

İdarenin ihalede numune payının ne kadar olması gerektiği noktasında kesin bir belirleme yapmadığı durumda numune payının eksik olduğu gerekçesiyle yüklenici hakkında yasaklama verilmesi

İdarenin numune payının ne kadar olması gerektiği noktasında kesin bir belirleme yapmadığı durumda, numune payının eksik olduğu gerekçesiyle yüklenici hakkında yasaklama verilmesi doğru mudur?

Danıştay Kararı – 13. D., E. 2013/662 K. 2019/655 T. 5.3.2019

İSTEMİN KONUSU :Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 20/09/2012 tarih ve E:2012/87, K:2012/2522sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem:25. Mekanize Piyade Tugay Komutanlığı'nca 06/05/2011 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "16 Kalem Muhtelif İkmal Malzemeleri Alımı" ihalesinin 1., 2. ve 3. kalemleri uhdesinde kalan davacı şirketin 1 (bir) yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 30/12/2011 tarih ve 28158 sayılı Resmî

Gazete’de yayımlanan işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:Ankara 13. İdare Mahkemesi’nce; davacı şirketin “3 Kalem Hazır Çorbalık (Mercimek, Sebze ve Mantar)” vermeyi taahhüt ettiği hâlde, sunduğu iki kalem malzemenin kimyasal analizleri sonucu niteliklerine uygun çıkmadığı, muayene komisyonuna yaptığı itiraz üzerine hakem laboratuvarında yaptırılan analiz sonucunda da bu durumun değişmediği, dolayısıyla bu taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediği, bu sebeple 1 (bir) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :Davacı tarafından, sözleşme gereği teslim edilmesi gereken malın 04/11/2011 tarihinde idareye teslim edildiği, ancak muayene için istenilen numune payının tam verilmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin tesis edildiği, bu kapsamda sözleşmede hangi miktarda numune payının teslim edileceğinin açık bir şekilde düzenlenmediği, yasaklamayı gerektirir durumun mevcut olmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :Davalı idare tarafından, davacı şirket tarafından numune payları olmadan mal teslimi yapıldığı, dolayısıyla muayene edilecek malzeme eksik kaldığından muayene işlemlerine başlanılmadığı, bu sebeple “ihtarlı süre içinde mal teslim edilmediği” ibaresinin somut duruma uygun olduğu, numune payı miktarının TSK Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri Yönergesi’nde yer alan hüküm gereği tespit edildiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K1’İN DÜŞÜNCESİ :Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hâkiminin

açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

25. Mekanize Piyade Tugay Komutanlığı'nca gerçekleştirilen "16 Kalem Muhtelif İkmal Malzemeleri Alımı" ihalesinin 1., 2. ve 3. kalemlerinin (Mercimek, Sebze, Mantar) davacı şirket uhdesinde kaldığı, teslim ettiği malzemelerde 2 kalem malzemenin kimyasal analizleri sonucu niteliklerine uygun olmadığı tespit edildiği, bunun üzerine davacı şirket tarafından yapılan itiraz üzerine yapılan ikinci muayenede de sonucun değişmemesi üzerine davacı şirkete 10 günlük ihtarlı süre verildiği, davacı şirket tarafından ihtarlı süre içerisinde 2 kalem malzemenin yeniden teslim edildiği ve her bir kalem malzeme için 8 kg numune payı teslim edildiği, ancak idarece ihtarlı sürenin son günü olan 14/11/2011 tarihine kadar malı teslim etmeyerek taahhüdünü yerine getirmediği gerekçesiyle 06/12/2011 tarihinde sözleşmenin feshedildiği ve bir (1) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verildiği, bu kararın 30/12/2011 tarih ve 28158sayılı Resmî Gazete'de yayımlanması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20. maddesinde; "Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder: 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, (b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâllerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” kuralına yer verilmiştir.

Aynı Kanun’un “Yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 25. maddesinin (f) bendinde ise, “Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.” sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar arasında sayılmış; “ihalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26. maddesinde de, “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 verilir. Katılma yasakları, 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 verilir ... Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmî Gazete’de yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur...” kuralı yer almıştır.

İdari Şartname’nin 48.2.5. maddesinde, “Muayene sırasında alınacak numune payları yükleniciye aittir. Bu sebeple eksilen miktar yüklenici tarafından tamamlanacak ve bozulan ambalajlar eski hâline getirilecektir.” kuralı bulunmaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Davalı idare tarafından mahkemece yapılan ara kararına verilen cevap eki olan "2011/432 Esas Numaralı Mahkeme Yazısına Cevaben" başlıklı yazı, temyiz dilekçesine vermiş olduğu cevap ve dosya kapsamında yer alan muvakkat makbuz incelendiğinde, uyuşmazlık konusu 2 kalem malzemenin hiç teslim edilmemesinin söz konusu olmadığı, numune payının eksik teslim edilmesinden dolayı davacı şirketin tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklamasına karar verildiği, davacı şirket tarafından ihtarlı süre içerisinde mal tesliminin yapıldığı ve her bir kalem malzeme için 8 kg numune payının teslim edildiği, ancak davacı tarafından mal teslimi yapılmadığı gerekçe gösterilerek dava konusu işlemin tesis edildiği, ayrıca, "2011/432 Esas Numaralı Mahkeme Yazısına Cevaben" başlıklı yazı içeriğinde, öncelikli olarak numune payının kalem başı 27 kg olması gerektiği, devamında ise 24 kg olması gerektiğinin belirtildiği, bu durumda, idarenin dahi numune payının ne kadar olması gerektiği noktasında kesin bir belirlemesinin bulunmadığı görülmüştür.

Öte yandan, İdari Şartname'de de, eksik kalan kısmın asıl maldan tamamlanabileceği belirtilmiş, ancak numunenin hangi miktarda olacağı konusunda açık bir kurala yer verilmemiştir.

Bu itibarla, davacı şirketin tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine bir (1) yıl süre ile katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1.Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2.2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 20/09/2012 tarih ve

E:2012/87, K:2012/2522 sayılı kararının **BOZULMASINA**,

3.Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

4.Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 05/03/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.