

**ihalede yabancı üretici
firmanın ürün stoklarında
bulunmaması nedeniyle
yüklenici firmanın
ihalelerden yasaklanmasının
uygun olmadığı hk (Danıştay
K)**

**ihalede yabancı üretici
firmanın ürün stoklarında
bulunmaması nedeniyle
yüklenici firmanın
ihalelerden yasaklanması**

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2016/2918

Karar No:2021/768

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Bakanlığı – ANKARA

VEKİLİ : Hukuk Müşaviri Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Tıbbi Sistemleri Elektrik Elektronik İletişim

Sağlık Hizmetleri Danışmanlık Bilgisayar ve Sanayi Ticaret Limited Şirketi

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: TSK Sıhhiye İkmal ve Bakım Merkezi Komutanlığınca alımı yapılacak ... Askeri Hastanesi Baştabipliğine ait 1 (Bir) Adet ... Marka ... Model Bilgisayarlı Anestezi Cihazı Bakım, Onarım, Ayar, İşletme ve İdamesi Hizmet Alımı İhalesinde en avantajlı teklif sahibi olarak ihale üzerinde bırakılan davacı şirketin, taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinden bahisle tüm kamu ihalelerinden bir yıl süre ile yasaklanmasına ilişkin 24/11/2015 tarih ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda;

İhale sözleşmesinde sözleşme bitim tarihi itibarıyla cihazın faal olarak teslim edileceği belirtilmiş ise de, davacı şirketin sözleşme kapsamında söz konusu makinenin bakım ve tamirini yaptığı, bakım sonrasında yeniden arıza yapması nedeniyle yeniden yapılan bakım çalışmalarında bahse konu cihazın "... adlı yedek parçasının değişmesi gerektiğinin tespit edildiği, yedek cihazın piyasada olmaması üzerine üretici firmayla irtibata geçildiği, üretici firma ... tarafından; "... Anestezi Cihazının üretimi ve teknik servis desteğinin üretici firma 31/12/2013 tarihinden itibaren durdurulduğu, bu tarihten sonra ... cihazlarında meydana

gelebilecek ve parça gerektirecek arızaların giderilmesinin, ... Türkiye ve ... Almanya depolarında bulunan yedek parça stoklarıyla sınırlı olduğu, talep edilen yedek parçanın ise üretici firmada ve ... Türkiye stoklarında bulunmadığından teslimatının yapılmayacağı" 03/03/2015 tarihli yazı ile bildirildiği, davacı şirketin 08/04/2015 tarihli başvurusu ile söz konusu yazının davalı idareye bildirildiği ve bahsedilen durumun göz önünde bulundurulması bir çözüm yolu bulunmasının istenildiği, davacıya izafe edilebilecek davacıdan kaynaklı olarak sözleşmeye aykırılıktan söz edilemeyeceği, üretici firmadan kaynaklı olarak sözleşmenin yerine getirilemediği; bu durumda, davacının 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu somut olarak ortaya konulmadığı anlaşıldığından, davacı şirketin, 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca kamu ihalelerine katılmaktan 1(bir) yıl süre ile yasaklanmasına ilişkin dava konusu işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinde zikredilen mücbir sebep hâllerinden herhangi birinin vaki olmadığı, davacı şirketin yedek parça temin edememesinin öngörülemez veya önlenemez bir durum olmadığı, ihale konusu işin ihale dökümanına uygun şekilde yerine getirilebilmesi için gerekli tedbirleri almanın ve gerekli hazırlıkları yapmanın davacı şirketin sorumluluğunda olduğu, bu sorumluluğa uygun davranılmadığı, İdari Şartnamenin 47.20.1 ve 47.3.5 maddelerinde açıkça gösterilen yükümlülüklerin yerine getirilmediği, yedek parça üretiminin durması hâlinin mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunun 05/06/2015 tarihli yazı ile Kamu İhale Kurumu'ndan sorulduğu, Kurum'un 02/09/2015 tarihli cevabî yazısı ile söz konusu durumun mücbir sebep hâli sayılamayacağı yönünde mütalaa verildiği, İdari

Şartnamenin 16.1.1 maddesi uyarınca işin niteliği gereği giderilmesi mümkün olmayan aykırılık hâllerinde 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshi mümkün olduğundan herhangi bir ihtar yapılmaksızın sözleşmenin feshedildiği, arızanın şifahi olarak bildirilmesinin cihazı en seri şekilde faal duruma getirmek amacına yönelik olduğu, yüklenicinin duruma muttali olmasının sağlandığı, sözleşmenin bitiş tarihi olan 17/04/2015 tarihinde cihazın faal durumda tesliminin yüklenici şirket tarafından sağlanamadığı, İdari Şartnamenin 47.3.11.4 maddesi uyarınca yedek parça temin edilememesi durumunda uyumlu üst model yedek parça veya cihazın üretim yılı 12 yılı aşmış ise idarenin onayı ile yenilenmiş yedek parça kullanılabilceği, ancak, davacı şirket tarafından bu alternatiflerin idareye sunulmadığı, basiretli bir tacir gibi davranılmadığı, ... İlinin özel koşulları da göz önüne alındığında taahhüde aykırılığın hizmetlerde aksamaya ve mağduriyete sebep olduğu, netice itibarıyla tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'NİN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının gerekçeli onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

MADDİ OLAY :

TSK Sıhhiye İkmal ve Bakım Merkezi Komutanlığınca 07/03/2014 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen ihalenin 12.

Kalemi olan ... Askeri Hastanesi Baştabipliğine ait 1 (bir) Adet ... Marka ... Model Bilgisayarlı Anestezi Cihazı Bakım, Onarım, Ayar, İşletme ve İdamesi Hizmet Alımı İşi en avantajlı teklif sahibi olarak davacı şirketin uhdesinde bırakılmış, taahhüdün sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediğinden bahisle 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca davacı şirketin tüm kamu ihalelerinden bir yıl süre ile yasaklanmasına ilişkin 24/11/2015 tarih ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlem tesis edilmiş, anılan işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25. maddesinde, "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

(...)

(f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

(...)

"İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 26. maddesinde, "(Değişik fıkra: 30/07/2003 – 4964 S.K./47. md.) 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanununun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

(...)

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak

üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.(...) kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İhaleye ait İdari Şartnamenin 47.20.4 ve 47.3.5 maddeleri uyarınca, sözleşme süresince cihazın faal durumda tutulması için gerekli her tür bakım ve onarım yükümlülüğünün davacı şirkete ait olduğu, 10/04/2014 tarihli sözleşmenin 33.3 maddesi uyarınca yedek parça ihtiyacı olduğunda kullanılmamış orijinal yedek parça kullanılacağı, İdari Şartnamenin 47.3.11.4 maddesi uyarınca cihaza uyumlu yedek parça bulunmaması durumunda cihaza uyumlu üst model yedek parça kullanılabilceği, üst model yedek parça kullanılmaması hâlinde 12 yıl ve üzeri cihazlarda idarenin de onayı alınarak yüklenici garantisini altında yenilenmiş yedek parça da kullanılabilceği anlaşılmaktadır.

Davacı ile ihaleyi gerçekleştiren idare arasında imzalanan 10/04/2014 tarihli sözleşmenin "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinde, gecikmeden kaynaklanan aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceği, "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 26. maddesinde ise, 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 hâlinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabının gerek hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, ihale uhdesinde kalan ve idareyle

sözleşme imzalayan davacı tarafından, cihazın birinci periyodik bakımının 25/04/2014 tarihinde yapıldığı, cihazın 26/01/2015 tarihinde arızalanması üzerine telefonla durumun davacı şirkete bildirildiği, cihazın “...” adlı yedek parçasının değişmesi gerektiğinin tespit edildiği, yedek cihazın piyasada olmaması üzerine üretici firmayla irtibata geçildiği, üretici firma tarafından, “... Anestezi Cihazının üretimi ve teknik servis desteğinin üretici firma ... tarafından 31/12/2013 tarihinden itibaren durdurulduğu, bu tarihten sonra ... cihazlarında meydana gelebilecek ve parça gerektirecek arızaların giderilmesinin, ... Türkiye ve ... Almanya depolarında bulunan yedek parça stoklarıyla sınırlı olduğu, talep edilen yedek parça ise üretici firmada ve ... Türkiye stoklarında bulunmadığından, teslimatının yapılamayacağı” hususunun 03/03/2015 tarihli yazı ile bildirildiği, davacı şirketin 08/04/2015 tarihli yazısı ile söz konusu durumun davalı idareye bildirildiği, ancak, sonraki süreçte davalı idareye konuya ilişkin herhangi bir alternatif çözüm talep edilmeksizin ve herhangi bir ihtar yapılmaksızın 13/10/2015 tarihinde sözleşmenin feshedildiği ve davacı şirketin 4735 sayılı Kanun’un 26. maddesine göre bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Belirtilen hukuki duruma göre, 31/12/2013 tarihinde üretimi durdurulan ve o tarihte 14 yıllık üretim ömrü olan cihazın arıza durumunun giderilebilmesi için her ne kadar kullanılmamış orijinal yedek parça kullanım imkânı bulunmadığı anlaşılmakta ise de, İdari Şartnamenin 47.3.11.4 maddesinde arıza giderimi için terditli seçeneklerin de belirlendiği, buna göre kullanılmamış orijinal yedek parça temin edilemezse üst model yedek parça kullanılabileceği ve eğer bu da temin edilemezse üretim ömrü 12 yıl ve üzeri cihazlarda idarenin de onayı alınarak yüklenici garantisini altında yenilenmiş yedek parça kullanılması imkânının bulunduğu; buna göre, 10/04/2014 tarihli sözleşmenin 16. maddesinde belirtilen ve protesto yükümlülüğünü kaldıran “giderilmesi mümkün olmayan” aykırılık

hâlınden söz edilemeyeceği, eksiklik giderilebilir mahiyette olduğundan, sözleşmenin 26. maddesinin (a) fıkrası uyarınca davalı idarece en az on gün süre verilerek yüklenici şirketten alternatif çözümlerin talep edilmesine dair ihtarda bulunulmadığı ve doğrudan sözleşmenin feshedildiği görölmekte olup, řu hâlde davacı şirketin taahhütlerini sözleşme hükümlerine uygun alarak yerine getirmediğinden söz etme imkânı bulunmadığından, davacı şirketi hakkında tesis edilen bir yıl süre ile ihalelerden yasaklamaya ilişkin dava konusu işleminde hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

İHALE KARAR SONUCU

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalı idarenin temyiz isteminin reddine,
2. Dava konusu işlemin iptali 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. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
5. 2577 sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesi uyarınca, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 02/03/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

