

ihale sözleşmesindeki
Sözleşmeye aykırılık
hallerinde uygulanacak
cezanın bedellerinin farklı
olarak belirlenmesi (Danıştay
K1)

ihale sözleşmesindeki
Sözleşmeye aykırılık
hallerinde uygulanacak
cezanın bedellerinin farklı
olarak belirlenmesi

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2022/4724 K.

2022/4423 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/4423

Karar No:2022/4724

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının, dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı bakımından davalı idarece temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Dairesi Başkanlığı'nca 04/07/2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "2023 Yılı Personel ve Öğrenciler İçin Malzemeli Yemek İşİ" ihalesine ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; itirazın şikâyet başvurusunda yer alan 2., 3. ve 4. iddiaya ilişkin olarak yapılan inceleme sonucunda verilen itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı;

İtirazın şikâyet başvurusunda yer alan 1. iddiaya ilişkin olarak yapılan incelemede; davalı idare tarafından, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi'nin özel ve ağır aykırılık halleri dışında yer alan genel aykırılık hallerinin 16.1.1'inci maddesi kapsamında değerlendirileceği belirtilmiş ise de; sözleşmeye genel aykırılık halinde verilecek cezanın sözleşme bedelinin binde 1'i olarak tespit edildiği,

bununla birlikte özel aykırılık hallerinin düzenlendiği tabloda "...Yukarıda belirtilen aykırılık halleri dışında Teknik Şartnamede belirtilen diğer hususlara uyulmamasının tespiti halinde..." durumunun belirtildiği, söz konusu ifadeden genel bir aykırılık halinin düzenlendiği anlaşılmakla birlikte, bu kapsamda verilecek cezanın sözleşme bedelinin binde 2'si olarak belirlendiği, dolayısıyla sözleşmeye genel aykırılık halinde uygulanması gereken ceza miktarı noktasında ihale

dokümanında çelişkili bir düzenlemeye gidildiği anlaşıldığından, yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kararın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle, dava konusu işlem 2., 3. ve 4. iddia yönünden hukuka uygun bulunarak davanın bu kısımlar yönünden reddine, 1. iddia yönünden ise dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak işlemin bu kısmının iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, sözleşme tasarısının 16.1.5. maddesi ile 26.1. no'lu dipnot dikkate alındığında 16.1.2. maddede özel aykırılık hali olarak somut fiillere verilmesi gerektiğinin açık olduğu, özel aykırılıkların düzenlendiği tabloda her ne kadar "...Yukarıda belirtilen aykırılık halleri dışında Teknik Şartnamede belirtilen diğer hususlara uyulmamasının tespiti halinde..." ifadesine yer verilmiş olsa da bu ifadenin genel bir aykırılık hali olduğu, dolayısıyla sözleşme tasarısının 16.1.5. maddesinde yer alan "...somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddede yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz..." düzenlemesi dikkate alındığında söz konusu aykırılığın sözleşme tasarısının 16.1.1. maddesi kapsamında genel aykırılık hali olarak kabul edilmesi gerektiğinden dokümanlarda yer alan düzenlemeler arasında çelişki bulunmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

... Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Dairesi Başkanlığı tarafından 04/07/2022 tarihinde açık ihale usulü ile "2023 Yılı Personel Ve Öğrenciler İçin Malzemeli Yemek İşİ" ihalesi gerçekleştirilmiştir.

Davacı tarafından ise dokümana itiraz niteliğinde 28/06/2022 tarihinde ihaleyi gerçekleştiren idareye şikayet başvurusu yapılmış, yapılan bu başvurunun reddi üzerine de 4 farklı iddiada bulunularak 13/07/2022 tarihinde davalı idareye itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Dava konusu Kurul kararı ile itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinde "16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Cezalar, aykırılık halleri ve sözleşmenin feshine ilişkin hususlar bu Sözleşmenin 16, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hususlara ilişkin olarak söz konusu maddeler dışındaki ve ihale dokümanındaki diğer düzenlemeler sadece 16.1.1 inci madde kapsamında değerlendirilir.

16.1.1. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci maddesinde yer alan özel aykırılık ve 16.1.3 üncü maddesinde yer alan ağır aykırılık halleri dışında, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak ceza oranı, ilk sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır.]'dır. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan özel aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. 26.1 tabloda yer verilen özel aykırılıklardan herhangi birinin ilgili aykırılık için aynı satırda belirtilen sayıya ve toplam özel aykırılık halinin de ... 26.2 sayısına ulaşması koşullarının

birlikte gerçekleşmesi durumunda, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

16.1.5. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerinde yer verilen aykırılıklar kapsamında somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddelerde yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz. Ayrıca, aynı aykırılığın 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerde birlikte sayıldığı hallerde, sözleşme uygulamasında 16.1.3 üncü madde dikkate alınır.” açıklaması ile 16.1.2’nci maddeye bağlı 26.1 numaralı dipnotta “Bu kısımda aykırılık hali olarak somut fiillere yer verilebilecek olup, cezaya ilişkin yazılacak oranlar ilk sözleşme bedelinin %2’sinden fazla olamaz.” açıklamasına yer verildiği görülmüştür.

Aynı maddenin 16.1.2. fıkrasına ilişkin 26.1. numaralı dipnotunda, “Bu kısımda aykırılık hali olarak somut fiillere yer verilebilecek olup, cezaya ilişkin yazılacak oranları ilk sözleşme bedelinin %2’sinden fazla olamaz.” düzenlemesine yer verilmiştir.

İhaleye ait Sözleşme Tasarısı’nın “Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16’ncı maddesinde “16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Cezalar, aykırılık halleri ve sözleşmenin feshine ilişkin hususlar bu Sözleşmenin 16, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hususlara ilişkin olarak söz konusu maddeler dışındaki ve ihale dokümanındaki diğer düzenlemeler sadece 16.1.1 inci madde kapsamında değerlendirilir.

16.1.1. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci maddesinde yer alan özel aykırılık ve 16.1.3 üncü maddesinde yer alan ağır aykırılık halleri dışında, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak ceza oranı, ilk sözleşme bedelinin Binde 1’dir. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran %50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan özel aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. Tabloda yer

verilen özel aykırılıklardan herhangi birinin ilgili aykırılık için aynı satırda belirtilen sayıya ve toplam özel aykırılık halinin de 30 sayısına ulaşması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, 4735 sayılı Kanunun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

16.1.5. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerinde yer verilen aykırılıklar kapsamında somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddelerde yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz. Ayrıca, aynı aykırılığın 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerde birlikte sayıldığı hallerde, sözleşme uygulamasında 16.1.3 üncü madde dikkate alınır. ..." düzenlemesi yer almaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Temyize konu Mahkeme kararının , dava konusu Kurul kararının 1. iddia yönünden iptaline ilişkin kısmı incelendiğinde; Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin, "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesi ile dava konusu ihaleye ait sözleşme tasarısının 16. maddesinin 16.1.1, 16.1.2 ve 16.1.5. fıkralarında yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, sözleşmenin 16.1.2. maddesinde özel aykırılık hallerinin, 16.1.3. maddesinde ise ağır aykırılık hallerinin düzenlenebileceği, 16.1.2. maddesinde sayılan aykırılık hallerinin gerçekleşmesi halinde 16.1.2. maddede yer verilen ceza oranının uygulanması gerektiği, ancak, bunun için 16.1.2. maddede sayılan aykırılık hallerinin 16.1.2. maddesine ilişkin 26.1. numaralı dipnotun ve 16.1.5. maddesinde yer alan düzenlemeler uyarınca somut fiil niteliğinde olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan, sözleşmenin 16.1.2. ve 16.1.3. maddelerinde yer alan özel ve ağır aykırılık halleri dışında sözleşme hükümlerine uyulmaması ile 16.1.2. ve 16.1.3. maddelerinde sayılmakla birlikte somut fiil niteliğinde olmayan düzenlemelere yer verilmesi halinde söz konusu aykırılığın genel aykırılık hali olarak kabul edilmesi gerekmekte olup bu durumda sözleşmenin 16.1.1. maddesinde yer alan düzenlemenin

uygulanması gerekmektedir.

Davacı tarafından, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesinde genel aykırılık halinde uygulanacak cezanın sözleşme bedelinin binde 1,00'i oranında belirlenmesine karşın 16.1.2. maddesinde yer alan aykırılık hallerinin 18. sırasında, "Yukarıda belirtilen aykırılık halleri dışında Teknik Şartnamede belirtilen diğer hususlara uyulmamasının tespiti halinde" sözleşme bedelinin binde 2,00'si oranında ceza kesileceğinin düzenlendiği, anılan düzenlemenin de genel aykırılık hali olduğu, bahse konu iki düzenlemenin birbiri ile çeliştiği iddia edilmiş ise de Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.5. maddesinde yer alan, "Bu sözleşmenin 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerinde yer verilen aykırılıklar kapsamında somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddelerde yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz." hükmü uyarınca sözleşme tasarısının 16.1.2. maddesinde düzenlenen aykırılık hallerinin 18. sırasında yer alan ve somut nitelikte olmayan fiilin genel bir aykırılık hali olarak kabul edilerek bu aykırılık halinin Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde düzenlenen özel aykırılık hallerinin düzenlendiği tablonun 18. sırasında yer alan aykırılık hali her ne kadar genel bir aykırılık hâli olsa da sözleşme tasarısının 16.1.5. maddesinde yer alan düzenleme nedeniyle çelişkiye sebebiyet vermeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu işlemin bu kısmında hukuka aykırılık, işlemin bu kısmının iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının dava konusu Kurul kararının birinci iddia yönünden

iptaline ilişkin temyize konu kısmının BOZULMASINA,

3. DAVANIN BU KISMININ REDDİNE,

4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

5. ...-TL temyiz yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

6. Mahkemece davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedildiğinden, yeniden vekâlet ücretine hükmedilmemesine,

7. Posta giderleri avansından artan tutar ile istemi hâlinde kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine,

8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 13/12/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

