

## İDARENİN SÖZLEŞME AKDETME ZORUNLULUĞU VE SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

### VERPFLICHTUNG ZUM VERTRAGSABSCHLUSS UND HAFTUNG DER VERWALTUNG AUS CULPA IN CONTRAHENDO

Araş. Gör. Nida MALBELEĞİ\* / Av. Merve Ayçe ÖZMERİÇ\*\*

#### ÖZ

*İdarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı araçlardan biri de "sözleşme" olup, söz konusu bu tasarruf biçimi günümüzde etkinliğini giderek artırmaktadır. İdare akdedeceği bir sözleşmede, sözleşmenin tarafını seçme konusunda özel hukuktaki serbestiye sahip olmayıp, sözleşme tarafını ihale yoluyla belirlemektedir. Ancak bazı durumlarda ihale aşaması tamamlanmasına rağmen, İdare sözleşmeyi çeşitli sebeplerle imzalamamakta ve sözleşme uygulamasına geçilememektedir. Bu çalışmada, ihaleyi kazanmak için çeşitli masraflar yapmış olan isteklinin, İdareyi sözleşme akdetmeye zorlayıp zorlayamayacağı, sözleşme akdedilmediği için İdarenin sözleşme öncesi sorumluluğunun ne yönde belirleneceği ve isteklinin hangi zararlarını talep edebileceği güncel içtihat çerçevesinde ele alınacaktır.*

*Anahtar kelimeler: İdarenin sorumluluğu, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo), ihale sonrası sözleşme akdetme zorunluluğu, ihale isteklisinin zararları*

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (malbelegi@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1969-0246.

\*\* İstanbul Barosu, (maozmeric@hotmail.com). ORCID: 0000-0003-4360-7104.

**THE OBLIGATION OF THE ADMINISTRATION TO  
CONCLUDE A CONTRACT AND CULPA IN CONTRAHENDO LIA-  
BILITY**

**ABSTRACT**

*Being one of the legal instruments that are used for fulfilling the public services, contract is getting more and more effective in public sector. Contrary to private bodies; public bodies do not have the freedom to choose the contracting party and it can only be chosen after a public procurement process. However in some cases, despite the completion of the phase, contracting authority does not conclude the contract due to some reasons. In this study, the scope of the ability of the tenderer to legally bind the contracting authority to conclude a contract will be examined in the light of current case law. The application of the principle of the pre-contractual (culpa in contrahendo) liability will also be analysed.*

**Key Words:** *Contractual Liability of the Administration, culpa in contrahendo, the obligation of concluding the contract in public procurement process, tenderer damages.*

## GİRİŞ

Kamu hizmeti görmekle görevlendirilmiş İdarenin, “sözleşme” akdetme yoluyla görmeye karar verdiği ve sözleşme görüşmelerine başladığı süreci, söz konusu sözleşmeyi imzalayarak ve uygulamaya başlayarak tamamlamak zorunda olup olmadığı, idare tarafından sözleşmenin imzalanmaması halinde idarenin nasıl bir tazmin sorumluluğu olacağı öğretide tartışılan bir husus iken; mesele çalışmamız kapsamında değerlendireceğimiz Danıştay 8. Dairesi'nin 10.04.2017 tarihli 2016/11286 E. 2017/2653 K. sayılı içtihadı ile yeniden gündeme gelmiştir<sup>1</sup>.

Bu bağlamda çalışmamızda ele alınacak temel husus kamu hizmeti gören İdarenin, ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı ve İdarenin, ihale kararı sonrası sözleşmeyi akdetmemesi halinde sözleşme öncesi sorumluluğu ile tazmin yükümlülüğünün nasıl değerlendirildiğidir. Çalışma, ihalenin iptali sonrasında, söz konusu iptal hükmünün, akdedilmiş olan sözleşmeye nasıl etki edeceğini ve doğan zararın nasıl tazmin edileceğini kapsamamaktadır<sup>2</sup>.

### I. Sözleşme Öncesi Sorumluluk Kavramı

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*“*cic*”) genel bir ifadeyle, sözleşme görüşmeleri aşamasında, taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (Türk Medeni Kanunu md. 2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin, ihlali sonucu meydana gelen, sorumluluk biçimi

<sup>1</sup> Danıştay 8. Dairesi'nin 2016/11286 E., 2017/2653 K. sayılı 10.04.2017 tarihli içtihadı: Danıştay Dergisi, Yıl:2017, Sayı: 145, s. 146-151. Bkz. [http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/15\\_05\\_2018\\_114253.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/15_05_2018_114253.pdf), (Çevrimiçi, 21.08.2018). Yargıtay'ın kamu ihale sözleşmelerinde “*culpa in contrahendo*” sorumluluğunun önünü açtığına dair içtihadı için bkz. Yunus Akşin Pınar, *Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbeti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 136-137.

<sup>2</sup> Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara, 2007, s. 91-115 ve s. 141-206; Pınar, s. 154-156.

olarak ifade edilebilir<sup>3</sup>. Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir<sup>4</sup>. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadır. Çünkü koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar ver-

<sup>3</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2015, s. 1128. İhan Ulusan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1982, s. 287.

<sup>4</sup> "...Oysa sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akıt görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in contrahendo) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de; akıt bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akıt kurulmadan önce taraflar; aktin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akıt benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. md. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: III, Ankara-1990, Sh. 306 vd.). Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel'in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır..." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1995/9375 K. 1995/9860, T. 13.11.1995 kararı için bkz. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 5.09.2018)

memeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali de, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir<sup>5</sup>. “Akit yapılrken muhataba doğru söylememek, halin özelliklerinden doğan uyarıları yapmamak”, muhatabın aldanmasına esas olabilecek ihmallerde bulunmamak, karşılıklı olarak birbirinin kişi varlığını ve malvarlığını zarardan uzak tutacak şekilde davranmak.. bütün bunlar sözü edilen görevin muhtevasına girerler”<sup>6</sup>.

Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir kural mevcut değildir. Buna karşılık, TBK ve Türk Medeni Kanunu’ndaki (TMK) bazı maddelerde ve uygulamada emsal teşkil eden bazı olaylarda bu tür sorumluluğa ilişkin münferit hükümler ve uygulama hallerini görmek mümkündür<sup>7</sup>. Kendi kusuruyla hataya düşen tarafın sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zararı tazmin sorumluluğuna ilişkin TBK md. 35 veya yetkisiz temsilcinin işlemin onanmaması halinde zararı tazmin sorumluluğuna ilişkin TBK md. 47 hükümleri bu hallere örnek olarak gösterilebilir.

Sözleşme kuruluşunun gerçekleşmediği durumlarda cic sorumluluğu, kesinlikle ya da en azından bir sözleşme kuruluşu olacağına ve haval kırıklığına ilişkin güveni korumaktadır<sup>8</sup>.

Cic sorumluluğunun doğabilmesi için beş unsurun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Buna göre zarar gören ve zarar verenin bir sözleşme için görüşme yapması, zarar verenin bu görüşmelerde sözleşme öncesi yükümlülüğünü ihlal etmesi, görüşme tarafının zarara uğraması, zarar ile

<sup>5</sup> Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo - Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur- ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları, İstanbul, Haziran 1988, s. 103 vd.; Eren, s. 1086, 1091.

<sup>6</sup> Selehattin Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku*, Filiz, İstanbul, 1985, s. 1306.

<sup>7</sup> Eren, s. 1133. Aynı yönde bkz. Necip Kocayusufoşaçoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 8.

<sup>8</sup> Alfred Koller, *Schweizersches Obligationenrecht Allgemeiner Teil-Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen-Band I*, Stämpfli Verlag AG, Bern, SS 28 n. 29’ dan naklen, Ümit Gezder, *Türk/İsviçre Hukukundan Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*, Beta, İstanbul, 2009, s. 136.

yükümlülük ihlali arasında uygun illiyet bağı olması ve zarar verenin kusurlu olması gerekmektedir<sup>9</sup>.

Cic'nin ve yaratılan güvenden ötürü sorumluluğun yaptırımını, uygulamada çoğunlukla kabul edildiği gibi sözleşmeye aykırılık tazminatı olmakla beraber, bu aşamada sözleşmeye aykırılık hükümlerinin haksız fiil hükümleri yerine uygulanmasının ispat yükü, zamanaşımı süresi ve yardımcı kişilerin dolaylı sorumluluğunda kurtuluş beyyinesi getirmesi imkânı bakımından genellikle davacının menfaatine olarak değerlendirilmektedir<sup>10</sup>.

Özel hukukta kabul edilen sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, somut olayda olduğu gibi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklar dikkate alınarak İdarenin akdedeceği sözleşmeler bakımından sözleşme öncesi sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekecektir. Bu kapsamda henüz sözleşmenin imzalanmadığı, tarafların yer aldığı gri alanda gerek isteklinin gerekse İdarenin ihale mevzuatına ve güven ilişkisine uygun davranmakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüklere aykırılıkların tazmin sorumluluğuna sebep olacağından kuşku duyulmamalıdır<sup>11</sup>. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu hususa ilişkin detaylı ve somut olayı irdeleyen açıklamalara ayrıca yer verilecektir.

---

<sup>9</sup> Claire Hugenin, *Obligationrecht-Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 2006, N. 956; Stephan, Hartmann, *Die Vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung-Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, Universitätsverlag, Freiburg Schweiz, 2001, N. 258'den naklen Gezder, s. 113.

<sup>10</sup> Rona Serozan, *İfa İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 261; Tekinay, s. 1314 vd. Cic halinde mülga BK m. 41 değil de BK m. 96 vd. hükümlerin uygulanacağına ilişkin bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 9. *Kocayusufpaşaoğlu* (mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde) kast veya ağır ihmal hallerinde hakkaniyet gerektiriyorsa BK m. 26/2 ve 39/2 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile olumlu zararın da talep edilebileceğini ifade etmiştir.

<sup>11</sup> "...Her ne kadar mahkemece, davalı şirketin *Gedavet Konutları* projesinin davalı *Meram Belediyesi* desteği ile yapıldığını kamuoyuna duyurduğu, davalı *Belediyenin* buna ses çıkarmadığı gibi projeyi tamamen benimseyerek ve sahiplenerek *Belediyenin* tüm imkanlarını seferber ettiği, projeyi *Belediyeye* ait bilboardlarda, çöp kamyonla-

rında, Belediyenin her türlü yayın organlarında halka duyurduğu, projenin kısa sürede tamamlanacağı sözünü verdiği, tüm katalog ve broşürlerde Belediyenin isim ve logosunun kullanıldığı, bunun da ötesinde davalı Belediyenin bir kısım alıcılara kat irtifakını doğrudan devrederek tapunun da devredileceği yönünde davacı alıcıda haklı bir güven oluşturduğu gerekçesi ile davacı alıcı ile davalı yüklenici şirket arasında yapılan satış sözleşmesinden doğan davacı zararından güven sorumluluğu gereğince davalı Belediyenin de sorumlu olduğuna karar verilmiş ise de; sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince sözleşmeler ancak taraflarını bağlar. Davalı Belediye, davalı yüklenici şirket ile davacı alıcı arasında imzalanan konut satış sözleşmesinde taraf değildir. Satış sözleşmesinin tarafı olmayan davalı Belediyenin, davalı yüklenici şirketin kusurundan dolayı davacı alıcının doğan zararından sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu yöndeki zararın tazmini talebinde davalı Belediyeye husumet düşmez. O halde mahkemece, davalı Belediye Başkanlığı yönünden açılan davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken az yukarıda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir....MUHALEFET ŞERHİ ... Tüm bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa; Mahkemenin kararında da vurgulandığı üzere, davacı belediyenin güvencesi altında yapıldığı izlenimi vererek ve alıcılarda bu algıyı uyandıracak şekilde ve bu doğrultuda ilan, reklam, kampanya, broşür gibi enstrümanların kullanıldığı, böylelikle tüketicilerin kamunun (Belediyenin) güvencesi altında bir konut edinme iradesine etki ettiği, davalı belediyenin 2007 tarihinde başlayan ve yoğun bir şekilde Belediyenin güvencesi altında olduğu izlenimini uyandıran reklam, ilan, broşürler nedeniyle B.. 'a gerekli ihtar, sözleşmelerin kurulmasından çok sonra 29.6.2009 ve 11.11.2011 tarihli ihtarlarla bildirdiği, ilk ihtarın son ödeme tarihinden birkaç ay öncesi, 2. ihtarın ise, ödemeler tamamlandıktan sonra çekildiği, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibi olan Belediyenin akdi sorumluluğu söz konusu değilse de, az yukarıda açıklanan nedenlerle, gerek özel yasa olan 4077 Sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri, gerekse BK.nun sorumluluğa ilişkin hükümleri nazara alındığında sözü edilen proje nedeniyle Belediyenin de projeye güvence verdiğinin, bu haliyle davacının ifa edilmeyen sözleşme uyarınca zarar kalemlerini isteyebileceği, mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesinin doğru olduğunu, düşündüğümüzden, kararın husumet yönünden bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğu kararına katılmıyoruz." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 2013/28143, K. 2014/8998, T. 27.3.2014 tarihli bu kararında Belediyenin sözleşme tarafı olmaması sebebiyle hasım olamayacağı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin tarafı olması halinde hasımın da cic sorumlusu olabileceği anlaşılmaktadır. Çalışmamıza konu uyuşmazlıkta ise Kars Belediyesi imtiyaz sözleşmesinin bizzat tarafıdır.

## II. Sözleşme Serbestisi ve İdarenin Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Borçlar Hukuku'nda hâkim olan prensip irade serbestisi olmakla beraber, bu serbesti akitlerde akit serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Akit serbestisi, kural olarak, kişilerin dilediği kişi ile dilediği şartlarda sözleşme yapmasını ifade etmektedir. İrade serbestisinin bir yansıması olan akit serbestisi genel kural olmakla beraber, bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Akit serbestisinin istisnası, akit yapma zorunluluğu anlamına gelmektedir.

Kural olarak bir kişi dilediği gibi akit yapmakta serbest olup, bu serbesti akit yapıp yapmama ve akdin tarafını seçme serbestisi olarak ikiye ayrılabilir. Keza kişi istemediği bir akdi yapmaya mecbur değildir<sup>12</sup>. Bu halde ancak istisnai haller için sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilir.

Doktrinde, sözleşmenin kurulması bağlamında tarafların irade beyanlarının hukuki nitelendirilmesi yapıldığında; idarenin ihale açması icaba davet, isteklilerin teklif sunması icap, İdare tarafından ihalenin bu tekliflerden en uygun olanına verilmesi ise kabul olarak nitelendirilmektedir<sup>13</sup>.

Bu aşamada, açılan ihalenin kesinleşmesi üzerine idarenin ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunup bulunmadığı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) uygulaması bakımından tartışılmalıdır. İhale kararının verilmesinin en önemli sonucu idare ile taraflar arasında sözleşme yapma borcunun doğmasıdır. İhale hukukunda kesinleşen ihale kararı neticesinde beklenen ve devam eden süreç kuşkusuz idare ile istekli arasında sözleşme imzalanmasıdır. Bu aşamada ihale mevzuatında yer alan bazı hükümler, Oğuzman/Öz tarafından istekli ile idarenin sözleşme yapma zorunluluğu olarak yorumlanmıştır:

*“Kamu hukuku kurallarına göre sözleşme yapma zorunluluğu doğuran özel iki durum, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan ihalelerin kesinleşmesi üzerine,*

<sup>12</sup> M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 24.*

<sup>13</sup> Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Turhan, Ankara, 2010, s. 11.



*ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişi ile idarenin sözleşme yapma zorunluluğudur. Bu kanunlar kapsamına giren işler bakımından kesinleşen ihalelerde, gene bu kanunlarda gösterilen şartlara uygun olmak kaydıyla, idarenin ve ihaleyi alanın birbirine karşı belirlenen içerikte sözleşmeyi yapma yükümleri doğmuş olur. Kamu İhale Kanununa göre yapılacak sözleşmelerin tabi olacağı hükümler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunuyla ayrıca düzenlenmiştir. İdarenin sözleşme yapma yükümlülüğünü ihlal etmesi üzerine DİK m.60 uyarınca, diğer taraf ihale için yapmış olduğu tüm masraflarını tazmin ettirebilecek, fakat olumlu zararın tazminini isteyemeyecektir. KİK m.57 hükmüne göre mahkeme müracaatta da aynı sonuca varılacaktır.”<sup>14</sup>*

Doktrinde *Buz* tarafından, *Oğuzman/Öz*'ün bu görüşü kabul edilmekte, DİK md. 60 ve KİK md. 45 madde hükümlerinden İdarenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu sonucunun çıkarılamayacağı, bu maddeler ile isteklilere sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir talep hakkı sağlamadığı; ancak bu halde isteklilerin değişik kapsamlarda menfi zararlarının tazminini talep hakkı sağladığı ileri sürülmüştür. *Buz*, bu kapsamda ihale sürecinin başlamasını özel hukuktaki sözleşme görüşmelerine benzetmiş; ancak sözleşmenin kurulacağı yönünde diğer tarafta haklı bir güven oluşturan tarafın, karşı tarafın uğradığı menfi zararları cicesasına göre tazminle yükümlü olacağını belirtmiştir. Yazar bu görüşünü, kamu ihale literatüründeki ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi yapma zorunluluğu bulunmadığı yönündeki hâkim görüşe ve Kamu İhale Kanunu'ndaki İdareye ihalenin iptali yönünde hak tanıyan hükümlere dayandırmaktadır. Yazar, isteklinin müspet zararını isteyebileceğinin kabul edilmesinin, dolaylı olarak İdarenin sözleşme yapma zorunluluğunun kabulü anlamına geleceğini de belirtmektedir<sup>15</sup>. *Buz*, ayrıca ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmenin kurulmasına engel olmasının mümkün olduğunu, isteklinin sözleşme davetine icabet etmemesi halinde sözleşmenin kurulmasının söz konusu olmayacağını, bu halde isteklinin geçici teminatının irat kaydedileceğine dikkat çekmiştir (KİK md. 44, DİK md. 57). *Buz*, ihale sürecinin tamamlanması ile beraber sözleşmenin kurulmadığı savını, isteklinin sözleşmeyi imzalamaması halinde en avantajlı

<sup>14</sup> Oğuzman/Öz, s.190.

<sup>15</sup> *Buz*, s. 136, 137, 138.

ikinci teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamak için davet edilmesine de dayandırmaktadır<sup>16</sup>.

*Özay*, İdarenin özel hukuk hükümlerine göre yapmış olduğu bir sözleşme söz konusu olsa da, bu sözleşmenin gerçekleşmesi anına kadar geçen hazırlık aşamalarında yapılan işlemlerin idari nitelikte olduğunu, bu işlemlerin İdare Hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerektiğini ve bu muamele sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılığın başlı başına bir sonuç doğurması halinde ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idari yargı yerleri önünde görülecek türden bir davaya konu olabileceğini ifade etmiştir<sup>17</sup>.

*Onar*, ihale safhasına kadar henüz sözleşmenin oluşmadığı ve akdi durumun söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Yazar Fransa'da ihale kararının tasdikinin, akdin başlangıcı sayıldığını belirtmiştir. Bizim hukuk sistemimizde ise akdin yazılı şekil alması ile tarafların sözleşmeden kaynaklanan vecibelerinin doğmuş olacağı belirtilmektedir. Bu aşamada yazar, ihalenin tekemmülünün, taraflara akde vücut vermek ve akdi oluşturmak bağlamında borç doğurduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda söz konusu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde isteklinin geçici teminatı irat kaydedilebilirken, idare geçici teminatı iade ile yüklenicinin zararını karşılamakla yükümlü olacaktır. Bu kapsamda *Onar* idarenin akdin tarafını seçmesinin serbest ve ihtiyari bir yükümlülük olmadığını belirtmektedir. Yazar ayrıca bu safhaya kadar yapılan işlemler idari karar ve idari eylem niteliğinde olduğundan, bu işlemler aleyhine idari davaların açılacağı de belirtilmiştir. İlgililerin bu halde ihale kararının iptalini talep edebilecekleri ve tazminat talebinde bulunabilecekleri ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

*Kutlu* ise, Türk İdare Hukuku öğretisinde ihale kararının verilmesi de dahil, bu işlemlerinin tümünün sözleşmeden ayrılabilir işlem kuramına dayalı olarak ayrı işlem olarak kabul edildiği kanaatindedir. Yazar ihalenin tamamlanması ile idare ile istekli arasında sözleşme ilişkisi kurulduğunu;

---

<sup>16</sup> Buz, s. 213, 214.

<sup>17</sup> İlhan Özay, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 508-509. Aynı yönde bkz. Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 802.

<sup>18</sup> Siddık Sami Onar, *İdare Hukukun Umumi Esasları 3. Cilt*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1622-1623.

fakat bu ilişkinin sonuç doğurması için sözleşme bakımından gerekli şekil şartının sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, bu kapsamda icap ve kabulün gerçekleşmesine rağmen Borçlar Hukuku'ndan farklı olarak bu icap ve kabulün sözleşmeye bağlanması gerekmektedir<sup>19</sup>.

Özel hukuk bakımından sözleşme serbestisi söz konusu olmakla beraber, İdare Hukuku bakımından bu serbestinin ihale mevzuatı ile sınırlandırıldığı ortadadır. Örnek olarak idarenin Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ve açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü dışında bir usul izleyerek istekli olmayan ve gerekli nitelikleri taşımayan bir istekli ile sözleşme akdetmesi olanaklı değildir. İdare, ihale kararı ile başlayan ve sözleşme ile sona eren bu süreçte ihale prosedürüne tam anlamıyla uymakla mükelleftir. Yukarıda idarenin ihale sonucunda istekli ile sözleşme akdetme zorunluluğu olup olmadığı hususunda doktrindeki farklı görüşlere yer verilmiştir.

Bu kapsamda şekil kuralları ve ihale mevzuatı dikkate alındığında, daha evvel de belirttiğimiz gibi idarenin ihale kararı neticesinde olağan olan ve beklenen, idarenin sözleşme akdetmesidir. İstekli bakımından bu yükümlülüğe aykırılık halinde geçici teminatın irat olarak kaydedileceği düzenlenmiştir. İdare de bu aykırılık halinde isteklinin ihale için yaptığı masraflarını ödemekle yükümlü olacaktır. (KİK md. 44; DİK md. 60) Bu aşamada genel kabulün idarenin istekli ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ve fakat idarenin sözleşme akdetme yükümlülüğüne aykırılığı halinde isteklinin ihaleye girmek için yapmış olduğu masrafları ödemesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir<sup>20</sup>.

İdarenin sözleşme serbestisi bakımından ayrıca şu hususu da belirtmekte fayda vardır: Kamu İhale Kanunu md. 39'da idarenin verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu düzenlenmişse de, Danıştay'ın birçok kararına yansıdığı üzere, idarenin bu yetkisi mutlak ve sınırsız değildir; kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. Keza idare, vermiş olduğu bir ihale kararı neticesinde sözleşme akdetme

<sup>19</sup> Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 101-102.

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. Pınar, s. 80-81.

iradesinden vazgeçmiş ise, bu iradesi de esas aldığı kamu yararına ve hizmet gereklerine dayanmalıdır. Bu aşamada idare gerekçesiz veya kamu hizmeti temininde esas alması gereken ilkeleri göz ardı ederek veya asılsız, hukuki dayanaktan yoksun şekilde sözleşme akdetme yönündeki iradesinden sapmamalıdır. Zira idarenin ihaleye ilişkin temel kural ve ilkelere uyaçağına güvenen istekli, söz konusu ihalenin kendisi üzerinde bırakılması için malvarlığına ilişkin tüm durumu buna göre ayarlamıştır<sup>21</sup>.

### III. İdarenin Sorumluluk Tipleri

#### A. Kusur Sorumluluğu

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, İdarenin hem özel hukuk hem de kamu hukuku kaynaklı sorumluluk hallerinin doğabileceğidir. Bu başlık altında ele alacağımız kısım idarenin kamu hukuku, daha ziyade İdare Hukuku sorumluluğunun nedenleridir.

İdare Hukuku bakımından İdarenin sorumluluğu, özel hukuktaki sorumluluk hallerine benzemekte; ancak İdare Hukuku'nun da özellikleri dikkate alınarak içtihatlarla farklı ilkeler geliştirilmiştir.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu için "hizmet kusuru" kavramı kullanılmaktadır. Hizmet kusuru kavramının tanımı yasal düzenlemelere konu olmamış, genelde Danıştay içtihatları çerçevesinde geliştirilmiştir. Bu bağlamda hizmet kusuru Danıştay kararlarında "İdarenin yürütmekte olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halleri" olarak tanımlanmıştır<sup>22</sup>. Kı-

<sup>21</sup> İsteklinin malvarlığı durumunu buna göre ayarlayacağı ve isteklinin tazminat hakkını doğuran ilişkinin aslında ilan ile başladığı görüşü için bkz. Hans Peter Kulartz/Alexander Kus/Norbert Portz, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, Werner Verlag, Köln, 2010, s. 1007'den aktaran Dilşat Yılmaz, *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014, s. 246.

<sup>22</sup> Örnek olması adına ilgili kararları için bkz. Danıştay 15. Daire E. 2015/3047 K. 2018/2893 T. 27.3.2018; Danıştay 15. Daire E. 2013/12447 K. 2018/2783 T. 20.3.2018; Danıştay 15. Daire E. 2017/722 K. 2018/1324 T. 8.2.2018; Danıştay 13. Daire E. 2014/4570 K. 2017/2654 T. 24.10.2017; Danıştay 10. Daire E. 2016/741 K. 2016/3393 T. 16.6.2016. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 28.08.2018).

saca hizmet kusuru, hizmetin kuruluşunda ya da işleyişindeki aksaklık olarak tanımlanabilir. Buradaki “hizmet” kavramı ile anlatılmak istenen sadece İdarenin görmekle yükümlü olduğu “kamu hizmeti” faaliyeti değildir. İdarenin her tür idari faaliyetinin kuruluşu ya da işleyişindeki aksaklık veya bozukluk, hizmet kusuru olarak değerlendirilebilecektir.

Her ne kadar idarenin sorumluluğuna sebep olan kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışları da olsa, hizmet kusuru dolaylı bir sorumluluk hali değildir. Diğer bir deyişle, özel hukuktaki adam çalıştırmanın sorumluluğunda (TBK m. 66) olduğu gibi dolaylı bir sorumluluk hali söz konusu olmayıp, hizmet kusuru doğrudan idarenin sorumluluğudur.

Somut olayda hizmet kusurunun varlığı için belli şartların varlığı gerekmektedir. Şöyle ki; hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi hallerinden birinin mevcut olması gerekmektedir. Ayrıca hukuka bağlı idarenin mevzuata uygun karar vermesi gerekmektedir. Hizmet kusurunun varlığı için idarenin kural olarak hukuka aykırı bir işlemi ya da eylemi (ve eylemsizliği) bulunmalı ve bu hukuka aykırılığın ortaya çıkmasında idarenin kusuru bulunmalıdır. Bunlara ilaveten, ortaya çıkan zarar ile idarenin kusurlu fiili arasında illiyet bağının da bulunması gerekmektedir.

## **B. Kusursuz Sorumluluk**

Özel hukuktaki gibi İdare Hukuku’nda da asli sorumluluk tipi kusur sorumluluğudur. Ancak İdare Hukuku’nda da özel hukukta olduğu gibi yardımcı ve farklı bir sorumluluk nedeni olarak kusursuz sorumluluk esaslarına da yer verilmiştir.

Özel hukukta kusursuz sorumluluk hallerinin gündeme gelebilmesi için o hususta açık bir düzenlemenin olması gerekmektedir. Bu düzenlemeler sınırlı sayıda olduklarından özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri ile az sayıda karşılaşılmaktadır. Oysa İdare Hukuku’nda özellikle de 1961 Anayasası’nın yürürlüğü sonrasında kusursuz sorumluluğun uygulama alanı genişlemiştir.

Danıştay içtihatlarıyla gelişen kusursuz sorumluluk ilkeleri genelde “Tehlike (risk/hasar) İlkesi”, “Kamu külfetleri karşısında eşitlik (Fedakârlığın Denkleştirilmesi/Hakkaniyet/ Nesafet) İlkesi” ve “Sosyal Risk

İlkesi" başlıkları altında incelenmektedir. Bu sorumluluk ilkelerinin geçerli olabilmesi için kusur sorumluluğundaki zarardan farklı olarak, buradaki zararın özel (belirli bir kişi veya kişilere özgü) ve olağandışı olması gerekmektedir.

#### **IV. İdarenin Sözleşme Öncesi Sorumluluğuna İlişkin Danıştay İçtihadının Değerlendirilmesi**

Aşağıda inceleyeceğimiz içtihat, çalışma konumuz bakımından oldukça önemlidir. Zira yayımlanmış kararlar çerçevesinde yapmış olduğumuz araştırmada, akdedilmemiş bir sözleşme nedeniyle idarenin sözleşme öncesi sorumluluğunu ele alıp, güven esasına dayalı tazminat hükmü kuran başka bir karara tarafımızca rastlanmamıştır. Bu nedenle söz konusu karar, kanaatimizce, yargı makamlarının bundan sonra verecekleri kararlara ve idare uygulamasına emsal teşkil edecek niteliktedir.

##### **A. Hukuki Uyuşmazlık**

Söz konusu uyuşmazlıkta, Kars Belediyesi'nin içme suyu şebeke inşaatı, mevcut depoların onarımının yapılması ve kanalizasyon şebeke inşaatı ihtiyacı sebebiyle, yetkili belediye meclisi, içme suyu teminine yönelik inşaat işleri ve bağlı hizmetler için 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin (e) fıkrası uyarınca 49 yıllığına imtiyaz verilmek üzere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 51. maddesinin (i) bendi gereğince ihale yapılmasına ve imtiyaz devrine karar vermiştir. Bahse konu Danıştay içtihadı incelendiğinde; yapılan ihale sonucunda ihalenin istekli şirket üzerinde kaldığı, bu işlem akabinde Belediye tarafından imtiyaz sözleşmesi taslağının İçişleri Bakanlığı'na gönderildiği, Bakanlık tarafından imtiyaz sözleşmesi tasarisına ilişkin bazı düzeltme taleplerinin olduğu ve bunların giderilmesi halinde talebin işleme alınacağı belirtildiği görülmektedir. Bu süreçte sözleşmenin imzalanması için bekleyen istekli firmanın İdareye sözleşmenin akıbetini sormasını müteakip, İdare tarafından imtiyaz devrinin -istekli firmadan kaynaklanmayan sebeplerle- iptaline karar verilerek bahse konu hizmetin AB Fonundan karşılanarak görülmesine karar verildiği anlaşılmaktadır<sup>23</sup>. Bunun üzerine istekli şirket tarafından

<sup>23</sup> Kars Belediyesi Meclisi tarafından 13.01.2012 tarihli üst yazı uyarınca, söz ko-

İdare aleyhine, idari işlemden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarının tazmini amacıyla tam yargı davasının açıldığı görülmektedir. Söz konusu davada davacı şirket imtiyaz devrinin yapılmasına karar verilmesine ilişkin meclis kararının ve anılan imtiyaz devrinin iptaline karar verilmesi sonucu, sözleşmesinin imzalanmaması nedeniyle seyahat, konaklama ile tercüme ve teknik gereklilik masrafı, geçici teminat mektubuna ödenen komisyon bedeli, danışmanlık ücreti masrafı olmak üzere zararlarına karşılık olarak, 472.684,85 TL maddi tazminat ile 10.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesini talep etmiştir.

İdare Mahkemesi tarafından yapılan birinci derece yargılamasında öncelikle imtiyaz sözleşme ve şartnamelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu düşüncesiyle görevsizlik kararı verilmişse de olayda imtiyaz sözleşmesinin henüz imzalanmamış olması sebebiyle Danıştay, İdare Mahkemesi'nin görevli olduğuna karar vermiş ve dosya İdare Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Yapılan yargılama neticesinde İdare Mahkemesi bu kez de:

- İstekli şirketin zararların ortaya çıkmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı,
- İşin %75'inin AB Fonundan karşılanmak istemesinin idare bakımından haklı bir gerekçe olduğu,
- İhalenin iptali durumunda geçici teminatın iadesi dışında ilgiliye başka bir ödeme yapılmasının mümkün olmadığı idari şartnamede açık olduğu ve davacının söz konusu durumu bilerek ihaleye katıldığı gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine davacı ta-

---

nusu imtiyaz devrinin 04.01.2012 tarihli meclis kararı ile iptal edildiğini davacı şirkete bildirmiştir. Davalı İdare cevabi yazısında, imtiyaz devrinin iptalini şu şekilde gerekçelendirmiştir: *"Belediye Meclis kararı ile ihale edilen işle ilgili tarafınızla her ne kadar mutabakata varılmış olsa da işin sözleşmeye bağlanmaması; içme suyu şebeke inşaatı, mevcut depoların onarımının yapılması, kanalizasyon şebeke inşaatı, içme suyu isale hattının yapımının tamamlanması, atık su arıtma tesisi, yaklaşık 17 km yağmursuyu kanalı ve kanalizasyon şebeke inşaatı işlerinin projelendirilerek proje bedelinin (yaklaşık %75) AB fonundan sağlanması için gerekli çalışmalar yapılmış olması..."*

rafından İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan temyiz başvurusu neticesinde Danıştay 8. Dairesi çalışmamızın inceleme konusunu teşkil eden kararı ile isteklinin maddi tazminat talebinin reddine ilişkin yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

### **B. Danıştay 8. Dairesi'nin 2016/11286 E. 2017/2653 K. Numaralı İçtihadı**

Danıştay 8. Dairesi öncelikle davacının manevi tazminata ilişkin temyiz sebeplerini kabul etmemiş ve İdare Mahkemesi'nin manevi tazminat bakımından vermiş olduğu kararı onamıştır. Ancak Danıştay, davacının maddi tazminat talebi hakkında öncelikle Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin ilgili fıkralarına değindikten sonra, şu gerekçelerle bozma kararı vermiştir:

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "İdarenin görev ve sorumluluğu" başlıklı 60. maddesinde, "İdare 57 nci maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmak ve taşınmaz malların satımında, ferağa ait işlemleri tamamlamak, şartnamede belirtilen sınır ve evsafa göre satılan malları müşteriye teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, müteahhit veya müşteri, sürenin bitmesinden itibaren en çok 15 gün içinde, 10 gün müddetli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde teminat geri verilir. Müteahhit veya müşteri, ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hak kazanır. Tebliğatin 32 nci maddedeki sürede yapılmamasından dolayı idarenin zararına sebep olanlar hakkında kanuni işlem yapılır." hükmünün yer aldığı,

- 5393 sayılı Kanun'da (md. 15) belirtilen hizmetlerin imtiyaz yoluyla devri için Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararının gerekli olduğunu, davalı belediye başkanlığınca yapılan işlemlerin *devir sözleşmesi öncesinde yapılan akit öncesi iş kapsamında olduğunu* ve bu süreçte taraflar arasında kurulan *hukuki ilişkinin akit benzeri bir güven ilişkisi olması bakımından dürüstlük kuralı gereğince* davalı belediyenin imtiyaz devri için yapılan işlemler hakkında ihaleyi kazanan davacı şirketi *bilgilendirmesinin* gerektiğini belirterek, ihaleyi kazanan şirket nezdinde uyandırılan *güvene aykırı işlemlerden doğan zararın* belediyece tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.



Danıştay söz konusu kararında davacının hangi masraflarının karşılanması gerektiğine de değinmiştir. 8. Daire proje bedelinin yaklaşık %75'inin AB fonundan sağlanması için çalışmalar yapılmasını İdare yönünden haklı ve kabul edilebilir bulsa da imtiyaz devrinin iptal edilmesinde ihaleyi kazanan davacı şirketin kusurunun bulunmadığından sebeple, ihaleye girmek ve teminat vermek için ve gerekli izinlerin alınması sürecinde ihaleyi imzalamaya hazır halde bulunmak için yapıldığı ispatlanacak zorunlu giderlerinin tazminine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Danıştay, ayrıca davacı tarafından talep edilen danışmanlık ücretinin ticari hayatın gereklerine uygunluğunun da araştırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>24</sup>.

### C. Değerlendirme

Kamu hizmetinin ilgili mevzuatta hangi süre içerisinde görüleceği açıkça düzenlenmiş olabilir<sup>25</sup>. Bu durumda bu sürenin aşılması, kural olarak hizmetin geç işlediğini gösterebilir<sup>26</sup>. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, mevzuat düzenlemesinin o konuda bağlı yetkiyi mi yoksa

<sup>24</sup> Kararın karşı oyu şöyledir: "Kars Belediye Meclisi nin 02.04.2007 tarih ve 43 sayılı kararı ile içme suyu imtiyaz yoluyla 49 yıllığına devredilmesine ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca İhale yapılmasına karar verildiği, bu karardan beş yıl sonra, imtiyaz sözleşmesinin imzalanması için gereken kararı ile Danıştay görüşünün alınması aşaması tamamlanmadan bu kez belediye meclisinin 04.01.2012 tarih ve 3 sayılı kararı ile imtiyaz devri yapılmasına ilişkin meclis kararının iptaline karar verildiği, olayda hizmetin geç işlemesinden kaynaklı idarenin kusurlu olduğunun kabulünün gerektiği, içme suyu şebekesinin imtiyaz yoluyla devrine ilişkin meclis karardan itibaren idarelerce imtiyaz sözleşmesinin imzaya hazır hale getirilmesi için gereken bakanlık kararı ile Danıştay görüşünün alınması aşamasının yaklaşık bir yıllık makul sürede tamamlanabileceği görüldüğünden davacı şirkete ancak bu bir yıllık süreden sonra ihale kapsamında yaptığı zorunlu masraflarının ödenmesine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz."

<sup>25</sup> 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun İdarenin Görev ve Sorumluluğu başlıklı 60. maddesi "İdare 57'nci maddede yazılı süre (15 gün) içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmak ve ...ile yükümlüdür." hükmünü içermektedir.

<sup>26</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2013, s. 371.

takdir yetkisini mi düzenlediğidir. Bağlı yetkinin düzenlendiği bir durumda idarenin hareketsiz kalması elbette hizmet kusurunu gündeme getirecektir<sup>27</sup>. Ancak genelde hizmetin geç ya da yavaş işlemesiyle ilgili mevzuatta ya da uygulamada belli süreler öngörülmüş değildir. Nitekim bunu her uyuşmazlık tipi için tek tip belirlemek mümkün ve makul değildir. Her somut olay çerçevesinde makul sürenin ne kadar olması gerektiğine yargı karar vermelidir<sup>28</sup>.

*Günday*, gerek 2886 sayılı Kanun'un 53. maddesinin 1. fıkrası, gerek 4734 sayılı Kanun'un 46. maddesi gereğince tüm ihalelerin bir sözleşmeye bağlanması ve ita amirince imzalanması gerektiğini belirtmiş ve ihale kararı ile artık taraflar bakımından sözleşmeyi imzalama zorunluluğunun doğduğunu ifade etmiştir<sup>29</sup>. Ayrıca idarenin kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde müteahhidin ihaleye katılma ve teminat için yaptığı tüm giderleri ödemek zorunda olduğuna da dikkat çekmiştir<sup>30</sup>. *Buz*, ihaleyi açan kurumun ihale mevzuatına aykırılığın genellikle bir idari işlemle meydana geleceğini ve İdarenin mevzuata aykırı işlem tesis etmesinin de hizmet kusuru olarak kabul edildiğini; bu bağlamda ihaleyi kazanmasına rağmen sözleşmenin akdedilmemesi halinde zararın ihaleyi açan kurumun mevzuata aykırı işleminin sebep olduğunu ve bu durumda mağdur olan isteklinin zararın ihaleyi açan kurumun hareketinden kaynaklandığını ispat etmesinin yeterli olup, ayrıca hizmet kusurunun varlığını ispata gerek olmadığını belirtmektedir<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *Günday*, s. 372.

<sup>28</sup> "İdarenin geç işlemesine ilişkin idari kusur, mevzuatta harekete geçilmesi için bir süre gösterilmemiş olan hallerde, sonuç olarak, mahkemece belirlenip saptanan bir husustur." Bkz. Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yay. No: 138, Ankara, 1974, s. 30. CE; 18 novb. 1960, Dame Fargeaud d'Epied, Rec. 640. G. Martin, "La responsabilité de la puissance publique pour le retard", LPA, 1999, No: 174-175, s. 4 vd.'dan aktaran Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 476; *Günday*, s. 371.

<sup>29</sup> *Günday*, s. 215.

<sup>30</sup> *Günday*, s. 215.

<sup>31</sup> *Buz*, s. 183.

İhalenin onaylanması aşamasında idarenin elbette bir takdir yetkisi söz konusudur. Nitekim ilgili mevzuatta ita amirinin ihaleyi onaylayabileceği ya da gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi onaylamayabileceği düzenlemiştir. Bu bağlamda Danıştay da ihale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince onaylanması aşamasında idarenin takdir yetkisi olduğunu ve bu yetkisini kullanırken kamu yararı ile hizmet gerekleri doğrultusunda karar verileceğini, işlem yapılmayacaksa da makul ve meşru sebeplerin bulunması gerektiğine hükmetmektedir<sup>32</sup>. Ancak ihale onaylandıktan sonra İdarenin sözleşmeyi imzalamama konusunda takdir yetkisi, kural olarak yoktur. Bunun en önemli sebebi söz konusu kamu hizmeti ihtiyacının doğmuş ve devam ediyor olmasıdır. İdare, varlık nedeni olan kamu hizmeti sunmaktan kendi iradesi ile haklı bir gerekçesi olmadan vazgeçmemelidir. Ayrıca İdarenin tamamen vazgeçmesi bir yana, bir hizmeti istediği zaman sunma, istediği zaman sunmama ya da ihtiyaç o an doğmasına rağmen daha geç bir vakitte sunma gibi bir takdiri söz konusu değildir. Kamu hizmetlerinin sunulmasında geçerli olan süreklilik ilkesi de bu çerçevede dikkate alınacaktır. Oysa söz konusu uyuşmazlıkta İdarenin imtiyazı iptal gerekçesinde de belirttiği üzere işin halen bir kısmı olay tarihinde tamamlanmamış, dolayısıyla hizmet eksik, kötü, geç ifa edilmiştir. Olayda ihale kararının üzerinden geçen yaklaşık beş sene sonunda isteklinin başvurusu akabinde imtiyaz devrinin iptaline karar verildiği görülmektedir. Hâlbuki söz konusu imtiyaz sözleşmesi incelendiğinde, şayet İdare beş sene beklemek yerine işi sözleşmeye bağlamış olsaydı imtiyazcı şirket tarafından beş senede yirmi km yağmursuyu ve on km atık su kanalı inşa edilmiş olacaktı.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus da, idarenin imtiyazı iptal ederken bildirdiği "*içme suyu şebeke inşaatı, mevcut depoların onarımının yapılması, kanalizasyon şebeke inşaatı, içme suyu isale hattının yapımının tamamlanması*" gerekçesidir. Gerekçenin bu kısmı değerlendirildiğinde, imtiyaz edilen işin bir kısmının görülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Madem idarenin kendi kaynakları ile bu hizmeti görme imkânı vardı, o durumda bu işi neden imtiyazla görmek istediği sorusu gündeme gelmektedir. İdarenin kaynak bulabileceği, kendi imkânları ile sunabileceği bir

<sup>32</sup> Danıştay 13. Daire, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011; Danıştay Dergisi, S. 128, s. 340. Kazancı İçtihat Bankası, (Çevrimiçi, 25.05.2018).

hizmeti özel sektöre ihale etmesi ve sonrasında o ihaleyi kazanmak için birçok masraf yapmış özel hukuk kişilerinin zararlarını, sırf ortada akdedilmiş bir sözleşme olmadığı için karşılamamak, adalete ve hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Hele de imtiyaz sözleşmesi hükümlerini doğurabilseydi, idarenin kaynak ve kredi arayışına girmesine gerek kalmayacak, aksine her yıl ihalede kararlaştırılan bedeli imtiyazcı şirketten temin edecekti. Ayrıca her ne kadar taraflardan biri İdare ve sunulan hizmet kamu hizmeti de olsa, unutulmaması gereken husus tesis edilen işlemin sonuçlanması halinde hukuk âleminde doğacak olan tasarruf biçiminin bir “sözleşme” ve bu sözleşmenin tarafının da bir özel hukuk kişisi olduğudur. Sözleşmenin konusunun “kamu hizmetinin görümü” olması idareye her türlü vazgeçme hakkını bahşetmemelidir.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekmektedir: Somut uyuşmazlıkta yerel mahkeme idari şartnamedeki hükmü dikkate alarak davacı şirketin herhangi bir zararının karşılanmayacağını belirtse de olayda bir “ihale iptali” söz konusu değildir. İhale yapılmış ve ihale davacı şirket üzerinde kalmıştır. Bu aşamada ihaleden kaynaklanan bir sebep ile iptal söz konusu olsaydı farklı bir değerlendirme yapılabilirdi. Kaldı ki, yukarıdaki açıklamalarımızda idarenin ihaleyi iptal konusundaki yetkisinin de sınırsız olmadığını izah etmiştik. Olayda ihale ve imtiyaz devri kararından çok sonra, yaklaşık beş yıl sonra İdare hizmeti, kendi imkânları ile göreceğini beyan etmiştir. Böyle bir durumda idari şartnamedeki hükmün uygulanabilir olmadığı düşünülmektedir. Nitekim Danıştay da haklı ve zorunlu gerekçeler olması halinde vazgeçmenin kabul edilebileceğine dikkat çekmiştir. Ancak bu noktada karıştırılmaması gereken bir diğer husus da vazgeçme hakkına sahip olup olmama bir tartışma konusu iken, vazgeçme hakkının varlığı halinde karşı tarafın zararlarının karşılanmayacağı meselesinin bir başka tartışma konusu olduğudur. Diğer bir deyişle, idareye belli durumlarda vazgeçme hakkı tanınmasının hukuki sonucu, vazgeçen idarenin hiçbir zararı tazmin etmemesi değildir. İdarenin kusuru olmadığı durumlarda, bu kez de kusursuz sorumluluk halleri araştırılmalı ve kanaatimizce somut olaydaki gibi hallerde, şayet idarenin bir kusuru yoksa bu kez idarenin kusursuz sorumluluk hallerinden “Hakkaniyet ve Nesafet İlkesi” bağlamında kusuru bulunmayan karşı tarafın zorunlu giderleri karşılanmalıdır.

Elbette birçok özel hukuk kişinin ihaleyi kazanmak amacıyla yaptığı masrafları bilinçli olarak yaptığı, basiretli tacir olarak kâr zarar hesaplamalarını en baştan yaptığı ve bu riski aldığı; hatta ihale şartnamelerindeki klozların da tarafların kabulleri dahilinde olduğu eleştirisi getirilebilecektir. Ancak günümüzde artan kamu hizmeti ihtiyacının ve görülen işlerin, projelerin hacimlerinin ne derece büyüdüğü düşünülürken, görüşmelerin ve pazarlıkların yapılmasını müteakip, imza aşamasına kadar gelmiş bir sözleşme öncesinde oluşturulan “güveni” hukuken sonuçsuz bırakmak, özellikle de Hukuk Devleti ilkesi karşısında kanaatimizce yerinde olmayacaktır. İyi İdarenin, göreceği hizmetleri iyi bir şekilde planlaması, bu hizmetlerin en iyi, en verimli nasıl görüleceği konusunda öngörülü olması ve devlet tüzel kişiliğini ya da diğer kamu tüzel kişiliğini temsilen güvenilir olması beklenir. Üstelik doktrinde ihalelerin, İdareler tarafından ekonomik politikaların bir aracı olarak kullanıldığı, amaca aykırı kullanımların belli çıkar gruplarının ödüllendirilmesi şekline dönüşebildiği, özellikle ihalelerin siyasi amaçlara alet oldukları ve idare tekniğinin bir aracı olarak kullanıldığı da belirtilmektedir<sup>33</sup>. Ayrıca yukarıda da değindiğimiz üzere İdarenin, kendi kaynakları ile bu hizmeti görebilme imkânı varken bunu özel sektöre ihale etmiş olması idarenin “sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmesi yapma” ihtimalini de akla getirmektedir. Böyle bir ihtimalde “doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülüklerin ihlali” nedeniyle İdarenin sorumluluğu gündeme gelmelidir<sup>34</sup>.

Şayet İdareler bu tarz hukuk dışı gerekçelerin, tesis etmiş olduğu işlemlerde sebep teşkil edemeyeceği ve kendilerinin hukuka bağlı, güvenilir bir tüzel kişilik olduğu iddiasındalarsa şüpheden uzak davranmaları ve gerektiğinde de oluşturdukları güven sebebiyle doğan zararı Anayasal düzenlemelerimiz (AY m. 125) doğrultusunda karşılamalıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta da İdarenin, Danıştay’ın da belirttiği üzere, kurulan güven ilişkisi nazarında en azından karşı tarafı “bilgilendirmesi” beklenirdi.

<sup>33</sup> Kutlu, s. 249.

<sup>34</sup> Detaylı bilgi için bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin, Ankara, 2009, s. 192 vd.

Oysa İdare bu ilişkiyi dürüstlüğe aykırı bir şekilde yarıda kesmiş ve bu konuda karşı tarafı da bilgilendirmemiştir<sup>35</sup>. Öğretide *Buz*:

*“İhale sürecinin başlaması ile birlikte, ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında ciddi olarak sözleşme yapma niyetiyle hareket etme yükümlülüğü yanında, taraflardan her birinin, nihai amaç olan kamu ihale sözleşmesi ve bu sözleşmenin ifası bakımından önem taşıyan hususlarda, **bilgi verme, aydınlatma, birbirlerinin menfaatlerini koruma yükümlülüğü doğar.** Doktrindeki hâkim görüş de, ihaleyi açan kurumun, hem ihale mevzuatından, hem de ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülükler aykırı davranışın culpa in contrahendo esasına göre tazminat borcunu doğuracağını kabul ettiğini”*

ifade etmektedir. Danıştay’ın da birçok uyuşmazlıkta İdareyi karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğü altında tutması ve bu bilgilendirmenin nasıl yapılacağı hususundaki genişletici yorumu da ayrıca olumlu karşılanabilecek bir husustur<sup>36</sup>.

Ayrıca Danıştay’ın genel hükümler bağlamında *“güven ilişkisine”* atıfta bulunması da büyük önemi haizdir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, Danıştay da söz konusu uyuşmazlıkta akdedilmek istenen sözleşme her ne kadar bir imtiyaz sözleşmesi, bir idari sözleşme olsa da, bunun bir *“sözleşme”* olduğunu ve bu *“sözleşme öncesi”* kurulan ilişkinin de bir *“güven ilişkisi”* olduğunu teyit etmiştir. Danıştay içtihadında, söz

<sup>35</sup> *“... ciddiyetle girişilen görüşmeler sırasında karşı tarafla bir sözleşme kurulmasının kendisi için söz konusu olmayacağını anlayan kimsenin bu durumu vaktinde bildirmemesi... gibi çeşitli culpa in contrahendo vakıalarında, hep genel anlamda bir açıklama yükümlülüğünün ihlalinden bahsedilebilir.”* Huriye Reyhan Demircioğlu, s. 223.

<sup>36</sup> Güncel kararlara örnek olması adına Danıştay İDDK’nın 2016/3317 E., 2016/2812 K. sayılı 3.11.2016 tarihli kararında ÇED Olumlu Kararının Altıparmak Köyüne gönderilmesine rağmen, metnin köyde ilan edildiğine dair tutanağın Altıparmak Köyü Muhtarlığı tarafından gönderilmediği belirtildiğinden, o bölgede yaşayan halkın haberdar olmadığına, bu sebeple de öğrenme tarihi esas alındığında davanın *“süresinde”* açıldığına hükmedilmiştir. Söz konusu karar için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 2017, S. 145, s. 335-342. Ayrıca bkz. www.kazanci.com, (Çevrimiçi, 28.08.2018).

konusu süreci “akıt öncesi iş” olarak değerlendirmiş, “akıt benzeri güven” doğurduğunu belirtmiş ve “dürüstlük kuralı” gereği idarenin “bilgilendirme” bulunma gereğinin altını çizmiştir.

Bu durum 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na tabi işler bakımından Kanunun 36. maddesi “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmü ile de uyumludur. Aynı şekilde Alman İdari Usul Kanunu’nun (VwvG § 62/2) boşluk halinde BGB hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesi gereğince, idarenin hem kamu hukuku alanında hem özel hukuk alanında akdetmiş olduğu sözleşmeleri bakımından “sözleşme öncesi sorumluluk (cic)” meselesi de Alman Medeni Kanunu (BGB-Bürgerliches Gesetzbuch) hükümleri çerçevesinde çözümlenmektedir<sup>37</sup>. 2002 yılında gerçekleştirilen Alman Borçlar Hukuku Reformu neticesinde düzenleme alanı bulan BGB § 311/2 hükmü gereğince sözleşme görüşmelerinin hangi hallerde hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri borç ilişkisi sayılacağı düzenlenmiştir. BGB § 311/2 kapsamına giren (cic) hallerin sonucunda tazminat verme yükümlülüğü kural olarak BGB § 280/1 çerçevesinde belirlenmektedir. BGB § 280/1 bir borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde gündeme gelecek olup, “kötü ifa”, “gereği gibi ifa etmeme” ya da “hiç ifa etmeme” halleri de bu tazminatın kapsamında değerlendirilmektedir<sup>38</sup>. BGB § 241/2’deki özen yükümlülüklerinin ihlali halinde ise tazminatın kapsamının BGB § 241’e göre belirleneceği ifade edilmektedir<sup>39</sup>.

Konuyu bir de isteklinin zarar talebinin kapsamı bakımından değerlendirmek gerekirse; olayda İdare kamu hizmeti temini için imtiyaz sözleşmesi akdetme kararı almış, bu kapsamda Devlet İhale Kanunu kapsamında bir ihale gerçekleştirmiş ve nihayetinde istekli ile sözleşme yapılmasına yönelik bir ihale kararı tesis etmiştir. Bu aşamadan sonra ihale sözleşmesinin imzalanması için kanunen gerekli olan İçişleri Bakanlığı

<sup>37</sup> Steffen, Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht*, C. H. Beck, 2018, 16. Auflage, s. 299; Hans J Wolff /Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, in Zusammenarbeit mit Stefan Korte/Sven Eisenmenger, *Verwaltungsrecht I*, C.H. Beck OHG, München, 2017, s. 703.

<sup>38</sup> Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 150.

<sup>39</sup> Oğuztürk, s. 151.

kararı ve Danıştay'ın görüşünün alınması prosedürünün İdare tarafından sürüncemede bırakıldığı görülmektedir<sup>40</sup>. İdarenin sessiz kaldığı bu dönemde, istekliye karşı herhangi bir bildirim yapılmamış, bunun üzerine istekli sözleşmenin akıbeti hususunda yazılı olarak başvurup bilgi almak istemiştir. İdare bu yazılı başvuru akabinde imtiyaz devrinin iptali kararı almıştır. Bu aşamada Danıştay'ın vermiş olduğu karar ile bu ve benzeri hallere ilişkin İdarenin sözleşme öncesi sorumluluğunun bulunduğu, isteklinin haklı güveninin korunması gerektiği ve bu bağlamda idarenin tazmin sorumluluğunun isteklinin “menfi zararları” olduğunu söylemek yerinde olacaktır<sup>41</sup>.

Bununla beraber haklı bir sebebe dayanmaksızın ihale iptal edikten sonra aynı edim için aynı şartlarda ya da esaslı değişiklik yapılmadan yeniden ihaleye çıkılması halinde farklı bir hukuki değerlendirme yapılması gerektiği, idarenin istemediği istekliyi devre dışı bırakmak ve kamu ihale mevzuatını dolanmak amacıyla ihale iptali yoluna gidebileceği belirtilmektedir. *Buz*, bu tür durumlarda ihaleyi iptal eden idarenin sonradan başka biriyle sözleşme yapması halinde ihalede en avantajlı teklifi sunan isteklinin “müspet zararını” istisnai olarak talep edebilmesi gerektiğini

<sup>40</sup> Üstelik Danıştay başka bir somut uyuşmazlıkta bir defa alınmış olan Danıştay görüşünün tekrar alınmasına gerek olmadığına da “*Danıştay Birinci Dairesinin ve Danıştay İdari İşler Kurulunun 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15'inci maddesi uyarınca belediyeler ile imtiyaz hakkı sahibi kişiler arasında akdedilecek imtiyaz sözleşmesi taslakları hakkında 2575 sayılı Kanun gereğince düşünce bildirilmesine ilişkin kararları doğrultusunda düzeltilerek tekrar hazırlanan sözleşme taslakları konusunda Danıştay Birinci Dairesi tarafından yeniden düşünce bildirilmesine gerek olmadığı açık olmakla birlikte*” şeklinde hükmetmiştir. Bkz. Danıştay 1. Daire E. 2013/316 K. 2013/240 sayılı içtihat için [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Çevrimiçi, 05.09.2018).

<sup>41</sup> “...Taraflar arasında bayilik sözleşmesi imzalanarak bayilik ilişkisi kurulmamış olsa bile davacı sözleşmenin kurulacağına ilişkin uyandırılan güvene dayalı olarak yapmış olduğu (*kâr kaybı hariç*) giderleri sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesine göre davalıdan isteyebileceğinden,...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2012/19-184, K. 2012/385, T. 13.6.2012 kararı için bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Çevrimiçi, 05.09.2018).



belirtilmektedir<sup>42</sup>. *Tan ve Günday* da idarenin zarar verici eylem ya da işleminin, malvarlığının çoğalmasına engel olması halinde doğacak zararın “kâr kaybı” olduğunu, Danıştay’ın bu gibi halleri de dikkate alması gerektiği kanaatindedir<sup>43</sup>. Nitekim Danıştay güncel bir kararında “kâr kaybını” da içeren müspet zarar talebini değerlendirmiş ve yüklenicinin kâr kaybını talep edebilmesi için ihaleyi yapan idarenin kendi kusuruyla sözleşmeyi feshetmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>44</sup>.

Danıştay kararında ayrıca davacının tazminat talebi içerisinde bulunan danışmanlık hizmet bedeli bakımından İdare Mahkemesi tarafından ticari hayatın gereklerine uygunluğun araştırılması gerektiğine değinilmiştir. Henüz yargılaması tamamlanmamış somut olay bakımından bir değerlendirme yapmamakla beraber, ihaleye teklif verecek istekli firmaların bu tarzda kapsamlı, inşa ve işletmeyi içeren uzun süreli sözleşmeler<sup>45</sup> bakımından özel teknik bilgiye, mahallinde araştırma ve incelemeye ihtiyaç duyması mümkündür. İnşaat mahallinde yapılacak araştırma ve teknik inceleme, ihale dokümanlarının incelenmesi, teklifin hazırlanması, sunulması, her türlü mali hesaplar bakımından ve nihayetinde kâr elde etmeyi hedefleyen isteklilerin basiretli bir tacir gibi davranması ve bu anlamda danışmanlık hizmeti almasının, kanaatimizce hayatın olağan akışına uygun olabileceği düşünülmektedir.

Danıştay 8. Dairesi’nin inceleme konumuzu teşkil eden kararının karşı oyunda, meclis kararından itibaren idarelerce imtiyaz sözleşmesinin imzaya hazır hale getirilmesi için gereken Bakanlık Kararı ile Danıştay görüşünün alınması aşamasının yaklaşık bir yıllık makul sürede tamamlanabileceği görüldüğünden davacı şirkete ancak bu bir yıllık süreden

---

<sup>42</sup> Buz, s. 139-140.

<sup>43</sup> Tan, s. 491 ve 492; Günday, s. 384.

<sup>44</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin 2014/4570 E. 2017/2654 K. Sayılı içtihadı için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 2018, S. 147, s. 287. Ancak bu uyuşmazlık bakımından dikkat edilmesi gereken husus sözleşme akdedildikten sonra ihalenin iptal edilmiş olduğudur. Oysa çalışmamıza konu uyuşmazlıkta, ihale yapılmış, ihale iptal edilmemiş; ancak sözleşme akdedilmemiştir.

<sup>45</sup> 5393 sayılı Belediye Kanunu md. 15 uyarınca belirtilen hizmetler Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir.

sonra ihale kapsamında yaptığı zorunlu masraflarının ödenmesine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle muhalif kalınmıştır. Somut olayda, davalı İdare tarafından ihale sürecinde sessiz kalındığı, Danıştay görüşünün alınması ve Bakanlık kararı işlemlerinin tamamlanmadığı ve bu noktada ilerlenmediği, istekli firmanın sözleşmenin akıbeti hakkındaki bilgi alma talebi neticesinde bu kere idarenin imtiyaz devrinin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu aşamada İdarenin sözleşmeyi akdetme yönünde bir iradesinin bulunmaması ve Danıştay görüşünün alınması için herhangi bir süre öngörülmemesi sebebiyle, istekli firmanın zarar talebinin bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının somut olay ile örtüşmediği kanaatindeyiz. Zarar ancak, İdarenin sözleşmeyi akdetmeme yönündeki iradesini kesin olarak ortaya koyduğu andan itibaren doğmuş olup, o tarihe kadar davacı şirket tarafından yapılan masrafların zarar kapsamında sayılması gerekmektedir. Zira isteklinin talebine konu, danışmanlık, seyahat, konaklama masrafları "*ihaleye katılmak ve sözleşme akdetme inancı*" ile yaptığı masraflar olup, bu masrafların bölünebilir masraflar olmadığı düşünüldüğünde bir yıllık süre ile sınırlandırmaya çalışmak da anlamlı olmayacaktır. Bu noktada önemli olan, davacının, İdarenin sözleşme yapmama yönündeki iradesinden sonra bilinçli bir şekilde masraf yapıp yapmadığı, diğer bir deyişle zararı arttırıp arttırmadığıdır. Uyuşmazlıktan anlaşıldığı kadarıyla davacı şirketin yapmış olduğu tüm masraflar (seyahat, konaklama ile tercüme ve teknik gereklilik masrafı, geçici teminat mektubuna ödenen komisyon bedeli, danışmanlık ücreti) İdarenin bu iradesini açıkladığı tarihe kadar ihale ve sözleşme için yapmış olduğu masraflar olup, bunun teyidi ancak Mahkeme tarafından zarar kalemlerine ilişkin belgelerin incelenmesi ile ortaya çıkacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde Danıştay 8. Dairesi'nin içtihadı, kanaatimizce de yerinde olup, İdare Hukuku'nda sözleşme ve sözleşme öncesi sorumluluk öğretisi bakımından da hukuk güvenliğini sağlayan olumlu bir adım olarak değerlendirilebilecek niteliktedir.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Die Verwaltung kann den öffentlichen Dienst selbst leisten. Stattdessen ist die Verwaltung auch berechtigt, diesen Dienst durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen oder privat-rechtlichen Verträgen zu erbringen. In allen von der Verwaltung zu abschließenden Verträgen hat sie keine privatrechtliche Freiheit, die Vertragspartei zu wählen. Aus diesem Grund muss die Verwaltung den Vertragspartner durch Ausschreibung oder ähnliche objektive Verfahren bestimmen. Am Ende des Ausschreibungsverfahrens wird von der Verwaltung der Abschluss des Vertrags mit dem Bieter erwartet, der das Angebot gewonnen hat.*

*Die Verwaltung kann jedoch manchmal aus verschiedenen Gründen der Abschluss von Verträgen vermeiden. In einem solchen Fall wird im Rahmen der geltenden Rechtsprechung geprüft, ob der Bieter, der verschiedene Kosten für den Gewinn des Angebots aufgewendet hat, die Verwaltung zum Abschluss des Vertrags zwingen kann, die Verwaltung eine Haftung für den Vertrag trägt und welche Schäden der Bieter fordern kann. Es ist bedeutet auch "culpa in contrahendo" Haftung von der Verwaltung, dass auf dem Vertrauen in die Verwaltung basiert.*

*In diesem Zusammenhang bezieht sich dieser Konflikt auf die Unterlassung der Gemeinde. Sie hat den Vertrag viele Jahre lang nicht abgeschlossen und dem Bieter, der die Ausschreibung gewonnen hat, keine Mitteilung gemacht. Als sich der Bieter, der das Angebot gewonnen hatte, bei der Verwaltung bewarb, erklärte die Verwaltung, dass sie diesen öffentlichen Dienst aus dem EU-Fonds erfüllen würde.*

*Andererseits hat der Bieter keine Culpa (keinen Fehler) und alle Schäden gefordert. Indessen hat der Staatsrat beschlossen, dass die Verwaltung notwendige und nötige Kosten kompensieren muss.*

### KAYNAKÇA

- BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, Yetkin, 2007.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara, Yetkin, 2009.
- DETTERBECK, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht, C. H. Beck, 2018.
- DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yay. No: 138, Ankara, 1974.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2015.
- GEZDER, Ümit, Türk/İsviçre Hukukundan Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2009.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997.
- KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo - Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur- ve Olumsuz Zarar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- OĞUZTÜRK, Burcu (Kalkan), Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukun Umumi Esasları 3. Cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.
- PINAR, Yunus Akşin, Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

SEZGİNER, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ULUSAN, İlhan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

WOLFF, Hans J./BACHOF, Otto/STOBER, Rolf/KLUTH, Winfried in Zusammenarbeit mit KORTE/ STEFANEISENMENGER, Sven, Verwaltungsrecht I, C.H. Beck OHG, München, 2017.

YILMAZ, Dilşat, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, Gazi Kitabevi, Ankara, 2014 .

#### Diğer Kaynaklar

Danıştay Dergileri, <https://www.danistay.gov.tr/dergiler.html>

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

