

ihale sözleşme konusu
ürünlere ait 1 kısmının
pandemi sonrası ihalesi
yapılan malların tedarik
edilememesi durumunda yurt
dışında üretiminin
durdurulması nedeniyle temin
edilemediği bu nedenle davacı
tarafından farklı 1 ürün
teslim edilebileceği yönünde
ihaleyi gerçekleştiren
idareye teklifte bulunduğu
sözleşmede belirtilen
ürünlerin temin edilmesi
hususunda gereken çabayı
gösterdiği davalı idarece bu
durum gözetilmeksizin ve
davacının fiil ve

davranışının özelliği ile ihale ve sözleşme sürecine etkisi dikkate alınmaksızın, basiretli bir tacir gibi davranmadığı gibi genel bir gerekçe gösterilerek ihalelere katılmaktan yasaklama kararının alt sınırdan uzaklaşılarak üst sınırdan (2 yıl) verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlem fiille ceza arasında âdil bir denge bulunmadığından ölçülülük ilkesine uygun olmadığı hk(Danıştay K 2023)

ihale sözleşme konusu ürünlere ait 1 kısmının pandemi sonrası ihalesi yapılan malların tedarik edilememesi durumunda yurt dışında üretiminin durdurulması nedeniyle

temin edilememesi

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/685 K.

2023/205 E. ,

▪

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2023/205

Karar No:2023/685

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Dış Ticaret Anonim Şirketi

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Bakanlığı

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... Sistem Araçları Sanayii A.Ş. (...) Sakarya Bölge Müdürlüğü'nce 29/03/2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “Takım- El Aletleri- Kaynak Makineleri” mal alımı ihalesinin “Lazer Metre, Dijital Su Terazisi, MIG Kaynak Makinesi- Dijital İnverter” kısmı uhdesinde bırakılan ve 07/07/2021 tarihinde sözleşme imzalanan davacının, mücbir sebep hâlleri dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmediğinin tespit edildiğinden bahisle, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca iki (2) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 08/01/2022 tarih ve 31713 sayılı Resmî Gazete'de

yayımlanan işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; ... Sakarya Bölge Müdürlüğü'nce ihalesi yapılan "Takım -El Aletleri- Kaynak Makineleri" mal alımı ihalesinin "Lazer Metre, Dijital Su Terazisi, MIG Kaynak Makinesi- Dijital İnverter" kısmının davacının üzerinde bırakıldığı ve 07/07/2021 tarihinde sözleşme imzalandığı, sözleşmeye konu malları sözleşmenin imzalandığı tarihi takip eden 60 gün içerisinde teslim edilmesi gerektiği, sözleşme bedelinin 307.535,00 TL olduğu, teslim edilmeyen Mıg Kaynak Makinesinin sözleşmedeki değerinin 303.700,00 TL olduğu ve teslimatı gerçekleşmeyen kısmın sözleşmenin %98,76 oranına tekabül ettiği; sözleşmeye konu 3 adet Mıg Kaynak Makinesinin torc kısmının üretici firmanın Covid-19 pandemisinden kaynaklı olarak yaşanan component tedarik sıkıntısı nedeniyle üretimi durdurduğundan tedarik edilemediği bu durumun mücbir sebep olarak kabul edilmesi gerekirken idarece mücbir sebep olarak değerlendirilmediği iddia edilmiş ise de, Covid-19 pandemisinin Türkiye'de 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla Sağlık Bakanlığı tarafından açıklanmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, pandeminin başlangıç süresinden bir hayli zaman geçtikten sonra 29/03/2021 tarihinde ihalesi yapılan ve müteakiben 07/07/2021 tarihinde sözleşmesi imzalanan ihaleye konu malların tedarik edilememesi durumunda Covid-19 pandemisinin mücbir sebep olarak kabul edilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, Covid- 19 pandemisinin ihalenin ve de sözleşmenin imzalandığı tarihte var olması nedeniyle bu durumu ticari işlemlerinde öngörmesi gerekirken basiretli bir tacir olan davacı şirketin üzerine düşen dikkat ve özen sorumluluğunu yerine getirmemek suretiyle ihalesini aldığı sözleşmeye konu malları davalı idareye teslim edemediği anlaşıldığından, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi üzerine yüklenici davacı şirket ile ihaleyi gerçekleştiren idare arasındaki sözleşmenin feshedildiği; bu itibarla, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü

yerine getirmemenin, sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlardan olduğu birlikte değerlendirildiğinde, davacı hakkında tesis edilen yasaklama kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nce; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, ihale konusu üç farklı ürünün ikisinin teslim edildiği, MIG Kaynak Makinesi teslimatına ilişkin olarak ise, yurt dışından ithal edilecek MIG Kaynak Makinesinin torclarının üretici firması tarafından üretimine son verildiği, aynı verimliliği gösteren alternatif torc temin edilerek teslimatın yapılabileceği bildirilmesine rağmen idarece bu husus dikkate alınmadan doğrudan başvurunun reddedildiği, yurt dışından ithal edilen ürünün üretiminin durmasından dolayı bu hususun mücbir sebep kabul edilerek sözleşmenin feshedilmesi talep edilmiş olmasına rağmen, idarece mevzuata uygun bir değerlendirme yapılmadan sözleşmenin 35.1.1. maddesi uyarınca sözleşmenin feshedilmesinin hukuka aykırı olduğu, MIG Kaynak Makinesinin Teknik Şartname'de belirtilen özelliklerine uygun "torc" kısmının COVID-19 pandemisinden dolayı üretilmediği, dolayısıyla Teknik şartname'de belirtilen nitelikteki mal temininin fiilen imkânsız olduğu, idareyle kendileri arasında Kamu İhale Genel Tebliği'nin 25.1. maddesinin uygulanması gerektiği, ithal edilen bir ürün olan ve dünyada lisanslı tek üretici tarafından üretilen MIG Kaynak Makinesi torcunu temin edememesi nedeniyle 2 yıl boyunca tüm ihalelere katılmaktan yasaklılık

kararı verilmesinin hakkaniyete aykırı bir yaptırım olduğu ileri sürölmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI: Davalı idare tarafından, verilen kararın hukuka uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmöl ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği göröşöldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

TÜRASAS Sakarya Bölge Müdürlüğü'nce ... tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Takım- El Aletleri- Kaynak Makineleri" mal alımı ihalesinin "Lazer Metre, Dijital Su Terazisi, MIG Kaynak Makinesi- Dijital İnverter" kısmı davacının üzerinde bırakılmış ve 07/07/2021 tarihinde sözleşme imzalanmıştır.

Sözleşmede işe başlama tarihi sözleşmenin imzalandığı tarih olarak kabul edilmiş, ihale konusu malzemelerin tamamının sözleşme imzalanmasını müteakip 60 (altmış) takvim günü içerisinde teslim edileceği kural altına alınmıştır.

Davacı tarafından 15/09/2021 tarihli dilekçe ile ihaleyi gerçekleştiren idareye, "İhale konusu işte istenen ve Şartname'nin 2.4. maddesinin 5. satırındaki 'Torç üzerinden akım ayarlaması yapılabilmelidir.' özelliğine sahip 5 adet olarak istenen ve yurt dışına siparişi verilip beklemekte olduğumuz torçların teslimatı için üretici kaynaklı sorun çıktığını öğrenmiş bulunmaktayız. 5 set olarak talep

ettiğiniz kaynak makineleri ile birlikte istenen 2 adet torç 38. hafta içinde teslim edebileceğiz. Kalan 3 adet torcun üretimi durdurulmuş olduğu için maalesef temin edemiyoruz. Elimizde olmayan ve son anda ortaya çıkan mücbir sebep için uygun görürseniz makinelerimiz ile çalışabilecek, iş verimliliğinizi azaltmayacağını düşündüğümüz ve aynı zamanda maliyeti daha düşük (torç başına 2500TL) 3 adet farklı torç teslim edebiliriz. Anlayışla karşılayacağınızı umut eder, değerlendirmenizin sonucunu bekleriz.” şeklinde başvuru yapılmış, bu başvuru davalı idarece 28/09/2021 tarih ve 47204 sayılı cevabi yazıyla, “Teknik yönden uygun görülmemiştir.” gerekçesiyle reddedilmiştir.

Diğer taraftan, idarece, ... tarih ve ... sayılı yazıyla, ihale konusu 3 kalem malzemenin sözleşme süresi (05/09/2021) dolmasına rağmen teslim edilmediği, söz konusu malzemelerin 10 takvim günü içinde (27/09/2021 tarihine kadar) teslim edilmediği taktirde sözleşmenin feshedileceği hususu davacıya ihtar edilmiştir.

Davacı tarafından idareye yapılan ... tarihli, ... sayılı ve ... tarihli, ... sayılı başvurular ile, ihale konusu MİG Kaynak Makinesi- Digital İnverter” ürününün tedarikini yapacak oldukları üretici firmanın (Lincoln Electric Türkiye) pandemi kaynaklı olarak temin edemedikleri componentleri nedeniyle üretime ara verdiklerini ve siparişlerin teslimatını yapamayacaklarını ifade ettiklerinden, bu hususun fesih işlemi için mücbir sebep sayılması talep edilmiştir.

İhaleyi gerçekleştiren idarece ... tarih ve ... sayılı yazıyla, fesih talebinin Cumhurbaşkanlığı Genelgesi kapsamında Hazine Bakanlığı’nca değerlendirileceği, fesih talebi konusunda Covid-19 nedeniyle tedarik edilemeyen malzemeler için ilgili resmi kurumlardan alınmış belgelerin ibraz edilmesi gerektiği, mücbir sebep talebinin değerlendirilmek üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı’na gönderilmesi için resmi kurumlardan alınan bilgi ve belgelerin 15/10/2021 tarihine kadar kendilerine gönderilmesi gerektiği, aksi takdirde fesih işleminin gerçekleştirileceği bildirilmiştir.

Daha sonra, idarenin ... tarih ve ... sayılı yazısıyla, sözleşmenin feshedildiği ve fesih hükümlerine göre işlem yapılacağı davacıya bildirilmiş, akabinde ... tarih ve ... sayılı yazıyla davalı idareden yasaklama işlemi tesis edilmesi talep edilmiş, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın ... tarih ... sayılı Olur'una istinaden, davacının 4735 sayılı Kanun'un 25/(f) maddesinde belirtilen mücbir sebepler dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek fiil ve davranışında bulunduğundan bahisle anılan Kanun'un 26. maddesinde yer alan hüküm uyarınca iki (2) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiş, bu karar 08/01/2022 tarih ve 31713 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bunun üzerine anılan yasaklama kararının 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. maddesinin birinci fıkrasında, "25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri

Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağılı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.” kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kuralların değerlendirilmesinden, sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil veya davranışta bulunulduğunun tespit edilmesi hâlinde, söz konusu yasak fiil veya davranışları işleyenler hakkında 4735 sayılı Kanun’un 26. maddesi uyarınca fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği anlaşılmaktadır. Ancak, bu madde kapsamında anılan fiil ve davranışların hangisinin daha fazla veya az bir yasaklama süresi gerektirdiği hususunda bir ölçüte yer verilmediğinden, sürenin belirlenmesi noktasında fiil veya davranışların özelliğine göre idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu çerçevede idareye tanınan takdir yetkisinin, gerek olayın oluş şekli ve niteliği, gerek yasaklamaya esas fiil ile bunun yaptırımını hususunda ölçülülük ilkesi dikkate alınarak kullanılması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, bahse konu ihalenin “Lazer Metre, Dijital Su Terazisi, MIG Kaynak Makinesi-Dijital İnverter” kısmının davacının uhdesinde bırakıldığı ve sözleşmenin imzalandığı, bu kapsamda davacı tarafından sözleşme konusu Lazer Metre ve Dijital Su Terazisinin ihaleyi gerçekleştiren idareye teslim edildiği, kaynak makinesinin parçası olan torcların ise yurt dışından ithal edilerek temin edileceğinin ifade edildiği, Covid-19 nedeniyle yurt dışından temin edileceği belirtilen kaynak makinesinin torc kısmının üretiminin durdurulduğu, bu kapsamda idareye 15/09/2021 tarihinde başvuruda bulunulduğu, yurt dışından temin edilemeyen ürünler için uygun görülmesi hâlinde farklı

bir ürün teslim edilebileceğinin idareye bildirildiği, idarece bu talebin reddedildiği, akabinde davacı tarafından yurt dışından temin edilmek istenen ürünün üretimi Covid-19 nedeniyle durdurulduğundan, üretim yapılamamasından kaynaklanan bu durumun mücbir sebep sayılarak sözleşmenin feshedilmesinin idareden talep edildiği, ancak idarece fesih için resmi kurumlardan belge istenildiği anlaşılmaktadır.

Sözleşme konusu mallardan 5 adet kaynak makinesinin torc kısımları haricinde teslimatının hazır olduğunun davalı idareye bildirildiğinin davacı tarafından dava dilekçesinde beyan edildiği, davacı tarafından idareye yapılan başvuru ile yurt dışından ithal olarak temin edilmesi düşünülen ancak üretimi durdurulan kaynak makinesinin torc kısmının 3 adedinin farklı torc olarak teslim edilebileceğinin bildirildiği, ancak idarece bu talebin kabul edilmediği, diğer taraftan, ürünün temini için anlaşılan firma tarafından gönderilen 27/09/2021 tarihli yazıda, üretimin durdurulduğunun ve mevcut torc siparişlerinin teslimatının yapılamayacağının ifade edildiği görülmektedir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, davacıya isnat edilen fiilin sübuta erdiği ve bu fiil nedeniyle hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebileceği açık olmakla birlikte, sözleşme konusu ürünlerden kaynak makinesinin torc kısmının yurt dışında üretiminin durdurulması nedeniyle temin edilemediği, bu nedenle davacı tarafından farklı bir torcun teslim edilebileceği yönünde ihaleyi gerçekleştiren idareye teklifte bulunulduğu dikkate alındığında, davacının sözleşmede belirtilen ürünlerin temin edilmesi hususunda gereken çabayı gösterdiği, davalı idarece bu durum gözetilmeksizin ve davacının fiil ve davranışının özelliği ile ihale ve sözleşme sürecine etkisi dikkate alınmaksızın, basiretli bir tacir gibi davranmadığı gibi genel bir gerekçe gösterilerek ihalelere katılmaktan yasaklama kararının 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinde belirtilen alt sınırdan uzaklaşarak üst sınırdan (2 yıl) verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlem fiille ceza arasında âdil bir denge

bulunmadığından ölçülölük ilkesine uygun değildir.

Bu itibarla, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine ilişkin temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 20/02/2023 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.