

Sözleşme konusu malın, hangi sürelerde getirilmesi gerektiği ve gecikme cezasının uygulanması

Konu : Sözleşme konusu malın, hangi sürelerde getirilmesi gerektiği ve gecikme cezasının uygulanması ile ilgili mahkeme kararı

Karar Veren Mahkeme: Sayıştay Temyiz Kurulu

Karar Tarihi : 18.10.2011

Karar Sayısı : Tutanak No : 33818

Olay Özeti Karar ve Sonuç :

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden ve duruşma talebinde bulunan ... ile Sayıştay Savcılığının sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüldü:

801 sayılı ilamın 1'inci maddesinde, Açık ihale usulü ile gerçekleştirilen M... Ltd. Şti. yüklenimindeki "...124.000 çift alımı" kapsamında yapılan 3 üncü iş kalemi 2 nci taksit ödemesinde, Yüklenicinin teslimatı zamanında yapmamasından dolayı kesilmesi gereken gecikme cezasına esas gün sayısının hesabında Yükleniciye çekilen ihtarnamenin tebliğ tarihinin başlangıç alınması sonucu gecikme cezasının eksik tahakkuk ettirilip kesilmesi ve bu şekilde yükleniciye eksik gecikme cezası tutarı kadar fazla ödemede bulunulması nedeniyle toplam 4.384,64 YTL.'ye tazmin hükmolunmuştur.

Dilekçi dilekçesinde,

a. Bahse konu ceza uygulamalarının, 4734 sayılı Kanunda yer almadığını, Ayrıca İhale Yönetmelikleri eki olan tip idari

şartname ve sözleşme metinlerindeki bu doğrultudaki hükümlerin de açık ve anlaşılır olmadığı gibi sözleşme metni ve tip idari şartnamedeki hükümlerde farklılıklar olduğunu, Şöyle ki; EK-A'da yer alan söz konusu dönemde uygulanan matbu sözleşmenin 17'nci maddesinde "İdare tarafından sözleşmenin 13'inci maddesinde belirtilen süre uzatımından ve sözleşme kapsamından yaptırılacak iş artışlarından kaynaklanan haller hariç, iş zamanında bitirilmediği / mal teslim edilmediği takdirde geçen her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden ... oranında gecikme cezası kesilecektir." hükmü yer aldığını, EK-B'de yer alan yine söz konusu dönemde uygulanan matbu tip idari şartnamenin 52'nci maddesinde ise "Yüklenici sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmediği / işi bitirmediği takdirde idarece ... süreli gecikme ihtarını verilecek olup gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin ... oranında gecikme cezası uygulanır ve bu gecikme ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşmesi feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." Denildiğini,

Yukarıda aynı ihale işlem dosyası içinde yer alan aynı konudaki iki madde farklı yorumlara neden olabildiğini, Tip İdari Şartnamede yer alan hükme göre, ihtarname çekildikten sonra ceza kesileceği sonucuna varılabildiğini, sözleşmede yer alan hükme göre ise işin sözleşmedeki son teslim tarihi önem kazandığını, Ayrıca; ... Bakanlığı'nın bu kapsamdaki EK-C'de fotokopisi yer alan emrinin 2'nci maddesinin son paragrafında "*Bu nedenle sözleşmede öngörülen son teslim tarihinden Tip İdari Şartnamenin 24'üncü maddesi gereğince çekilen ihtarnamenin müteahhide tebliğ edileceği tarihe kadar geçecek süre için ceza uygulanması mümkün bulunmamaktadır.*" denildiğini,

b. Her ne kadar ilamda, şartname ve sözleşmede KİK tarafından düzenlenen bir hususun "*Diğer hususlar*" bölümüne yazılamayacağı ifade edilse de yukarıda belirtildiği üzere tip

idari şartname ile sözleşmede yer alan ceza uygulamaları hususundaki yazılı hükümler farklı anlaşıldığını, Yasada yer almayan bu çelişkili durumun ortadan kaldırılması amacıyla Bakanlığın müteakip fıkralarda belirtilen emirleri doğrultusunda ihale dokümanlarında yer alan Tip İdari Şartnamenin 57.5 ve 57.6'ncı maddelerine "*Gecikme halinde uygulanacak ceza; İdarece verilecek ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacak ve teslimatın yapıldığı/işe başlandığı tarihe kadar hesap edilecektir.*" Hükümü eklendiğini, Ayrıca aynı Sayıştay Dairesinden (...ncı Daire) aynı mali işlem ile ilgili iki ayrı yıl için (2006 ve 2007), farklı gerekçelerle ilam çıkarıldığını, Ayrıca yönetmelik ekindeki matbu tip idari şartname ve taslak sözleşmedeki ceza ile ilgili hükümler KİK tarafından birkaç kez de değiştirildiğini, 2006 yılına ait evraklarda Sayıştay denetçilerince idare tarafından "*Diğer hususlar*" da bu hükmün olmadığı gerekçe gösterilerek ilam çıkarılmasına rağmen, 2007 yılına ait olanda ise böyle bir hüküm olsa bile ceza düzenlemesinin KİK'in matbu evraklarında yer alması nedeniyle kabul edilmesinin mümkün olamayacağı belirtildiğini,

c.İhaleyi yapan İdare tarafından; 4734 sayılı Kanunun uygulanmaya başladığı 2002 yılı ile 2005 yılı arasında sözleşme ve tip idari şartname hükümlerine göre gecikme halinde ceza, ilama hükmeden Kurul ve Sayıştay Denetçisinin yorumu paralelinde malın son teslim tarihinin ertesi gününden itibaren kesilmekte olduğunu, Bu hususun söz konusu dönemde geç getirme nedeniyle alacağından ceza kesilen bir yüklenicinin vermiş olduğu EK-E'de fotokopisi yer alan dilekçelerden anlaşıldığını, Söz konusu dilekçelerde yüklenici İhaleyi yapan İdarece geç teslim ettiği mal ile ilgili olarak son teslim tarihinin ertesi gününden itibaren, malın teslim tarihine kadar olan süre için kesilen cezayı fazla bulmakta ve bu hususta dava açacağını belirttiğini, Yükleniciye EK-F'de fotokopisi yer alan yazılar ile kesilen cezanın sözleşme hükümlerine uygun olduğu bildirilmiş ve aynı zamanda Bakanlığa

da bilgi verildiğini, Bu yazıya istinaden ...Bakanlığı'nca EK-G'de yer alan emirle ihtarnamenin yükleniciye tebliğ edilmediği dönem için ceza uygulamasının mümkün olmayacağını bildirildiğini,

ç. İhaleyi yapan diğer idarelerce de yaşanan sıkıntılar ile ilgili soruları (EK-L) görüşe istinaden de, ...Bakanlığı'nca 28 Ağustos 2006 tarihli fotokopisi EK-M'de yer alan emir gönderildiğini, Bu emirde özetle; Mevcut sözleşmelerde “... gecikme halinde uygulanacak ceza idarece verilecek ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacaktır.” hükmü ile “...teslim süresi sonundan ihtarnamenin tebliğ gününe kadar geçen süreden mal teslim alınmayacak ve bu süre için gecikme cezası uygulanmayacaktır...” hükümlerinin aynen uygulanacağı, bu hüküm yazılmayan sözleşmeler ile bundan sonra düzenlenecek sözleşmeler için ihale dokümanlarında Tip İdari Şartnameye EK-M emrin ekinde yer alan metnin ilave edilmesi ve uygulamanın bu doğrultuda yürütülmesinin emredildiğini, EK-M'deki emrin MSB İstanbul Tedarik Bölge Başkanlığınca alındığı 31 Ağustos 2006 tarihinden önce olan söz konusu ilama konu ceza uygulamalarının; Milli Savunma Bakanlığı'nın EK-M emrinde yer alan “Mevcut sözleşmelerde “... gecikme halinde uygulanacak ceza; idarece verilecek ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacaktır...” hükmü ile “... teslim süresi sonundan, ihtarnamenin tebliğ gününe kadar geçen sürede mal teslim alınmayacak ve bu süre için gecikme cezası uygulanmayacaktır...” hükümleri aynen uygulanacaktır” emri doğrultusunda yapıldığını,

6. Bu kapsamdaki ilama konu olan ve tarafıma kamu zararı olarak hükmolunan hususlar, 5'inci maddedeki hüküm kapsamında olduğu sözleşme tarihleri veya ihale dokümanı hazırlama tarihleri de belirtilmek suretiyle tek tek aşağıya çıkarıldığını; İlamın 1-19 uncu maddelerinde; bahse konu işlere ilişkin sözleşme eki İdari Şartnamelerin 57.6'ncı maddesinde yer alan “Gecikme halinde uygulanacak ceza; idarece

verilen ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacak ve teslimatın yapıldığı / işe başlandığı tarihe kadar hesap edilecektir.” hükmü ve Bakanlığın EK-M'deki emrine istinaden yapıldığını,

İlamın 20'nci sırasında “... Adet Alımı” işine ait sözleşme 25.08.2006 tarihinde yapıldığını, Ceza uygulaması, EK-AF'de 57.6'ncı maddesinde yer alan “Gecikme halinde uygulanacak ceza; idarece verilen ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacak ve teslimatın yapıldığı / işe başlandığı tarihe kadar hesap edilecektir.” hükmü ve Bakanlığın EK-M'deki emrine istinaden yapıldığını, Ayrıca söz konusu ödeme evraklarında EK-AG'de fotokopisi yer alan muayene muhtırasının arkasında yer alan faaliyet dökümünde malın yüklenici tarafından 27.10.2006 tarihinde teslim edildiğinin yer aldığını, Bu husus ödeme evrakına sehven eklenmediği için Sayıştay denetçilerince görülmemiş olan EK-AĞ'de yer alan muayene muhtıralarından görüldüğünü, Söz konusu muayene muhtıraların asılları mevcut olup talep edildiği takdirde gönderilebileceğini, Bu muayene muhtıraları ile beraber ödeme evrakında yer alan ihtarlı süre için tanzim edilen muayene muhtırası incelendiğinde;

Malın teslim tarihi: 27.10.2006

Muayene Karar Tarihi (Red): 13.11.2006

Reddin Tebliğ Tarihi: 04.12.2006

İtiraz Muayenesi Karar Tarihi: 13.12.2006

İtiraz Kararı Tebliğ Tarihi: 15.12.2006

İhtar Tebliğ Tarihi: 26.12.2006

İhtarlı sürede getirme tarihi: 24.01.2007 olarak görüldüğünü, EK-(AF, AĞ)'deki evraklardan anlaşılacağı üzere yüklenici malı son teslim etmesi gereken 27.10.2006 tarihinde getirmiş, ancak mal ilk ve itiraz muayeneleri sonucunda kabul edilmeyince,

ihtarlı sürede bir kez daha getirdiğini, Bu nedenle Sayıştay denetçilerinin hesaplamalarına göre, 88 gün yerine, 15.12.2006-24.01.2007 tarihleri arası için 40 günlük ceza hesaplanması gerektiğini, Bu da ilave olarak $40-29=11*137,60=1.513,60$ TL yaptığını, İlave cezanın, 8.118,40 TL yerine 1.513,60 TL olarak hesap edilmesi gerektiğini,

İlamın 21-27 'nci ; yine bahse konu işlere ilişkin sözleşme eki İdari Şartnamelerin 57.6'ncı maddesinde yer alan "Gecikme halinde uygulanacak ceza; idarece verilen ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacak ve teslimatın yapıldığı / işe başlandığı tarihe kadar hesap edilecektir." hükmü ve Bakanlığın, EK-M'deki emrine istinaden yapıldığını,

7. 5018 Sayılı Kanunun 71'inci maddesinde, "Kamu Zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksiltmeye neden olunmasıdır." şeklinde kamu zararı tarif edildiğini, Ayrıca Sayıştay Genel Kurulunun 14.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı Kararında da bu hususa yer verildiğini, Bu kararda özellikle; 5018 sayılı Kanundan önceki mevzuatta mali sorumluluk için yegane şartın, mevzuata aykırılık olup buna ilaveten zarar, kusur gibi başkaca bir şartın öngörülmediği, sorumlulukta sadece mevzuata aykırılığın yeterli sayıldığı eski sistemin 5018 sayılı Kanunla değiştirildiği belirtilerek Kamu zararı oluşabilmesi için aşağıdaki üç şart sıralandığını,

a. Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem, eylem bulunmalıdır.

b. Ortada kamu zararı olmalıdır.

c. Mevzuata aykırı karar, işlem ve eylemde zarar arasında bir illiyet olmalıdır, denildiğini, Ayrıca yeni sorumluluk sisteminde objektif (kusursuz) sorumluluk anlayışından vazgeçildiğinin de vurgulandığını,

8. 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sınının 137'nci maddesinde "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz." hükmü yer aldığını, Ayrıca 211 Sayılı TSK İç Hizmet Kanununun 14'üncü maddesinde; "Ast; amir üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlere mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur." hükmü yer aldığını, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun "Silahlı Kuvvetlerde Çalışan Sivil Personel" başlıklı 115'inci maddesinde; "Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun 14'üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar." hükmü mevcut olduğunu,

9. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda; ilama konu olan mali işlemde, Kamu zararının tanımında yer alan kasıt, kusur veya ihmal unsuru oluşmadığını, Yaptığı işlem Kanunlarda açık ve anlaşılır biçimde yer almayan ve ceza kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir hususta bağlı bulunduğu Milli Savunma Bakanlığının emirlerini yerine getirdiğini, Ayrıca bu husustaki çekinceler de yukarıda açıklandığı üzere birkaç kez yazı ile ..Bakanlığına bildirilmiş olmasına rağmen, uygulamanın verilen emirler doğrultusunda yürütülmesi hususunda emirler verildiğini, sonuç olarak;

Anayasanın 137'inci maddesi, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun "Silahlı Kuvvetlerde Çalışan Sivil Personel" başlıklı 115'inci maddesi ve 5018 Sayılı Kanunun 71 'inci maddesine istinaden yapmış olduğu Gerçekleştirme görevini bu maddelerin içerisinde yer aldığı şekilde yerine getirdiğini, Bu miktarın bugün itibarıyla tarafından tahsil edilmemesi halinde karşılmasının mümkün olmayacağını,

... Bakanlığın emirlerini yerine getirmiş olması; Tip İdari Şartnamelerin "Gecikme Halinde Uygulanacak Ceza" maddesinde yer alan hükmün dikkate alınması gerektiği; kamu zararı oluşması için gerekli şartlardan birisi olan herhangi bir kasıt, kusur ve ihmalinin olmaması; söz konusu mali işlemin kamu görevini yerine getirirken tabii olduğu Kanun ve Anayasa'nın ilgili maddesi gereği yapılması zorunluluğu hususlarının göz önünde bulundurularak tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmektedir.

Sayıştay Savcılığı tazmin hükmünün kaldırılması için gönderilen temyiz dilekçesi incelenmiş olup, ileri sürülen nedenler yerinde görülmemiştir. Çünkü: Gecikme cezası ile ilgili hükümler sözleşmenin 17 nci maddesi ile Tip İdari Şartnamenin 52 nci maddesidir. Yüklenici ile yapılan sözleşmenin 17 nci maddesi;"... iş zamanında bitirilmediği/mal teslim edilmediği ..." hükmü yer almaktadır. Zamanında teslim/bitirme'nin anlamı sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar işin bitirilmesi veya mal teslimatının yapılması demektir. Tip İdari Şartnamenin 52 nci maddesinde geçen "gecikme ihtarını" ibaresi bir uyarı niteliğinde olup geçen sürenin cezalı olduğunu ve günlük ceza oranını yükleniciye bildirmektedir. Zaten yüklenici sözleşmenin bittiği tarihi ve bitim tarihinden itibaren de cezalı duruma düştüğünü bilmektedir. Bu bakımdan idarece eksik ceza kesilmiştir. Savunmaya dayanak yapılan idari şartnamenin 57 nci maddesi "Diğer hususlar" ı düzenleyen maddedir. Bu madde "sözleşme" ve "şartname" ile düzenlenmiş hususlar içindir. Eğer sözleşme veya şartname ile düzenlenmiş

olan bir hususla ilgili olarak "diğer hususlar"da bir düzenleme yapılmış olsa dahi dikkate alınmaz. Çünkü asıl olan "sözleşme" ve "şartname" hükümleridir." Şeklinde görüş belirtmektedir.

Dilekçi tarafından uygulamanın ..Bakanlığı'nın emir yazıları doğrultusunda yapıldığı belirtilmekte ise de söz konusu yazı ile kurumun idari işleyişi ile ilgili bir yazı olup, 5189 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararı'nda da belirtildiği üzere her biri farklı bir sözleşmeye dayanan ödemelerde; fazla ödemenin dayanağı olan ödemeyi yapan harcama yetkilileri ve gerçekleştirme görevlilerinin harcamaların bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygunluğundan, birlikte sorumlulukları söz konusudur. Bu nedenle dilekçilerin sorumlulukla ilgili iddialarının REDDİNE karar verildikten sonra konunun esasına geçildi.

Rapor dosyası ve ekli belgelerin incelenmesinde, İdarenin bahsedilen firma ile imzalamış olduğu Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşmenin 11.4 ncü maddesinde teslimat programı belirtilmiştir ve "yüklenicinin kendisine veya tebligat için gösterdiği adrese yapılacak işe başlama talimatının tebliğinden itibaren aşağıda belirtilen teslim programına uygun olarak teslim edilecektir." Denilmiş ve buna ilişkin çizelge eklenmiştir."Gecikme Cezası" başlıklı 17 nci maddesinde aynen; "17.1. İdare tarafından sözleşmenin 18 nci maddesinde belirtilen süre uzatımından ve sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışlarından kaynaklanan haller hariç, iş zamanında bitirilmediği/mal teslim edilmediği takdirde geçen her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden 0,0002 (onbindeiki) oranında gecikme cezası kesilecektir. Kesilecek toplam ceza tutarı hiçbir şekilde ihale bedelini aşamaz. 17.2. Gecikme cezası yükleniciye ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın ödemelerden kesilir. Bu cezanın ödemelerden karşılanmaması halinde yükleniciden ayrıca tahsil edilir. 17.3. Bu gecikme ihtarının yükleniciye tebliğinden itibaren 30 (Otuz) günü

geçtiği takdirde idare sözleşmeyi feshedecektir. 17.4. İşin süresi içerisinde teslim edilen malların idareye teslim tarihinden itibaren muayene ve kabulünde geçen süreler işin süresinden sayılmaz. İşin süresi içerisinde uygun çıkmayan mallar yerine sadece bir defaya mahsus olmak üzere yeniden getirilen malların muayenesi yapılır.” denilmektedir.

İhale öncesinde idare tarafından düzenlenen “Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname” nin “Gecikme Halinde Alınacak Cezalar” başlıklı 52 nci maddesinde; “Yüklenici sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmediği/işi bitirmediği takdirde idarece 30 gün süreli gecikme ihtarını verilecek olup gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin 0,0002 (onbinde iki)’si oranında gecikme cezası uygulanır ve bu gecikme ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir” Denilmektedir. Aynı şartnamenin “Diğer Hususlar” başlıklı 57 nci maddesinin 6 ncı bendinde ise; “Gecikme halinde uygulanacak ceza; idarece verilecek ihtarlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacak ve teslimatın yapıldığı/işe başlandığı tarihe kadar hesap edilecektir.” denilmektedir.

Konu ile ilgili mevzuatın incelenmesinde; 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde “ihale dokümanı” nın tanımı yapılmıştır. Buna göre, ihale dokümanı, “İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içiren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri” ifade eder. Denilmektedir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İlkeler” başlıklı 4. maddesinde; Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

.....

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur."Denilmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin bu Kanuna göre gerçekleştirecekleri mal alım ihalelerinde uygulayacakları esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılan 11.09.2003 tarihli ve 25226 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin "İhale ve ön yeterlik dokümanına hazırlanması" başlıklı 14. maddesinde, İdarelerin, ihtiyaç duydukları mal alımının ihale edilebilmesi için gerekli dokümanı, Kamu ihale Kurumu tarafından çıkarılmış standart ihale dokümanını esas alarak hazırlayacakları belirtildikten sonra, esas alınması gereken ihale dokümanı arasında "Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname" de zikredilmiştir.

Söz konusu "Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği" nin "İdari Şartnameler" başlıklı 15 inci maddesinde de; "İdareler, mal alımında hangi ihale usulünü uygulayacaklar ise, o usule göre bu Yönetmelik ekinde yer alan Tip İdari Şartname'yi esas alarak idari şartnamesini hazırlar. Tip İdari Şartnamelerde doldurulmak üzere boş bırakılan ve dipnota alınan hususlar, işin özelliği ve ihale usulüne göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve diğer mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla idarelerce düzenlenir.

Ayrıca, idareler Tip idari Şartname'lerde düzenlenmeyen ve işin özelliğine göre düzenlenmesine gerek duyulan hususları da ihale konusu malın özelliklerini dikkate alarak, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ilgili mevzuatın emredici hükümleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer düzenleyici işlemlere aykırı olmamak koşuluyla, maddeler halinde düzenleme yaparak Tip İdari

Şartname'lerde yer alan "Diğer Hususlar" bölümüne ekleyebilirler." denilmektedir.

Yine ihale dokümanının bir parçası olan 'sözleşme' ile ilgili olarak; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Tip Sözleşmeler başlıklı 5 inci maddesinde; "Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. (Ek cümle: 30.07.2003 – 4964 S.K./42. md.) Mal ve hizmet alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutata olan sözleşmeler kullanılabilir." denilmektedir.

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Sözleşme" başlıklı 18 inci maddesinde; "İdareler ihale dokümanı kapsamında yer alan sözleşme tasarisının hazırlanmasında bu Yönetmeliğin ekinde yer alan "Mal Alımları Tip Sözleşmesi'ni esas alır. Tip sözleşmede doldurulmak üzere boş bırakılan ve dipnota alınan hususlar, işin özelliğine ve uygulanacak sözleşme türüne (götürü bedel/birim fiyat) göre 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile diğer mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla idarelerce düzenlenir. Ayrıca, Tip Sözleşme'de hüküm bulunmayan hallerde idarece hazırlanacak sözleşme tasarisında, tip sözleşmeye, emredici hukuk kurallarına ve ihale dokümanına aykırı olmamak şartı ile "Diğer Hususlar" bölümünde maddeler halinde düzenlemeler yapılabilir. Mal alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutata olan sözleşmeler kullanılabilir." denilmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre gecikme cezası kesilmesi uygulaması Tip İdari Şartnamenin 52 nci ve Tip Sözleşmenin 17 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde idarenin, boşluk bırakılan (süre ve orana ilişkin) kısımları

dipnotları dikkate alarak doldurması gerekmektedir. İdarelerin düzenleme yetkileri dipnotların dikkate alınarak bu boşlukların doldurulması ile sınırlıdır. Bu uygulamanın haricinde, idarenin gecikme cezasının uygulanmasına yönelik bir düzenleme yapması kanunen mümkün değildir. İdareler Tip İdari Şartname veya Sözleşmede düzenlenmeyen bir hususu düzenlemek isterler ise, sair mevzuata aykırı olmadan "Diğer Hususlar" bölümünde belirtebilirler. Gecikme cezası düzenlenmiş bir bölüm olduğundan idareler, özellikle diğer hususlar bölümünde olsa dahi gecikme cezasının uygulamasına yönelik olarak, idari şartnamenin 52 ve tip sözleşmenin 17 nci maddesine aykırı bir düzenleme yapamazlar.

17 nci madde ve 52 nci maddede açıkça gecikilen her takvim günü için cezanın kesileceği belirtilmiştir. İdari Şartname'nin Diğer Hususlar'ın düzenlendiği 57 nci maddesinde ise cezanın ihtarın yükleniciye tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Gecikme cezası da buna göre hesaplanmıştır. Halbuki, gecikme ihtarın yükleniciye tebliğ edildiği tarihten değil, sözleşmenin 17 ve idari şartnamenin 52 nci maddesinde belirtilen teslim süresinin sona erdiği günden sonraki takvim gününden itibaren başlamaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinde gecikme cezası, yüklenicinin sözleşme gereği üstlendiği edimini sözleşme ve şartname hükümlerine göre taahhüt ettiği tarihte yerine getirememesine uygulanan bir müeyyide olduğundan, sözleşme gereği taahhüt konusu ettiği edimini yerine getirmesi gereken en son tarihten itibaren yani sözleşme süresinin bitiminden itibaren gecikme cezası uygulanması gerekmektedir. İdarenin yükleniciye ihtarında bulunması sözleşme sürecinin işleyişiyle ilgili, yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmemeye devam etmesi durumunda, sözleşmenin feshedileceğini bildirmek amacıyla çekilir. Zaten yüklenici tarafından, teslim tarihinin bilinmemesi söz konusu değildir. Bütün bu nedenlerle dilekçi iddialarının reddi ile 801 sayılı ilamın 1'inci maddesiyle toplam ... YTL.'ye tazmin hükmünün TASDİKİNE, karar verilmiştir.