

İhalede teslim süresinin gecikmesi üzerine 20 gün ek süre verildiği ve ihtarnamenin* tarihinde tebliğ edildiği, davacının yazısı ile ürettiği sisteme sertifika alamadığını, bu nedenle sözleşme ve teknik şartnameye uygun sistemi yurt dışından ithal etmek zorunda kaldığını belirterek son kez 44 gün süre uzatımı talep ettiği, davalı idarece bu talebin uygun görüldüğü firmanın sistemin muayeneye hazır hâle geldiğini belirterek muayenenin yapılmasını talep ettiği

idarece yapılan muayene sonucunda ret kararı verildiği idarece davacı şirkete muayenede belirtilen eksikliklerin giderilmesi 2. kez muayeneye hazır duruma getirildiği 2. muayenenin ret kararı verilmesi hk (Danıştay K)

İhalede muayene kabul süreçleri

KARARIN DÜZELTİLMESİNİ

İSTEYEN (DAVACI) :F1 Sanayi Nakliye Ticaret A.Ş.

KARŞI TARAF (DAVALI) :Milli Savunma Bakanlığı / ANKARA

İSTEMİN_KONUSU :Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 16/07/2012 tarih ve E:2011/1207, K:2012/1145 sayılı kararının onanmasına dair Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 25/12/2018 tarih ve E:2012/3939, K:2018/4394 sayılı kararının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem:Milli Savunma Bakanlığı tarafından 2007/77096 ihale kayıt numarası ile ihale edilen "X1" işinin yüklenicisi olan davacı şirket hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca verilen ve 02/06/2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:Ankara 9. İdare Mahkemesince; Milli Savunma Bakanlığı tarafından 2007/77096 ihale kayıt numarası ile ihale edilen "X1" ihalesine ilişkin olarak davacı ile davalı idare arasında sözleşme imzalandığı, davacının normal teslim süresi içerisinde taahhüdünü yerine getirmemesi üzerine davacıya 20 gün ek süre verildiği ve ihtarnamenin 04/01/2010 tarihinde tebliğ edildiği, davacının 20/01/2010 tarihli yazısı ile ürettiği sisteme sertifika alamadığını, bu nedenle sözleşme ve teknik şartnameye uygun sistemi yurt dışından ithal etmek zorunda kaldığını belirterek son kez 44 gün süre uzatımı talep ettiği, davalı idarece bu talebin uygun görüldüğü, davacının taahhüt ettiği sistemin muayeneye hazır hâle geldiğini belirterek muayenenin yapılmasını 16/02/2010 tarihli dilekçe ile talep ettiği, idarece yapılan muayene sonucunda ret kararı verildiği, idarece davacı şirkete muayenede belirtilen eksikliklerin giderilmesi ve ikinci kez muayeneye hazır duruma getirilmesi hususunun 21/09/2010 tarihli yazı ile bildirildiği, davacı tarafından malzemenin muayeneye hazır hâle getirildiğinin 30/12/2010 tarihli yazı ile bildirilerek ikinci muayenenin yapılmasının talep edildiği, idarece yapılan muayene sonucunda ikinci kez ret kararı verildiği, davacı tarafından ikinci muayene sonucuna itiraz edildiği, idarece itiraz muayenesinin 07/04/2011 tarihinde yapılmasının planlandığı, itiraz muayenesi aşamasında davacı tarafından malzemedeki yazılımsal değişiklikler yapılarak itiraz koşullarının değiştirildiğinin tespit edildiği gerekçesiyle

itiraz muayenesinin yapılmadığı, davacı şirket tarafından uhdesinde kalan ihaleye ait taahhüdün sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.

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

Daire kararının özeti: Davacının temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesince, temyize konu karar hukuk ve usule uygun bulunmuş ve kararın onanmasına karar verilmiştir.

KARAR DÜZELTME TALEP EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, temyiz aşamasında ileri sürdüğü iddiaların değerlendirilmediği, adli yargıda davalı idareye karşı açılan alacak davasında alınan bilirkişi raporlarıyla sözleşmenin haksız sebeple feshedildiğinin tespit edildiği ileri sürülerek kararın düzeltilmesi istenilmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K3'İN DÜŞÜNCESİ : Karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemiz kararının kaldırılarak, İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi hükmüne uygun bulunduğundan, karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 25/12/2018 tarih ve E:2012/3939, K:2018/4394 sayılı kararı kaldırılarak uyuşmazlık yeniden incelendi:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Milli Savunma Bakanlığı tarafından 2007/77096 ihale kayıt

numarası ile ihale edilen "X1" ihalesine ilişkin olarak davacı ile davalı idare arasında sözleşme imzalandığı, bu sözleşmeye istinaden davacının WAIS sistemini 17/11/2008 tarihine kadar teslim etmesi gerektiği, davacının söz konusu sistemi önce kendi çabalarıyla milli olarak geliştirip üretmeyi planladığı, fakat sistemde uluslararası kuruluşlardan sertifika alma sürecinde yaşanan sıkıntılar nedeniyle davacı şirketin WAIS üreten yabancı firmaları araştırarak F2 firması tarafından üretilen cihazın sözleşmeye en uygun olduğu ve davalı idare tarafından sistemin ithal edilmesinin uygunluğu konusunda karar verilmesi amacıyla 07/12/2009 tarihinde davalı idareye başvuruda bulunulduğu, davalı idare tarafından 24/12/2009 tarihinde verilen cevapta davacıya 20 gün süre verilerek teslim süresi içerisinde taahhüdünü yerine getirmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceğinin belirtildiği, davacı tarafından 04/01/2010 tarihinde muayeneye hazır olduğunun bildirildiği, davacının 20/01/2010 tarihli yazısı ile, sistemin yurt dışından ithal edilmesi sırasında nakliye ve gümrük işlemleri için son kez 44 gün süre uzatımı talep ettiği, davalı idarece bu talebin uygun görüldüğü, davacının tekrar taahhüt ettiği sistemin muayeneye hazır hâle geldiğini belirterek muayenenin yapılmasını 16/02/2010 tarihli dilekçe ile talep ettiği, 10/03/2010 tarihli dilekçesi ile de teknik şartnamede muayene çeşitlerinden biri olarak belirlenen FAT (Fabrika Kabul Testi) muayenesi prosedürlerinin 2008 yılında onaylandığı, fakat sertifikasyon alınması gereken standartların değişmiş olduğu, bu nedenle projede değişiklikler yapılmasını ve dilekçe ekinde davalı idareye sunulan yeni dokümana göre FAT muayenesinin yapılmasını talep ettiği, davalı idarenin 04/06/2010 tarihinde verdiği cevapta, WAIS sisteminin performans ve işlevselliğine yönelik maddelerin kontrolünde onaylı FAT dokümanının esas alınmasının uygun olduğu ve muayene sırasında kontrol heyeti tarafından değerlendirileceği belirtilerek davacı şirketin talebinin uygun bulunmadığı, davacı şirket tarafından 16/02/2010 tarihli dilekçe ile muayene talep edilmiş olduğu hâlde, davalı idarenin muayene tarihi olarak 02/09/2010 tarihini belirlemiş

olduğu, idarece yapılan muayene sonucunda 8 adedi FAT doküman uyumsuzluğuna bağlı 34 adet hata sebebiyle ret kararı verildiği, idarece davacı şirkete muayenede belirtilen eksikliklerin giderilmesi ve ikinci kez muayeneye hazır duruma getirilmesi hususunun 21/09/2010 tarihli yazı ile bildirildiği, davacı şirket tarafından 18/10/2010 tarihli dilekçe ile, muayenede reddedilen hataların düzeltilmesi için daha önce gönderilen FAT dokümanları onaylanarak muayeneye hazır olacağının bildirildiği, 08/12/2010 tarihinde idare tarafından onaylı dokümana göre FAT muayenesinin yapılacağının bildirilmesi üzerine davacı şirket tarafından 30/12/2010 tarihli yazı ile ikinci muayenenin yapılmasının talep edildiği, 24-27/01/2010 tarihinde yapılan ikinci muayenede idarece ikinci kez ret kararı verildiği, davacı tarafından ikinci muayene sonucuna itiraz edildiği, idarece 22/03/2011 tarihinde itiraz muayenesine başlandığı, 07/04/2011 tarihindeki dönem içerisinde davacı tarafından malzemede yazılımsal değişiklikler yapılarak itiraz koşullarının değiştirildiğinin tespit edildiği gerekçesiyle itiraz muayenesinin yapılmadığı, bunun üzerine davacı şirketin taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinden bahisle sözleşmenin feshedildiği ve dava konusu işleme davacının 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklamasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davacının Ankara 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E:2014/335, K:2018/99 sayılı dosyası ile davalı idareye karşı haksız fesihe dayalı alacak davası açmış olduğu, Asliye Ticaret Mahkemesi'nce uyuşmazlığın çözümünün teknik incelemeyi gerektirmesi sebebiyle bilirkişi incelemesi yaptırılarak öncelikle elektrik/elektronik yüksek mühendisleri ve hukukçudan oluşan üç kişilik heyetten 23/01/2013 tarihli bilirkişi raporu alındığı, söz konusu raporda, muayene sırasında eksik olarak tespit edilen hususların sistemin çalışması ile doğrudan ilgili olduğu, davacı şirketin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmenin feshinin

haklı sebebe dayandığının belirtildiği, davacı şirketin 23/01/2013 tarihli bilirkişi raporuna itirazı üzerine, bu kez WAIS cihazının bulunduğu yerde incelenmek suretiyle öğretim üyelerinden oluşan heyetçe hazırlanan 09/04/2014 tarihli bilirkişi raporunda; davacının, davalıya milli olarak üretilen cihaza sertifika alınmasında yaşanan zorluklar nedeniyle bedelini kendisi karşılamak suretiyle ithal cihazı teslim etmeyi teklif ettiği, davalının da bu teklifi kabul ettiği, söz konusu cihazların FAT belgelerinin sözleşmede belirlenen belgelerden farklı düzenlenmesi gerektiğinin davacı tarafça davalıya bildirildiği, ancak davalının bu talebi kabul etmediği, değişen donanımlar nedeniyle FAT ve kullanıcı arayüzü belgelerinde ana işlevleri etkilemeyecek şekilde değişikliğe gidilmesinin zorunlu olduğu, cihazlar üzerinde yapılan test ve incelemelerde, cihazların WAIS sistemine ait işlevleri yerine getirebildiği, dosyada bulunan güncellenmiş FAT ve kullanıcı ara yüzü belgelerinin kullanılan cihazlarla uyumlu olduğu, davalının itiraz muayenesini cihazların işletim sistemlerine bağlı olarak yazılım güncellemesi yapılması nedeniyle reddetmesinin yerinde olmadığı, itiraz muayenesinin iptalini gerektirecek cihazdaki değişikliklerle ilgili başka bir bilgi ve belgenin bulunmadığı, davacının haksız fesih nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebileceği açıklamalarına yer verilmiştir.

Tarafların söz konusu rapora itirazı üzerine, Ankara 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce yeniden sözleşme konusu cihaz üzerinde inceleme yapılarak rapor düzenlenmesi için İstanbul 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne talimat yazıldığı, 2015/93 Talimat numaralı dosyada düzenlenen 06/07/2017 tarihli bilirkişi heyeti raporunda ise; sistemdeki ayıbın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde yer alan "eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı" nitelikte bir ayıp olmadığı, bu nedenle davalının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı, yapılan fesih bildirimiminin haklı olmadığı, sistemin yan noktalarındaki bazı ayıplar nedeniyle sözleşmede

kararlaştırılan bedelden %10 oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği tespitlerine yer verilmiştir.

İLGİLİ İHALE MEVZUATI

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (a) bendinde; 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 devamı hâlinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği kurala bağlanmış; 22. maddesinde de, 20. maddeye göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, yükleniciler hakkında 26. madde hükümlerine göre işlem yapılacağı belirtilmiş; 25. maddesinin (f) bendinde, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdün yerine getirilmemesi yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış; aynı Kanun'un ihalelere katılmaktan yasaklama başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrasında ise, 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 Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, katılma yasaklarının, 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 verileceği kurala bağlanmıştır.

İHALE HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Aktarılan mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden; 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 hâlinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemenin sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar arasında sayıldığı, bu fiil ya da davranışta buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği kuşkusuzdur.

Davacı tarafından adli yargıda açılan alacak davasında bilirkişi heyetince düzenlenen ve feshin haklı olduğu tespitine yer veren 23/01/2013 tarihli ilk bilirkişi raporunun teknik bir inceleme içermediği, 09/04/2014 ve 06/07/2017 tarihli bilirkişi raporlarının ise Mahkemece tarafların itirazları üzerine cihazlar üzerinde keşif yapılmak suretiyle tanzim edilen raporlar olduğu, söz konusu raporlarda, davalı idare tarafından haksız sebeple fesih bildiriminde bulunulduğunun belirtildiği görülmektedir.

Dosyada yer alan yazışmaların incelenmesinden, davacının, davalı idareye milli olarak üretilen cihaza sertifika alınmasında yaşanan zorluklar nedeniyle bedelini kendisi karşılamak suretiyle F2 firması tarafından üretilen ithal cihazı teslim etmeyi teklif ettiği, davalı idarenin de bu teklifi kabul ettiği, bunun üzerine davacı tarafından, söz konusu cihazların FAT belgelerinin de ithal edilecek cihazlara

göre uyarlanarak sözleşmede belirlenen belgelerden farklı düzenlenmesi gerektiğinin davalı idareye bildirildiği, ancak davalı idare tarafından WAIS sisteminin kontrolünde onaylı FAT dokümanının esas alınmasının uygun olduğu ve değişiklik talebinin muayene sırasında kontrol heyeti tarafından değerlendirileceği belirtilerek davacı şirketin talebinin uygun bulunmadığı, bilirkişi raporlarında da, değişen donanımlar nedeniyle FAT ve kullanıcı arayüzü belgelerinde ana işlevleri etkilemeyecek şekilde değişikliğe gidilmesinin zorunlu olduğu hususunun belirtildiği, sözleşme konusu cihazların ithaline izin veren davalı idarenin FAT belgelerinin de değişmesine izin vermesi gerektiği, öte yandan, yapılan iki ayrı muayene sonrasında davacı tarafından itiraz muayenesi talep edilmiş olduğu, davalı idarenin cihazların yazılımsal olarak değiştirildiği gerekçesiyle itiraz muayenesini gerçekleştirmediği, bilirkişi raporlarında da belirtildiği üzere cihazların işletim sistemlerine bağlı olarak yazılım güncellemesi yapılmasının, malın aynen korunmak suretiyle itiraz muayenesi yapılması şartına aykırılık teşkil etmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin sözleşme konusu cihazları ithal ederek muayeneye hazır olduğunu bildirdiği, itiraz muayenesinin idarece yapılmadığı, adli yargıda açılan alacak davasında dosyaya sunulan bilirkişi raporlarında sözleşmenin feshedilmesinin haksız olduğunun belirtildiği, bu itibarla, davacı şirketçe taahhüdün tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmemesi fiilinin işlenmediğinin sabit olduğu anlaşıldığından, davacının 1 yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

İHALE KARAR SONUCU

Açıklanan nedenlerle;

1.Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2.Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 16/07/2012 tarih ve E:2011/1207, K:2012/1145 sayılı kararının 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**,

3.Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, 05/11/2019tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihal

e