

ihale Sözleşme Tasarısı maddelerinde öngörülen ceza oranlarınının Tip Sözleşme tasarısında öngörülen hadler içinde kaldığı tereddüde mahal vermeyen bu düzenlemelerin idareyi farklı uygulamalara sevk edebilirmi

İhaleye ilişkin Sözleşme Tasarısı'nın "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'ncı maddesi "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 Onbinde 1 tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların 50 'den fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir. Ancak Herhangi bir sağlık tesisinde herhangi bir sebeple teknik şartnameye göre bir öğün yemeğin sunulmaması. 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

– Çalışma süresince İdareden protokolle teslim alınan demirbaşların kaybedilmesi, hasar verilmesi, kırılması ve bu gibi nedenlerle geri verilememesi hallerinde, yüklenici aynı

özelliğindeki demirbaşı tedarik edecektir ve Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda, -Yüklenici kendisine teslim edilen iş yerlerini ve demirbaş malzemeleri üçüncü şahıslara kısmen veya tamamen devredemez ya da taksimatı değiştiremez. Aksi halde meydana gelecek zarar, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın takip eden ilk hak edişinden kesilecektir. Zararın 3 ncü şahıs tarafından yapılmış olması idarenin talep hakkını ortadan kaldırmaz. Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda, - İdarenin her türlü mal varlığı ile 3 üncü şahıslara karşı işçilerin verebilecekleri zararların bedeli yüklenicinin hak edişinden kesilecektir. Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Yemek saatinde aksama olması halinde, Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Yemek gramajlarına uymama, yemeklerde eksik malzeme kullanma hallerinde Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Yemek pişirilmesi esnasında kaliteye ve evsafa uyulmama, son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin kullanılması veya sunulması, yanmış, pişmemiş vs. durumların tespit edilmesi halinde, Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Mutfakta, yemekhanede, malzemelerde, gıda maddelerinde her türlü temizlik ve hijyenik kurallara uyulmaması,(Yemeğin içinden kıl, böcek vb. gibi hijyene uymayan yabancı maddelerin çıkması) Çalışan personelin kılık kıyafetinde Teknik Şartnamede belirtilen esaslara uyulmaması ve temizlik esaslarının yerine getirilmemesinin tespit edilmesi halinde, Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda, -Yemek öğünü numunelerinin 72 (yetmiş iki) saat süreyle muhafaza edilmemesinin ya da analize gönderilen yemek öğünü numunelerinin bozuk çıkmasının tespit edilmesi durumunda Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Her türlü temizliğe uyulmaması, Türk Standartlarına uygun temizlik malzemesi kullanılmaması, yeterli miktarda temizlik malzemesi kullanılmaması, temizlik ile ilgili yeterli ekipman kullanılmaması, zamanında temizlik yapılmaması ve buna benzer durumlarda, Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,- Teknik şartnamede belirtilen sayıdan az personel çalıştırıldığının tespit edilmesi ve çalışmayan personele

çalışmış gibi fatura kesildiğinin tespit edilmesi halinde Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Yüklenici Gıda zehirlenmelerine karşı her türlü önlemi almak ve bu konuda personele eğitim vermek zorundadır. Yemeklerden, gıda zehirlenmesi meydana gelmesi halinde yüklenici sorumlu olacak ve yemek numuneleri ile ilgili olarak yapılacak analiz giderleri, zehirlenen kişilerin hastane ve ilaç masraflarını karşılayacağı gibi, Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,-Yüklenici çalıştırdığı her bir personeli için bankada hesap açtıracak ve personelin hesap numaralarını İdareye verecektir. Yol parası maaş ile birlikte yatırılacaktır. Çalıştırdığı işçilerin maaşlarını ve yol paralarını işçilerin banka hesaplarına yatırdığına dair belge ile SGK Primlerinin yatırıldığına dair belgeyi sonraki ayın son hak edişinden önce İdareye verecektir. Bordroların doğru olarak düzenlenmesinden yüklenici doğrudan sorumludur. Bordrolar yüklenici veya vekili tarafından tasdik edilmiş olacaktır. Çalışanlardan biri veya birkaçının İdaremize yazılı olarak müracaat ederek maaşını almadığını, bordroda da isminin bulunmadığını iddia etmesi veya bu gibi durumları İdarenin tespit etmesi halinde Teknik Şartnamede belirtilen usul ve esaslar dahilinde gerekli tespitler yapılarak bu şahısların maaşları da aynı şekilde yüklenicinin hak edişinden kesilerek, İdare tarafından kendisine ödenecektir. Yüklenicinin çalıştırdığı işçilerin maaşlarını zamanında ödememesi halinde, İdare yüklenicinin hak edişinden keserek bordro karşılığı işçilerin banka hesaplarına ödeyecektir. Yüklenicinin maaşları ödememesi, eksik ödemesi, zamanında ödememesi veya işçilerin adına açtırdığı hesap numaralarını gösterir listenin İdareye verilmemesi hallerinde Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda, -Kontrol Teşkilatının ihale dokümanı ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, tutanakla tespit etmiş olduğu hizmetin yürütülmesine engel olacak her türlü eksik, kusur, yanlış vb. gibi durumlarda Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,- Yemek öğün çeşitlerinden herhangi birinin eksik verilmesinin tespit edilmesi durumunda sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda, -Teknik Şartnamede belirtilen yükümlülüklerin yerine

getirilmemesi, eksik getirilmesi, burada yazılmayan aykırılıklar veya bu şartnamede uyulması gereken diğer kurallara uyulmaması hallerinde, Sözleşme bedeli üzerinden belirtilen oranda,

durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin Onbinde 0,4 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.” şeklinde düzenlenmiştir.

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 ekine ait Tip Sözleşme'nin “Cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16'ncı maddesinde; “16.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

...

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 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.” düzenlemesi yer almaktadır.

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 yer almaktadır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi'nin 16'ncı maddesinde cezai şartın 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 Kanunun 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceği kurala bağlanmıştır. Anılan Tip Sözleşme'nin 16.1.2'nci maddesinde ise, 16.1.1'inci maddesinde yer verilen sözleşmeye aykırılık oluşturan haller dışında, idarece ayrı bir aykırılık halinin öngörülmesi halinde bu aykırılığın bu maddede belirtilebileceği düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında belirtilen aykırılıklara uygulanacak yaptırım için aykırılığın bir defa gerçekleşmesi yeterli olup, belli bir aykırılık eşiği belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. 16.1.2'nci madde kapsamında düzenlenen aykırılık hallerine ilişkin, en az 10 günlük ihtar çekildikten sonra aykırılığın devam ettiği süre boyunca sözleşme bedelinin % 1'inden fazla olmamak üzere belirlenen oranda ceza kesilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Başvuru konusu ihaleye ilişkin Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde, özel sözleşmeye aykırılık halleri sayılmış ve bu hallerden herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak, gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin Onbinde 0,4 oranında ceza uygulanacağı ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde ise 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede

öngörülen “onbinde 0,4” oranı, Tip Sözleşmede öngörülen %1’i aşmama yönündeki kurala uygun olarak belirlenmiştir. Ayrıca, Tip Sözleşmede özel aykırılık hallerine yönelik olarak, sözleşmenin feshi için aykırılık sayısı belirlenmemesi nedeniyle, incelenen ihaleye ilişkin Sözleşme Tasarısı’nda bu yönde bir belirleme yapılmamasında mevzuata aykırılık bulunmamıştır. Diğer taraftan ceza oranlarının yüksek olduğu yönündeki iddiaya ilişkin olarak ise, incelenen Sözleşme Tasarısı’nın 16.1.1 ve 16.1.2’inci maddelerinde öngörülen ceza oranlarının Tip Sözleşme tasarısında öngörülen hadler içinde kaldığı görülmüştür. Ayrıca, tereddüde mahal vermeyen bu düzenlemelerin, idareyi farklı uygulamalara sevk edecek nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Belirtilen nedenlerle başvuru sahibinin iddiası yerine bulunmamıştır.

Toplantı No : 2020/003

Gündem No : 12

Karar Tarihi : 23.01.2020

Karar No : 2020/UH.I-132