

ihale konusu işin tekrar eden nitelikte bir iş olması sebebiyle işin tekrar eden kısımlarına yönelik öngörülecek cezai düzenlemesinde işin süresi boyunca her 1 aykırılığın aynı tipte meydana gelmesi hâlinde sözleşmenin feshedilebileceği düzenlemesi hk (Danıştay K)

ihale konusu

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/1221

Karar No:2021/2251

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ...

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN_KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA İHALE SÜRECİ :

Dava konusu istem: Tekirdağ Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca 07/08/2020 tarihinde açık ihale usûlüyle gerçekleştirilen "Araç Kiralama" ihalesine ilişkin olarak dokümana itiraz kapsamında yapılan itirazın şikâyet başvurusunun kısmen esastan, kısmen süre ve şekil yönünden reddine dair Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 09/09/2020 tarih ve 2020/UH.I-1483 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; uyuşmazlığa konu ihaleye ilişkin olarak davacının 29/07/2020 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun ihaleyi gerçekleştiren idarenin 04/08/2020 tarihli yazısı ile reddedildiği, 10/08/2020 tarihli dilekçeyle davalı idareye itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, itirazın şikâyet başvurusunun kısmen esastan, kısmen süre ve şekil yönünden reddi üzerine bakılan davanın açıldığı;

Davacının, [İhale Sözleşme Tasarısı](#)'nın 16'ncı maddesinde yer alan açıklamaların Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 26'ncı dipnotuna aykırı olduğu, şöyle ki; söz konusu işin süreklilik arz ettiği bu doğrultuda ilgili düzenlemede aykırılık sayısına ve ağır aykırılık hâllerine yer verilmesi gerekirken anılan maddede bu durumlara ilişkin bir düzenleme yapılmadığı" yönündeki birinci iddiasının incelenmesi, Sözleşme Tasarısı'nda yapılan düzenlemede 16.1.1 ile 16.1.2. maddelerinin kendi içinde yer değiştirdiği,

16.1.1. maddede yer verilmesi gereken düzenlemeye 16.1.2.

maddede, 16.2.1. maddede yer verilmesi gereken düzenlemeye ise 16.1.1. maddede yer verildiği, ihale konusu işin tekrar eden nitelikte bir iş olması sebebiyle işin tekrar eden kısımlarına yönelik öngörülecek cezai düzenlemelere Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde yer verildiği, bu maddede olası aykırılığın işin tekrar eden kısımlarında işin süresi boyunca her bir aykırılığın aynı tipte olanların 10 defa veya toplam aykırılıkların 50 defa meydana gelmesi hâlinde sözleşmenin feshedilebileceği yönünde düzenlemenin yer aldığı,

dolayısıyla, hizmetin ifa şeklinde yükleniciden kaynaklanan bir kusurun meydana gelmesi hâlinde her bir aykırılık hâli için belli oranlarda ceza kesileceğine dair düzenlemeye yer verildiği, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak tekrarı ile belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısına da yer verildiği,

diğer düzenlemelerin de anılan dipnota uygun olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın tip sözleşmede belirtilen unsurları ihtiva ettiği görüldüğünden, salt 16.1.1. maddede yer alması gereken düzenlemeye 16.1.2. maddede, 16.1.2. maddede yer alması gereken düzenlemeye de 16.1.1. maddede yer verilmesinin mevzuata aykırılık oluşturmayacağı, dava konusu Kurul kararında bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacının, [İhale Teknik Şartnamesi](#)nin 3.4'üncü maddesinde isteklilerden K ve D belgelerinin sunulmasının istenildiği ancak bu belgelerin türlerine ilişkin bir düzenleme yapılmadığı" yönündeki ikinci iddiası; "İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesinde yer alan düzenlemenin Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname'nin 29'uncu dipnotuna aykırı olduğu" yönündeki üçüncü iddiası ve "Teknik Şartname'nin 3.9'uncu ve 5.2'nci maddesinde yer alan düzenlemelerle sorumluluğun sadece yükleniciye

yüklenmesinin mevzuata aykırı olduğu" yönündeki dördüncü iddiasının incelenmesi,

davacının itirazen şikâyet dilekçesinde yer vermiş olduğu iddiaların, şikâyet başvurusunda yer almadığı, bu konudaki iddialar bakımından başvurunun ihaleyi yapan idareye gönderilmesi gerekmele birlikte, davacının ikinci iddiasının ihale tarihi olan 09/07/2020 tarihinde kesin olarak bilindiğı, üçüncü ve dördüncü iddiası yönünden her hâlükarda ihale tarihinden itibaren üç iş günü içerisinde en geç 04/08/2020 tarihine kadar idareye şikâyet başvurusunda bulunulması gerektiğı, anılan iddialar bakımından ilk itirazın 10/08/2020 tarihinde yapılan itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürüldüğü dikkate alındığında, anılan iddialar yönünden süre aşımı nedeniyle başvurunun reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürülen iddiaların şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelemesi gerektiğı, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde aykırılık sayısına ve ağır aykırılık hâllerine yer verilmediğı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, temyize konu Mahkeme kararında usûl ve yasaya aykırılık bulunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiğı savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile Mahkemesi kararının Dairemiz kararında belirtilen gerekçeyle onanması gerektiğı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması

istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Tekirdağ Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca 07/08/2020 tarihinde açık ihale usûlüyle "Araç Kiralama" ihalesi gerçekleştirilmiştir.

Davacı tarafından, 29/07/2020 tarihinde dokümana itiraz kapsamında yapılan şikâyet başvurusu, ihaleyi gerçekleştiren idarenin 04/08/2020 tarihli yazısı ile reddedilmiş, yeni iddiaların da eklenmesi suretiyle yapılan 10/08/2020 tarihli itirazın şikâyet başvurusu ise 09/09/2020 tarih ve 2020/UH.I-1483 sayılı Kurul kararıyla kısmen esastan, kısmen süre ve şekil yönünden reddedilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin 1. fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri;

55. maddesinin 1. fıkrasında, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21. maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hâllerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunulacağı, ilanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresinin ilk ilan tarihinden, ön yeterlik ve ihale dokümanının ilana yansımayan

diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresinin ise dokümanın satın alındığı tarihte başlayacağı,

ikinci fıkrasında, ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetlerin aktarılan süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği;

56. maddesinin 2. fıkrasında ise, Kurumun itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceleneceği kurala bağlanmıştır.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME:

1. Temyize konu Mahkeme kararının, itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürülen birinci iddiaya yönelik kısmında hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.
2. Temyize konu Mahkeme kararının, itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürülen ikinci, üçüncü ve dördüncü iddialara yönelik kısmının incelenmesine gelince;

Aktarılan mevzuatın değerlendirilmesinden, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceği, ihale ilanında yer alan hususlara yönelik başvuruların süresinin ilk ilan tarihinden, ön yeterlik ve ihale dokümanının ilana yansımaya diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresinin ise dokümanın satın alındığı tarihten başlayarak 10 gün olduğu, ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetlerin bu süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden 3 iş günü öncesine kadar yapılabileceği; öte yandan, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru

sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda yer alan tüm iddiaların Kurum tarafından incelenmesinin gerektiği, başka bir anlatımla, itirazın şikâyet başvurusunda ileri sürülen iddiaların şikâyet başvurusunda ileri sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığa konu ihaleye ilişkin olarak davacı tarafından yapılan 10/08/2020 tarihli itirazın şikâyet başvurusunda, ikinci iddia olarak, "Teknik Şartname'nin 3.4'üncü maddesinde isteklilerden K ve D belgelerinin sunulmasının istenildiği ancak bu belgelerin türlerine ilişkin bir düzenleme yapılmadığı"; üçüncü iddia olarak, "İdarî Şartname'nin 25.1'inci maddesinde yer alan düzenlemenin Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdarî Şartname'nin 29'uncu dipnotuna aykırı olduğu"; dördüncü iddia olarak ise, "Teknik Şartname'nin 3.9'uncu ve 5.2'nci maddesinde yer alan düzenlemelerle sorumluluğun sadece yükleniciye yüklenmesinin mevzuata aykırı olduğu" iddialarına yer verildiği, ancak, söz konusu iddialara şikâyet başvurusunda yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının ihale dokümanını 29/07/2020 tarihinde EKAP üzerinden indirdiği ve uyuşmazlık konusu ihalenin 07/08/2020 tarihinde gerçekleştirildiği, dokümana itiraz kapsamındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkin hususların 10 gün içinde ve her hâlükarda ihale tarihinden üç iş günü öncesine kadar, en geç 04/08/2020 tarihinde şikâyet başvurusuna konu edilebileceği, ihale dokümanına yönelik mezkur iddiaların ihale tarihinden 3 gün sonra ilk kez 10/08/2020 tarihinde Kurum'a yapılan itirazın şikâyet başvurusunda ileri sürüldüğü, her ne kadar, şikâyet başvurusuna konu edilmeyen iddiaların itirazın şikâyet başvurusunda ileri sürülemeyeceği gerekçesiyle başvurunun şekil yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmamakta ise de, söz konusu iddialara yönelik başvurunun

dokümana itiraz niteliğinde olduğu göz önüne alındığında süresinde yapılmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu Kurul kararı ile belirtilen iddialara yönelik başvurunun süre yönünden uygun bulunmamasında hukuka aykırılık, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararının anılan iddialara yönelik kısmında ise sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,
2. Davanın reddi yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen GEREKÇEYLE ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine,
5. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
6. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
7. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 15/06/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihâl

e