

Dava konusu ihaleye ait dokümanda tekrar eden nitelikte olan işte her bir aykırılık için ceza oranının belirlendiği ancak işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının ve bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir

belirleme yapılmadığı bu çerçevede ihale dokümanında yer alan mevcut düzenlemelerin ip Sözleşmenin 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 Kanunda yer alan emredici kurallara aykırı olduğu görüldüğünden bu iddia

yönünden dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmamaktadır 1

Karar: Ankara 13. İdare Mahkemesinin 19.04.2017 tarihli ve E:2017/792 K:2017/1300 sayılı kararı .

Özet: Kocaeli Büyükşehir Belediye Başkanlığı Park Bahçe Yeşil Alanlar Dairesi Başkanlığı – Park Bahçeler Şube Müdürlüğü tarafından 08.11.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2016/396906 ihale kayıt numaralı “Kocaeli Genelinde Park ve Yeşil Alanların Bakım ve Temizliğinin Yapımı” ihalesine ilişkin olarak, ABS Medikal Özel Sağlık Hizmetleri Sterilizasyon Dezenfeksiyon ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine, 08.03.2017 tarihli ve 2017/UH.I-746 sayılı Kurul kararı ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, ABS Medikal Özel Sağlık Hizmetleri Sterilizasyon Dezenfeksiyon ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 19.04.2017 tarihli ve E:2017/792 K:2017/1300 sayılı kararı ile “...Davacının, Sözleşme Tasarısı’nın 16.maddesinde sözleşmeye aykırılık hallerinin düzenlendiği ancak bu aykırılığın art arda veya aralıklı olarak kaç defa gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda düzenlemeye yer verilmediği bu durumun Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin eki Tip Sözleşmenin 26 nolu dip notuna aykırılık teşkil ettiği yönündeki 2.iddiasının incelenmesinden;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "idarenin 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." hükmü yer alır.

Hizmet Alımlarına Dair Tip Sözleşme'nin "cezalar ve sözleşmenin feshi başlıklı 16.maddesinde :

"16.1

16.2. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanmaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.

16.3.İhtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

16.4.Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanununun 25. Maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde ise ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek

kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” hükmüne yer verildikten sonra 16.maddeye ait 26.nolu dip notun 3.bendinde “İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, idarece her bir aykırılık için belirtilecektir. Ayrıca, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, yukarıda öngörülen ceza uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanununun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı (iki veya daha fazla) idarece belirlenerek bu maddede yazılacaktır. Ancak ağır aykırılık hallerinde, bu aykırılık halleri maddede belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi yukarıda öngörülen şekilde sözleşmenin feshedilebileceği hususuna da idarece gerek görülmesi halinde bu maddede yer verilecektir.” hükmüne yer verildiği,

Sözleşme Tasarısı'nın “Cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16.maddesinde “16.1.İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

Kocaeli Geneline Park Ve Yeşil Alanların bakım ve temizliği hizmetleri ile ilgili olası aksaklıklarda teklif edilen sözleşme bedeline göre uygulanacak ceza oranları aşağıda verilmiştir.

1- İş Güvenliği Uyarı Ve Yasak İşaretçileri: Yüklenici firma personellerinin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine aykırı davranması halinde her bir personel ve her bir gün için sözleşme bedelinin 0,000005 i (milyondabeş)

2- İş Kıyafetleri: Yüklenici, şartnamede belirtilen tek tip yazlık ve kışlık çalışma kıyafetlerini her personel için İdare tarafından belirtilen tarihlerde temin etmek zorundadır. Üzerinde tek tip kıyafeti olmayan ya da

kullanılmaz durumda olan her personel ve her bir gün için sözleşme bedelinin 0,000001 (milyondabir)

3- Hizmet Bedeli: Yüklenici ve/veya personeli hiçbir şekilde kişi kurum ve kuruluşlardan yapılan hizmetlerin karşılığı olarak aynı ve nakdi herhangi bir ücret talep edemez. Bu durumun tespiti halinde her bir olay başına sözleşme bedelinin 0,0001 i (onbindebir)

4- Yazılı ve Sözlü Talimat : İdarenin işle ilgili olarak şartname dökümanlarında belirtilen hususlara ilişkin yazılı ve sözlü talimatlarına uyulmadığının tespiti halinde her bir olay başına sözleşme bedelinin 0,00005 i (yüzbindebeş)

5- Eksik Alet, Edavat, Makine: İdarenin öngördüğü alet, edavat, makine bulundurulmadığı her bir alet için her bir gün başına sözleşme bedelinin 0,00001 i (yüzbindebir)

6- Malzeme Kalitesi Problemleri: Kullanılan malzemelerin idarenin belirlediği kalite standartlarının altında olması durumunda her bir olay başına sözleşme bedelinin 0,00001 i (yüzbindebir)

7- Dikim Hataları: Dikimden kaynaklanan hatalarda kuruyan her bitki başına sözleşme bedelinin 0,000001 i (milyondabir)

8- Çim Alan Bozulmaları: Yüklenici firmaya yer tesliminde canlı teslim edilen çimi ve mevcut bitkilerin kuruması durumunda her bitki ve çim alan m² si başına sözleşme bedelinin 0,000001 (milyondabir)

9- Temizlik Yapılmaması: Yüklenici sorumlu olduğu alanların temizliğini yapmadığı takdirde m² başına sözleşme bedelinin 0,0000001 (onmilyondabir)

10- Sulama Hataları: Yüklenici sorumlu olduğu alanlarda sulama programının dışında eksik ya da fazla sulama yapıldığı takdirde, sulama sistemindeki arızalar hemen giderilemediği

takdirde arıza başına sözleşme bedelinin 0,00001 (yüzbindebir)

11- Özlük Dosyası Teslimi: Yüklenici firma personellerine ait özlük dosyalarını ilk hakediş tarihine kadar teslim etmediği takdirde her bir kişi için sözleşme bedelinin 0,00001 i(yüzbindebir)

12- Ayrıca; Yüklenici, alanda meydana gelebilecek bütün zararları ve tüm olumsuzlukları tespit edip fotoğraflayıp, tutanakla idareye anında bildirecektir. Aksi tespit edildiğinden sözleşme bedelinin 0,00001 (yüzbindebir) oranında cezai işlem uygulanır.

13- Yüklenici Personelin Görev Ve Sorumluluklarını Yerine Getirmemesine İlişkin Cezalar

Aşağıda sıralanan durumların her biri için (her personel için ayrı ayrı olmak kaydıyla)

Sözleşme bedelinin 0,000002 (milyondaiki)

1. a) Amir ve üstlerinin görev ve mesleki konulara veya tutum ve davranışlarına ilişkin uyarılarına uymamak veya umursamamak
2. b) Görevde kayıtsızlık göstermek, görevi savsaklamak veya geçerli bir özrü olmaksızın belirtilen sürede bitirmemek,
3. c) Görev sırasında amir veya üstlerine saygısız davranmak,
4. d) Hizmetine tahsis edilen araç ve gereçleri bakımsızlık yüzünden kullanılamaz hale getirmek,
5. e) Görev içinde yada dışında amir yada üstlerinin eylem yada işlemlerini eleştireci nitelikte söz söylemek veya hakaret etmek,
6. f) Amir yada üstlerinin icraatına karşı çıkmak ve bu hareketi toplu hale dönüştürerek görev yapılmasını yada göreve çıkılmasını engellemek yada katılmaya tahrik yada teşvik etmek.

İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin %30'unu geçmeyecektir.

16.2.Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanamaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.

16.3.İhtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanununun 25. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, halinde ise ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere tasfiye edilir. " hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu ihaleye ait dokümanda tekrar eden nitelikte olan işte her bir aykırılık için ceza oranının belirlendiği, ancak işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının ve bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir belirleme yapılmadığı; bu çerçevede, 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 aykırı olduğu görüldüğünden bu iddia yönünden dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Her ne kadar Kamu İhale Kurulu'nca, anılan düzenlemenin işin yürütülmesi aşamasında işin sözleşmeye uygun olarak uygulanmasında bir engel oluşturmayacağı, bu hâliyle 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 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 sonucuna varılmaktadır.

...

Açıklanan nedenlerle; dava konusu itirazın şikayet başvurusunun reddi işleminin davacının 2. iddiası yönünden yapılan inceleme sonucu verilen karar kısmı yönünden iptaline, davacının diğer iddiaları yönünde yapılan incelemeler hukuka uygun olduğu için reddine, dava kısmen iptal kısmen ret ile sonuçlandırıldığından...

oybirliğiyle karar verildi...." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin kısmen iptaline karar verilmiştir.