Sözleşme Tasarı maddesinde belirlenen aykırılıkların anılan maddede yer alan tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshedileceği düzenlemesine yer verildiği söz konusu fiil ve davranışların tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde mi tek sefer gerçekleşmesi halinde mi sözleşmenin feshedileceği hususunda çelişki bulunduğu ve ilgili düzenlemenin aykırı olduğu hk

Toplantı No	: 2021/048
Gündem No	: 75
Karar Tarihi	: 01.12.2021
Karar No	: 2021/UH.II-2196

BAŞVURU SAHİBİ:
Halil ÇALIK,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Küçükçekmece Belediyesi Veteriner İşleri Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2021/612783 İhale Kayıt Numaralı "Başıboş Sokak Hayvanlarının Toplanması, Rehabilitasyonu ve Haşere İle Mücadele Hizmet Alımı İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Küçükçekmece Belediyesi Veteriner İşleri Müdürlüğü tarafından 05.11.2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Başıboş Sokak Hayvanlarının Toplanması, Rehabilitasyonu ve Haşere İle Mücadele Hizmet Alımı İşi" ihalesine ilişkin olarak Halil Çalık'ın 01.11.2021 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 03.11.2021 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 15.11.2021 tarih ve 53412 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 15.11.2021 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2021/1895 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 16.1.2'nci maddesinde yer alan özel aykırılık halleri ile 16.1.3'üncü maddesinde yer alan ağır aykırılık hallerinin aynı olduğu, ağır aykırılık halleri için hem ceza uygulanacağına hem de sözleşmenin feshedileceğine ilişkin düzenleme yapılmasının Tip Sözleşme'ye aykırı olduğu, ayrıca aynı aykırılığın gerçekleşmesi halinde sözleşme feshi için gerekli aykırılık sayıları da birbirinden farklı ve çelişkili olacağından bahse konu durumun işin ifası aşamasında telafisi güç sorunlara neden olacağı ve ilgili düzenlemelerin mevzuata aykırı olduğu iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25'inci maddesinde "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.
f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması." hükmü,

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin eki Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "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:
16.1.1. Sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranı, sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır.]'dır. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.[26]
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 karşılanamaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.
16.3. 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesi gereğince yapılacak ihtarda 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 bulunduğunun 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." hükmü yer almaktadır.

Anılan Tip Sözleşme'nin 16'ncı maddesine ait 26.1'inci dipnotta "Bu kısma yazılacak oranlar, 16.1.1. inci maddede belirlenen asgari ceza oranından yüksek olmakla birlikte sözleşme bedelinin %2'sinden fazla olamaz." açıklaması,

26.2'nci dipnotta "Bu kısımda, aykırılık hali için ceza uygulamaya başlamadan evvel daha önceki bir aşamada ihtar yapılıp yapılmayacağı belirtilecektir." açıklaması,

26.3'üncü dipnotta "Bu kısma yazılacak sayı 3'ten az olamaz." açıklaması yer almaktadır.

İhaleye ait İdari Şartname'nin "İhale konusu işe ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde "2.1. İhale konusu hizmetin;
a) Adı: BAŞIBOŞ SOKAK HAYVANLARININ TOPLANMASI, REHABİLİTASYONU VE HAŞERE İLE MÜCADELE HİZMET ALIMI İŞİ
b) Miktarı ve türü: BAŞIBOŞ SOKAK HAYVANLARININ TOPLANMASI, REHABİLİTASYONU VE HAŞERE İLE MÜCADELE HİZMET ALIMI İŞİ
Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.
c) Yapılacağı yer: Küçükçekmece Belediyesi sınırları dahili ve Küçükçekmece Belediyesi Veteriner İşleri Müdürlüğü
ç) Bu bent boş bırakılmıştır." düzenlemesi,

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:
16.1.1. Sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranı, sözleşme bedelinin Yüzde 0,03 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. 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	4735 Sayılı Kanunun 25 inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi halinde	İhtar Yapılacaktır	Yüzde 0,03	3,00

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.
4735 sayılı Kanunun 25 inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi halinde
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 karşılanamaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.
16.3. 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesi gereğince yapılacak ihtarda 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 bulunduğunun 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.

Tip Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinden, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1'inci maddesinde sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranının belirtileceği, 16.1.2'nci maddesinde belirli sayıda gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshini gerektiren aykırılıklara ve bu aykırılıklarda uygulanacak ceza oranına tablo halinde yer verileceği, 16.1.3'üncü madde kapsamında ise 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceği aykırılık hallerinin düzenleneceği anlaşılmaktadır.

Ayrıca Tip Sözleşme'nin 16.1.2'nci maddesine ait 26.1'inci dipnottan tablo kapsamında yer verilen aykırılıklar için öngörülecek ceza oranlarının 16.1.1'inci maddede belirlenen asgari ceza oranından yüksek olmakla birlikte sözleşme bedelinin %2'sinden fazla olamayacağı, 26.3'üncü dipnottan ise tablo kapsamında yer verilen aykırılıklar için sözleşmenin feshini gerektiren aykırılık sayısının 3'ten az olamayacağı anlaşılmaktadır.

İdare tarafından düzenlenen Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesindeki tablo kapsamında aykırılık olarak "4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi" halinin belirlendiği ve ceza oranının yüzde 0,03, sözleşmenin feshini gerektiren aykırılık sayısının ise 3 olarak belirtildiği görülmüştür. Protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği aykırılıkların düzenlendiği 16.1.3'üncü madde kapsamında ise aykırılık olarak 16.1.2'nci maddedeki düzenleme ile aynı şekilde "4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi" halinin belirlendiği anlaşılmıştır.

Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2'nci maddesinde belirlenen aykırılıkların anılan maddede yer alan tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshedileceği, 16.1.3'üncü maddede belirlenen aykırılıklarda ise 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceği, ancak başvuruya konu ihale kapsamında idare tarafından her iki bent kapsamında da "4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi" düzenlemesine yer verildiği, söz konusu fiil ve davranışların tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde mi, tek sefer gerçekleşmesi halinde mi sözleşmenin feshedileceği hususunda çelişki bulunduğu ve ilgili düzenlemenin Tip Sözleşme'ye aykırı olduğu anlaşılmış olup, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25'inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar da dikkate alındığında başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılığı belirlenen ihale işlemlerinin 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,

Oybirliği ile karar verildi.