

**Sözleşme Tasarısının "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinde yüklenici tarafından işin süresinde bitirilmemesi durumunda idarece kesilecek ceza miktarının belirlendiği, ancak işin tekrar eden kısımlarında bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir belirleme yapılmamasının hizmet alımlarına ait tip sözleşmenin 26'ncı dipnotunda**

yer verilen açıklamalara aykırılık teşkil edeceği açık olup, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve diğer mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olduğu görülmektedir. Davalı tarafından, Sözleşme Tasarısınının 16'ncı maddesinde idare tarafından sözleşmenin feshedilebilmesi için gerekli aykırılık sayısına ilişkin düzenleme yapılmadığı, bu durumun işin sözleşmeye uygun olarak yürütülmesine bir engel oluşturmayacağı, ayrıca bu hususun sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin

**olduğu ve teklif vermeye engel teşkil etmediği, isteklinin birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmediği, rekabet eşitlik ve güvenirlilik gibi ilkelere herhangi bir aykırılık teşkil etmediği, dava konusu işlemin hukuka ve mevzuata uygun olduğu belirtilmiş ise de, ihale dokümanının bir parçası olan sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususların tespit edilmesi halinde, anılan aykırılıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlem tesis edilmesi**

gerekmekte olup, aksi kabulün dokümana itiraz hakkının işlevsizleştirilmesine sebep olacağı sonucuna varılmaktadır.4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5'inci maddesi ve Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmeye uygun hazırlanmayan tip sözleşmeye yönelik itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu Kararında hukuki isabet görülmemiştir.Nitekim benzer bir uyuşmazlıkla

**ilgili olarak Danıştay kararında bu yöndedir.” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.**

Toplantı No	: 2017/017
Gündem No	: 77
Karar Tarihi	: 05.04.2017
Karar No	: 2017/MK-105

<b><u>Şikayetçi:</u></b>
Pam Pak Sosyal Ve Sağlık Hizmetler Bilgi İşlem Otomasyon İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi
<b><u>İhaleyi Yapan Daire:</u></b>
Mamak Belediyesi Fen İşleri Müdürlüğü
<b><u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u></b>
14.11.2016 / 63124
<b><u>Başvuruya Konu İhale:</u></b>
2016/388989 İhale Kayıt Numaralı “2017 Yılı Operatör, Şoför, Kalifiye Eleman Ve Asfalt İşçisi” İhalesi
<b><u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u></b>
<b><u>Karar:</u></b>

Mamak Belediye Başkanlığı Fen İşleri Müdürlüğü tarafından 07.11.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2016/388989 ihale kayıt numaralı "2017 Yılı Operatör, Şoför, Kalifiye Eleman ve Asfalt İşçisi" ihalesine ilişkin olarak Pam Pak Sosyal ve Sağlık Hiz. Bil. İşl. Oto. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 01.11.2016 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 04.11.2016 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 14.11.2016 tarih ve 63124 sayılı Kurum kayıtlarına alınan 14.11.2016 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 30.11.2016 tarihli ve 2016/UH.I-2938 sayılı karar ile; " 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Pam Pak Sosyal ve Sağlık Hiz. Bil. İşl. Oto. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 3. İdare Mahkemesi tarafından verilen 22.02.2017 tarihli ve E:2016/5377, K:2017/944 sayılı kararında, "...Dava, Mamak Belediye Başkanlığı Fen İşleri Müdürlüğü tarafından '2017 yılı operatör, şoför, kalifiye eleman ve asfalt işçisi' ihalesine ilişkin olarak ihale dokümanını satın alan davacı şirket tarafından ihale dokümanında mevzuata aykırı hususlar bulunduğundan bahisle itirazın şikâyet başvurusundaki iddialar yerinde görülerek itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 5. maddesinde: Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır.

(Değişik fıkra: 20/11/2008-5812 S.K./31.mad) İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16.1.1'inci maddesinin 26 numaralı dipnotunda "Bu madde aşağıda belirtilen açıklamalara uygun olarak İdare tarafından düzenlenecektir:

(3) İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarı, sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere oran olarak belirtilecektir. Ayrıca, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, yukarıda öngörülen ceza uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı (iki veya daha fazla) idarece belirlenerek bu maddede yazılacaktır. Ancak ağır aykırılık hallerinde, bu aykırılık halleri maddede belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi yukarıda öngörülen şekilde sözleşmenin feshedilebileceği hususuna da idarece gerek görülmesi halinde bu maddede yer verilecektir.

(4) İşin tamamının ya da kısmi kabule konu olan kısmının süresinde bitirilmemesi veya işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halleri hariç, idarece gerek görülürse diğer sözleşmeye aykırılık hallerinin neler olduğu belirlenecek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesi durumunda İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için kesilecek ceza miktarı sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere oran olarak belirtilecektir. 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 feshedilebileceği, sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere idarece bu maddede belirlenecek oranda ceza uygulanacağı hususuna maddede yer verilecektir.

(5) İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarının, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin %30'unu geçmeyeceği hususu da bu maddede belirtilecektir." düzenlemesi yer almaktadır.

İhale Konusu İşe ilişkin Sözleşme Tasarısı'nın "Cezalar ve sözleşmenin feshi başlıklı 16'nci maddesinde "16.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1. Yüklenicinin işi süresinde bitirmemesi durumunda; idare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar üzerine gecikilen her takvim günü için sözleşmenin %0,5'i oranında ceza kesilecektir. Ancak, gecikmeden kaynaklanan aykırılığın giderilmesi mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanununun 20. Maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın idarece sözleşme feshedilecektir. Sözleşmenin feshedilmesi halinde ise sözleşme bedelinin %1'i oranında ceza uygulanacaktır.

2. Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanmaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.

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.

4. Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanunun 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 yer almaktadır.

Uyuşmazlıkta Sözleşme Tasarısının "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinde yüklenici tarafından işin süresinde bitirilmemesi durumunda idarece kesilecek ceza miktarının belirlendiği, ancak işin tekrar eden kısımlarında bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir belirleme yapılmamasının hizmet alımlarına ait tip sözleşmenin 26'ncı dipnotunda yer verilen açıklamalara aykırılık teşkil edeceği açık olup, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve diğer mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olduğu görülmektedir.

Davalı tarafından, Sözleşme Tasarısının 16'nci maddesinde idare tarafından sözleşmenin feshedilebilmesi için gerekli aykırılık sayısına ilişkin düzenleme yapılmadığı, bu durumun işin sözleşmeye uygun olarak yürütülmesine bir engel oluşturmayacağı, ayrıca bu hususun sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu ve teklif vermeye engel teşkil etmediği, isteklinin birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmediği, rekabet eşitlik ve güvenirlilik gibi ilkelere herhangi bir aykırılık teşkil etmediği, dava konusu işlemin hukuka ve mevzuata uygun olduğu belirtilmiş ise de, ihale dokümanının bir parçası olan sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususların tespit edilmesi halinde, anılan aykırılıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, aksi kabulün dokümana itiraz hakkının işlevsizleştirilmesine sebep olacağı sonucuna varılmaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5'inci maddesi ve Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmeye uygun hazırlanmayan tip sözleşmeye yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu Kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Mitekim benzer bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Danıştay Onüçüncü Dairesinin 17/12/2015 tarihli E:2015/2610, K:2015/4629 sayılı karar da bu yöndedir." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- 30.11.2016 tarih ve 2016/UH.I-2938 sayılı Kurul kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince, ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.

ihaleye ilişkin Sözleşme Tasarısı'nda veya tasarının atıfta bulunması halinde Teknik Şartname'de, "hizmetin ifa şeklinde yükleniciden kaynaklanan bir kusurun meydana gelmesi halinde, aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak tekrarı ile belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı" hususlarında düzenleme yapılması gerekirken ihale dokümanında bu yönde bir düzenleme yapılmamasının, sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin belirsizliğe sebep olduğu, dava konusu ihaleye ilişkin olarak 11 firma tarafından ihale dokümanı satın alınmasına rağmen sadece 1 istekli tarafından teklif sunulduğu, idarelerin yapacakları ihalelerde, saydamlığı ve güvenilirliği de sağlamakla sorumlu olmaları ve ihale dokümanlarının isteklilerin tekliflerini sunma iradelerini etkilemeyecek şekilde hazırlanması gerekliliği dikkate alındığında, 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan ilkeler çerçevesinde dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır..." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2017/064
Gündem No	: 84
Karar Tarihi	: 13.12.2017
Karar No	: 2017/MK-488

<u>BAŞVURU SAHİBİ:</u> Akzen Destek Hizmetleri Limited Şirketi
<u>İHALEYİ YAPAN İDARE:</u> Kilis Belediyesi Su İşleri Müdürlüğü
<u>BAŞVURUYA KONU İHALE:</u> 2017/241839 İhale Kayıt Numaralı "İçme Suyu Arıtma Tesisi, Atık Su Arıtma Tesisi, Pompa Ve Terfi İstasyonları, İçme Suyu Ve Kanalizasyon Arıza İşleri İşletilmesi" İhalesi
<u>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</u>
<u>KARAR:</u>

Kilis Belediyesi Su İşleri Müdürlüğü tarafından yapılan 2017/241839 ihale kayıt numaralı "İçme Suyu Arıtma Tesisi, Atık Su Arıtma Tesisi, Pompa ve Terfi İstasyonları, İçme Suyu ve Kanalizasyon Arıza İşleri İşletilmesi" ihalesine ilişkin olarak AKZEN Destek Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 19.07.2017 tarihli ve 2017/UH.I-1943 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Davacı Akzen Destek Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesinin 29.09.2017 tarihli ve E:2017/2670, K: 2017/2956 sayılı kararında, "...Yukarıda yer verilen düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından ihale konusu iş kapsamında uygulanacak cezaların, Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinin 16.1.1. fıkrasına ilişkin (26) numaralı dipnotta yer alan açıklamalar dikkate alınarak düzenleneceği, anılan dipnotun (3) numaralı bendine göre, "özellikli gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının, sözleşme bedelinin % 1 'ini geçmemek üzere oran olarak belirtileceği, ayrıca, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, idarece öngörülen ceza uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısının idarece belirlenerek yazılacağı, ağır aykırılık hallerinde, bu aykırılık halleri maddede belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi yukarıda öngörülen şekilde sözleşmenin feshedilebileceği hususuna da idarece gerek görülmesi halinde bu hususa yer verileceği" açıktır.

Bakılan davada, İdari Şartname'de belirtilen miktardaki personel, araç ve ekipmanlarla 24 ay süreyle yerine getirilecek olan "İçme Suyu Arıtma Tesisi, Atık Su Arıtma Tesisi, Pompa ve Terfi İstasyonları, İçme Suyu ve Kanalizasyon Arıza İşleri İşletilmesi" işinin sürekli tekrar eden iş niteliğinde olduğu, dava konusu ihaleye ilişkin Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde, cezalar ile ilgili bilgilerin Teknik Şartname'de yer aldığı ve idare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarının, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin %30'unu geçmeyeceği düzenlemelerine yer verildiği, ancak Teknik Şartname'nin çeşitli maddelerinde hizmetin ifa şeklinde yükleniciden kaynaklanan bir kusurun meydana gelmesi halinde her bir aykırılık hali için belli miktarda ceza kesileceğine ilişkin düzenlemeler yer almış ise de, ihale dokümanında anılan dipnot doğrultusunda, "bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak tekrarı ile belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısına ilişkin düzenleme yapılmadığı" hususlarında tartışma bulunmadığı görülmektedir.

Bu durumda, dava konusu ihaleye ilişkin Sözleşme Tasarısı'nda veya tasarının atıfta bulunması halinde Teknik Şartname'de, "hizmetin ifa şeklinde yükleniciden kaynaklanan bir kusurun meydana gelmesi halinde, aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak tekrarı ile belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı" hususlarında düzenleme yapılması gerekirken ihale dokümanında bu yönde bir düzenleme yapılmamasının, sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin belirsizliğe sebep olduğu, dava konusu ihaleye ilişkin olarak 11 firma tarafından ihale dokümanı satın alınmasına rağmen sadece 1 istekli tarafından teklif sunulduğu, idarelerin yapacakları ihalelerde, saydamlığı ve güvenilirliği de sağlamakla sorumlu olmaları ve ihale dokümanlarının isteklilerin tekliflerini sunma iradelerini etkilemeyecek şekilde hazırlanması gerekliliği dikkate alındığında, 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan ilkeler çerçevesinde dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır..." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- 19.07.2017 tarih ve 2017/UH.I-1943 sayılı Kurul Kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince, ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.



ihaleye ait dokümanda tekrar eden nitelikte olan işte her bir aykırılık için ceza oranının belirlendiği, ancak işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının ve bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir belirleme yapılmadığı; bu çerçevede, ihale dokümanında yer alan mevcut düzenlemelerin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 26 numaralı dipnotunda yer verilen açıklamalara uygun olmadığı açık olup; söz konusu eksikliğin, idarelerce yapılacak sözleşmelerin "Tip Sözleşme" hükümleri esas alınarak düzenleneceği ve sözleşmelerde sözleşmenin feshine ilişkin şartların belirtilmesinin zorunlu olduğu yönündeki 4735 sayılı Kanun'da yer alan emredici kurallara aykırı olduğu görüldüğünden bu iddia yönünden dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

<b>Toplantı No</b>	: 2017/035
<b>Gündem No</b>	: 63
<b>Karar Tarihi</b>	: 12.07.2017
<b>Karar No</b>	: 2017/MK-297

<b>BASVURU SAHİBİ:</b> A B S Medikal Özel Sağlık Hizmetleri Sterilizasyon Dezenfeksiyon Ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti. (Kamu İhale Kurulunun 08.02.2017 tarih toplantı no : 2017/008 gündem no : 69 karar no : 2017/MK-40 sayılı kararı hk. )
<b>İHALEYİ YAPAN İDARE:</b> Kocaeli Büyükşehir Belediyesi Park Bahçe Yeşil Alanlar Dairesi Başkanlığı – Park Bahçeler Şube Müdürlüğü
<b>BASVURUYA KONU İHALE:</b> 2016/396906 İhale Kayıt Numaralı "Kocaeli Genelinde Park Ve Yeşil Alanların Bakım Ve Temizliğinin Yapımı" İhalesi
<b>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</b>
<b>KARAR:</b>

Kocaeli Büyükşehir Belediye Başkanlığı Park Bahçe Yeşil Alanlar Dairesi Başkanlığı – Park Bahçeler Şube Müdürlüğü tarafından 08.11.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2016/396906 ihale kayıt numaralı “Kocaeli Genelinde Park ve Yeşil Alanların Bakım ve Temizliğinin Yapımı” ihalesine ilişkin olarak, ABS Medikal Özel Sağlık Hizmetleri Sterilizasyon Dezenfeksiyon ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine, 08.03.2017 tarihli ve 2017/UH.I-746 sayılı Kurul kararı ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, ABS Medikal Özel Sağlık Hizmetleri Sterilizasyon Dezenfeksiyon ve Danışmanlık San. Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 19.04.2017 tarihli ve E:2017/792 K:2017/1300 sayılı kararı ile “Davacının, Sözleşme Tasarısı’nın 16.maddesinde sözleşmeye aykırılık hallerinin düzenlendiği ancak bu aykırılığın art arda veya aralıklı olarak kaç defa gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda düzenlemeye yer verilmediği bu durumun Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin eki Tip Sözleşmenin 26 nolu dip notuna aykırılık teşkil ettiği yönündeki 2.iddiasının incelenmesinden;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “idarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20. Maddesinde “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:  
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,  
b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmiş 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 yer alır.  
Hizmet Alımlarına Dair Tip Sözleşme’nin “cezarlar ve sözleşmenin feshi başlıklı 16.maddesinde :

“16.1

16.2. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanmaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.

16.3.İhtarda belirtilen sürenin bitmesinde 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. 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.” hükmüne yer verildikten sonra 16.maddede ait 26.nolu dip notun 3.bendinde “İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde, idarece her bir aykırılık için belirtilecektir. Ayrıca, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, yukarıda öngörülen ceza uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı (iki veya daha fazla) idarece belirlenerek bu maddede yazılacaktır. Ancak ağır aykırılık hallerinde, bu aykırılık halleri maddede belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi yukarıda öngörülen şekilde sözleşmenin feshedilebileceği hususuna da idarece gerek görülmüş hallerde bu maddede yer verilecektir.” hükmüne yer verildiği,  
Sözleşme Tasarısı’nın “Cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16.maddesinde “16.1.İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

Kocaeli Genelinde Park Ve Yeşil Alanların bakım ve temizliği hizmetleri ile ilgili olası aksaklıklarda teklif edilen sözleşme bedeline göre uygulanacak ceza oranları aşağıda belirtilmiştir.

1- İş Güvenliği Uyarı Ve Yasak İşaretçileri: Yüklenici firma personellerinin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine aykırı davranması halinde her bir personel ve her bir gün için sözleşme bedelinin 0,000005 i (milyondabes)

2- İş Kıyafetleri: Yüklenici, şartnamede belirtilen tek tip yazlık ve kışlak çalışma kıyafetlerini her personel için İdare tarafından belirtilen tarihlerde temin etmek zorundadır. Üzerinde tek tip kıyafeti olmayan ya da kullanılamaz durumda olan her personel ve her bir gün için sözleşme bedelinin 0,000001 (milyondabir)

3- Hizmet Bedeli: Yüklenici ve/veya personeli hiçbir şekilde kişi kurum ve kuruluşlardan yapılan hizmetlerin karşılığı olarak aynı ve nakdi herhangi bir ücret talep edemez.Bu durumun tespiti halinde her bir olay başına sözleşme bedelinin 0,0001 i (onbindebir)

4- Yazılı ve Sözlü Talimat : İdarenin işle ilgili olarak şartname dokümanlarında belirtilen hususlara ilişkin yazılı ve sözlü talimatlarına uyulmadığının tespiti halinde her bir olay başına sözleşme bedelinin 0,00005 i (yüzbindebeş)

5- Eksik Alet, Edavat, Makine: İdarenin öngördüğü alet, edavat, makine bulunmadığı her bir alet için her bir gün başına sözleşme bedelinin 0,00001 i (yüzbindebir)

6- Malzeme Kalitesi Problemleri: Kullanılan malzemelerin idarenin belirlediği kalite standartlarının altında olması durumunda her bir olay başına sözleşme bedelinin 0,00001 i (yüzbindebir)

7- Dikim Hataları: Dikimden kaynaklanan hatalarda kuruyan her bitki başına sözleşme bedelinin 0,000001 i (milyondan)

8- Çim Alan Bozulmaları: Yüklenici firmaya yer tesliminde canlı teslim edilen çim ve çevre bitkilerin kuruması durumunda her bitki ve çim alan m<sup>2</sup> si başına sözleşme bedelinin0,000001(milyondabir)

9- Temizlik Yapılmaması: Yüklenici sorumlu olduğu alanların temizliğini yapmadığı takdirde m<sup>2</sup> başına sözleşme bedelinin 0,0000001 (onmilyondabir)

10- Sulama Hataları: Yüklenici sorumlu olduğu alanlarda sulama programının dışında eksik ya da fazla sulama yapıldığı takdirde, sulama sistemindeki arızalar hemen giderilemediği takdirde arıza başına sözleşme bedelinin 0,00001 (yüzbindebir)

11- Özlük Dosyası Teslimi: Yüklenici firma personellerine ait özlük dosyalarını ilk hakediş tarihine kadar teslim etmediği takdirde her bir kişi için sözleşme bedelinin 0,00001 i (yüzbindebir)

12- Ayrıca; Yüklenici, alanda meydana gelebilecek bütün zararları ve tüm olumsuzlukları tespit edip fotoğraflayıp, tutanakla idareye anında bildirecektir.Aksi tespit edildiğinden sözleşme bedelinin 0,00001 (yüzbindebir) oranında ceza işlem uygulanır.

13- Yüklenici Personelin Görev Ve Sorumluluklarını Yerine Getirmemesine İlişkin Cezalar  
Aşağıda sıralanan durumların her biri için (her personel için ayrı ayrı olmak kaydıyla)  
Sözleşme bedelinin 0,000002 (milyondaiki)

a) Amir ve üstlerinin görev ve mesleki konulara veya tutum ve davranışlarına ilişkin uyarılarına uymamak veya umursamamak  
b) Göreve kayıtsızlık göstermek, görevi savsaklamak veya geçerli bir özürlü olmaksızın belirtilen sürede bitirmemek,  
c) Görev sırasında amir veya üstlerine saygısız davranmak,

d) Hizmetine tahsis edilen araç ve gereçleri bakımsızlık yüzünden kullanılamaz hale getirmek,  
e) Görev içinde yada dışında amir yada üstlerinin eylem yada işlemlerini eleştirici nitelikte söz söylemek veya hakaret etmek,  
f) Amir yada üstlerinin icraatına karşı çıkmak ve bu hareketi toplu hale dönüştürerek görev yapılmasını yada göreve çıkılmasını engellemek yada katılmaya tahrik yada teşvik etmek

İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin %30’unu geçmeyecektir.

16.2.Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanmaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.

16.3.İhtarda belirtilen sürenin bitmesinde 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.Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanunun 25. 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. ” hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu ihaleye ait dokümanda tekrar eden nitelikte olan işte her bir aykırılık için ceza oranının belirlendiği, ancak işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının ve aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir belirleme yapılmadığı; bu çerçevede, ihale dokümanında yer alan mevcut düzenlemelerin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme’nin 26 numaralı dipnotunda yer verilen açıklamalara uygun olmadığı açık olup; söz konusu eksiklikten, idarelerce yapılacak sözleşmelerin “Tip Sözleşme” hükümleri esas alınarak düzenleneceği ve sözleşmelerde sözleşmenin feshine ilişkin şartların belirtilmesinin zorunlu olduğu yönündeki 4735 sayılı Kanun’da yer alan emredici kurallara aykırı olduğu görüldüğünden bu iddia yönünden dava konusu işlemler hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Her ne kadar Kamu İhale Kurulu’nca, anılan düzenlemenin işin yürütülmesi aşamasında işin sözleşmeye uygun olarak uygulanmasında bir engel oluşturmayacağı, bu hâliyle yapılan düzenlemelerin yeterli olduğu, ayrıca bu hususun sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu ve teklif vermeye bir engel teşkil etmediği, isteklilerden birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmedikçe bahisle anılan iddia yerinde görülmemiş ise de; 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale dokümanının parçası olan sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususların tespit edilmesi halinde, anılan aykırılıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlemler tesis edilmesi gerekmekte olup, aksi kabulün, dokümana itiraz hakkının işlevsizleştirilmesine sebep olacağı sonucuna varılmaktadır.

...

Açıklanan nedenlerle; dava konusu itirazın şikâyet başvurusunun reddi işleminin davacının 2. iddiası yönünden yapılan inceleme sonucu verilen karar kısmı yönünden iptaline, davacının diğer iddiaları yönünde yapılan incelemeler hukuka uygun olduğu için reddine, dava kısmen iptal kısmen ret ile sonuçlandığından...

Oybirliğiyle karar verildi...” şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin kısmen iptaline karar verilmiştir.

Anayasa’nın 138’üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28’inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçmeyeceği hükmü altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Kamu İhale Kurulunun 08.03.2017 tarihli ve 2017/UH.I-746 sayılı kararının ikinci iddia ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.

