

**İhale Sözleşme Tasarısında
yer verilmesi gereken
aykırılık halleri ve tekrarı
durumlarında cezai
müeyyideler uygulanarak
sözleşmenin feshine ilişkin
düzenlemelere ayrıca anılan
Tasarı maddesinde yer
verildiği, idarece Tip
Sözleşme Tasarısı maddesine
uygun şekilde düzenleme
yapılmadığı,**

Toplantı No

: 2022/035

Günden No

: 76

Karar Tarihi

: 07.07.2022

Karar No

: 2022/UH.II-840

BAŞVURU SAHİBİ:

Yöntem Kurumsal Ambalaj ve Temizlik Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) Genel Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2022/455091 İhale Kayıt Numaralı "Personel Taşıma Hizmet Alımı" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) Genel Müdürlüğü tarafından 01.06.2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Personel Taşıma Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak Yöntem Kurumsal Ambalaj ve Temizlik Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin 26.05.2022 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 03.06.2022 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 13.06.2022 tarih ve 27644 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 13.06.2022 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2022/615 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, Sözleşme Tasarısı'nın "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'nı maddesinde düzenlemeleri uyarınca; 16.1.2 ve 16.1.3'üncü madde hükümlerinin birbirini kapsar şekilde düzenlendiği, ayrıca 16.1.3 maddesinde aykırılık olarak "Kontrol Teşkilatı tarafından tespit edilen eksik, kusurlu, hatalı ve sözleşme hükümlerine aykırı yapılan işler tespit edilecek, Yüklenicinin ihale konusu hizmet ile ilgili görev ve sorumluluklarını istenilen düzeyde ve kesintisiz olarak yerine getirmediğinin veya yetersiz kaldığının tutanakla belgelmesi halinde cezai müeyyideler uygulamakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir." düzenlenisinin yer aldığı, söz konusu düzenlemede hem idari ceza kesilip hem de sözleşmenin feshi edileceğinin belirtilmediği, Tip Sözleşme uyarınca ağır aykırılık hallerinin ihlali durumunda uygulanacak tek yaptırımın feshi yaptırımı olduğu dikkate alındığında, idarece yapılan düzenlemenin bu haliyle Tip Sözleşme'ye ve ilgili dip notunda yer alan açıklamalara aykırılık teşkil ettiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Tip sözleşmeler" başlıklı 5'inci maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasında uygulanabilirliği sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır.

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." hükmü,

Anılan Kanun'un "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20'nci 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 edilmesii,

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,

İhale İlan tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Tip Sözleşme'nin "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'nı maddesinde "16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1. Sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranı, sözleşme bedelinin [bu kısma 1'den fazla olamaz üzere oran yazılacaktır.]"dır. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır.^{26.1} Bu aykırılıkların üçten az olmamak üzere, tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde, ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın, son aykırılığa ilişkin ceza kesilmeden sözleşme feshedilir.

	Aykırılık Hali	İhtar Yapılacaktır/İhtar Yapılmayacaktır ^{26.2}	Sözleşme Bedeli Üzerinden Kesilecek Ceza Oranı	Sözleşmenin Feshini Gerektiren Aykırılık Sayısı ^{26.3}
1				
2				
3				
...				

16.1.3. Aşağıdaki aykırılık hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilir.

.....

16.1.4. Kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçemez. Toplam ceza tutarının, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmesi durumunda, bu orana kadar ceza uygulanır ve 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

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. 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesi gereğince yapılacak ihtarla 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 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,

Anılan Tasarı'nın söz konusu maddesine yönelik 26 no'lu dipnotta "Kısmi kabul öngörülen işlerde madde metnine "Yüklenicinin işin kısmi kabulüne konu olan kısmının süresinde tamamlanması durumunda, ceza, sözleşmenin süresinde tamamlanmayan kısma tekabül eden bedel üzerinden kesilecektir." cümlesi eklenecektir.

26.1. Bu kısma yazılacak oranlar, 16.1.1. inci maddede belirlenen asgari ceza oranından yüksek olmakla birlikte sözleşme bedelinin %2'sinden fazla olamaz.

26.2. Bu kısma, aykırılık hali için ceza uygulamaya başlamadan evvel daha önceki bir aşamada ihtar yapıp yapılmayacağı belirtilmektedir.

26.3. Bu kısma yazılacak sayı 3'ten az olamaz." düzenlemesi,

İdarece ihale dokümanı arasında verilen Sözleşme Tasarısı'nın "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'nı maddesinde "16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1. Sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranı, sözleşme bedelinin On Binde 3,00 dir. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. Bu aykırılıkların üçten az olmamak üzere, tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde, ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın, son aykırılığa ilişkin ceza kesilmeden sözleşme feshedilir.

Sıra No	Aykırılık Hali	İhtar Yapılacaktır / İhtar Yapılmayacaktır	Sözleşme Bedeli Üzerinden Kesilecek Ceza Oranı	Sözleşmenin Feshini Gerektiren Aykırılık Sayısı	
1	Teknik Şartname Hükümlerine Aykırılık olduğu	İhtar Yapılacaktır	On Binde 4,00	3	

16.1.3. Aşağıdaki aykırılık hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilir.

.....

Kontrol Teşkilatı tarafından tespit edilen eksik, kusurlu, hatalı ve sözleşme hükümlerine aykırı yapılan işler tespit edilecek, Yüklenicinin ihale konusu hizmet ile ilgili görev ve sorumluluklarını istenilen düzeyde ve kesintisiz olarak yerine getirmediğinin veya yetersiz kaldığının tutanakla belgelmesi halinde cezai müeyyideler uygulamakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Tip Sözleşme'nin "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'nı maddesinin 16.1.2 numaralı bendinde yer alan düzenleme ve bu bende ilişkin 26.1, 26.2 ve 26.3 numaralı dipnotlarında yer alan açıklamalara göre Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2 numaralı bendinde yer alan tablonun Tip Sözleşmede yer aldığı şekliyle idarece doldurulması ve söz konusu tablo kapsamında ihale konusu işin ifası sırasında ortaya çıkabilecek aykırılık hallerinin, belirlenen aykırılık hallerinin oluşması durumunda ceza kesilmeden evvel ihtar yapıp yapılmayacağının, aykırılık durumunda kesilecek ceza oranının ve 3'ten az olmamak üzere sözleşmenin feshini gerektirecek aykırılık sayısının idarece belirlenmesi, "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'nı maddesinin 16.1.3 numaralı bendinde, 4735 sayılı Kanunun 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedileceği aykırılık hallerinin idarece belirlenerek listelenmesi gerekmektedir.

İdarece düzenlenen Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde aykırılık halinin "Teknik Şartname düzenlemelerine aykırılık olduğu durumlar" olarak belirttiği, sözleşmenin feshini gerektiren aykırılık sayısının 3 kez olarak ifade edildiği, aynı Tasarı'nın 16.1.3'üncü maddesinde Kontrol Teşkilatı tarafından tespit edilen eksik, kusurlu, hatalı ve sözleşme hükümlerine aykırı yapılan işlerin tespit edileceği, yüklenicinin ihale konusu hizmet ile ilgili görev ve sorumluluklarını istenilen düzeyde ve kesintisiz olarak yerine getirmediğinin veya yetersiz kaldığının tutanakla belgelmesi halinde cezai müeyyideler uygulamakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğinin düzenlendiği anlaşılmıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri, açıklamalar ve tespitler bir arada değerlendirildiğinde; Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde yer verilmesi gereken aykırılık halleri ve tekrarı durumlarında cezai müeyyideler uygulanarak sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemelere ayrıca anılan Tasarı'nın 16.1.3'üncü maddesinde yer verildiği, idarece Tip Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.3'üncü maddesinde uygun şekilde düzenleme yapılmadığı, bir başka deyişle 16.1.3'üncü maddede yer verilecek ağır aykırılığın gerçekleşmesi durumunda idarece ayrıca cezai müeyyide uygulanmadan doğrudan yüklenicinin sözleşmesinin 4735 sayılı Kanunun 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği belirtilmesi gerekirken, cezai müeyyidelerin uygulanarak sözleşmesinin feshedileceğinin ifade edildiği, bu bağlamda yapılan düzenlemenin Sözleşme Tasarısı'nın hem 16.1.1'nci hem de 16.1.2'nci maddesini kapsadığı, dolayısıyla söz konusu düzenlemenin mevzuata aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiş olup, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Öybirliği ile karar verildi.