

## 4735 SAYILI KANUNA EKLENEN GEÇİCİ 4'ÜNCÜ MADDENİN KAPSAMI VE UYGULAMASI

**1-** 18/01/2019 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7161 sayılı Kanunun 32'nci maddesi ile 4735 sayılı Kanun'a Geçici 4'üncü madde eklenmiş, söz konusu madde ile imalat girdilerinde meydana gelen beklenmeyen fiyat artışları dolayısıyla oluşan mağduriyetlerin giderilmesini teminen yüklenicilere, idare onayına bağlı olarak kullanabilecekleri seçimlik haklar tanınmıştır.

**2-** Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler kural olarak tarafların karşılıklı edimlerini sözleşmesine uygun olarak yerine getirmeleri suretiyle sona ererler. Bununla birlikte istisnai hallerde genel kuralın dışına çıkılması da mümkün olmaktadır. Bu istisnai halin kamu ihale sözleşmeleri açısından genel örneği, 4735 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde ifade edilen "mücbir sebep" halleridir.

İlgili maddeye bakıldığında,

- Doğal afetler,
- Kanuni Grev,
- Genel Salgın Hastalık,
- Kısmi veya genel seferberlik ilanı
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin mücbir sebep hali olarak sayıldığı, bu hallerin;

- Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmaması
- Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,
- Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi,
- İdareye süresinde yazılı başvuru yapılması ve
- Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi kaydıyla,

yükleniciye "süre uzatımı" verilebileceği gibi "sözleşmenin feshi" yoluna da gidilebileceği anlaşılmaktadır.

**3-** 4735 sayılı Kanuna eklenen geçici 4'üncü madde ile mücbir sebep halleri dışında bir sebebe dayanarak yükleniciye belirli şartlar altında edimin ifasından kaçınma imkânı tanınmıştır. Söz konusu madde hükmünden;

- ihalesi 31/08/2018 tarihinden önce yapılan
- 4734 sayılı Kanuna tabi (3'üncü maddedeki istisnalar dahil)
- Maddenin yürürlüğe girdiği tarih (18/01/2019) itibariyle devam eden, işlere ait sözleşmelerin yararlanabileceği anlaşılmaktadır.

**4-** Geçici 4'üncü maddeyi incelediğimizde, kapsamda yer alan bir sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin, kendisine tanınan seçimlik talep haklarından herhangi birinden faydalanabilmesinin bir ön koşula bağlandığı görülmektedir. Bu koşul Kanunda, "imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artış meydana gelmesi" olarak ifade edilmiştir.

Hukukumuzda benzer bir hükme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 138'inci maddesinde "aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında yer verilmiş olup, söz konusu maddeye göre;

- Öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması,
- Bu durumun borçludan kaynaklanmamış olması,
- Bu durumun, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olması,
- Borçlunun, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması,

kaydıyla borçluya "**sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme**" bu mümkün değilse sözleşmenin niteliğine göre "**sözleşmeden dönme veya fesih**" hakkı tanınmıştır.

Bu çerçevede 4735 sayılı Kanuna eklenen Geçici 4'üncü madde incelendiğinde, "imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artış meydana gelmesi"nin Kanunen aşırı ifa güçlüğü sebebi olarak kabul edildiği görülmektedir.

#### **5- Geçici 4'üncü madde ile yükleniciye tanınan seçimlik haklar şunlardır;**

- Yükleniciye tanınan ilk seçimlik hakkın, sözleşmenin feshini talep hakkı olduğu görülmektedir. 4735 sayılı Kanun'da sözleşmenin hangi hallerde feshedebileceği ve sonuçları hakkında ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu hüküm söz konusu fesih maddelerinden ayrı, özel niteliği haiz bir hüküm olup, sonuçları itibariyle de diğer fesih hallerinden ayrılmaktadır.

Kanun maddesi incelendiğinde, bu madde kapsamında sözleşmenin feshedilmesi halinde yükleniciye fesihten kaynaklı yaptırımların uygulanmayacağını, teminatının sözleşmesi feshedilen yükleniciye iade edileceğinin ve bu yüklenicinin fesih tarihine kadar gerçekleştirdiği imalatlar dışında idareden herhangi bir hak talebinde bulunamayacağını hükme bağlandığı görülmektedir.

- Yükleniciye tanınan ikinci talep hakkı, sözleşmenin üçüncü bir kişiye veya ortak girişimde ortaklar arasında devrini talep etmesi yönündedir. Sözleşme üçüncü bir kişiye devredilecekse, devir alacak olanda ilk ihaledeki şartlar, devir tarihi itibariyle aranacaktır. Ortağa yapılan devirde ise ilk ihaledeki yeterlik şartı aranmayacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinin devri esas olarak 4735 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu madde kapsamında yapılan devirlerden farklı olarak, Geçici 4'üncü madde kapsamında yapılan devirler, devir işleminin tarafları hakkında herhangi bir kısıtlama ve yaptırıma tabi değildirler.

- Yükleniciye tanınan üçüncü ve son seçimlik talep hakkı, süre uzatımı talep etmesi yönündedir. Bu talep sözleşmenin yine aynı madde kapsamında devredilip devredilmediğine bakılmaksızın kullanılabilir. Yani sözleşmesini devretmeyen yüklenicinin de devir işlemiyle sözleşmeyi devralan yüklenicinin de bu madde kapsamında süre uzatımı talep hak ve yetkisi bulunmaktadır. Yine mevzuatın süre uzatımına ilişkin kısıtlama ve şartlar bu madde kapsamında gerçekleştirilecek süre uzatımları hakkında uygulanmayacaktır.

**6-** Geçici 4'üncü madde hükmünden yararlanmak isteyen yüklenicinin, seçimlik talep haklarından herhangi birini kullanmak üzere sözleşmenin tarafı olan idareye yasal süresi içinde (19/01/2019–19/03/2019) başvurması gerekmektedir.

Usulüne uygun başvuruyu alan idarenin, niteliğine uygun olarak olumlu veya olumsuz görüşü ile birlikte başvuruyu Hazine ve Maliye Bakanlığı'na gönderir. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın başvuru hakkındaki olumlu ya da olumsuz görüşü ile birlikte başvuru dosyası tekrar idaresine gönderilir.

Başvurunun kabul edilip edilmemesi yönündeki takdir yetkisi sözleşmenin tarafı olan idarededir. Bu noktada Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü bağlayıcı değildir.

**7-** 4735 sayılı Kanuna eklenen Geçici 4'üncü maddenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan tereddütleri gidermek alınan Kurul kararlarından biri olan 04/04/2019 tarihli ve 2019/DK.D-71 sayılı Kurul kararı ile;

**a)** Yüklenicinin, yazılı talebinin idareye bildirildiği tarih ile onay tarihi arasında sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ahde vefa ilkesi gereği yerine getirmesinin gerektiğine, bu kapsamda;

- Bu sürede yüklenici hakkında gecikme cezası uygulanabileceğine (Talebin onaylanması halinde bu sürede uygulanan gecikme cezasının iadesinin gerektiğine)

- Yasaklama işlemleri hakkında uygulanan 45 günlük süre inceleme aşamasında işlemeyeceğine,

**b)** 18 01 2019 tarihinden önceye ait gecikme cezalarının, yüklenicinin talebi onaylansa dahi iade edilmeyeceğine,

**c)** 18 01 2019 tarihinden önce feshedilen sözleşmeler hakkında Geçici 4'üncü madde hükmünün uygulanmayacağına,

karar verilmiştir.

**8-** Konuya ilişkin olarak tesis edilen bir başka Kurul kararı olan 22/04/2019 tarihli ve 2019/DK.D-79 sayılı Kurul kararı ile;

İdari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verilmesi öngörülmeyen işlerde, 4735 sayılı Kanunun Geçici 4'üncü maddesi uyarınca yükleniciye süre uzatımı verilmesinin tek başına fiyat farkı hesaplanması sonucunu doğurmayacağına karar verilmiştir.

**9-** Yine ilgili maddeye ilişkin olarak 08/08/2019 tarihli ve 2019/DK.D-171 sayılı Kurul kararı ile;

**a)** 4735 sayılı Kanunun Geçici 4 'üncü maddesi kapsamında gerçekleştirilecek devirlerin, devredilecek sözleşmenin ihale dokümanında öngörülen geçerlilik şekline tabi olduğuna,

**b)** Devir işleminin tarafları hakkında 4735 sayılı Kanunun 16 'ncı maddesinde öngörülen 3 yıllık devir yasağının uygulanmayacağına,

**c)** Madde kapsamında gerçekleştirilen devir ve fesihlerin, fiyat dışı unsur puanlamasında kullanılan kalite nitelik puanı hesabında dikkate alınmayacağına,

**d)** Süre uzatımı halinde uzatılan srenin, idarenin süre uzatımına ilişkin onayının yükleniciye bildirildiği tarihten itibaren hesaplanacağına,

karar verilmiştir.