

4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendi uyarınca, yasak fiil ve davranışları tespit edilen davacı şirket yönünden idarenin herhangi bir bildirimde bulunmaksızın sözleşmeyi tek taraflı feshetmesinde ve Kanun'un 26. maddesine uygun şekilde tesis edilen yasaklama işlemi hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yönündeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Öte yandan idarenin teknik şartname ve

sözleşmeye uymayan işler bakımından davacı şirketin uyarılması ve eksikliklerin dış tedavisi yapılan hastalar nezdinde yarattığı zorluk açısından ivedi olarak giderilmesi yolunda yapılan uyarılara rağmen yeni teslim edilen işlerde de teknik şartnameye aykırı şekilde benzer hataların devam ettiği tespiti yanında ayrıca davacının idare aleyhine açtığı tazminat davasında aralarında dış hekiminin de bulunduğu bilirkişi kurulu tarafından aylık ortalama RPT'nin yüksek olmasının

bilimsel olarak kabul edilemeyeceği, bu hususun 4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinde yer alan "sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak" kapsamında yer alan yasaklama sebepleri arasında değerlendirilebileceği tespiti yapılmış bulunmaktadır.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2017/1033 K.

2013/1188 E. ,

"İçtihat Metni"

T.C.

D A N I Ő T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2013/1188

Karar No:2017/1033

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : –

Vekilleri : Hukuk Müşaviri

Hukuk Müşaviri

(Aynı adreste)

Karşı Taraf (Davacılar) : 1-

2-

Vekili :

İstemın Özeti : Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 14.03.2013 tarih ve E:2012/1011, K:2013/322 sayılı kararının; husumet yönünden davanın Kamu Hastaneleri Kurumuna yönetilmesi gerektiği, davacının metal destekli kron, iskelet protez metal döküm işlerini sözleşmeye ve teknik şartnameye uygun şekilde yerine getirmediği, bu hususun Kontrol Teşkilatı tarafından tespit edildiği ve sözleşmeye uygun şekilde sözleşmenin feshedildiği, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinin (f) bendine göre "mücbir sebepler dışında, ihale doküman ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme"nin yasak fiil ve davranışlar arasında yer aldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesine göre idarenin her olayda sözleşmeyi tek yanlı feshetmesi için on günlük fesih bildiriminde bulunma yükümlülüğü altında olmadığı, idarenin, Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre sözleşmenin uygulanması sırasında Kanun'da yer alan yasak fiil ve davranışlarını tespit ettiği davacılar yönünden herhangi bir bildirimde bulunmaksızın sözleşmeyi tek taraflı feshetmesi ve Kanun'un 26. maddesine uygun yasaklama işlemi tesis etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava; davacı şirketin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinin (f) bendine aykırı fiilinden dolayı anılan Kanun'un 26. maddesi uyarınca davacıların 1 (bir) yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 19.06.2012 tarih ve 28328 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20. maddesinin (a) bendi uyarınca idare tarafından; yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, en az on gün süreli ihtarda bulunması gerekirken iki iş günü süre verildiğinden, bu hâliyle kanun hükümlerine aykırı olarak tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20. maddesinde, "Aşağıda

belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

1. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,
2. b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”; 22. maddesinin 1. fıkrasında, “...20’nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20’nci maddenin (b) bendi ile 21’inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır...”; son fıkrasında ise, “19, 20 ve 21’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26’cı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” kuralı yer almıştır.

Anılan Kanun’un 25. maddesinde, “Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak. d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29’uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek. f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun

olarak taahhüdünü yerine getirmemek. g) Sözleşmenin 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.” 26. maddesinde ise 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 verileceği; katılma yasaklarının, 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 verileceği; haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verileceği; haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği kurala bağlanmıştır.

4735 sayılı Kanun’un 20. maddesinin (a) bendi, “yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi” hâllerine özgü olarak sözleşmenin süreli fesih bildirimiyile sona erdirilebileceğini, (b) bendi ise “sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâlinde” ayrıca fesih bildiriminde bulunmaya gerek olmaksızın sözleşmenin feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bir başka ifadeyle, idare, işin yürütülmesi sırasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarını tespit etmişse, Kanun’un 20. maddesinin (b)

bendine göre herhangi fesih bildiriminde bulunmaya gerek olmaksızın (on günlük ihtar vermeksizin) tek yanlı olarak sözleşmeyi feshedebilir.

Nitekim Kanun'un 20. maddesinin gerekçesinde, "Akde bağlanan bir taahhüdün yüklenici tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, Borçlar Kanunu'nun 106'ncı maddesine uygun olarak sözleşmenin süreye bağlı bildirimli feshi ile yüklenicinin sözleşmenin uygulanması sırasında Kanun'da belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit hâlinde bildirim yapılmaksızın fesih düzenlenerek, protesto çekmeye ve karar almaya gerek kalmaksızın kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve sözleşmenin feshi öngörülmüştür." ifadelerine yer verilerek, Kanun'un 20. maddesinin (a) bendi ile (b) bendi arasındaki farklılığa dikkat çekilmiş, idarenin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışların tespiti hâlinde "bildirimde bulunmaya gerek olmaksızın" sözleşmeyi tek yanlı feshedebileceği vurgulanmıştır.

, Baştabipliği ile davacı arasında 01.02.2012 tarihinde imzalanan "2012 yılı Metal Destekli Kron (Seramik) İskelet Protez Metal Döküm Hizmeti" ihalesine ilişkin sözleşme ile 30.000 adet metal destekli kron (seramik) ve 4.000 adet iskelet protez metal alımının öngörüldüğü, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 16.1.1 maddesinde, sözleşme süresince mücbir sebepler dışında yükleniciye ait laboratuvarın teknik şartnamede belirtilen hükümlere aykırı fiil ve davranışlarda bulunamayacağı, teknik şartnamenin 6.1 maddesine göre laboratuvar hatasına bağlı teknik ve bilimsel seviyeye uymayan işlerin geri çevrileceği, bu durumda geri çevrilen işlerin ücretsiz olarak yenileneceği (RPT), kabul edilebilir RPT oranlarının aylık yüzde 3 olduğu ve bu oranın üzerindeki geri çevrilen işlerin varlığı hâlinde teknik şartnamenin 8.7 maddesinin uygulanacağı, teknik şartnamenin 8.7 maddesine göre birinci aşamada yazılı uyarı, ikinci aşamada sözleşme bedelinden %0.5 ücret hakediş kesintisi, üçüncü aşamada sözleşme bedelinden %1 ücret hakediş kesintisi, dördüncü

aşamada ise tek taraflı fesih koşullarının uygulanacağı hususlarına yer verildiği; sözleşmenin 16. maddesinde de aynı kuralın tekrarlandığı taraflar arasında sözleşmenin yürütülmesi sırasında Ocak-Şubat 2012 dönemine ait işlerin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 32. ve 34. maddelerine uygun şekilde davacı şirket yetkililerinin de bulunduğu sırada Muayene Komisyonu tarafından kabul edildiği, ancak 04.02.2012, 06.02.2012 ve 09.02.2012 tarihlerinde teslim edilen işlerin teknik şartnamenin

3.2.5, 3.2.6, 3.2.7, 5.1,-5.2, 7.1.2, 7.1.5. maddelerine uygun olmadığı, yüklenicinin bu durumla ilgili olarak sözleşmenin 16. maddesi uyarınca 09.02.2012 tarihinde ilk uyarı yazısının, 13.03.2012 tarihinde ikinci ve 10.4.2012 tarihinde de üçüncü uyarı yazılarının yazıldığı ve gerekli ceza kesintilerinin uygulandığı, RPT oranının yüksek olması sebebiyle ciddi zaman ve emek sarfiyatı oluştuğuna yönelik klinik hekimlerince tutanaklar düzenlendiği, Şubat-Mart 2012 ve Mart-Nisan 2012 dönemlerinde de çok sayıda hastanın benzer şikâyetlerde bulunduğu, ilk uyarı yazısından itibaren geçen iki aylık süre içerisinde yüklenici tarafından teslim edilen işlerin teknik şartnamede belirtilen özelliklere sahip olmadığını eksikliklerin ve hataların uyarı yazıları ve cezalara rağmen devam ettiğinin tutanaklarla tespit edildiği dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır. Bu hususun 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) bendinde yer alan "mücbir sebepler dışında, ihale doküman ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme" olarak değerlendirileceği açıktır.

Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendi uyarınca, yasak fiil ve davranışları tespit edilen davacı şirket yönünden idarenin herhangi bir bildirimde bulunmaksızın sözleşmeyi tek taraflı feshetmesinde ve Kanun'un 26. maddesine uygun şekilde tesis edilen yasaklama işlemi hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali

yönündeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan idarenin teknik şartname ve sözleşmeye uymayan işler bakımından davacı şirketin uyarılması ve eksikliklerin dış tedavisi yapılan hastalar nezdinde yarattığı zorluk açısından ivedi olarak giderilmesi yolunda yapılan uyarılara rağmen yeni teslim edilen işlerde de teknik şartnameye aykırı şekilde benzer hataların devam ettiği tespiti yanında ayrıca davacının idare aleyhine açtığı tazminat davasında aralarında dış hekiminin de bulunduğu bilirkişi kurulu tarafından aylık ortalama RPT'nin yüksek olmasının bilimsel olarak kabul edilemeyeceği, bu hususun 4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinde yer alan "sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak" kapsamında yer alan yasaklama sebepleri arasında değerlendirilebileceği tespiti yapılmış bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 14.03.2013 tarih ve E:2012/1011, K:2013/322 sayılı kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 17.04.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.