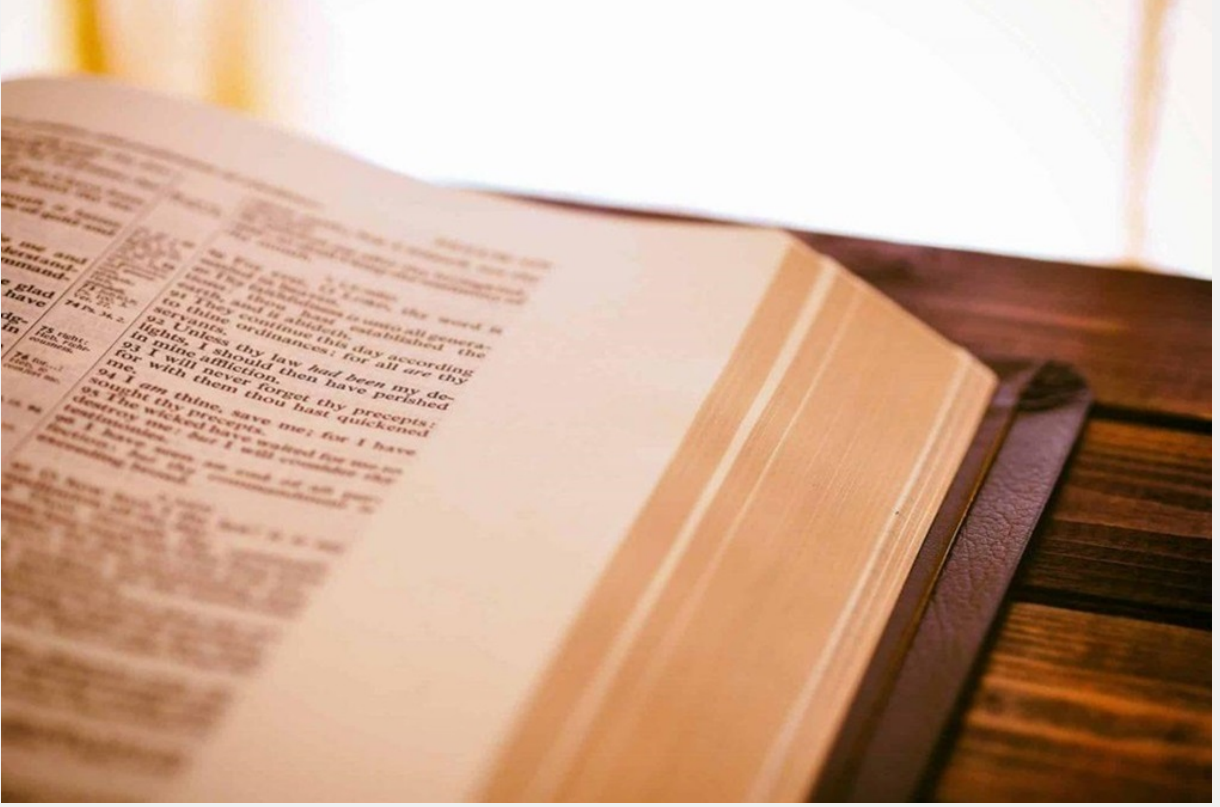


KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Avukat Tarık Demirel

0 532 574 36 84 Strazburg Caddesi No:14/14, 06570 Çankaya, Ankara Türkiye

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ



<u>İdarenin Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği</u>	<u>1</u>
<u>Türk Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği</u>	<u>3</u>
<u>Sonuç</u>	<u>5</u>

İdarenin Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili hukuki anlaşmazlıkların çözümü için öncelikle kamu ihale sözleşmesinin hukuki niteliğinin anlaşılması gerekmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin niteliği, uygulanacak hukuki süreç ve yargı tarafından verilen bir kararın sözleşmeye etkisi açısından önemiyet arz etmektedir.

İdare hukuku bakımından, idarenin taraf olduğu işlemler idarenin tek taraflı – çok taraflı işlemleri olarak ayrılırlar. İdarenin tek taraflı işlemi, işlemi yapan tarafın (idare) işlem yapma iradesini açıklamasıyla oluşur¹. İdarenin tek taraflı işlemlerinin niteliği; tek taraflı ve icrai niteliğinde olmalarının yanı sıra rıza ve muvafakate bağlı olmamalarıdır, bunun nedeni tek taraflı işlemin esasında kamu

¹ Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2017, s. 124; Turgut Tan, İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 216.

gücüne dayanmasıdır². İhale hukuku bakımından tek taraflı işlemlere verilebilecek en başat örnek idarenin tek taraflı işlemi olarak ihalenin Kamu İhale Kanunu hükümleri kapsamında iptal edilmesidir.

İdarenin iki taraflı işlemleri ise karşılıklı irade beyanları açıklanarak oluşturulur ve “idarenin taraf olduğu sözleşmeler” olarak nitelendirilebilir.

Yaptığımız bu ayırım göz önünde bulundurulduğunda “Kamu İhale Sözleşmeleri”nin idarenin yaptığı iki taraflı işlem olduğu aşikârdır. Günümüzde idarelerin sadece “idare hukuku” alanında faaliyet gösterebileceği görüşü terk edilmiştir. İdarenin özel hukuk alanında faaliyet göstererek sözleşme akdetmesi pekâlâ mümkündür. Bu nedenle idare hukukunda “idari sözleşme” ve “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” kavramları ortaya atılmıştır³. Bu ayırımı göre; idarenin, idare hukuku kuralları çerçevesinde sözleşme yapmasına, sözleşmenin niteliği gereği kamu hukuku kurallarına tabi olması nedeniyle “idari sözleşme”, idarenin borçlar hukuku kurallarına tâbi olarak da sözleşme yaptığı duruma ise “idarenin özel hukuk sözleşmesi” adı verilmektedir.

Bahsi geçen ayırım idarenin taraf olduğu sözleşmelere uygulanacak hukuki rejimi belirleme açısından önem arz etmektedir.

İdari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden belirli farklılıklar göstermektedirler:

Sözleşmenin tarafları olan idare ve özel hukuk kişisi arasında hukuken eşitlik bulunup bulunmadığı idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi arasındaki en temel farklardan biridir⁴. İdari sözleşmelerde, taraflar arasında hukuki eşitlik bulunmamaktadır, idare özel hukuk süjesine göre üstün pozisyonundadır. Ancak bu kriter, tamamiyle belirleyici ve kati değildir. İdarenin üstün durumda bulunması, idarenin tek taraflı iradesiyle sözleşmeden doğan ilişkiye etki etmesi olarak anlaşılabilir da, bu ayrıcalıkların tam olarak neler olduğu kesin olarak ifade edilmemiştir⁵. Türk Borçlar Kanunu’na tâbi özel hukuk sözleşmelerinde de sık sık taraflardan birine üstün ayrıcalıklar tanındığı görülmektedir. Örneğin tüketici, kira ve iş sözleşmelerinde taraflarından birinin korunması amacıyla belli ayrıcalıklar tanınmaktadır.

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesinde ilk kriter nitelendirmenin kanun tarafından yapılmış olmasıdır⁶.

Kanun Koyucu tarafından 1999 yılında Anayasa’nın 47. Maddesine eklenen 4. Fıkra ile “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği ve devredebileceği kanunla belirlenir” düzenlemesi getirilmiştir.

Bu düzenlemeyle niteliği gereği idari sözleşme olan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi tutulması ancak bir kanun hükmüyle mümkün olabilecektir. Bu durumda devletin, kamu iktisadi teşebbüsünün veya kamu tüzel kişinin taraf olduğu sözleşme, yürüttükleri yatırım ve hizmetin gerçek

² Yunus Akşin Pınar, Kamu İhale Sözleşmelerinin Türk Borçlar Hukuku’nda Yeri ve İhalenin Yargı Kararıyla İptali Halinde Akıbetleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 7; Günday, a.g.e., 124.

³ A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku, C.1, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 515-517.

⁴ Günday, a.g.e., s. 186.

⁵ Pınar a.g.e.,s. 8.

⁶ Bkz. Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun; Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5 “idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tâbidir.” Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.6.1995 T. Kararıyla imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerin özel hukuka tâbi tutularak idari yargı denetimi ve Danıştay ön denetimi dışına çıkarıldığı düşüncesiyle Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5’i iptal etmiştir. Bu karar üzerine 1999 yılında 4446 sayılı kanunla Anayasa’nın 47. maddesi değiştirilmiş, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapmasının önü açılarak Yap- İşlet-Devret Kanunu m. 5 aynı biçimiyle yeniden düzenlenmiştir.

veya tüzel kişilere devri veya bu kişilere yaptırılması halinde (ki bunlar niteliği gereği kural olarak idari sözleşme olacaklardır) bunların özel hukuk sözleşmesiyle tesis edilebilmesi için kanunda bir belirleme olması zorunludur⁷.

Bu durumun mevhumu muhalifinden sözleşmenin konusu ve niteliği itibariyle idari sözleşme olmaması halinde ise kanunda açıkça bir belirleme olmadan da idarenin özel hukuk sözleşmesine taraf olabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

İdarenin taraf olduğu sözleşmenin niteliğinin tespitinde yargı makamlarınca sözleşmenin içeriğinden yola çıkılarak üç şart aranmaktadır:

Bunlardan ilki, organik şart olarak da ifade edilen, sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olmasıdır. Sözleşmenin karşı tarafının da kamu tüzel kişisi olması halinde dahi sözleşme kendiliğinden idari sözleşme niteliğini iktisap etmez⁸. Diğer iki koşulun da varlığı aranır⁹.

İkinci şart, sözleşmenin ilk maddi şartı, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Danıştay'a göre, sözleşmenin içeriğinin doğrudan kamu hizmetine ilişkin olması gerekmektedir¹⁰. Ancak kamu hizmeti şartının tartışmalı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Örneğin sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin kamu hizmeti olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunsa da Kamu İhale Kurulu bir kararında¹¹ bir devlet hastanesinin laboratuvar tahliline ilişkin hizmet alımı ihalesi bakımından ihaleyi Kamu İhale Kanunu'nda yer alan rekabetin sağlanması şartını sağlamadığından dolayı iptal etmiştir, ancak Kurul bir özel hukuk sözleşmesiyle bu hizmetin idare tarafından alınmasında bir sakınca bulmamıştır.

Üçüncü şart, sözleşmenin ikinci maddi şartı, idarenin karşı tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı konumu ve sözleşmenin "özel hukuku aşan şartlar" taşımasıdır. Sözleşmenin kamu yararı gözetilerek yerine getirilmesi amacıyla idareye üstün haklar verilmiş olması, sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirmemizi sağlayabilmektedir. Bu üstün haklara örnek olarak kusurlu tarafa yaptırım uygulama, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme, sözleşmeye son verme yetkileri örnek verilebilir¹².

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmedeki anlaşmazlık önüne gelen yargı görevlisinin bu sözleşmeyi idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesinin özellikle uyuşmazlığı çözümede görevli yargı kolunu belirlenmesinde büyük önemi bulunmaktadır. Çünkü idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözümlenmelidir.

İdarenin taraf olduğu her iki sözleşme türü açısından bir diğer usuli fark ise idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay görüşünün alınması zorunluluğu bulunmasıdır.

Türk hukuku açısından bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi kamu hukuku ilkelerinin ağırlık kazanmasına, idari işlemlerin hukuki rejiminde tipik olanın aksine tek yanlı olmasa dahi bir idari işlem olarak nitelendirilmesine yol açacaktır¹³.

⁷ Pınar, age.,s. 10.

⁸ Yargıtay 13.HD 1982/6438 E., 1982/6996 K., 18.12.018 T. "kamu teşekkülü olarak davalının kamu yararı gütmesi, sözleşmenin davalının görmekte olduğu kamu hizmeti ile ilişkili olması davada dayanan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir".

⁹ Danıştay 8. D, 1984/495 E., 1985/46 K.

¹⁰ Pınar, age.,s. 11.

¹¹ Kamu İhale Kurulu 08.02.2005 tarih ve 2005/UH.Z-239 sayılı kararı.

¹² Tan, İdare Hukuku, s. 299.

¹³ Pınar, age.,s. 13.

Hülasa, idare hukuku açısından “idari sözleşme” ve “idarenin özel hukuk sözleşmesi” ayrımı uyarınca, bir sözleşmenin veya sözleşme türünün nitelendirilmesi amacıyla önce kanuna, burada hüküm yoksa sözleşmenin içeriğine bakılacaktır. Sözleşmen bir kamu hizmetini kapsıyorsa ve sözleşme hükümleri idareye “özel hukukun şartlarını aşan” birtakım üstün hak ve ayrıcalıklar tanıyorsa, sözleşme idari sözleşmedir. Aksi durumda ise Türk hukuk sistemine göre, sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir¹⁴.

Türk Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Türk Hukuk sistemine dahil olmadan önce kamu ihaleleri neticesinde özel hukuk süjesiyle akdedilen sözleşmenin niteliği tartışmalıydı. Hem 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, hem de Devlet İhale Kanunu konu hakkında açıklık getirmemekteydi¹⁵.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise 36. maddesinde, “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü ve 4. Maddesinin 3. fıkrasında “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur” hükmü konuya açıklık getirerek tartışmaları azaltmıştır.

4735 sayılı Kanunun 36. maddesinin Türk Borçlar Kanunu’na yaptığı atıf, doktrinde kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirmeye, hükmü inceleme konusu eden yazarlar için yeterli görülmesi de Kanunun 4. Maddesinin 3. fıkrası, şüphe oluşturmayacak şekilde kamu ihale sözleşmelerinin niteliğini belirlemektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında imzalanacak olan sözleşmelerin taraflarının eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğunun öngörülmüş olması, kamu ihale sözleşmelerine özel hukuk sözleşmesi niteliğini vurgulamaktadır. Bunun nedeni, tarafların eşit hak ve yükümlülükler tâbi tutularak idari sözleşmelerin temel ayrıcı niteliklerinden birini kamu ihale sözleşmeleri bakımından ortadan kaldırmasıdır. Tarafların eşit hak ve yükümlülükler tâbi tutulması, hatta ihale belgeleri ve sözleşmede bu ilkeye aykırı hükümlere yer verilememesi idarenin üstün hak ve ayrıcalıklarını, yani doktrinde ve yargı kararlarında ifade edilen “özel hukuku aşan şartları” kamu ihale sözleşmelerinde ortadan kaldırılmaktadır. Hem idare hukuku, hem de borçlar hukuku doktrinindeki hakim görüş, kamu ihale sözleşmelerinin KİSK m. 4/3 hükmü sebebiyle bir özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir¹⁶.

Burada 4735 sayılı Kanun uyarınca idarelerce hazırlanan tip sözleşmelerde idarelere tanınan bazı ayrıcalıkların sözleşmenin niteliğini etkileyip etkilemeyeceği sorusu gelebilir. Ancak bir kamu ihale sözleşmesinde fiili olarak tarafların hak ve yetkileri yine kamu ihale mevzuatının izin verdiği oranda eşit olmasa bile, idari sözleşme kriteri olarak kabul edilen, sözleşmede yer almasa bile idarenin sahip olduğu kabul edilen hakların kamu ihale sözleşmesine sirayet edememesi sebebiyle sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirmek mümkün değildir¹⁷.

¹⁴ Danıştay 8. D, 1984/495 E., 1985/46 K.

¹⁵ Pınar, age.,s. 15.

¹⁶ Aziz Taşdelen, “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale Ve Sözleşme Aşamaları İle Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 69/1-2, 2011, s. 52 vd.

¹⁷ Metin Günday kamu ihale sözleşmelerinin Kanunun 4/3 ve 36. Maddelerini göz önünde bulundurarak özel hukuk sözleşmeleri olduğunu ifade eder fakat Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda idare lehine ve idareyi sözleşmede özel hukuk süjesine nazaran daha üstün bir konuma getiren birtakım hükümler

Uyuşmazlık Mahkemesi de 4735 sayılı Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin çözüm yerinin adli yargı olduğu sonucuna varmaktadır¹⁸.

Kamu ihale sözleşmelerinin farklı türleri bulunmaktadır. Tüm kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmekten ziyade her bir kamu ihale sözleşmesi türünü ayrı ayrı değerlendirmekte fayda bulunmaktadır.

4734 sayılı Kanununun 4. Maddesine göre idare ihale yoluyla üç farklı edimi özel hukuk sùjelerinden kamu ihale sözleşmesi yoluyla temin edebilir. Bunlar mal, hizmet ve yapım olarak sayılabilir.

1- Mal Alım Sözleşmesi: Mal alım işlerini Kamu İhale Kanunu 4. maddesinde “Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakların” temin edilmesi olarak tanımlamaktadır. Buna göre, ihale şartnamesinde nitelikleri belirtilen malların mülkiyetinin ihaleyi açan idareye devrini konu alan bir sözleşme söz konusu olacaktır. Bu durumda ilk olarak satış sözleşmesi düşünülecek olsa da büyük çapta ve idarelerin spesifik ihtiyaçlarına yönelik ihalelerde (ör. belli ebatlar ve niteliklerde hazırlanması gerektiği teknik şartnamede belirtilmiş metro vagonu ihalesi) sözleşme konusu malın bu ihtiyaç doğrultusunda hazırlanması edimi daha öne çıkacaktır. Dolayısıyla, mal alım sözleşmesinin bir eser sözleşmesi niteliğinde olması da mümkündür. Satım sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki temel fark, sözleşmeye konu mülkiyeti devredilecek olan malın sözleşme tarihinde var olmaması ve satım sözleşmesine ek olarak yüklenicinin bir eseri meydana getirme borcu altına girmesidir¹⁹.

2- Hizmet Alım Sözleşmesi: 4734 sayılı Kanununun 4. Maddesinde Hizmet alım sözleşmesinin tanımı, “Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri [...] ifade eder”. Şeklinde örnekleme yoluyla yapılmıştır. Hizmet alım sözleşmeleri yüklenicinin idare adına bedel karşılığında bir işi görmeyi üstlendiği sözleşmelerdendir, bu da Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan iş görme sözleşmeleri kapsamına girmektedir²⁰.

3- Yapım İş Sözleşmesi: Kamu İhale Kanunu’nun 4. Maddesinde yapım işi, “Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini” olarak tanımlanmıştır. Yapım işi sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak tarif edilebilir²¹.

olduğunu belirterek özel hukuk sözleşmesinin bu tip hükümlerinin kamu hukukuna tâbi hükümler niteliği ihtiva ettiğini belirtmektedir. Bkz. Günay, a.g.e., s. 195.

¹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2015/707 E., 2018/762 K., 30.11.2015 T.

¹⁹ Pınar, age.,s. 21.

²⁰ İş görme sözleşmelerinin vekalet sözleşmelerinden farkı vekâlet sözleşmesinde vekilin, vekâlet veren adına bir iş görme ediminde bulunurken bir edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumlu olacakken iş görme sözleşmelerinde yüklenicinin sonuçtan sorumlu olmasıdır.

²¹ Yargıtay 15. HD., 2017/313 E., 2017/2183 K., 23.5.2017 T.

Sonuç

Çalışmamızda açıklanmaya çalışıldığı üzere sözleşmenin taraflarından birinin idare olduğu durumlarda sözleşmenin niteliği kendiliğinden idari sözleşme niteliği kazanmamaktadır. İdarenin sözleşmenin karşı tarafıyla eşit hak ve yetkilere sahip olduğu durumlar idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. 4735 sayılı Kanun kapsamında yükleniciler ve idareler arasında imzalanan sözleşmeler genel itibariyle özel hukuk sözleşmeleri olsalar da her sözleşme tipi açısından farklı değerlendirilmeye tabi tutulmaları gerekmektedir.

Kamu İhale Sözleşmeleriyle ilgili her türlü soru ve sorunuzunuz için [bize ulaşın](#).

