

yüklenicinin ihale teknik şartnameye uygun yemek getirmemesi veya getirdiği yemeğin kontrol teşkilatınca uygun bulunmaması halinde, derhal yenisi ile değiştirileceği bu durumun ikinci kez tekrar edilmesi halinde, sözleşme bedelinin %1'i oranında ceza kesileceği halde, davalı idarenin yemeklerin öncelikle yenisi ile değiştirilmesini talep etmememesi halinde idarece yapılan ceza kesintisinin iadesi gerektiği hk(İstinaf Mahkeme K)

ihale ceza kesintisinin iadesi

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

İ S T İ N A F K A R A R I

İNCELENEN DOSYANIN

DAVACI: F1. İŞ. SAN. TİC. LTD. ŞTİ.

VEKİLLERİ: Av. K12

DAVALI : ORDU ÜNİVERSİTESİ REKTÖRLÜĞÜ, A1

VEKİLLERİ: Av. K3, Av. K2-

DAVA : Alacak (Kamu İhalelerinden Kaynaklı)

Ordu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2018/327 Esas, 2019/426 Karar sayılı dava dosyasında verilen Alacak (Kamu İhalelerinden Kaynaklı) talebinin kabulüne karşı, davalı üniversite vekili tarafından istinaf yoluna başvurusu üzerine, yapılan inceleme sonucunda;

İHALE TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARININ ÖZETİ :

İDDİA: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; Müvekkili şirketin uzun yıllardan beri Ordu ilinde faaliyet gösteren ve saygın bir restaurant ve yemek fabrikası olduğunu, müvekkili şirketin bir çok işyeri ve kurumda olduğu gibi davalı ile akdolan sözleşmeler kapsamında bir çok yemek işini üstlendiğini, taraflar arasında imzalanan 06/12/2017 tarihli sözleşme ile davalı nezdinde X1 Yüksek Okulunun 300.000 adet yemek işini üstlendiğini,

sözleşme kapsamında sunulan hizmetler karşılığı aylık olarak hakediş raporları düzenlenmekte olup işin karşılığı müvekkili şirkete ödendiğini, ancak yemekler hakkında tutanaklar

düzenlendiğini, söz konusu yemeklerin tutanak tutulduğundan bahsedilmesine rağmen idarece tamamı servis ettirildiğini, ayrıca bahse konu sunulan yemeklerle ilgili alınan analiz raporlarında şartnameye herhangi bir aykırılık bulunmadığını, yine ilk ve ikinci tutanakların müvekkilinin gıyabında tanzim olunduğunu ve tebliğ edilmediğini,

davalı tarafın yanlı ve keyfi uygulama yapmak suretiyle müvekkili şirket hakkında sözleşme bedelinin % 1'i oranında ceza uygulamadığını, zira gerek şartname gerekse taraflar arasındaki sözleşmenin usul ve esaslarında belirlenen prosedür tamamlanmaksızın bahse konu tutanakların tanzim olunarak müvekkili şirket hakkında ceza uygulandığını ve uygulanan cezanın resen hakedişten mahsup edildiğini, bahse konu hakedişin 12/06/2018 tarihinde dava konusu miktarca kesinti yapılarak eksik olarak müvekkili şirkete ödendiğini belirterek, fazlaya ilişkin haklarının saklı kalması kaydıyla, Ordu Üniversitesi Rektörlüğü Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığının 05/06/2018 tarihli yazısı ve ekinde yer alan kontrol tutanakları doğrultusunda müvekkilinin hakedişinde yapılan **23,550,00-TL** kesintinin davalıdan alınarak müvekkiline ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

SAVUNMA: Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; 02/05/2018 tarihli iki adet tutanak tutulduğunu, söz konusu tutanaklar doğrultusunda davacı şirkete Mayıs 2018 hakedişinde 11.775,00-TL'lik toplam 23.550,00-TL olmak üzere iki ayrı ceza kesildiğini, firma yetkilisi her ne kadar söz konusu tutanakları imzalamaktan imtina etmiş ise de cezaların da belirtildiği **hakediş raprunu** imzaladığını ve cezaların ilgili firmanın Mayıs 2018 hakedişinden kesildiğini, davacı tarafın ilk tutanağın gıyabında tutulmadığını imzadan imtina edildiğini, firma yetkilisine durumun bildirildiğini, ancak alternatif yemek talebinin reddedildiğini, ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan hakediş raporuyla birlikte davacının söz konusu cezaları kabul ettiğinin açık olduğunu, bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

İLK DERECE MAHKEMESİNDE İLERİ SÜRÜLEN DELİLLER: Şartnameler, sözleşmeler ve ekleri, Hakediş raporu, ilgili tutanaklar, banka kayıtları ve dekontlar, Ordu Üniversitesi Rektörlüğü'nün 20/06/2018 ve 05/06/2018 tarihli yazı ve ekleri, analiz raporları, ilgili tutanaklar.

İLK DERECE MAHKEMESİNİN İHALE KARARININ ÖZETİ:

Ordu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2018/327 Esas, 2019/426 Karar **sayılı** kararında: Davalı tarafından tutulan tutanakta 02/05/2018 tarihinde Ordu Üniversitesi Cumhuriyet Yerleşkesinde öğlen yemeği için servis edilen çiftlik köftenin lezzet ve içerik açısından Teknik Şartnameye uygun olmadığı, köfteden alınan numunenin analize gönderilip sonuca göre gerekli işlemlerin yapılacağı, yin akşam yemeği için servis edilen çiftlik köftenin lezzet ve içerik açısından Teknik Şartnameye uygun olmadığı,

yine aynı öğünde servis edilen tavuk haşlamada kullanılan malzeme içeriğinin Teknik Şartnameye uygun olmadığı, yemek kalite kontrolü için 15.30'da hazır bulunması gereken akşam yemeklerinin belirtlen saatte hazır bulunmayıp öğrencilere 15 dakika geç sunuma başladığı gerekçeleri ile tutanaklar doğrultusunda **davacı şirketin Mayıs 2018 hakedişinden 23.550,00-TL kesinti yapıldığı, davacının hakediş raporunu imzaladığı, davacının 08.06.2018 tarihli itiraz dilekçesiyle 5 nolu hakediş raporuna süresinde itiraz ettiği,** böylece davacının **4735 sayılı Kamu İhale** Sözleşmelerinin Kanununa göre 10 gün içerisinde itirazı davalıya dilekçe ile bildirdiği anlaşılmaktadır. Bu husus bilirkişilerce de tespit edilmiştir. Davacı tarafından verilen öğle ve akşam yemeklerinde zeytinyağlı biber dolmanın teknik şartnameye aykırı olduğu, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Konya Gıda Kontrol Laboratuvarınca düzenlenen rapora göre köftede kemik tespit edildiğinden yabancı madde içermesi nedeniyle teknik şartname ve Türk Gıda Kodeksi Et ürünleri tebliğine uygun olmadığı bilirkişilerce rapor edilmişse de

davalı idarenin sözleşmenin 16.1.1.6'maddesinde yüklenicinin teknik şartnameye uygun yemek **getirmemesi veya getirdiği yemeğin kontrol teşkilatınca uygun bulunmaması halinde, derhal yenisi ile değiştirileceği, bu durumun ikinci kez tekrar edilmesi halinde, sözleşme bedelinin %1'i oranında ceza kesileceği halde, davalı idarenin yemeklerin öncelikle yenisi ile değiştirilmesini talep etmediği toplanan deliller ve tanık beyanlarından anlaşılmalı kontrol teşkilatının uygunsuz bulunduğu yemeklerin **öncelikle yenisi ile değiştirilmesini talep etmediği**, öğlen ve akşam yemeği menüsünün aynı olduğu, davacının aynı yemeği akşam servis ettiği, davalının buna ilişkin itiraz ve yeniden yemek talep etmediği, böylece sözleşmede kararlaştırılan ceza kesintisine ilişkin şartların oluşmadığı anlaşılmalı davanın kabulüne sözleşmeye aykırı olarak hakedişten kesilen 23.550 TL cezanın davacıya verilmesine karar vermek gerekmiş olup;**

–Davanın **KABULÜ** ile,23.550,00 TL alacağın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, karar verilmiştir.

İHALENİN STİNAFA BAŞVURAN TARAF ve İSTİNAF SEBEP VE GEREKÇESİ:

Davalı üniveriste vekili istinaf başvuru dilekçesinde özetle: Mahkemece verilen kararın usul ve yasaya aykırı olduğunu. Davacı şirketin, Üniversite ile imzalanan yemek hizmeti alımı **ihale**si neticesindeki sözleşme doğrultusunda Üniversite yemek hizmeti verdiğini. Davacının teknik şartnameye uygun olarak sözleşme konusunu yerine getirmekle yükümlü olduğunu. Davacı ile Üniversite arasında imzalanan ve dilekçe ekinde bulunan sözleşme gereğince Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin sözleşmenin eki sayılmakta olup, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 42. Maddesi gereği usulüne uygun şekilde ihtirazi kayıt gerektiğini. Davacı şirkete kesilen cezalarının teknik şartnameye uyulmamasından kaynaklanığı ve sözleşme gereği kesildiği açık olup, söz konusu cezaların yasal yerinde olduğunu. Bu nedenle yerel mahkemenin kararının bozularak davanın reddine karar verilmesi gerektiğini. Bu nedenle kararın kaldırılması için istinaf talebinde bulunmuştur.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE:

Ordu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2018/327 Esas, 2019/426 Karar **sayılı** dava dosyasında verilen Alacak talebinin kabulüne karşı, davalı vekili üniversite tarafından istinaf yoluna başvurması üzerine, dosyanın yapılan inceleme sonucunda;

İddia ve savunmaya mahkemece toplanıp değerlendirilen deliller ile duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre; İstinaf incelemesine konu ve esas teşkil eden eldeki **dava;Alacak(Kamu İhale**sinden Kaynaklı) **isteminde ilişkindir.**

İlk derece mahkemesince yapıлып bitirilen yargılama sonucunda, **"... davacı şirketin Mayıs 2018 hakedişinden 23.550,00-TL kesinti yapıldığı, davacının hakediş raporunu imzaladığı, davacının 08.06.2018 tarihli itiraz dilekçesiyle 5 nolu hakediş raporuna süresinde itiraz ettiği,** böylece davacının **4735 sayılı Kamu İhale** Sözleşmelerinin Kanununa göre 10 gün içerisinde itirazı davalıya dilekçe ile bildirdiği anlaşılmaktadır.Bu husus bilirkişilerce de tespit edilmiştir. ... yüklenicinin teknik şartnameye uygun yemek getirmemesi veya getirdiği yemeğin kontrol teşkilatınca uygun bulunmaması halinde, **derhal yenisi ile değiştirileceği,**bu durumun ikinci kez tekrar edilmesi halinde,

sözleşme bedelinin %1'i oranında ceza kesileceği halde, davalı idarenin yemeklerin öncelikle yenisi ile değiştirilmesini talep etmediği toplanan deliller ve tanık beyanlarından anlaşılmakla kontrol teşkilatının uygunsuz bulunduğu yemeklerin öncelikle yenisi ile değiştirilmesini talep etmediği, öğlen ve akşam yemeği menüsünün aynı olduğu, davacının aynı yemeği akşam servis ettiği, davalının buna ilişkin itiraz ve yeniden yemek talep etmediği, böylece sözleşmede kararlaştırılan ceza kesintisine ilişkin şartların oluşmadığı anlaşılmakla davanın kabulüne sözleşmeye aykırı olarak hakedişten kesilen 23.550,00.TL cezanın davacıya verilmesine karar vermek gerekmiş olup; Davanın kabulüne," karar verilmiştir.

Karara karşı, **davalı üniversite vekili** tarafından süresinde istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

6100 **sayılı** HMK'nun 355. maddesi uyarınca *inceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır, kamu düzenine aykırılık olup olmadığı ise re'sen gözetilir; Yine; HMK'nun 357. Maddesine göre de "İlk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunma istinafta dinlenemez ve istinafta yeni delillere dayanılmaz."*

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları delillere, hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, vakıa mahkemesi hakiminin dosyadaki delillerle çelişmeyen tespit ve değerlendirmesine ve uyumsuzluğa uygulanması gereken hukuk kurallarına göre, davacı şirketin Mayıs 2018 hakedişinden, kesilen cezai şart nedeniyle 23.550,00-TL kesinti yapıldığı, davalı tarafın teknik şartnameye uygun yemek getirmemesi veya getirdiği yemeğin kontrol teşkilatınca uygun bulunmaması halinde, **derhal yenisi ile değiştirileceği belirtilmesine rağmen**, davalı idarenin sözleşme şartlarına aykırı olarak cezai işlem yaptığı tespit edilmiş olup,

davacının ise 08.06.2018 tarihli itiraz dilekçesiyle 5 nolu hakediş raporunda yapılan kesintiye süresinde itiraz ettiği bilirkişi raporu ilede tespit edilmiş olup, HMK'nun 355. maddesi uyarınca istinaf sebepleriyle sınırlı olarak ve re'sen **kamu** düzeni yönünden yapılan inceleme sonucu, ilk derece mahkemesinin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı kanaatine varıldığından; **davalı üniversite vekilinin istinaf başvurusunun 6100 Sayılı** HMK'nun 353/(1)-b-1.madde ve bendi uyarınca **esastan reddine karar verilmesi** gerektiği sonuç ve kanaatine varılarak, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM :Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Davalı Üniversite vekilinin istinaf başvurusunun HMK.nun 353/(1)-b-1.maddesi gereğince ESASTAN REDDİNE,

2-Davalı Üniversite tarafından yapılan istinaf giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

3-İstinaf başvurusu ile birlikteyatırılan gider avansından, kullanılmayan kısmın HMK.nın 333. maddesi gereğince karar kesinleştğinde yatıran ilgili tarafa iadesine,

4-Davalı Üniversite harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına,

5-İstinaf incelemesi duruşmalı yapılmadığından kendisini vekil ile temsil ettiren davacı lehine vekalet ücreti taktirine yer olmadığına,

6-İşbu kesin kararın hukuki bilgilendirme hakkı kapsamında taraflara **İLK DERECE MAHKEMESİNCE TEBLİĞİNE,**

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda **oybirliği**ile dava değeri (23.550,00.TL) temyiz sınırı altında kaldığından HMK.nun 362/(1)-a maddesine göre **kesin**olarak karar verildi.
25/02/2020



ihâl
e