

**Hizmet Alım ihaleleri Tip Sözleşmesi'nin özel ve ağır aykırılık halleri dışında yer alan genel aykırılık halleri maddesi kapsamında değerlendirileceği belirtilmiş ise de; sözleşmeye genel aykırılık halinde verilecek cezanın sözleşme bedelinin binde 1'i olarak tespit edildiği, bununla birlikte özel aykırılık hallerinin düzenlendiği tabloda "...Yukarıda belirtilen aykırılık halleri dışında Teknik Şartnamede belirtilen diğer hususlara uyulmamasının**

tespiti halinde...” durumunun belirtildiği, söz konusu ifadeden genel bir aykırılık halinin düzenlendiği anlaşılmaqla birlikte, bu kapsamda verilecek cezanın sözleşme bedelinin binde 2’si olarak belirlendiği, dolayısıyla sözleşmeye genel aykırılık halinde uygulanması gereken ceza miktarı noktasında ihale dokümanında çelişkili bir düzenlemeye gidildiği anlaşıldığından, yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kararın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı hk

<b>Gündem No</b>	: 21
<b>Karar Tarihi</b>	: 09.11.2022
<b>Karar No</b>	: 2022/MK-313

**BAŞVURU SAHİBİ:**

UŞAK AKDAĞ GIDA TEKSTİL TURİZM İNŞAAT PETROL SANAYİ VE TİCARET LİMİTED ŞİRKETİ

**İHALEYİ YAPAN İDARE:**

Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı

**BAŞVURUYA KONU İHALE:**

2022/522466 İhale Kayıt Numaralı "2023 yılı personel ve öğrenciler için malzemeli yemek" İhalesi

**KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**

**KARAR:**

Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Rektörlüğü Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı tarafından yapılan 2022/522466 ihale kayıt numaralı "2023 Yılı Personel ve Öğrenciler İçin Malzemeli Yemek" ihalesine ilişkin olarak, Uşak Akdağ Gıda. Teks. Tur. İnş. Pet. San. Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 10.08.2022 tarihli ve 2022/UH.II-938 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Uşak Akdağ Gıda. Teks. Tur. İnş. Pet. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 23.09.2022 tarihli ve E:2022/1787, K:2022/1870 sayılı kararında "...Uyumsuzluğun davacı şirketin birinci iddiası bakımından değerlendirilmesinden;

...

İhaleye ait Sözleşme Tasarısı'nın "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'ncı maddesinde "16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Cezalar, aykırılık halleri ve sözleşmenin feshine ilişkin hususlar bu Sözleşmenin 16, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hususlara ilişkin olarak söz konusu maddeler dışındaki ve ihale dokümanındaki diğer düzenlemeler sadece 16.1.1 inci madde kapsamında değerlendirilir.

16.1.1. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci maddesinde yer alan özel aykırılık ve 16.1.3 üncü maddesinde yer alan ağır aykırılık halleri dışında, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak ceza oranı, ilk sözleşme bedelinin Binde 1'dir. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan özel aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. Tabloda yer verilen özel aykırılıklardan herhangi birinin ilgili aykırılık için aynı satırda belirtilen sayıya ve toplam özel aykırılık halinin de 30 sayısına ulaşması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, 4735 sayılı Kanunun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

16.1.5. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerinde yer verilen aykırılıklar kapsamında somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddelerde yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz. Ayrıca, aynı aykırılığın 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerde birlikte sayıldığı hallerde, sözleşme uygulamasında 16.1.3 üncü madde dikkate alınır..." düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'ncü maddesine göre, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde özel aykırılık hallerine, 16.1.3'üncü maddesinde ağır aykırılık hallerine yer verileceği, 16.1.2 ve 16.1.3'üncü maddesi dışında kalan durumların ise 16.1.1'inci maddesi kapsamında değerlendirileceği, diğer bir ifadeyle, özel ve ağır aykırılık halleri dışında yer alan genel aykırılık hallerinin 16.1.1'inci maddesi kapsamında değerlendirileceği anlaşılmaktadır.

Başvuruya konu ihaleye ait Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncü maddesinde yer verilen düzenleme incelendiğinde, somut fiillerle özel aykırılık hallerine yer verilmesi gereken 16.1.2'nci maddesinde 18 adet aykırılık haline yer verildiği, 18'inci aykırılık halinin ise "...Yukarıda belirtilen aykırılık halleri dışında Teknik Şartnamede belirtilen diğer hususlara uyulmamasının tespiti halinde ..." şeklinde düzenlendiği tespit edilmiştir.

Bu durumda, her ne kadar davalı idare tarafından, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi'nin özel ve ağır aykırılık halleri dışında yer alan genel aykırılık hallerinin 16.1.1'inci maddesi kapsamında değerlendirileceği belirtilmiş ise de; sözleşmeye genel aykırılık halinde verilecek cezanın sözleşme bedelinin binde 1'i olarak tespit edildiği, bununla birlikte özel aykırılık hallerinin düzenlendiği tabloda "...Yukarıda belirtilen aykırılık halleri dışında Teknik Şartnamede belirtilen diğer hususlara uyulmamasının tespiti halinde..." durumunun belirtildiği, söz konusu ifadeden genel bir aykırılık halinin düzenlendiği anlaşılmakla birlikte, bu kapsamda verilecek cezanın sözleşme bedelinin binde 2'si olarak belirlendiği, dolayısıyla sözleşmeye genel aykırılık halinde uygulanması gereken ceza miktarı noktasında ihale dokümanında çelişkili bir düzenlemeye gidildiği anlaşıldığından, yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kararın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

...

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin; davacının birinci iddiasının reddine yönelik kısmının iptaline, davacının diğer iddialarının reddine yönelik kısmının ise reddine..." ifadelerine yer verilmesi suretiyle dava konusu işlemin davacının birinci iddiasının reddine yönelik kısmının iptaline, davacının diğer iddialarının reddine yönelik kısmının ise reddine karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 10.08.2022 tarihli ve 2022/UH.II-938 sayılı kararının 1'inci iddia ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.