

# idare tarafından ihale Tip Sözleşme Tasarısı dipnotunda yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20'nci 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,

...

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,

Aynı Kanun'un "Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler" başlıklı 22'nci maddesinde " ... 19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir." hükmü yer almaktadır.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin "Yüklenicinin Genel Sorumlulukları" başlıklı 6'ncı maddesinde "Yüklenici, işleri

gereken özen ve ihtimamı göstererek planlayacak, projelendirecek (sözleşmede öngörüldüğü şekilde), yürütecek, tamamlayacak ve işlerde olabilecek kusurları sözleşme hükümlerine uygun olarak giderecektir. Yüklenici, bu sorumluluklarının yerine getirilmesi için, ister kalıcı, ister geçici nitelikte olsun, gereken bütün denetim, muayene ve testleri yaptıracak ve işçilik, malzeme, tesis, ekipman vb. temin edecektir.

Yüklenici, işin görülmesi sırasında ilgili mevzuatın izin vermediği insan ve çevre sağlığına zarar verici nitelikte malzeme kullanamaz veya yöntem uygulayamaz. İlgili mevzuatın izin verdiği malzeme ve yöntemler ise, öngörülmüş tedbirler alınarak ve usulüne uygun şekilde kullanılabilir. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde yüklenici, idarenin ve üçüncü şahısların tüm zararlarını karşılamak zorundadır.

Yüklenici, bu Genel Şartnamede öngörülen yükümlülük ve yasakları ihlâl ederek idareye veya üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı bizzat sorumludur." hükmü yer almaktadır.

Tip Sözleşme Tasarısı'nın 26'nolu dipnotunun "Bu maddede, aşağıdaki bentlerden işin niteliğine uygun olanı idare tarafından belirtilecektir.

(1) Kısmi kabul öngörülmeleyen işlerde, madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenecektir:

Yüklenicinin işi süresinde bitirmemesi durumunda, 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 kesilecektir. Ancak gecikmeden kaynaklanan 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.

(2) Kısmi kabul öngörülen işlerde, madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenecektir:

Yüklenicinin işin kısmi kabule konu olan kısmını süresinde tamamlamaması durumunda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için süresinde tamamlanmayan kısmın bedelinin yüzde [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza kesilecektir. Ancak gecikmeden kaynaklanan 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.

(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." şeklinde düzenlendiği görülmüştür.

Sözleşme Tasarısı'nın "Sözleşmenin ekleri" başlıklı 8'inci maddesinde "8.1. İhale dokümanı, bu sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, İdareyi ve Yükleniciyi bağlar. Ancak,

sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki veya farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır.

8.2. İhale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması aşağıdaki gibidir:

- 1) Hizmet İşleri Genel Şartnamesi,
- 2) İdari Şartname,
- 3) Sözleşme Tasarısı,
- 4) Birim fiyat tarifleri (varsa),
- 5) Özel Teknik Şartname (varsa),
- 6) Teknik Şartname,
- 7) Açıklamalar (varsa),

8.3. Zeyilnameler ait oldukları dokümanın öncelik sırasına sahiptir." düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin "İşin süresi" başlıklı 9'uncu maddesinde "9.1. İşin süresi, işe başlama tarihinden itibaren 24 (yirmi dört) aydır

9.2. Bu sözleşmenin uygulanmasında sürelerin hesabı takvim günü esasına göre yapılmıştır." düzenlemesi,

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

16.1.1. Yüklenicinin işi süresinde bitirmemesi durumunda, en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin Yüzde 0,06 tutarında ceza

kesilecektir. Ancak gecikmeden kaynaklanan aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır.

16.1.2. 16.1.1 nci maddede belirtilen haller dışında kalan durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin Yüzde 0,06 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,*

Aynı Şartname'nin “idarenin sözleşmeyi fesh etmesi” başlıklı 26'ncı maddesinde “26.1.

*Aşağıda belirtilen hallerde İdare sözleşmeyi fesheder:*

- 1. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, sözleşmede 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 4735 sayılı Kanunun 25 inci maddesinde belirtilen yasak fiil ve 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.” düzenlemesi yer almaktadır.*

Başvuru sahibinin iddiasına yönelik olarak idarece her ne kadar işin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikte olmadığı yönünde cevap verilmiş ve bu nedenle Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinin Tip Sözleşme Tasarısı'nın 26'nolu dipnotunun 1 numaralı bendinde yer alan maktu ifade dikkate alınarak düzenlendiği görülmüş olsa da, söz konusu işin 24 ay süre ile Bursa İli ve İlçelerinde 76 ayrı noktada çalışan personeline yönelik olarak en az 76 üye aracılığıyla yemek ve kahvaltı hizmeti sunulması işi olduğu, bu nedenle işin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerden

olduğu, idare tarafından Tip Sözleşme Tasarısı'nın 26'nolu dipnotunun 3 numaralı bendinde yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği görölmüştür.

Bu itibarla yapılan değerlendirmede, dokümanda sözleşmenin hangi aykırılık durumunda ve belirtilen aykırılığın kaç kez gerçekleştiğinde sözleşmenin feshedileceğine yönelik düzenlemenin yapılmadığı, Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinin Tip Sözleşme Tasarısı'nın 26'nolu dipnotunun 3 numaralı bendinde yer alan ifadeye uygun olarak düzenlenmesi gerekirken anılan Tasarı'nın 26'numaralı dipnotunun 1'numaralı bendine göre düzenlendiği görölmüş olup, başvuru sahibinin söz konusu iddiası uygun bulunmuştur.

<b>Toplantı No</b>	: 2020/003
<b>Gündem No</b>	: 25
<b>Karar Tarihi</b>	: 23.01.2020
<b>Karar No</b>	: 2020/UH.I-143