

Mehmet ATASEVER



Mehmet ATASEVER
Kamu İhale Kurumu
Kurul Üyesi
mhatasever@gmail.com

Covid-19 Pandemisinin Mücbir Sebep Olarak Kamu İhalelerine Etkisi

Bilindiği üzere Dünya Sağlık Örgütü tarafından Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan eyaletinde başlayıp bütün Dünyaya yayılan Corona virüsünün oluşturduğu hastalık nedeniyle 30 Ocak 2020 tarihinde, **"Uluslararası Düzeyde Halk Sağlığı Acil Durumu (Public Health Emergency of International Concern)"** ilan edilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü, 11 Şubat 2020 tarihinde de yeni Corona virüsü hastalığını **"COVID-19"** olarak isimlendirmiş, 11 Mart 2020'de ise **COVID-19'u pandemik bir hastalık** olarak ilan etmiştir.

Bütün bu yaşananlar Dünya'da ekonomik ve sosyal hayatı oldukça derinden etkilemiş ve birçok sektörde işlerin tamamen veya çok büyük ölçüde durmasına yol açmıştır. Özellikle tedarik yönetimi en çok etkilenen alanların başında gelmektedir. Ülkemizde tedarik yönetimindeki bu aksaklıkların kamu sektörüne yansımaları da önemli bir sorun alanı olarak ortaya çıkmıştır.

Bilindiği üzere Türkiye kamu sektöründe tedarik yönetimi, istisnalar dışında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılmakta ve sözleşme imzalanması gereken işler ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yürütülmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun **"Mücbir Sebep"** başlıklı 10 uncu maddesinde;
"Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

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

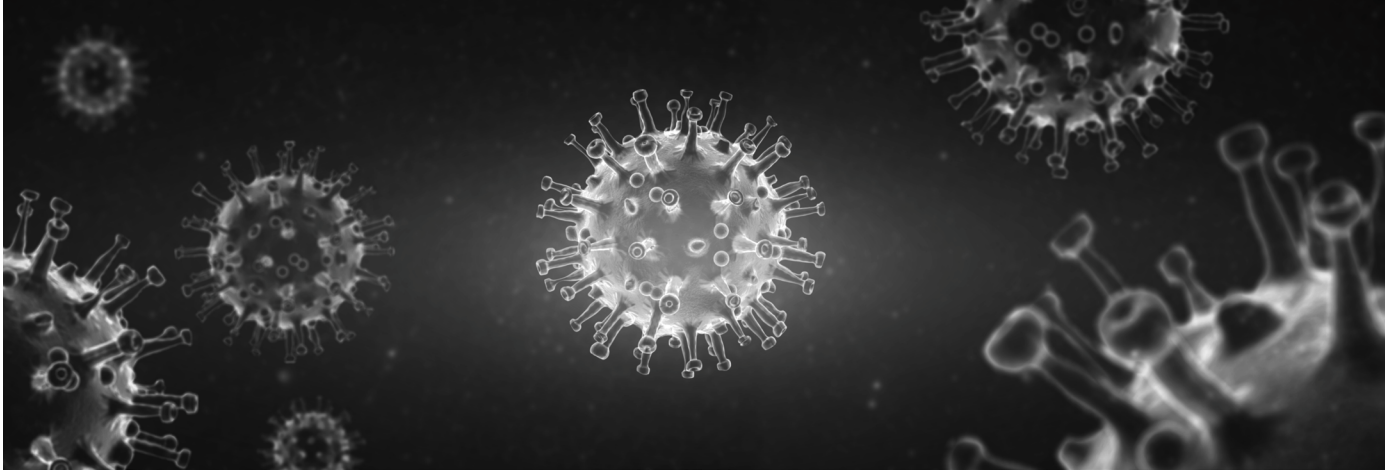
Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu 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. Konuya ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nde gerekli açıklamalar yer almaktadır.

Mücbir sebep olduğu kabul edilen olaylar, sözleşmenin ifasını sürekli ya da geçici olarak imkânsız kılan durumlardır. Bir başka ifadeyle 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen haliyle mücbir sebepler, yüklenicinin sözleşme konusu işi sözleşmede belirtilen şartlarda yapmasını engelleyen durumlardır. Maddede sayılan hallerin taahhüdün ifasını engellemesi durumunda yüklenici tarafından süresi içerisinde idareye mücbir sebep başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Mücbir sebep durumlarında sözleşmenin feshi ya da süre uzatımı verilebilmektedir.

4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında Kamu İhale Kurumuna verilen görev, (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep halleri dışında kalan bir durumun (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda belirleme yapmaktan ibarettir. Anılan Kanun hükmünün birinci fıkrasının (c) bendinde **"genel salgın hastalık"** halinin mücbir sebep olarak kabul edilebileceği belirlenmiştir. Bu çerçevede, 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan hallerin varlığı halinde "...idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için;" ifadesinden hareketle mücbir sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirme ve takdirinin ilgili kamu idaresine ait olduğu anlaşılmaktadır.

Kamu idareleri tarafından yapılacak değerlendirmede, anılan Kanun hükmünün ikinci fıkrası gereğince, yüklenici dilekçesi ile mücbir sebep olarak kabul edilmesi talep edilen durumun; 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 koşullarının sağlanıp sağlanmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Ayrıca, mücbir sebebin devam ettiği süre içerisinde yapılan başvurular da, yirmi gün öncesinden geçerli olmak üzere dikkate alınabilmektedir.



Bununla birlikte, mücbir sebebin varlığına dayanılarak yükleniciye bir takım haklar tanınabilmesi için; salgın hastalık ile sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilememesi hali arasında uygun illiyet bağı bulunması ile ihaleye konu edimin, sözleşmenin uygulanmasını imkânsız hale getirecek şekilde yurtiçi ve yurtdışı alternatif temin yollarının bulunmadığının, özetle ihaleye konu edimin ifasının yerine getirilmesinin hukuken ve/veya fiilen mümkün olmadığının idarece tespit edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda özetlendiği şekilde; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre yürütülmesi gereken işlerde genel anlamda salgın hastalıklar nedeniyle mücbir sebep oluşabileceği ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.

Fakat Covid-19 pandemisi nedeniyle oluşan/oluşacak mücbir sebeplerin bütün kamuoyunu, bütün sektörleri ilgilendirmesi ve konunun önemi ile kapsamının genişliği dolayısıyla 02.04.2020 tarihli Resmi Gazete’de “Covid-19 Salgının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi ile İlgili 2020/5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi” yayımlanmıştır.

Söz konusu 2020/5 nolu genelge ile;

“COVID-19 salgınının önlenmesi ve etkilerinin azaltılması amacıyla ülkemizde ve dünya genelinde sosyal ve ekonomik hayata ilişkin bazı tedbirler alınması gerektiği,

Bu kapsamda 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (istisnaları dahil) ile bu Kanundan istisna edilen düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerde, COVID-19 salgını nedeniyle sözleşme konusu işin yerine getirilmesinin geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale geldiğine ilişkin başvuruların, yükleniciler tarafından bu durumun belgelendirilmesi suretiyle sözleşmenin tarafı olan idareye yapılacağı,

İdarelerce bu başvuruların; 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 10 uncu maddesi ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde inceleneceği ve karar alınmadan önce idarelerce Hazine ve Maliye Bakanlığının değerlendirmesinin alınacağı,

İdarelerce yapılan değerlendirme sonucunda; ortaya çıkan durumun yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi şartlarının birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi üzerine süre uzatımı verilmesine veya sözleşmenin feshine karar verilebileceği.”

Düzenlenmiştir.

2020/5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 4735 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat birlikte ele alındığında, Genelge’de söz konusu düzenlemelerden farklı olarak, salgın hastalığa bağlı başvurularda idarelere; Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın görüş alınması, zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, idareler tarafından yapılan başvurular üzerine **Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın görüşüne başvurulması** ve bu görüş alındıktan sonra karar verilmesi gerekmektedir.

Genelge’de ayrıca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun **istisnaları kapsamında yapılan sözleşmelerde de salgın hastalık durumunun mücbir sebep hali olarak kabul edilebileceği** düzenlenmiştir.

4735 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinde, mücbir sebep başvurularında mücbir sebep halinin yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi şartı bulunmaktadır. Genelge incelendiğinde ise **salgının sözleşmenin ifasına engel oluşturduğu hususunun** yüklenici tarafından belgelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda, Covid-19 salgının devam eden sözleşmeleri ne şekilde etkilediği hususunun belgelendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Uygulamada bazı idareler tarafından Covid-19 salgınının belgelendirilmesinin istenildiği belirtilmektedir. Covid-19 salgını Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmiştir. Dolayısıyla bu durumun (Covid-19 pandemisi) Türkiye’de kanuni düzenlemeler ile başta Cumhurbaşkanlığı’nın bahse konu Genelgesi olmak üzere Sağlık Bakanlığının ve diğer ilgili kurum ve kuruluşların birçok genelge ve diğer düzenleyici işlemlerine konu edildiğinden, belgelendirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, yükleniciler tarafından, **Covid-19 salgını ile sözleşmenin ifası arasında illiyet bağı kurularak, bu salgının sözleşmenin ifasını ne şekilde engellediğinin belgelendirilmesi** gerekmektedir. Yüklenici tarafından yapılan başvuru sonucunda, sözleşmenin niteliğine göre bu durumun geçici bir ifa engeli oluşturması halinde süre uzatımı verilebileceği gibi, kesin bir ifa engeli oluşturması durumunda ise sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilebilir. Ayrıca, geçici veya sürekli engel sözleşmenin sadece bir kısmını etkilemesi halinde sadece bu kısmı için işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Son olarak, belirtmekte gerekir ki, söz konusu salgın her ne kadar geçici veya kesin bir ifa engeli oluşturmaya da, sözleşmenin imzalandığı anda var olan şartların yüklenici aleyhine bozulmasının sonucu doğurabilir. Bu durumun da idarelerce anlayışla karşılanması ve kabul edilmesi gerekir.