

**Konu :** İdarelerin, Mal Alım İhale Sözleşmelerinin ödemeye ilişkin 12. maddesine eklediği keyfi hükümlerin iptaline yönelik hukuki nedenler ve başvurulacak hukuki yollar.

## **İZAHİ:**

İdarelerin mal alım sözleşmelerine keyfi olarak, “Nakit yokluğu sebebiyle 180 ( yüz seksen) gün içinde ödeme yapılamaz ve ödeme süresi uzar ise, ödeme yılı içinde gecikme zammı ve faiz uygulanmayacaktır.” vb. hükümler koymasının; anayasa, kanun ve tip sözleşmelere aykırı olması nedeniyle, ihaleye girecek tüm şirketlerin bu hükümlere itiraz etmesi, itirazın reddi halinde itirazın şikâyet yolu ile Kamu İhale Kurumuna başvuru yapması bir zorunluluk haline gelmiştir.

### **1-) İdarelerin, mal alım sözleşmelerine hukuku aykırı ödeme maddeleri eklemesine ilişkin düzenlemelere karşı Yüklenicilerin itiraz vs. başvurularda dayanacağı hukuki nedenler:**

1.1-) Anayasanın Mülkiyet Hakkı başlıklı 35. maddesinde; “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” hükmünü içermektedir. Satışını yaptığı ürünün bedelini yıllarca alamamak, hakkını elde etmek için hukuki yollara başvuramamak, gecikme nedeniyle faiz vs. uğranılan zararın istenememesi mülkiyet hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Devlet ancak kanunla ve kamu yararı gözeterek kişilerin mülkiyet hakkına müdahalede bulunabilir. Oysa Mal Alım Sözleşmelerinde yapılan “istediğim zaman öderim” anlamına gelen bu düzenlemelerle tıbbi cihaz tedarik eden şirket ve şahısların alacağına kavuşması engellenmekte, mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

1.2-) Kamu İhale Kanunu’nun Temel İlkeler başlıklı 5. maddesi, “Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.” hükmünü içermektedir. Yani idareler ödeneği yoksa ihale yapamazlar. Ancak İdareler, kanunun bu yasağına rağmen ödenek olmamasına rağmen, bedelinin ödemesi için uzun vade koyarak ihale yapmaktadır. Bu işlemleri, Kamu İhale Kanununa aykırıdır.

1.3-) Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun Tip Sözleşmeler başlıklı 5. maddesi “Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. ...” hükmü mevcuttur.

Resmi Gazetede yayımlanan Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin ödeme koşulları ve zamanı başlıklı 12.2.2. maddesinde “..... İdare, Muayene ve Kabul Komisyonunca kabul raporu düzenlenmesinden itibaren Yüklenicinin yazılı talebi üzerine en geç.....gün içinde Yükleniciye veya vekiline ödemeyi yapacaktır.” 12.2. maddesinin 23 no’lu dip notunda “İdare ödemeyi en geç kaç gün içinde yapacağını bu maddede belirtecektir.” hükümleri mevcuttur.

1.4-) Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 5. maddesiyle sabit olduğu üzere, İdarelerin düzenlediği sözleşmelerin Tip Sözleşmeye ve sözleşmenin dip notlarına uygun düzenlenmesi gerekir. Yani idarenin ödemeyi ne zaman yapacağını açıkça belirtmesi gerekir. Buna aykırı düzenlemelerin iptali gerekir.

1.5-) Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun İlkeler başlıklı 4. maddesi "Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez. Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmü ile idarelerce, kanuna ve yönetmeliklere aykırı düzenleme yapılamayacağı belirtilmiş olup idarelerin, ödeme vadesini açıkça yazmaması ve vadesinde ödeme yapmaması halinde tedarikçilerin yasal haklarını kullanamayacağına ilişkin düzenlemeler yapması kanunun bu hükmüne de açıkça aykırıdır.

1.6-) Yine İdarelerin sözleşmelere keyfi olarak eklediği bu hükümler Medeni Kanun 2. Maddesinde düzenlenen "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmüne, Borçlar Kanununun ve Ticaret Kanununun genel ilkelerine de aykırılık oluşturmaktadır.

## **2-) Yüklenicilerin başvuracağı hukuki yollar:**

Yukarıda açıklanan kanunlara ve yönetmeliklere açık aykırılıklar hukuki dayanak teşkil edilerek, aşağıdaki hukuki yollara başvurulması gerekmektedir:

2.1-) İdareye şikâyet,

-İlana ilişkin başvurularda, ilk ilan tarihinden itibaren 10 (on) gün içinde,

-Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımaya ilişkin hükümlerine ilişkin başvurularda, dokümanın EKAP üzerinden e-imza kullanılarak indirildiği tarihten itibaren 10 (on) gün içinde,

-Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerine ilişkin başvurularda, ihale dokümanının teslim alındığı tarihten itibaren 10 (on) gün içinde,

-Zeyilnameye ilişkin başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihten itibaren 10 (on) gün içinde;

-Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine (pazarlık usulü) göre yapılan ihalelere ilişkin başvuruların ise 5 (beş) gün içinde yapılması gerekmektedir.

2.2-) İdareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine, idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması (başvurudan itibaren 10 gün içinde) hallerinde veya şikâyet ya da itirazın şikâyet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikâyet başvurusu yapılabilmektedir. Kurula itirazın şikâyet süresi; şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine idare tarafından alınan iptal kararına karşı yapılacak doğrudan başvurularda beş gün, diğer hallerde on gündür.

2.3-) Kamu İhale Kurulu (KİK) kararlarına karşı, kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihten itibaren 60 (altmış) gün içerisinde, Ankara İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılması gerekir. 20.10.2021

Av.Arb. Emine Durmuş