ama şu anda erken doğmuş gibi bir durum var.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Doğan Bey bir şey ekleyecek.

Doğan Ağırman - Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Ben Uyuşmazlık Mahkemesi’nde de bulundum. Yüksek Fen Kurulu kararına karşı bir dava açıldıysa, idari bir kurum olduğu için bu davanın idari yargıda görülmesi gerekir. Ancak şunu ayırmak lazım. Yüksek Fen Kurulu sözleşmenin tarafı değil. İdare ile yüklenici arasında bir sözleşme var. Uygulama sırasında bir görüş istenmiş. Yüksek Fen Kurulu ile anlaşmamışlar. Şu poz mu olacak, bu mu olacak, şuna mı gidelim, buna mı gidelim diye bir görüş istemişler. Görüş gelmiş. “Ben bu görüşten dolayı zarar gördüm” deniyor. Sözleşmenin tarafına değil, doğrudan Yüksek Fen Kurulu’na karşı dava açıyorum deniyorsa, bu idari yargıda görülür. Sonucu bağlamı nedir, ayrı bir konu. Bu yönü ayrı.

Ama taraflar arasında bir ihtilaf varsa, sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme artık özel hukuk sözleşmesidir. Adli yargıda görülmesi gerekir. Muhammet Ali Bey bunu detaylı anlattı, teşekkür ediyoruz. Hakikaten bilinmeyen bir şey. Bununla ilgili yargı kararlarında da henüz her yönüyle tartışılmış değil. Herhalde en fazla tartışacak olan da bizim Altıncı Hukuk Dairesi. Ama ilk bakışta değerlendirdiğimizde Muhammet Ali Bey çok haklı. Bu kurum, sözleşmelerin ifasını engellemesin.

Şimdi işe başladı, orada bir sıkıntı çıktı. Yüklenici diyor ki “Şu betonu kullanacaktım.” İdare diyor ki “Hayır, şunu kullanacaktın.” Bu noktada dava açacaksın, şu olacak, bu olacak, iş duracak gibi bir süreç olmasın. Fen Kurulu’na başvuruluyor. İdare diyor ki “Fen Kurulu’na başvur, karar verdi. Sen onu uygula.” Devlet diyor ki “Ben o işi üzerime alıyorum. Verilen kararı uygula, bununla ilgili sorumluluk doğar diye düşünme, yerine getir.” Ama bunu idareye yüklüyor, diğer tarafa söylemiyor. İki taraf için bağlayıcı olmadığı veya uyuşmazlık çözümü için buraya başvuru zorunda olmadıkları için Muhammet Ali Bey bunu tahkim gibi değerlendirmiyor. Öyle bir tartışma burada olmaz. Bağlayıcılık değerlendirilebilir, etkisi değerlendirilebilir ama söylediğim gibi çok işlevsel bir kurum. Uyuşmazlık mahkemeye varmadan hızlı bir karar verelim, devam edelim, sonuç alalım diye kanun koyucu böyle düzenlemiş. Zaten metin çok açık.

Kapsamı bu şekilde. Bunun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde mi olduğu, tahkim olur mu, şu olur mu diye ayrıca kategorize etmekten ziyade, Ali Hocam’ın çok isabetli söylediği gibi, hakem bilirkişi fonksiyonu da böyle. Uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirmiyor. O aşamada tıkanan bir şey var, bunun devam etmesi için bir görüş istiyor, bir rapor veriyor. Aralarındaki sözleşmeye göre bağlayıcı olabilir diyebilirler, bağlayıcı olmayabilir diyebilirler. Aralarındaki hakem bilirkişinin klozda nasıl yer aldığı ve kapsamı bunu belirler. Bizde nevi şahsına münhasır bir kurum.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi dediğinizde tahkim, Londra’da da, Fransa’da da, Türkiye’de de tahkim denince ne anlaşılırsa odur. Ama Yüksek Fen Kurulu deyince Londra’da bunu ne olduğunu anlatmanız gerekir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktan ziyade, kamu yapım işlerinde tıkanıklığı aşan, işleri kolaylaştıran, çok işlevsel bir kurumdur. Bu şekilde görmek gerekir.

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Başkanımıza bir örnek olarak vereyim. Çok güzel bir beton örneği verdiniz. C30, C35. Sözleşmede C35 yazıyor, idare diyor ki “Ben C30 istiyorum.” Yüklenici diyor ki “Ben C35 yaptım, paramı ver.” Şimdi C35 yaptıysa parasını verecek. Sözleşmede C35 yazıyor, bitti.

Biz sözleşme ve mevzuat dışında hiçbir şey yazmıyoruz arkadaşlar. Yani kendi kendimize bir şey yazmıyoruz, ifade etmiyoruz. Sözleşmesinde ve projesinde varsa, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde varsa ya da kamu ihale mevzuatındaki hükümler varsa, ona göre karar veriyoruz. Bunun dışında hiçbir cümle kullanılmıyor. Mevcut bütün kararlarımızı gösterebiliriz.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Hukukçu olarak her şeyi kategorize etmek gibi bir alışkanlığa sahibiz.

Borçlar Kanunu’nda tek tek sıralanmış akdin özel neveleri var. Bazen Önümüze öyle uyumsuzluklar geliyor ki, hangisine uyarlayacağımızı saatlerce tartışıyoruz. Olmadı en nihayetinde “Karma sözleşme” deyip işin içinden çıkıyoruz.

Muhammet Ali Yıldızbakan - Yüksek Fen Kurulu Üyesi

Başkanım, bugün burada sunum yapıyorsak, burada belki bizim de biraz parmağımız var. İhale yapıldı, temelde sorun çıktı, bize geldiler. En üstte çatı yapamadılar, yine bize geldiler, “Yapamıyoruz” dediler. Türkiye’de bunun şartları yok dediler.

Asansör, Türkiye’nin herhalde en uzun asansörü burada. Yine sıkıştılar. Sıkıştı derken anlaşmazlık oldu, yine bize geldiler. Yoksa o ihale orada bekleyecekti. Bir şekilde çözüm bulmak zorundayız. Yoksa bu yapı bugün burada bu sunumu yapmamıza engel olurdu. Bir bedel almıyoruz. Hiçbir bedel yok.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Son bir soru alıp oturumu kapatıyoruz, inşallah. Buyrun.

Katılımcı

Araştırma görevlisi Kerem Kat, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisiyim.

Benim sorum şu. Bu konuda bir tezim de var. İdare ihtiyaç duyulan bir malın alınması veya yapım işinin görülmesi için ihale yaptı. Yüklenici, idaredeki kamu görevlilerine rüşvet vererek ihaleyi kazandı ve ihale neticesinde yüklenici ile idare arasında yolsuzluk yoluyla elde edilen bir kamu ihale sözleşmesi akdedildi.

Yüklenici edimini ifa etti ancak idare işin ücretini ödemedi önce idarenin yönetim kurulu değişti. Yeni gelen kurul, yüklenicinin söz konusu kamu ihale sözleşmesini yolsuzluk yoluyla elde ettiğini, rayice üç liralık işi on liraya yaptığını tespit etti. Dolayısıyla yüklenici ücretini talep ettiğinde idare dedi ki “Ben sana bu parayı vermem. Çünkü sen bu sözleşmeyi benim kamu görevlilerime rüşvet vererek elde ettin. Üç liralık işi beşe de değil, on liraya yaptın.”

Bunun üzerine yüklenici, tahkimde sözleşmeden kaynaklanan alacağının tahsili için dava açtı. İdare de dava konusu sözleşmenin yolsuzluk yoluyla elde edildiğini ve uyuşmazlığın tahkimde görülemeyeceğini iddia etti, savundu.

Bu durumda hakem nasıl karar vermelidir? Başka bir deyişle, yolsuzluk yoluyla elde edilen kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari tahkimde görülebilir mi?

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Konu anlaşıldı. Soru özellik itibarıyla dava konusu olmuş bir hadiseyle ilgili gibi geldi bana.

Doğan Ağırman - Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Hakemden geldiği için, müsaadenizle cevap vereyim. Sıkıntı olmaz. Mahkemeden de geliyor bu tür davalar. Bizim mahkemede bu konuda daha önce kararlarımız da var. İdare elemanlarının yaklaşık maliyeti çok yüksek gösterdiği, sözleşmenin bu şekilde imzalandığı dosyalar var. On Beşinci Hukuk'un, devamındaki dairelerin kararları var. Bu maddi hukuka ilişkin bir konu.

Tahkim sözleşmesine konu olur mu? Olur.

Tahkim sözleşmesinde uygulanan işin esasına, yani maddi hukuka, biz iptal davasında bakmıyoruz. Şu an yasaklı alan bu. Tahkim iptal nedenleri arasında, uygulanan maddi hukuk iptal davasında ve temyizde değerlendirilemez. Maddi hukuka girilmez.

Ama şunu söyleyebilirim. Sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde, bunu değerlendirecek olan da hakem heyetidir.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Hocam, şöyle. Tahkim klozu da menfaat temin edilmek suretiyle imzalandı diyorsa, yani tahkim şartının geçerliliğine ilişkin bir şey söylüyorsa... Ama bu belli ki yargıya gelecek, intikal edecek bir şey. Somut bir dosyadan bahsediyorsunuz, galiba.

Katılımcı

Sayın Başkanım, özür dilerim, düzeltiyim. Benim somut bir davadan haberim yok. Ben bu konuyu yüksek lisans tezi olarak çalıştım. O yüzden biliyorum ve yurt dışındaki örnekler üzerinden çalıştım.

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak - İbn Haldun Üniversitesi Öğretim Üyesi, Türk Tahkim Akademisi Koordinasyon Kurulu Üyesi

Hakem Lagergren'di galiba, yanlış hatırlamıyorsam. O olsaydı davayı reddederdim. Görev ve yetki dahilinde değil diye. Ama davayı görüp bu tespiti yaptıktan sonra reddetmesi gerekiyor.

Bence bizim hakemimizin de böyle yapması lazım. Yetkiliyim der, meşhur ayrılabilirlik ilkesi var, hakemin kendi yetkisini tespit etmesi var. Baştan “ben buna bakamam” demek yerine “yetkiliyim, bakarım” der. Rüşveti tespit ederse, yetkisizlik kararı verip davayı usulden reddetmesi gerekirdi.

Katılımcı

Ben de naçizane bir katkı olarak şunu söyleyeyim. Yüksek lisans tezimde Avrupa’da yapılan çalışmaları inceledim. İngiliz hukukunu, Amerikan hukukunu, İsviçre hukukunu, Alman hukukunu inceledim. Şu an doktrindeki ve yabancı ülke uygulamasındaki baskın görüş, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu yönünde. Ayrılabilirlik prensibi gereği tahkim anlaşmasının geçerli olduğu kabul ediliyor. İdare, yüklenicinin rüşvet yoluyla sözleşmeyi elde ettiğini iddia etse dahi, tahkim sözleşmesi ayrılabilirlik prensibi gereği geçerli kabul ediliyor.

Bu yüzden ben hakemin uyuşmazlığın esasına bakabileceğini düşünüyorum.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Tahkim iradesi de bir Borçlar Kanunu sözleşmesi. “Benim iradem sakatlandı” dediğiniz an, buna dayanabilirsiniz. İrade sakatlığı. Bu iradeyi manipüle eden vakıalar; hata, hile, korkutma her neyse, bunlar ileri sürülebilir.

Katılımcı

Benim somut bir davadan haberim yoktu, varsayım doğru.

Doğan Ağırman - Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Hocam bir cümle daha söyleyeyim. Arkadaşımız çok ilgilendi, hassas. HMK 412/4’te açık hüküm var. Der ki: Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmuş bir uyuşmazlığa ilişkin olmadığı itirazında bulunamaz.

Hocamın dediği gibi, tahkim geldiğinde “Böyle bir iddia var, tahkim görür mü görmez mi” denmeyecek. Tahkimde görülecek ve maddi hukuka ilişkin değerlendirme yapılacak. Maddi hukuka ilişkin esasına zaten biz iptal nedeni olarak girmiyoruz. Bu uyuşmazlık tahkimde görülecek. Senin almak istediğin cevap buysa, cevap bu. Uyuşmazlık tahkimde görülecek.

Katılımcı

Ben sadece görüşünüzü merak ettim. Yoksa almak istediğim belirli bir cevap yok.

Abdullah Yaman - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı

Müsaadenizle kapatalım artık. Böyle güzide bir salonda, seçkin bir topluluğa hitap etme imkânı veren programın paydaşları olan, Türk Tahkim Akademisi'ne, Kamu İhale Kurumu'na, İbn Haldun Üniversitesi'ne ve İstanbul Finans Merkezi'ne ve bu saate kadar bizleri sabırla dinleyen siz değerli katılımcılara ayrı ayrı teşekkür ediyoruz.



İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI
IBN HALDUN UNIVERSITY PRESS

دار نشر جامعة ابن خلدون

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Ali Yeşilirmak | Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir | Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Kafalı | Ar. Gör. Hüseyin Yağızhan Kol

Kamu ihale sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile özel hukuk ilişkilerinin kesişim noktasında yer alan ve uygulamada çok yönlü hukuki sorunların ortaya çıkmasına zemin hazırlayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü; kamu yararının korunması, hukuki güvenliğin sağlanması ve kamu kaynaklarının etkin kullanımı bakımından özel bir önem taşımaktadır.

Elinizdeki eser, 9 Ocak 2026 tarihinde gerçekleştirilen *Kamu İhale Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu* kapsamında sunulan tebliğleri bir araya getirmektedir. Çalışmada; idari yargı kararlarının yürüten sözleşmelere etkisi, güncel mevzuat değişiklikleri, idari yargı-adli yargı ayrımı, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı, fiyat farkı uyuşmazlıkları, sözleşmenin devri ve tahkim gibi konular güncel gelişmeler ışığında ele alınmaktadır.

Yüksek yargı mensupları, akademisyenler ve uygulamacıların katkılarıyla hazırlanan bu kitap, kamu ihale sözleşmeleri hukukuna ilişkin güncel tartışmaları bir araya getirerek alandaki akademik ve uygulamaya yönelik çalışmalara katkı sunmayı amaçlamaktadır.

PARA İLE SATILMAZ

ISBN: 978-625-6592-23-6



9 786258 592238

İSTANBUL
FINANS MERKEZİ

KAMU
İHALE
KURUMU

TÜRK TAHKİM AKADEMİSİ

CUMHURBAŞKANLIĞI GENEL SEKRETERLİĞİ
İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ

İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ UYGULAMA
VE ARAŞTIRMA MERKEZİ

İbn Haldun Üniversitesi
HUKUK FAKÜLTESİ