

ÖZEL HUKUKTA VE KAMU HUKUKUNDA SÖZLEŞMELERİN DEVRİ

Erdal KULUÇLU
Sayıştay Denetçisi

I. GİRİŞ

Özel hukukta sözleşme ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunundaki en temel ilkelere birisi irade serbestisidir. Bu ilke sözleşmenin kurulmasındaki irade kadar sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsamaktadır. Günlük hayatta bu ilkenin sınırsız bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Zira sözleşmenin tarafları çoğu zaman karşılıklı borç altına girmektedirler. Bu durum sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların sözleşme üzerindeki tasarruflarını sınırlamaktadır. Dolayısıyla tarafların sözleşmenin tamamında veya bir takım unsurlarında değişiklik yapabilmeleri için hukuken bazı şartların gerçekleşmesi gerekir.

Kamu hukuku sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerine nazaran gerek sözleşme bedeli gerekse iş hacmi bakımından farklılık arz etmektedir. Bu da kamu ihale hukukunda sözleşmelerin devri konusuna ayrı bir derinlik kazandırmaktadır.

II. ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİNDE (ÖZEL HUKUKTA) SÖZLEŞMELERİN DEVRİ

Özel hukuktaki borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanununda bir bütün olarak sözleşmenin devri konusu düzenlenmemiştir. Sözleşmeler taraflar açısından alacak ve borç doğurmaktadırlar. Borçlar Kanunu konuyu alacak ve borç olarak ikiye ayırmıştır. Alacağın temliki (Md: 162-172) ve borcun nakli (Md: 173-181) olmak üzere konuyu düzenlemiş, bir bütün olarak sözleşmenin devrini öngörmemiştir.

A. ALACAĞIN TEMLİKİ

Borçlar Kanununun 162. maddesinin 1. fıkrasında; “Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak men edilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeyle alacaklı kanun, akit veya işin mahiyeti icabı men

edilmiş olmadıkça alacağını üçüncü bir şahsa devredebilmektedir. Ayrıca 163. maddede alacağın temlikinin tahriri(yazılı) şekilde yapılmadıkça bir hüküm ifade etmeyeceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Borçlar Kanununda sözleşmelerin önemli bir unsuru olan alacağın devri için yazılı şekil öngörülmele birlikte borçlunun rızası aranmamaktadır.

Borçlar Kanununun 172. maddesinde; bazı hakların temlikine mahsus özel hükümlerin mahfuz olduğu belirtilmektedir.

B. BORCUN NAKLİ

Borcun nakli hususu Borçlar Kanununun 173. ve 174. maddelerinde düzenlenmiştir. 173. maddede; “Bir borçluya karşı yapılan, borcun nakli taahhüdü, müteahhidi ya borcu tediye etmek yahut alacaklının rızasını istihsal ederek borcu üzerine almak suretiyle borçlunun beraetini tahsile mecbur eder.

Borçlu, borcun nakli müteahhidine karşı borcun nakli akdinden mütevellit borçlarını ifa etmedikçe müteahhit aleyhine taahhüdünü ifa için dava ikame edemez.

Borçtan beraet etmemiş olan evvelki borçlu, borcun nakli müteahhidinden teminat isteyebilir” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle borçlu ile borcun nakli müteahhidi arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir.

Esasen borcun nakli sözleşmesi 174. maddede düzenlenmiştir. 174. maddede; “Evvelki borçlunun yerine yenisinin kaim olması ve borçtan beraeti borcun nakli müteahhidi ile alacaklı arasında yapılacak akit ile vuku bulur.

Bu akdin icabedildiği, borcun nakli müteahhidi veya onun müsaadesiyle evvelki borçlu tarafından borcun nakli mukavelesinin alacaklıya bildirmesinden istidlal olunabilir.

Alacaklının rızası ya sarıh olur veya halin icabından anlaşılır. Alacaklı ihtirazi kayıt dermeyeran etmeksizin borcun nakli müteahhidinin tediyesini kabul eder veya bunun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir muameleye razı olursa borcun naklini kabul etmiş addolunur” hükmü yer almaktadır

Yukarıdaki maddede görüldüğü üzere, borcun nakledilebilmesi yani müteahhidin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için borcun nakli müteahhidi ile alacaklı arasında akit yapılması gerekmektedir. Prensip olarak borcun nakli sözleşmesinin tahriri olması gerekmektedir. Ancak alacaklının rızası sarıh olabileceği gibi zımni de olabilmektedir. Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin borcun nakli müteahhidinin ödemelerini kabul eder veya bunun borçlu sıfatı ile yapacağı herhangi bir muameleye razı olursa borcun naklini kabul etmiş sayılır.

Alacağın temlikinde borçlunun rızası aranmamakta buna karşın borcun naklinde zımni de olsa alacaklının rızası aranmaktadır

III. KAMU HUKUKUNDA (İHALE HUKUKU) SÖZLEŞMENİN DEVRİ

A. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile uygulama alanı daraltılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 66. maddesinde; “Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu maddede ita amirinin yazılı izni ile sözleşmenin devredilebileceği belirtilmiştir. Ancak hangi durumlarda devir söz konusu olacaktır bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunu 2886 sayılı kanunun önemli bir zaafı olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Sözleşmenin devri ihale aşaması kadar önemlidir. Kanun koyucu ihale aşamasını ayrıntılarıyla düzenlemiştir. Bütün bu düzenlemelerin kamu kaynaklarının optimum kullanımı için ehil yüklenicilerin tespiti amacıyla yapıldığı düşünülecek olursa sözleşmelerin hangi saiklerle ve kimlere devredileceği konusunun hukuki düzenlemelerde daha geniş yer bulması gerekmektedir.

Ayrıca 66. maddede devir alacaklarda ilk ihalede aranan şartların aranması gerektiği vurgulamaktadır.

İzinsiz devir yapılması halinde sözleşmenin bozulacağı, müteahhit veya müşteri hakkında 62. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. 62. madde; “Sözleşme yapıldıktan sonra 63. maddede yazılı hükümler dışında müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi üzerine idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Gelir kaydedilen kesin teminat müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez ” hükmünü amirdir.

Bu hüküm uyarınca izinsiz devir yapılması durumunda müteahhit veya müşterinin kesin teminatına el konmakta ve bu teminatlar hiçbir şekilde müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilememektedir.

Ayrıca 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 8. maddesine istinaden çıkarılan 84/8520 sayılı Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 46. maddesinde; “Müteahhit, üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır.

Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit hakkında 2886 sayılı Kanunun 62. maddesi hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemede müteahhide bakan yönüyle hiçbir mazeretin sözleşmenin devri için muteber olmayacağı belirtilmektedir. Sadece birinci derece ita amirinin veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izniyle sözleşmenin devredilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak ita amirlerinin bu devir yetkilerini hangi şartlarda kullanacakları ve bu devir yetkisinin sınırları hususları açık bırakılmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda izinsiz devir durumunda müteahhit veya müşterinin ihalelere girip giremeyecekleri ve uygulanacak diğer yaptırımlar konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

B. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ

4735 sayılı kanun 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa nispeten sözleşmenin devri konusunu ayrıntılarıyla ele almıştır. Yukarıda görüldüğü üzere 2886 sayılı kanun bu konuya ucundan temas etmiş ve ayrıntıların uygulamaya göre şekillenmesini istemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda sözleşmelerin devri hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu konudaki düzenlemeyi Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yapmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Yüklenici sözleşme imzalandıktan sonra idareye karşı tekeffül ettiği işi sözleşme ve eki şartnameler çerçevesinde eksiksiz yapmakla mükelleftir. Ancak yukarıdaki madde hükmünde de ifade edildiği üzere realitenin zorunlu kıldığı durumlarda sözleşme şartlarında veya sözleşmenin taraflarında değişikliğe gidilmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Sözleşmenin devri bu sözleşme ile yükümlülük altına giren müteahhidin sözleşmenin tarafı olmaktan çıkması yani sözleşmenin taraflarından birinin değişmesi anlamına gelmektedir.

Sözleşmenin taraflarından birisinin değişmesi sonucunu doğuran devir konusunun hangi şartlarda hukuken mümkün bulunduğunu yukarıdaki düzenlemeler ışığında açıklayalım.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesi sözleşmelerin devredilebilmesi için ;

- a- Zorunlu hallerin ortaya çıkması,
- b- İhale yetkilisinin yazılı izni,
- c- Devir alacaklara ilk ihaledeki şartların aranması,
- d- Devir eden ve devir alanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının tespiti

hususlarının hepsinin gerçekleşmesi şartını aramıştır.

Bu şartları kısaca açıklamak konunun iyice anlaşılması için faydalı olacaktır.

1- Zorunlu Hallerin Ortaya Çıkması

4735 sayılı Kanunun 16. maddesinde; sözleşme devirleriyle ilgili olarak önceki düzenlemelere nazaran yenilik sayılması gereken “zorunlu hallerde” ifadesine yer verilmiştir. Hukuki tabirle mücbir sebep olarak bildiğimiz bu ifade idareye takdir yetkisi vermektedir. Bu takdir yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller sıralanmıştır. Mezkur 10. maddede; mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- a) Doğal afetler
- b) Kanuni grev
- c) Genel salgın hastalık
- d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı
- e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur” hükmü yer almaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; geçen zorunlu haller ; aynı kanunun 10. maddesinde; geçen mücbir sebepleri kapsamakla birlikte ondan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Sözleşmenin münderecatında, süresinde, feshinde ve benzeri noktalarında değişiklik gerektiren sebeplerin sözleşmenin devrinde geçerli olmayacağını ileri sürmek kanunun ruhuna uygun düşmemektedir.

10. maddede zikredilen haller diğer şartlarla birleştiğinde sözleşmenin devri sonucunu doğurabilmektedir. Çünkü sözleşme ile yükümlülük altına giren yüklenici için yukarıdaki veya benzeri durumlar sözleşmenin devrini zorunlu kılmış olabilir.

Kanunda zorunlu haller tadadi olarak zikredilmiştir. Yani Kanun Koyucu zorunlu hallerin ne olduğu konusunda kendine göre önemli gördüğü birkaç durumu açıkça belirtmiştir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddenin 1. fıkrasının(e) bendindeki; “Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller” ibaresiyle idareye zorunlu haller konusunda takdir yetkisi vermiştir.

2- İhale Yetkilisinin Yazılı İzni

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda “tanımlar” başlıklı 3. maddede ihale yetkilisinin tanımı yapılmamakla birlikte Kamu İhale Kanunundaki tanımlara atıfta bulunulmuş ve bu kanunun uygulanmasında kamu ihale kanunundaki tanımların geçerli olduğu belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde ihale yetkilisi, “(Değişik: 4964/3 md) İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım gereğince ihaleci kuruluşların ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri sözleşmenin devri hususunda imza yetkisini haizdirler. Bunlar dışındaki yetkililerin sözleşme devrine ilişkin imzaları hukuken bir değer ifade etmemektedir.

İhale yetkilisinin sözleşme devri ile ilgili olarak kanunen aranan şartların tahakkuk edip etmediğini araştırması gerekir. Bu konuda zorunlu haller hususundaki takdir yetkisine dikkat çekmek gerekmektedir. Zira bu yetkininde hukukun genel ilkelerinin rehberliğinde kullanılması gerekir (Objektiflik, hakkaniyet vb). Kanunda zorunlu hallerin kimler tarafından takdir edileceği hususu açıkça düzenlenmemiştir. Fakat imza yetkisine sahip ihale yetkilisinin bu konuda da söz sahibi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

İhale yetkilisinin sözleşmenin devrine ilişkin izninin yazılı olması gerekir. İznin yazılı olması şartı emredicidir. Aksi yöndeki düzenlemeler muteber değildir.

3- Devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması

İlk ihaleyi alan istekliden aranan şartların sözleşmeyi devir alanda da aranması gerekir. Bu şartlar arasında ihale dokümanında istenen yeterlik kriterlerinin devir alacak olanda da aranması vardır. Bunun yanında devir alacak olanların ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekir.

Sözleşmeyi devir alacak olan yüklenici namzedinin ihaleyi ilk alan müteahhitteki şartları taşıdığı tespit edildikten sonra; ihale bedelinin % 6 sı oranında kesin teminat yatırması ve sözleşmeyi imzalaması gerekir.

4- Devir eden veya devir alanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının tespiti

Sözleşme hukukunda esas olan sözleşme ile borç altına giren yükümlülerin yükümlülüklerini bizzat yerine getirmeleridir. Sözleşmenin taraflarının değişmesi istisnai bir durumdur. 4735 sayılı Kanunda devir eden veya devir alacak olanlarda sözleşmeden önceki veya sonraki üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının araştırılması şartıyla sözleşme devirlerinin istisnai bir durum olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla sözleşme devirlerinin teamül haline gelmesi istenmemiştir. Zorunlu hallerde münhasır bir olay olarak kabul edilmiştir.

C. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNA EKLİ ŞARTNAMELERDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1- Yapım İşleri Genel Şartnamesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesinin (b) fıkrasının ikinci bendine dayanarak çıkartılan 20.11.2002 tarih ve 24942 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesinde; “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü

değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Bu maddedeki düzenleme Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesiyle paralellik arz etmektedir. Yapım işleri açısından ayrık bir hükme yer verilmemiştir. Genel düzenlemelerin yapım işleri içinde geçerli olduğu görülmektedir.

2- Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşme

Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşmenin 19/1 maddesinde; “Devire İlişkin Şartlar: Zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni alınmak kaydıyla Sözleşmenin devri mümkündür. İdare, sözleşmenin devredilmesine ilişkin talepleri değerlendirirken 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesi kapsamında engel bir durumun olup olmadığını tespit edecektir. İhale yetkilisince gerekli iznin verilmesinin ardından, devir sözleşmesi imzalanmadan önce, sözleşmeyi devralan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda sayılan değerler üzerinden sözleşme bedelinin % 6 sı oranında kesin teminatı idareye vermek zorundadır. Bu durumda idare devredenden almış olduğu kesin teminatı devir sözleşmesinin imzalanmasının takip eden ilk iş günü içinde kendisine iade edecektir. Notere onaylatılacak devir sözleşmesinde ihale yetkilisi devir alan ve devir edenin imzaları ile devreden ve devir alanın 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; belirtilen durumlarının olmadığına ilişkin beyanlarının bulunması ve devir alacakların ilk ihaledeki şartları gerçekleştirmesi zorunludur.

Sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanması, devredeni, devir tarihine kadar yapmış olduğu işlere ait sorumluluktan kurtarmaz” hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeyle mal alım ihalelerine ait sözleşmelerin devrinde;

- Öncelikle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ihale yetkilisi tarafından araştırılacaktır.

- Ardından ihale yetkilisi tarafından devir izninin verilmesinden sonra fakat devir sözleşmesinden önce devralanın 4734 sayılı kanundaki değerler üzerinden sözleşme bedelinin % 6 sı oranında kesin teminat yatırması gerekir. Bu

takdirde idare devir sözleşmesinin imzalanmasını takip eden ilk iş gününde devredenden almış olduğu kesin teminatı iade edecektir.

- Ayrıca devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanması ve bu sözleşmede ihale yetkilisinin, devreden ve devir alanın imzalarının bulunması gerekir.

- Devir sözleşmesinde devreden ve devir alanın 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesine aykırı bir durumunun olmadığı kendisi tarafından açıkça beyan edilmesi zorunludur.

- Son olarak sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanmasının devredeni devir tarihine kadar yapmış olduğu işler açısından sorumluluktan kurtarmayacağı belirtilmiştir.

Tip şartnamenin 19/2 maddesinde; ise izinsiz devir konusunda 4735 sayılı kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

3- Hizmet İşleri Genel Şartnamesi

4734 sayılı kanunun 53. maddesinin (b) fıkrasının 2. bendine istinaden çıkarılan Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 53. maddesinde; “Sözleşmenin devri, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni alınmak kaydıyla mümkündür. İdare, sözleşmenin devredilmesine ilişkin talepleri değerlendirirken 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesi kapsamında engel bir durumun olup olmadığını tespit edecektir. Notere onaylatılacak devir sözleşmesinde ihale yetkilisi devir alan ve devir edenin imzaları ile devreden ve devir alanın 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; belirtilen durumlarının olmadığına ilişkin beyanlarının bulunması ve devir alacakların ilk ihaledeki şartları gerçekleştirilmesi zorunludur.

Devir sözleşmelerinde, devralan yüklenicinin devreden yüklenicinin yaptığı sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerini devreden tabi olduğu veya olacağı kapsam ve içeriği ile yüklenildiği hususu yer alır.

Sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanması, devredeni, devir tarihine kadar yapmış olduğu işlere ait sorumluluktan kurtarmaz” hükmü yer almaktadır.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde mal alım ihalelerinden farklı olarak teminat konusunda bir hüküm mevcut değildir. Bunun dışında biraz sonra değineceğimiz husus hariç mal alım ihalelerindeki devirlerle ilgili yukarıdaki açıklamalar hizmet ihaleleri içinde geçerlidir.

Hizmet işlerine ait ihalelerde sözleşmenin devrinde devir alanın devreden yüklenicinin tabi olduğu bütün yükümlülükleri üzerine aldığı hususunun devir sözleşmesinde yer alması gerekmektedir.

Burada da izinsiz devir durumunda 4735 sayılı kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

D. İZİNSİZ DEVİR

4735 sayılı Kanunun sözleşme devirlerini düzenleyen 16. maddesinin son cümlesinde; “İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

İzinsiz devir durumunda sözleşmenin akıbetinin ne olacağı sorusuna yukarıdaki atıf nedeniyle 4735 sayılı Kanunun 20, 22 ve 26. maddeleri cevap vermektedir.

20. madde idarenin sözleşmeyi feshetmesini düzenlemektedir. Bu maddeye yapılan atıf dolayısıyla izinsiz devir halinde idare tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedecek ve hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir.

Kanunun 22. maddesinde ise; “19. maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20. maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20. maddenin (b) bendi ile 21. maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21. maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkraya hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

19, 20 ve 21. maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26. madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca,

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

Bu maddede sözleşmenin feshi dolayısıyla ortaya çıkan zararın nasıl karşılanacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin feshedilmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten itibaren gelir kaydedilecektir. Ayrıca Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Bunun dışında sözleşmenin feshi nedeniyle idare uğradığı zarar ve ziyarı yükleniciye tazmin ettirir.

Aynı Kanunun “İhalelere Katılmaktan Yasaklama” başlıklı (Değişik: 4964/47 md) 26. maddesinde; “25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

(Değişik: 4964/47 md) Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde

gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, 25. maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür” hükmü yer almaktadır.

Yukarıdaki maddede izinsiz devir durumunda uygulanacak yaptırımlar izaha ihtiyaç duyulmayacak kadar açık bir şekilde düzenlenmiştir.

E. SÖZLEŞMENİN DEVRİ VE ALT YÜKLENİCİLER

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 15. maddesinde; “İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz” hükmü yer almaktadır.

Sözleşmenin devri bir bütün olarak sözleşmenin başka bir yükleniciye devrini ifade etmektedir. Alt yükleniciler ise sözleşme ile müteahhidin yüklendiği yükümlülüklerden bir kısmının yapımını üstlenmektedirler. Bu durumda bile müteahhit idareye karşı devrettiği bir kısım işler açısından sorumluluktan kurtulamaz.

F. SÖZLEŞMEYE BAĞLANMAMIŞ BİR TAAHHÜDÜN DEVREDİLİP DEVREDİLEMeyeCEĞİ

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde; taahhüdün devrinden bahsedilmemiştir. Buradaki düzenleme sadece sözleşmelerin devrini mümkün kılmaktadır. Sözleşmelerde işle ilgili kanunen yasaklanmayan konularda yeni hükümlerin yer alabileceği göz önünde bulundurulacak olursa taahhüt aşamasındaki bir işin devrinde hassas olunmalıdır.

Sayıştay Daireler Kurulu 05.10.1977 tarih ve 319/1 sayılı kararında; İstanbul Teknik Üniversitesi Kampüsü Motorlar Enstitüsü'nün çevre tanzimi işinde taahhüdün devrini öngören devir sözleşmesinin tesciline karar vermiştir.

Kanun Koyucu ihale hukukunda sözleşmeye büyük önem vermiştir. Bu nedenle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 42. maddesinde; sözleşmeye davet prosedürünü, 44. maddede ise sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluklarını ayrıntılarıyla düzenlemiştir. Bundan yola çıkarsak Kanun

Koyucunun iradesinin sözleşmelerin devrine münhasır kaldığını söylemek yerinde olacaktır.

G. 01.01.2003 TARİHİNDEN ÖNCE YAPILAN İHALELERE İLİŞKİN DÜZENLENEN SÖZLEŞMELERİN DEVRİ

24.07.2003 gün ve 25178 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2003/7 nolu Kamu İhale Kurumu Tebliğinde 01.01.2003 tarihinden önce yapılan ihalelere ilişkin düzenlenen sözleşmelerin durumu;

“4735 sayılı Kanunun;

“Amaç” başlıklı 1. maddesinde; “Bu Kanunun amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir” hükmü,

“Kapsam” başlıklı 2. maddesinde; “Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar” hükmü,

“Yürürlük” başlıklı 40. maddesinde; “Bu Kanun 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girer” hükmü,

“Sözleşmenin devri” başlıklı 16. maddesinde ise; “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alnamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, 4735 sayılı Kanunun 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmelerle ilgili esas ve usulleri belirlediği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, 4735 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden önce devralınmış veya devredilmiş bir sözleşmenin, bu Kanuna göre devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme sayılmaması; 01.01.2003 tarihinde yürürlükte olan sözleşmelerin, bu tarihten sonra devralınmasının veya devredilmesinin Kanunun 16. maddesi kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir”

şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme çerçevesinde;

a) 01.01.2003 tarihinden önce devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme sayılmayacaktır.

b) 01.01.2003 tarihinde yürürlükte olan sözleşmelerin devredilmesi veya devir alınması konularında 4735 sayılı Kanunun 16. madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Görüldüğü üzere yukarıdaki tebliğde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu arasında sözleşmelerin devrine ilişkin geçiş süreci düzenlenmiştir.

IV. ÖZEL İHALE YÖNETMELİKLERİNDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

A. GENÇLİK VE SPOR GENEL MÜDÜRLÜĞÜ MERKEZ İHALE YÖNETMELİĞİ

05.08.1997 gün ve 23071 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan bu yönetmeliğin 62. maddesinde; “Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacak yeni müteahhidin ilk ihalenin tabi olduğu şartnamedeki tüm nitelikleri haiz olması şartı aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında Bu Yönetmeliğin 59.uncu maddesi hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

İzinsiz devir durumunda yüklenicinin ve sözleşmenin tabi olacağı prosedür 59. maddede “Sözleşme yapıldıktan sonra bu yönetmeliğin 60. maddesinde; yazılı hükümler dışında müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, İdarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez” şeklinde düzenlenmiştir.

B. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU ÖĞRENCİ SEÇME VE YERLEŞTİRME FONU YÖNETİM, İŞLETME VE DENETİM YÖNETMELİĞİ

Bu Yönetmelik 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 65. maddesi gereğince hazırlanmıştır

Yönetmeliğin 54. üncü maddesinde; “Sözleşmeye bağlanan iş, İta Amirinin onayı olmadıkça başkasına devredilmez. Aksi taktirde sözleşme bozulur. Onaysız devir sebebi ile sözleşme bozulursa teminat irat kaydedilir” hükmü yer almaktadır

C. ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI İHALE YÖNETMELİĞİ (İDARİ BÜTÇE)

30.11.2000 tarih ve 24246 sayılı Resmi Gazete yayımlanan yönetmeliğin ‘Sözleşmenin Devri ‘ başlıklı 49. maddesinde; “Sözleşme ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devralacak olanlarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında Yönetmeliğin 48. maddesine göre işlem yapılır” hükmü yer almaktadır

Aynı yönetmeliğin “Müteahhit veya Müşterinin Sözleşmenin Bozulmasına Neden Olması” başlıklı 48. maddesinde ise; “Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, İdarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez” hükmü yer almaktadır.

D. TELEKOMÜNİKASYON KURUMU İHALE YÖNETMELİĞİ

22.11.2000 tarih ve 24238 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan yönetmeliğin 60. maddesinde; “Sözleşme İta Amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devralacak olanlarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde sözleşme bozulur ve yüklenici (müteahhit/müşteri) hakkında 59. madde hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

59. maddede ise “Sözleşme yapıldıktan sonra madde 70’de yazılı hükümler dışında yüklenici(müteahhit/müşteri)nin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi üzerine Kurumun en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarna rağmen aynı durumun devam etmesi halinde idari yararı göz önünde bulundurularak idare kalan işin niteliklerine göre yüklenici nam ve hesabına yaptırıp bedelini yüklenici üzerine fatura edebilir veya ihale ile alınan mal ve hizmeti iade edip ödenen ihale bedelinin tamamını aylık 6283 sayılı kanunda belirtilen faiz oranı uygulanarak geri alır veya ayrıca protesto çekmeye ve hüküm altına almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedip sözleşmeyi feshederek hesabı genel hükümlere göre tasfiye eder.

Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenici(müteahhit/müşteri)nin borcuna mahsup edilemez” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda metinleri yazılı mevzuat hükümlerini toparlamak gerekirse; düzenlemelerin birbirine paralel olduğu görülecektir. Burada Telekomünikasyon Kurumu İhale Yönetmeliğindeki izinsiz devirler dolayısıyla atıf yapılan 59. maddeden bahsetmek yerinde olacaktır. Bu maddeye göre idare izinsiz devirle karşılaştığı durumlarda;

a) İş izinsiz devirde bulunan yüklenici nam ve hesabına yaptırıp bedelini yükleniciye fatura edebilir.

b) İhale ile alınan mal ve hizmeti iade edip ödenen ihale bedelinin tamamını 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunda belirtilen faiz oranları dahilinde geri alabilir.

Söz konusu maddelerde devirlerin şekli ve kimlerin devre yetkili olduğu hususlarında hükümler mevcut olmasına rağmen devrin hangi şartlarda yapılacağı açıklanmamıştır. Bu da önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

V. SÖZLEŞMENİN DEVRİNDE ŞEKİL

Yukarıdaki mevzuat hükümlerinden açıkça anlaşılacağı üzere sözleşmenin devrinin yazılı şekilde verilen bir izinle ve devir sözleşmesiyle yapılması gerekmektedir. Devir sözleşmesinde yer alması gerekli hususlar ilgili bölümlerde ele alınmıştır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Hüküm Bulunmayan Haller” başlıklı 36. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu atıf nedeniyle sözleşme

devirlerinde İhale Kanununda hüküm bulunmadığı takdirde Borçlar Kanunu hükümlerine müracaat etmemiz gerekir.

Borçlar Kanununun 11. inci maddesinin 2. bendinde; “Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz” hükmü yer almaktadır. Akitlerin muteber olması kanunen emredilen şekil şartlarının yerine getirilmesi ile mümkündür.

Aynı Kanunun 12. maddesinde ise; “Kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır. Şu kadar ki bu akdi nakız ve tadil etmeyen mütemmim ve fer'i şartlar bu hükümden müstesnadır” hükmü yer almaktadır. Bu nedenle ilk sözleşme hangi şekil şartlarına tabi ise bu sözleşmedeki değişikliklerinde aynı usulde yapılması gerekir.

VI. SONUÇ

İhale mevzuatındaki bütün hükümler netice olarak işin ehil yükleniciler eliyle yapılması içindir. Bu nedenle yaklaşık maliyetten ihalenin ilanına oradan sözleşmenin yapılmasına kadar ihalenin bütün aşamaları ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Bu noktada gösterilen hassasiyetin sözleşmenin devri konusunda da gösterilmesi gerekir. Zira sözleşmenin devriyle yüklenici değişmektedir. Sözleşmenin devredileceği yüklenicinin ilk ihalede istenen kriterleri taşıyıp taşımadığı hususu titizlikle aranmalıdır. Sözleşme devirlerinin kanuna karşı hile olarak kullanılması engellenmelidir.