

Hizmet Alım ihale Sözleşmesine uygun olarak hazırlanmayan sözleşme tasarısının anılan maddesi ile ilgili iddia yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi 1

Konu: Sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususların tespiti hakkında.

Karar: Ankara 5. İdare Mahkemesinin 24.01.2017 tarihli ve E:2016/4988, K:2017/248 sayılı kararı.

Özet: İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü tarafından 13.10.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2016/322693 ihale kayıt numaralı "2017 Yılı Yemek Pişirme ve Dağıtım Hizmeti Alımı" ihalesine ilişkin olarak Pam-Pak Sos. ve Sağ. Hiz. Bil. İşl. Oto. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin 07.10.2016 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 12.10.2016 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 21.10.2016 tarih ve 58611 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 21.10.2016 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 16.11.2016 tarihli ve 2016/UH.III-2807 sayılı karar ile; "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Pam-Pak Sos. ve Sağ. Hiz. Bil. İşl. Oto. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 24.01.2017 tarihli ve E:2016/4988, K:2017/248 sayılı kararında, "Başvuruya konu ihaleye ait Sözleşme Tasarısı'nın "Cezalar ve Sözleşmenin Feshi" başlıklı 16'ncı maddesinde, hizmetin ifa şeklinde yükleniciden kaynaklanan bir kusurun meydana gelmesi halinde her bir aykırılık hali için belli oranlarda ceza kesileceğine dair düzenleme yer alsa da, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak tekrarı ile belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısına ilişkin düzenleme yapılmadığı, dolayısıyla ihale dokümanında yer alan mevcut düzenlemelerin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 26 numaralı dipnotunda yer verilen açıklamalara uygun olmadığı açık olup; 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 olduğu görülmektedir.

Her ne kadar Kamu İhale Kurulu'nca, anılan düzenlemenin işin yürütülmesi aşamasında işin sözleşmeye uygun olarak uygulanmasında bir engel oluşturmayacağı, bu haliyle yapılan düzenlemelerin yeterli olduğu, ayrıca bu hususun sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu ve teklif vermeye bir engel teşkil etmediği, isteklilerden birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmediğinden bahisle anılan iddia yerinde görülmemiş ise de; 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale dokümanının parçası olan sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususlarında tespit edilmesi halinde, anılan aykırılıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, aksi kabulün, dokümana itiraz hakkının işlevsizleştirilmesine sebep olacağı açıktır.

Nitekim benzer bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verilen Danıştay 13. Dairesinin 17.12.2015 günlü E:2015/2610, K:2015/4629 sayılı kararı da bu yöndedir.

Bu durumda, 4735 sayılı Kanun ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'ye uygun olarak hazırlanmayan sözleşme tasarisının anılan maddesi ile ilgili iddia yönünden itirazenşikayet başvurusunun reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.