

sözleşme Tasarısının işin
tekrar eden kısımlarının
sözleşmeye uygun olarak
gerçekleştirilmemesi halinde
her bir aykırılık için aylık
hakedişinin (0,001) binde
biri oranında ceza
uygulanacağını düzenlenerek
ihale dokümanı kapsamında
sözleşmeye aykırılıklar için
kesilecek ceza oranının
belirlendiği ancak bu
aykırılıkların ardı ardına
veya aralıklı olarak
gerçekleştirilmek suretiyle
belli bir sayıya ulaşması
durumunda sözleşmenin
feshedileceği hususu ile

sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısının belirtilmediği hk

Danıştay Kararı – 13. D., E. 2019/733 K. 2019/1095 T. 4.4.2019

İSTEMİN KONUSU :Ankara 23. İdare Mahkemesi'nin 10/01/2019 tarih ve E:2018/330, K:2019/33sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem:Mersin İl Sağlık Müdürlüğü'nce gerçekleştirilen 2018/299419 ihale kayıt numaralı "Malzeme Dahil Yemek Pişirme, Dağıtım ve Sonrası Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak davacı tarafından ihale dokümanına yönelik yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair Kamu İhale Kurulu'nun 14/08/2018 tarih ve 2018/UH.I-1522 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:Ankara 23. İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; **davacının 1.,2., 4, ve 5. iddiası yönünden davanın reddine, 3.iddiası yönünden ise;** sözleşme Tasarısı'nın işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde her bir aykırılık için aylık hakedişinin (0,001) binde biri oranında ceza uygulanacağını düzenlenerek ihale dokümanı kapsamında sözleşmeye aykırılıklar için kesilecek ceza oranının belirlendiği ancak bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısının belirtilmediği, bu çerçevede, ihale dokümanında yer alan mevcut düzenlemelerin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin

26 numaralı dipnotunda yer verilen açıklamalara uygun olmadığı açık olduğu, söz konusu eksikliğin, idarelerce yapılacak sözleşmelerin “Tip Sözleşme” hükümleri esas alınarak düzenleneceği ve sözleşmelerde sözleşmenin feshine ilişkin şartların belirtilmesinin zorunlu olduğu yönündeki 4735 sayılı Kanun’da yer alan emredici kurallara da aykırı olduğunun görüldüğü, her ne kadar Kamu İhale Kurulu’nca, anılan düzenlemenin, Sözleşme Tasarısı’nda hüküm bulunmayan hallerde 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerinin, söz konusu Kanunlarda da hüküm bulunmaması halinde genel hükümlere göre hareket edileceğinin düzenlendiği, ayrıca bu durumun ihale konusu işin sözleşmeye uygun olarak yürütülmesine bir engel oluşturmayacağı ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu, teklif vermeye engel teşkil etmediği, isteklilerden birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmediği belirtilerek anılan iddia yerinde görülmemiş ise de; 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale dokümanının parçası olan sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususların tespit edilmesi hâlinde, anılan aykırılıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, aksi kabulün, dokümana itiraz hakkının işlevsizleştirilmesine sebep olacağı nitekim Dairemizin 16/02/2018 tarih ve E:2017/969 K:2018/520 sayılı kararının da bu yönde olduğu, söz konusu iddianın yerinde görülmemesine ilişkin kısım yönünden dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu Kurul kararının, 1.,2.,4. ve 5. iddialar yönünden itirazın şikâyetin reddine dair kısım yönünden davanın reddine, 3. iddia yönünden ise dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :Davalı idare tarafından, Dava konusu ihalenin “Malzeme dahil yemek pişirme, servis ve sonrası hizmet alımı” işi olduğu, dolayısıyla işin özelliği gereği süreklilik arz ettiği, bu çerçevede Sözleşme Tasarısı uyarınca işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak

gerçekleştirilmemesi halinde her bir aykırılık için aylık hakedişinin binde biri oranında ceza uygulanacağını düzenlendiği ve ihale dokümanı kapsamında sözleşmeye aykırılıklar için kesilecek ceza oranının belirlendiği; ancak bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususu ile fesih için gerekli olan aykırılık sayısının belirtilmediği, diğer taraftan Sözleşme Tasarısı'nda kural bulunmayan hallerde 4734 ve 4735 sayılı Kanun kurallarının, anılan Kanunlarda da kural bulunmaması durumunda ise genel hükümlere göre hareket edileceğinin düzenlendiği, ayrıca bu durumun ihale konusu işin sözleşmeye uygun olarak yürütülmesine bir engel oluşturmayacağı ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu, teklif vermeye engel teşkil etmediği, isteklilerden birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmediği belirtilerek 3. İddia yönünden Mahkeme kararının iptale ilişkin kısmının bozulmasına ve bu kısım yönünden de davanın esastan reddine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :Savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K1'NİN DÜŞÜNCESİ :Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde

mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1.Davalının temyiz isteminin reddine,

2.Ankara 23. İdare Mahkemesi'nin 10/01/2019 tarih ve E:2018/330, K:2019/33 sayılı kararının; temyize konu dava konusu işlemin, davacının 3. iddiasının reddine ilişkin kısmı yönünden iptaline dair kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının iptale ilişkin kısmının **ONANMASINA**,

3.Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,

4.Posta giderleri avansından artan tutarın davalıya iadesine,

5.Kullanılmayan 73,10-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davalı idareye iadesine,

6.Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

7.2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere),04/04/2019tarihinde oybirliğiyle karar verildi.