

İhale Sözleşme Tasarı
maddesinde işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin on binde 3'ü tutarında ceza kesileceğinin, aykırılığın 30 dan fazla olması halinde ise sözleşmenin feshedileceğinin öngörüldüğü aynı maddenin devamında ağır aykırılık halinin (İşe başlama tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde Teknik Şartnamede belirtilen sayıda ve nitelikte makine ve

ekipmanın şantiyede hazır bulunmaması) gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin feshedileceğinin öngörüldüğü Sözleşme Tasarı maddesinde ise yüklenicinin yapmış olduğu iş ile ilgili şartname veya eklerinde yazılı olan kurallardan bir veya birkaçına uymayarak işi aksatması halinde idarece tutanak düzenleneceği düzenlenen tutanakta belirtilen süre sonuna kadar aykırılık hali ortadan kaldırılmaz ise belirtilen süreden itibaren aykırılık ortadan kalkana kadar geçen

her takvim gününün özel aykırılık hali olarak kabul edileceği yükleniciye idari para cezası kesileceği aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin idarece feshedileceğinin öngörüldüğü bahse konu doküman düzenlemeleri bir arada değerlendirildiğinde söz konusu düzenlemelerin belirsizlik ve tereddüt doğurucu nitelikte olduğu Sözleşme Tasarı maddesinde yer alan ağır aykırılık halleriyle Sözleşme Tasarısı maddesinde yer alan özel

aykırılık hallerinin birbirini kapsar nitelikte olduğu Tip Sözleşme uyarınca ağır aykırılık hallerinin ihlali durumunda uygulanacak tek yaptırımın fesih yaptırımı olduğu dikkate alındığında bahse konu düzenlemelerin bu haliyle aynı fiiller için hem fesih yaptırımına hem de de para cezası yaptırımına sebebiyet verebileceği bu itibarla şikayete konu doküman düzenlemelerinin Tip Sözleşmeye ve ilgili notunda yer alan açıklamalara aykırılık teşkil ettiği hk 1

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekine ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve Sözleşmenin Feshi" başlıklı 16'ncı

maddesinde "16.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1.

16.1.2. 16.1.1'nci maddede belirtilen haller dışında kalan [bu kısımda özel aykırılık halleri ayrıca belirtilebilecektir] durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza uygulanacaktır. Ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır.

16.1.3. Kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçemez. Toplam ceza tutarının, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmesi durumunda, bu orana kadar uygulanacak cezanın yanı sıra 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilecektir." düzenlemesi,

Anılan Tip Sözleşme'nin 16.1.1'inci maddesine ilişkin 26 numaralı dipnotta ise "Bu maddede, aşağıdaki bentlerden işin niteliğine uygun olanı idare tarafından belirtilecektir.

...

(3) İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenecektir:

İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza kesilecektir.

Bu aykırılıkların [bu kısma 2'den az olmamak üzere asgari aykırılık sayısı yazılacaktır]'den fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Ancak [bu kısma ağır aykırılık halleri yazılacaktır] hallerinde, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir." açıklaması,

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

16.1.1. İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin Yüzde 0,03 tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların 30'dan fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir. Ancak İşe başlama tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde teknik şartnamede belirtilen sayıda ve nitelikte makine ve ekipmanın şantiyede hazır bulunmaması hallerinde, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir.

16.1.2. 16.1.1 nci maddede belirtilen haller dışında kalan Yüklenici yapmış olduğu iş ile ilgili, bu şartname veya eklerinde yazılı olan kurallardan bir veya birkaçına uymayarak işi aksatması halinde idarece tutanak düzenlenir. Düzenlenen tutanakta belirtilen süre sonuna kadar aykırılık halini ortadan kaldırmaz ise belirtilen süreden itibaren aykırılık

ortadan kalkana kadar geçen her takvim günü özel aykırılık halidir. durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin Yüzde 0,03 tutarında ceza uygulanacaktır. Ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır.

16.1.3. Kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçemez. Toplam ceza tutarının, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmesi durumunda, bu orana kadar uygulanacak cezanın yanı sıra 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilecektir.

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.

16.4. Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanununun 25 inci 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." düzenlemesi,

Teknik Şartname'nin tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde "İşe

Başlama Tarihi: Yüklenicinin idareden işe başlama talimatını aldığı; işyeri teslimi gereken işlerde ise, işyerinin yükleniciye teslim edildiğinde belirtilen tarihi” düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin “İşin süresi” başlıklı 4'üncü maddesinde “İşe başlama tarihi: sözleşme imzalanmasından itibaren; işi bitirme tarihi: 31/12/2021'dir.” düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin “Cezalar” başlıklı 17.5'inci maddesinde “İhale konusu iş özelliği gereği sürekli tekrar eden bir iştir.

Aykırılık halleri için ceza oranı; onbinde 3 (0,0003)'dür.

Sözleşmenin Feshedilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı 30 (otuz)'dur.

Ağır Aykırılık halleri; İşe başlama tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde teknik şartnamede belirtilen sayıda ve nitelikte makine ve ekipmanın şantiyede hazır bulunmaması halinde idare tarafından sözleşme feshedilecektir.

Özel aykırılık halleri;

Yüklenici yapmış olduğu iş ile ilgili, bu şartname ve eklerinde yazılı olan maddelerden bir veya bir kaçına uymayarak işi aksatması halinde idarece tutanak düzenledir. Düzenlenen tutanakta belirtilen süre sonuna kadar aykırılık halini ortadan kaldırmaz ise, belirtilen süreden itibaren aykırılık ortadan kalkana kadar geçen her takvim günü özel aykırılık halidir.

Özel aykırılık halleri için ceza oranı onbinde üç

(0,0003)'dür." düzenlemesi yer almaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Tip Sözleşmeler" başlıklı 5'inci maddesi uyarınca, idarelerce yapılacak sözleşmelerde Tip Sözleşme hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi'nin 16'ncı maddesinde cezaların ne şekilde düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre, söz konusu madde kapsamında yer alan 16.1.1'inci maddeye bağlı 26 numaralı dipnotun birinci fıkrasında kısmi kabul öngörülme, ikinci fıkrasında kısmi kabul öngörülen işlerde, işin süresinde ifa edilmemesi halinde kesilecek cezanın ne şekilde düzenleneceği, işin niteliği gereği gecikme cezasının kesilmesinin mümkün olmadığı hallerde ise uygulanacak diğer yaptırımlar belirtilmiştir. Aynı dipnota bağlı (3) numaralı fıkrada ise, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin %1'inden fazla olmamak üzere belirlenen oran tutarında ceza kesileceği düzenlemesine yer verileceği belirtildikten sonra, bu aykırılıkların -ikiden az olmamak üzere- kaç defa gerçekleşmesi halinde 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceğinin düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, sözleşmeye aykırılık teşkil eden hangi davranışların, ağır aykırılık hali oluşturduğunun belirtilmesine imkân tanınmış, bu ağır aykırılık hallerinin ortaya çıkması durumunda aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceği kurala bağlanmıştır.

Başvuruya konu işin "İş Makinesi ve Araç Kiralanması" ihalesi olduğu, işin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikte

işler olduğu anlaşılmıştır.

Söz konusu işe ait Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde yer verilen düzenleme incelendiğinde, 16.1.1'inci maddede Tip Sözleşme'nin aynı maddesinde yer verilen kurala göre 3 no'lu açıklamaya uygun şekilde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin on binde 3'ü tutarında ceza kesileceğinin düzenlendiği, maddenin devamında bu aykırılığın 30'dan fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğinin belirtildiği, maddenin devamında, ilgili dipnot metnindeki idarenin ağır aykırılık hallerini belirleyeceği düzenlemesi uyarınca idarece, "İşe başlama tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde teknik şartnamede belirtilen sayıda ve nitelikte makine ve ekipmanın şantiyede hazır bulunmaması" halinin ağır aykırılık hali olarak belirlendiği ve bu ağır aykırılık halleri bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğine dair düzenlemeye yer verildiği,

Sözleşme Tasarısı'nın devam eden 16.1.2'nci maddesi altında ise özel aykırılık hallerinin ve bu hallere ilişkin uygulanacak cezaların parasal oranlarının düzenlendiği, söz konusu maddede özel aykırılık halinin "Yüklenici yapmış olduğu iş ile ilgili, bu şartname veya eklerinde yazılı olan kurallardan bir veya birkaçına uymayarak işi aksatması halinde idarece tutanak düzenlenir. Düzenlenen tutanakta belirtilen süre sonuna kadar aykırılık halini ortadan kaldırmaz ise belirtilen süreden itibaren aykırılık ortadan kalkana kadar geçen her takvim günü özel aykırılık halidir." şeklinde düzenlendiği, bahse konu aykırılık hallerinin oluşması

durumunda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin on binde 3'ü tutarında ceza uygulanacağı, ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedileceği, sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacağını düzenlendiği görülmüştür.

Yapılan incelemede, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1'inci maddesinde işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin on binde 3'ü tutarında ceza kesileceğinin, aykırılığın 30'dan fazla olması halinde ise sözleşmenin feshedileceğinin öngörüldüğü, aynı maddenin devamında ağır aykırılık halinin (İşe başlama tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde Teknik Şartname'de belirtilen sayıda ve nitelikte makine ve ekipmanın şantiyede hazır bulunmaması) gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin feshedileceğinin öngörüldüğü, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde ise yüklenicinin yapmış olduğu iş ile ilgili, şartname veya eklerinde yazılı olan kurallardan bir veya birkaçına uymayarak işi aksatması halinde idarece tutanak düzenleneceği, düzenlenen tutanakta belirtilen süre sonuna kadar aykırılık hali ortadan kaldırılmaz ise belirtilen süreden itibaren aykırılık ortadan kalkana kadar geçen her takvim gününün özel aykırılık hali olarak kabul edileceği, yükleniciye idari para cezası kesileceği, aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin idarece feshedileceğinin öngörüldüğü, bahse konu doküman düzenlemeleri bir arada değerlendirildiğinde söz konusu düzenlemelerin belirsizlik ve tereddüt doğurucu nitelikte olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın

16.1.1'inci maddesinde yer alan ağır aykırılık halleriyle Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde yer alan özel aykırılık hallerinin birbirini kapsar nitelikte olduğu, Tip Sözleşme uyarınca ağır aykırılık hallerinin ihlali durumunda uygulanacak tek yaptırımın fesih yaptırımı olduğu dikkate alındığında, bahse konu düzenlemelerin bu haliyle aynı fiiller için hem fesih yaptırımına hem de de para cezası yaptırımına sebebiyet verebileceği, bu itibarla şikayete konu doküman düzenlemelerinin Tip Sözleşme'ye ve ilgili notunda yer alan açıklamalara aykırılık teşkil ettiği anlaşıldığından başvuru sahibinin söz konusu iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2021/029
Gündem No	: 39
Karar Tarihi	: 29.07.2021
Karar No	: 2021/UH.II-1424