

Sözleşme Tasarısında işin
tekrar eden kısımlarının
sözleşmeye uygun olarak
gerçekleştirilmemesi şeklinde
gerçekleşecek aykırılıkların
Teknik Şartname maddelerinde
düzenlenen” farklı
yaptırımlara tâbi
aykırılıkları da
kapsayabileceği; Sözleşme
Tasarısı’nın maddesinde
belirtilen hâller dışında
kalan durumlarda ifadesi
kullanılmakla birlikte bu
cezayı gerektirecek özel
aykırılık durumlarına açıkça
yer verilmediği bu suretle
cezalara ve sözleşmenin

feshine ilişkin olarak Sözleşme Tasarısı'nda ve Teknik Şartnamede farklı, çelişkili ve belirsiz düzenlemelerin bulunduğu, oysa sözleşmenin feshine kadar gidebilecek sonuçlar doğuran cezai hükümlerin açık, kesin ve belirli olması gerektiği, ihale dokümanının oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralamasının bu belirsizliği gidermediği hk

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/3175 K.**

2021/3897 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3897

Karar No:2021/3175

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ...Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ...Taşımacılık Turizm Otomotiv Petrol Yemekçilik İnşaat Taahhüt Madencilik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Devlet Su İşleri 6. Bölge Müdürlüğü'nce 16/04/2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Sürücülerıyla Birlikte Araç Kiralama" ihalesinde ihale dokümanına yönelik olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 20/05/2021 tarih ve 2021/UH.II-1021 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirket tarafından ihale dokümanına yönelik olarak yapılan şikâyet başvurusunun idarenin 15/04/2021 tarihli işlemiyle reddi üzerine Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, başvuru dilekçesinde özetle; "1) Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesindeki düzenlemenin belirsiz olduğu, ihale konusu iş kapsamında aynı aykırılık için 3 değişik ceza uygulanacağını düzenlendiği, Sözleşme Tasarısı'nda aykırılık sayısı 50'den fazla olarak belirlenmişken, Teknik Şartname'de 40'dan fazla olarak belirlendiği, ihale dokümanı arasında uyumsuzluk olduğu,

Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde özel aykırılık hâllerinin belirlenmediği, aykırılık hâllerinin cezaya bağlı olarak az ve belirsiz sayıda düzenlendiği, işin farklı farklı kişiler tarafından gerçekleştirilecek olmasının işin yürütülmesinde risk oluşturacağı, ceza düzenlemelerinde hayatın olağan akışına aykırılık bulunduğu, örneğin 10 dakika

gecikme için sözleşme bedelinin binde 3'ü oranında ceza öngörüldüğü, Teknik Şartname'nin 4.2. maddesinde şoför ve araç olmak üzere 2 defa ve mükerrer ceza düzenlendiği, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesinde idareden kaynaklanmayan hâllerde şoför maaşlarının iki ay üst üste ödenmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceğinin düzenlendiği, düzenlemenin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 38. maddesine aykırı olduğu,

2) İdari Şartname ve Teknik Şartname'de araçların tüm bakım ve onarım giderlerinin yükleniciye ait olduğunun belirtildiği, ancak ihale konusu iş kapsamında araçların yapacakları toplam mesafenin çelişkili olduğu,

3) İdari Şartname'de A1 yetki belgesi için yapılan düzenlemenin çelişki yarattığı, İdari Şartname'nin 48.1. maddesinde işe başlamadan önce yetki belgesine işlenmiş taşıt kartlarının idareye sunulmasının istendiği, sunulmaması hâlinde Sözleşme Tasarısı'nın 16. uyarınca cezai işlem uygulanacağı, idareye belgeler sunulmadan nasıl işe başlanacağına belirsiz olduğu, 01/05/2021 tarihinde işe başlanacağı ve yetki belgesi sunulmadan işe başlanamayacağından bu konuda belirsizlik bulunduğu, yükleniciye verilecek ek 20 günlük süre için araçların çalıştırılıp çalıştırılmayacağı noktasında düzenleme bulunmadığı, bu durumun sağlıklı teklif verilmesine engel olduğu, iş ortaklıkları adi ortaklık olduğundan yetki belgesinin sunulamayacağı,

4) Araç takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre edilmesine ilişkin teknik özelliklerin Teknik Şartname'nin 3.8. maddesinde net belirlenmediği,

5) Araç bazında sürücülü olarak teklif alındığı, ancak Teknik Şartname'nin 2.12. maddesinde lüzum görülen hâllerde belli bir süre için araçların tamamının veya bir kısmının günlük çalışmalarının iptal edilebileceği ve ek ödeme yapılamayacağına, bu durumun teklif oluşturulmasına engel nitelikte olduğu,

6) Sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek eksikliklere

bağlı ceza uygulamasını kendi tuttuğu tutanaklara göre düzenleneceği hususunun Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'ne aykırılık teşkil ettiği,

7) Teknik Şartname'deki 2.1.c, 2.1.e ve 3.38. maddelerdeki düzenlemelerin teklif sunulmasını engelleyebileceği ve sözleşme aşamasında zorluk çıkarabileceği, yüklenicinin belirsiz bir yerde hazır olmaması durumunda ceza uygulanacağını belirlendiği, arazi ve yollar konusunda şoför ve yüklenicinin hiçbir söz hakkının bulunmadığı, idarenin kendi personelinin yarattığı hasardan yüklenicinin sorumlu tutulduğu, bu hususa ilişkin düzenlemelerin mevzuata aykırı olduğu,

8) İdari Şartname'de kıdem tazminatının kime ait olduğuna ilişkin düzenlemeye yer verilmediği,

9) İdari Şartname'nin 25. maddesinde binek araçlarla ilgili A1 ve A2 bendinde teklif fiyata dâhil giderlere yer verildiği, teklif cetvelinin ise araç X ay üzerinden oluştuğu, idarece şikâyetle cevap yazısında taşıt ve şoför giderlerinin aynı iş kalemi şeklinde yapılan düzenlemede aykırılık bulunmadığı şeklinde cevap verildiği, anılan düzenlemede yapılmayan ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma için ödeme yapılmayacağı yönünde düzenleme yapılmışsa da torba bir şekilde düzenleme yapıldığı, bu durumun problem yaratacağı, idarece gereksiz şekilde teklif fiyatı ve sözleşme bedelinin yükseltildiği" iddialarına yer verildiği;

Davacının itirazın şikâyet başvuru dilekçesinde belirttiği iddiaları ve davalı idarenin bu iddialara ilişkin inceleme ve değerlendirmeleri incelendiğinde, dava konusu Kurul kararında belirtilen 3, 5, 6, 7, 8 ve 9 numaralı iddialara ilişkin inceleme ve değerlendirmelerin, kamu ihale mevzuatına, ihale şartnamelerindeki düzenlemelere, ihale konusu işin niteliğine uygun olduğu, bu maddeler yönünden ihale dokümanında teklif vermeye engel bir düzenlemenin bulunmadığı;

Dava konusu Kurul kararının, 1, 2 ve 4 numaralı iddialara ilişkin kısmı yönünden yapılan inceleme ve değerlendirme neticesinde:

1 numaralı iddiaya ilişkin kısmı yönünden; Sözleşme

Tasarısı'nın 16.1.1. maddesindeki "işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi" şeklinde gerçekleşecek aykırılıkların, Teknik Şartname'nin "4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 maddelerinde düzenlenen" farklı yaptırımlara tâbi aykırılıkları da kapsayabileceği; Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde, 16.1.1. maddede belirtilen hâller dışında kalan durumlarda ifadesi kullanılmakla birlikte bu cezayı gerektirecek özel aykırılık durumlarına açıkça yer verilmediği; bu suretle cezalara ve sözleşmenin feshine ilişkin olarak Sözleşme Tasarısı'nda ve Teknik Şartname'de farklı, çelişkili ve belirsiz düzenlemelerin bulunduğu, oysa sözleşmenin feshine kadar gidebilecek sonuçlar doğuran cezai hükümlerin açık, kesin ve belirli olması gerektiği, ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralamasının bu belirsizliği gidermediği; 2 numaralı iddiaya ilişkin kısmı yönünden; ihale dokümanlarında ihale konusu iş kapsamında araçların yapacakları toplam mesafeye ilişkin bir açıklamaya yer verilmediğinin görüldüğü, ihale konusu işte yakıt giderlerinin yükleniciye ait olmadığı dikkate alındığında, araçların yapacakları toplam mesafenin kesin rakamlarla belirlenmemiş olması hâli teklif vermeye engel bir durum teşkil etmemekle birlikte, katedilecek mesafedeki büyük farklılıkların bakım ve onarım giderlerini etkileyebileceği dikkate alındığında, katedilecek mesafenin tamamen belirsiz olması (buna ilişkin olarak yaklaşık rakamın veya rakam aralıklarının verilmemiş olması) yükleniciye ait olan bakım ve onarım giderlerinin de belirsiz olmasına sebep olduğu, ihale dokümanlarında taşıtlar için yıllık 4 defa genel bakım yapılması, toplam 8 adet lastik değişimi yapılması gerektiği yönündeki düzenlemelerin bu belirsizliği ortadan kaldırmadığı;

4 numaralı iddiaya ilişkin kısmı yönünden; Teknik Şartname'de, ihale konusu işte çalıştırılacak taşıtların, mobil uzaktan taşıt takip sistemiyle donatılı olacağı, taşıtlarda kullanılacak uzaktan takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre olabilecek özellikte olacağı yönünde düzenlemeler bulunmasına

rağmen, buna ilişkin teknik özelliklere ihale dokümanında yer verilmediği, Kurul kararında, isteklilerin İdari Şartname'nin 12. maddesi kapsamında işin yapılacağı yeri ve çevresini görmek, inceleme yapmak suretiyle tekliflerin hazırlayabileceği belirtilerek iddia yerinde görülmemiş ise de, taşıtlarda kullanılacak uzaktan takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre olabilecek özellikle donatılabilmesi için, bu teknik bilgilerin istekliler tarafından bilinmesinin mutlak gereklilik olduğu, bu donatıların maliyetinin de teknik özelliklerine göre farklılık gösterebileceği dikkate alındığında, tekliflerin hazırlanabilmesi için gerekli olan bu bilgilere ihale dokümanında yer verilmeyerek, isteklilere bu bilgilere haricen ulaşma yükümlülüğü yüklenmesinin saydamlık ve rekabet ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu Kurul kararında belirtilen 1, 2 ve 4 numaralı iddialara ilişkin kısım hukuka aykırı bulunduğundan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, 1. iddia yönünden, idarece Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde 16.1.1. maddede belirtilen hâller dışında kalan durumlarda ifadesi kullanılmakla birlikte bu cezayı gerektirecek özel aykırılık durumlarına açıkça yer verilmediği, bu tür düzenlemeler bulunmaması durumunda özel aykırılık hâllerinin düzenlenmemesinden yükleniciye bu maddeden kaynaklı da ceza kesilemeyeceğinin anlaşılması gerektiği, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesinin Tip Sözleşme'nin 16.1.1. maddesinin 26 numaralı dipnotuna uygun olarak düzenlendiği, öte yandan ceza oranlarına ilişkin Sözleşme Tasarısı ve Teknik Şartname'de ortak hüküm bulunması hâlinde öncelikli olarak Sözleşme Tasarısı'na ilişkin cezaların uygulanması gerektiği, Sözleşme Tasarısı'nda ilgili bir hüküm yok ise Teknik Şartname'deki hükümlerin uygulanması gerektiği; 2. iddia yönünden, idarece Teknik Şartname'de bakım onarım ve lastik değişimine ilişkin sayıların açıkça düzenlendiği, söz konusu giderlerin teklif fiyata dâhil giderler arasında yer aldığı ve araçların

alışmalarında kilometre sınırlamasının bulunmadığı da dikkate alındığında, söz konusu düzenlemelerin teklif verilmesine engel nitelikte olmadığı, diğery taraftan ihale dokümanındaki düzenlemelere göre araçların kat edeceği mesafeye ilişkin bir kilometre öngörölebileceğı; 4. iddia yönünden, Teknik Şartname'nin 3.8. maddesinde araçlarda bulunacak taşıt takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre olabilecek özellikte olması gerektiğinin yer aldığı, başvuruya konu ihalenin araç kiralama işi olduğı, basiretli tacirlerin söz konusu düzenlemeleri dikkate alarak teklif verebileceğı, diğery taraftan İdari Şartname'nin 12. maddesi dikkate alındığında, bu durumun teklif vermeye engel nitelikte bulunmadığı ileri sürölmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde yapılan ceza düzenlemesinin belirsizliğey, uygulamada zorluğay ve çelişkiye neden olduğı, ihale konusu iş kapsamında çalıştırılacak araçların yapacakları toplam kilometrenin çelişkili olduğı, araçların tüm bakım ve onarımlarının yükleniciye ait olduğı göz önüne alındığında sağlıklı teklif alınmasının mümkün olmadığı, İdari Şartname'de A1 yetki belgesine yönelik olarak yapılan düzenlemenin çelişki yarattığı, araç takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre edilmesine ilişkin teknik özelliklerin net olarak belirtilmemesi isteklileri tereddüte düşörecekt nitelikte olduğı, araç bazında sürücölö olarak aylık teklif alınmasına rağmen idarenin istediğı sayıda aracı istediğı sürede çalıştırmayarak iptal edebileceğine yönelik düzenlemenin isteklileri tereddüte düşörecekt nitelikte olduğı ve sağlıklı teklif oluşturulmasına engel teşkil ettiğı, İdari Şartname'nin 25. maddesinde her türlü gidere yer verildiğı hâlde ihale konusu hizmet kapsamında 12 ay süreyle çalıştırılacak işçilere mevzuat gereğı ödenmesi gereken kıdem tazminatı giderinin kime ait olduğı hususunda bir düzenlemenin yapılmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiğı

savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...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 görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Devlet Su İşleri 6. Bölge Müdürlüğü'nce gerçekleştirilen ...ihale kayıt numaralı "Sürücüleriyle Birlikte Araç Kiralama" ihalesinde ihale dokümanına yönelik olarak davacı şirket tarafından ihale dökümanına 12/04/2021 tarihinde yapılan şikâyet başvurusunun idarece reddedildiği, bunun üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurulu'nun 20/05/2021 tarih ve 2021/UH.II-1021 sayılı kararı ile başvurunun reddine karar verildiği, anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Temyize konu Mahkeme kararında, dava konusu Kurul kararının 1, 2 ve 4 numaralı iddialarına ilişkin kısmı hukuka aykırı bulunarak dava konusu işlemin iptaline karar verildiği ve davalı idare tarafından temyiz yoluna başvurulduğu görüldüğünden, Kurul kararında belirtilen 1, 2 ve 4 numaralı iddialara ilişkin kısımla sınırlı temyiz incelemesi yapılmıştır.

Dava konusu Kurul kararında 1. iddia yönünden, Teknik Şartname'nin 4. maddesinde belirlenen cezai müeyyidelerin hayatın olağan akışına aykırı olduğu iddia edilmekteyse de, idarenin 10 dakika ile 30 dakika arası üzerindeki gecikmeler gibi cezai müeyyideleri belirleme noktasında takdir yetkisinin bulunduğu, diğer taraftan idarece Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde 16.1.1. maddede belirtilen hâller dışında

kalan durumlarda ifadesi kullanılmakla birlikte bu cezayı gerektirecek özel aykırılık durumlarına açıkça yer verilmediği, bu tür düzenlemeler bulunmaması durumunda özel aykırılık hâllerinin düzenlenmemesinden yükleniciye bu maddeden kaynaklı da ceza kesilemeyeceğinin anlaşılması gerektiği, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesinin Tip Sözleşme'nin 16.1.1. maddesinin 26 numaralı dipnotuna uygun olarak düzenlendiği, öte yandan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Sözleşmenin ekleri" başlıklı 8. maddesinde ihale dokümanına ilişkin öncelik sıralamasının belirlendiği, bu çerçevede Sözleşme Tasarısı ve Teknik Şartname'de ortak hüküm bulunması hâlinde öncelikli olarak Sözleşme Tasarısı'na ilişkin cezaların uygulanması gerektiği, Sözleşme Tasarısı'nda ilgili bir hüküm yok ise Teknik Şartname'deki hükümlerin uygulanması gerektiği, bu çerçevede davacının iddiasının yerinde olmadığı belirtilmiştir.

2. iddia yönünden, idarece Teknik Şartname'de bakım onarım ve lastik değişimine ilişkin sayıların açıkça düzenlendiği, söz konusu giderlerin teklif fiyata dâhil giderler arasında yer aldığı ve araçların çalışmalarında kilometre sınırlamasının bulunmadığı da dikkate alındığında, söz konusu düzenlemelerin teklif verilmesine engel nitelikte olmadığı ve söz konusu düzenlemelerde herhangi bir belirsizlik bulunmadığı, diğer taraftan işe başlama tarihi 01/05/2021, işi bitirme tarihinin 30/04/2022 tarihi olduğu, söz konusu ihalenin şoförlü araç kiralama işi olduğu, araçların şoförlü olduğu, haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak belirlendiği ve "İşin başlama ve bitiş noktası; DSİ ve bağlı Merkez ve Taşra Şube Müdürlükleri idare binalarıdır." düzenlemesi karşısında araçların kat edeceği mesafeye ilişkin bir kilometre öngörülebileceği, anılan sebeplerden dolayı davacının iddiasının yerinde olmadığı belirtilmiştir.

4. iddia yönünden, araçlarda bulunacak taşıt takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre olabilecek özellikte olması gerektiği düzenlemelerinin yer aldığı, başvuruya konu ihalenin araç kiralama işi olduğu, basiretli tacirlerin söz konusu

düzenlemeleri dikkate alarak teklif verebileceği, diğer taraftan İdari Şartname'nin 12. maddesi kapsamında işin yapılacağı yeri ve çevresini görmek, inceleme yapmak, teklifini hazırlamak ve taahhüde girmek için gerekli olabilecek tüm bilgileri temin etmenin isteklilerin sorumluluğunda olduğu ve işin yapılacağı yeri görerek teklif verebileceği de dikkate alındığında, bu durumun teklif vermeye engel nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, davacının iddiasının yerinde olmadığı belirtilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

1. Temyize konu Mahkeme kararının, dava konusu Kurul kararının 1. iddia yönünden iptaline ilişkin kısmı incelendiğinde; Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinde, "16.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1.

16.1.2.16.1.1'nci maddede belirtilen hâller dışında kalan [bu kısımda özel aykırılık hâlleri ayrıca belirtilebilecektir] durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza uygulanacaktır. Ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır. ..." kuralı yer almıştır.

Aynı maddenin 16.1.1. fıkrasına ilişkin 26 numaralı dipnotunda, "Bu maddede, aşağıdaki bentlerden işin niteliğine uygun olanı idare tarafından belirtilecektir.

..."

(3) İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenecektir:

İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı

uygulanmak üzere sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların [bu kısma 2'den az olmamak üzere asgari aykırılık sayısı yazılacaktır]'den fazla olması hâlinde ayrıca 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Ancak [bu kısma ağır aykırılık hâlleri yazılacaktır] hâllerinde, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir." düzenlemesine yer verilmiştir.

İhaleye ait Sözleşme Tasarısı'nın "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesinde, "16.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1. İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin binde 0,1 tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların 50'den fazla olması hâlinde ayrıca 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir. Ancak İdareden kaynaklanan sebepler haricinde şoför maaşlarının yüklenici tarafından iki ay üst üste ödenmemesi hâllerinde, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir.

16.1.2. 16.1.1'nci maddede belirtilen haller dışında kalan durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin binde 0,2 tutarında ceza uygulanacaktır. Ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır. (...)" kuralları yer almıştır.

İhaleye ait Teknik Şartname'nin "Cezai Şartlar" başlıklı 4.8.

maddesinde ise, “Bu şartnamenin dördüncü maddesinin 4.1 , 4.2 , 4.3 , 4.4 , 4.5 , 4.6 , 4.7 maddelerinde belirtilen her bir aykırılığın bir ayda ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle toplam 40 (kırk) adede ulaşması durumunda, yukarıda maddelerine karşılık gelen cezai müeyyideler uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir.” kuralı yer almıştır.

İhaleye ait Sözleşme Tasarısı’nın 16.1.1. maddesinin kapsamı incelendiğinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin ekinde bulunan Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi’nin 16.1.1. maddesinin 26 numaralı dipnotunda belirtilen sınırlamalara uygun olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Teknik Şartname’nin 4.8. maddesinde, bu şartnamenin dördüncü maddesinin 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 maddelerinde belirtilen her bir aykırılığın bir ayda ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle toplam 40 (kırk) adede ulaşması durumunda, yukarıda maddelerine karşılık gelen cezai müeyyideler uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanun’un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebileceğine yer verilmiştir.

Sözleşme Tasarısı’nın 16.1.1. maddesinde ise, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin binde 0,1 tutarında ceza kesileceği, bu aykırılıkların 50’den fazla olması hâlinde ayrıca 4735 sayılı Kanun’un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceğine yer verilmiştir.

Dolayısıyla, Teknik Şartname’nin 4.8. maddesinde hangi aykırılığın bir ayda ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle toplam 40 (kırk) adede ulaşması durumunun açıkça hangi fiilleri içerdiğine yer verdiği, bunları da 4.1 , 4.2 , 4.3 , 4.4 , 4.5 , 4.6 ve 4.7 maddelerinde belirtilen aykırılıklar olduğunun belirtildiği,

Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde ise, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi durumunda uygulanacak daha genel nitelikte bir düzenleme olduğu dikkate alındığında Teknik Şartname'de belirtilen fiiller dışındaki durumları kapsadığının anlaşıldığı, başka bir anlatımla Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesinin Teknik Şartname'nin 4.8. maddesini tamamlayacak şekilde düzenlendiği anlaşılmıştır.

Öte yandan, Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 16.1.2. maddesinde yer verilen "bu kısımda özel aykırılık hâlleri ayrıca belirtilebilecektir." ibaresi ile birlikte, ihaleyi gerçekleştiren idarelere ihtiyaç duydukları takdirde sözleşmenin bu kısmında özel aykırılık hâllerini belirlemek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla, bu ibare ile amaçlanan, ihaleyi gerçekleştiren idarelere özel aykırılık hâllerini düzenlemeye zorlamak değil, takdir yetkisi tanınarak bu madde konusunda esneklik sağlamaktır. Bu bakımdan, ihaleyi gerçekleştiren idarece Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinde özel aykırılık nedenlerine yer verilmemesinin ihale dokümanında belirsizliğe yol açmayacağı açıktır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının 1. iddiaya ilişkin kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu kısmının iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

2. Temyize konu Mahkeme kararının, dava konusu Kurul kararının 2. iddianın yönünden iptaline ilişkin kısmı incelendiğinde; İhaleye ait Teknik Şartname'nin 1. maddesinin (b) bölümünde, ihale kapsamında cinsleri belirtilen taşıtlarla hizmet vermek üzere toplam 84 adet taşıt ve 90 şoför çalışacağı, toplam 2 adet taşıtın 12 ay süre ile nöbetçi taşıt hizmetlerinde vardiyalı olarak hizmet vereceği; 2.4. maddesinde taşıtların sözleşme süresince çalışmalarında kilometre sınırlamasının (tahdidi) bulunmadığı; 2.5. maddesinde, işin başlama ve bitiş noktasının DSİ ve bağlı Merkez ve Taşra Şube Müdürlükleri idare binaları olduğu; 2.10. maddesinde, haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu; 3.6. maddesinde, ihale kapsamında çalıştırılacak taşıtlar için yıllık 4 defa genel bakım

yapılması, toplam 8 adet lastik değişimi yapılmasının öngörüldüğü belirtilmiştir.

İdari Şartname'nin 25.3.1. maddesinde ise, taşıtın akaryakıt hariç, tüm sigorta ve vergileri, her türlü bakım, tamir, lastik, amortisman, muayene ücretleri, GPS v.b. cihazların montaj masrafları ile diğer genel giderlerin teklif fiyatına dahil edileceğine yer verilmiştir.

Her ne kadar davacı tarafından, İdari Şartname ve Teknik Şartname'de araçların tüm bakım ve onarım giderlerinin yükleniciye ait olduğunun belirtildiği, ancak ihale konusu iş kapsamında araçların yapacakları toplam mesafenin çelişkili olduğu iddia edilmiş ise de, Teknik Şartname'nin 3.6. maddesinde açıkça ihale kapsamında çalıştırılacak taşıtlar için yıllık 4 defa genel bakım yapılması, toplam 8 adet lastik değişimi yapılacağı yer aldığından ve bu giderlerin teklif fiyata dahil giderler arasında bulunduğu dikkate alındığında, bu düzenlemelerde herhangi bir belirsizliğin bulunmadığının anlaşıldığı; ayrıca ihale konusu işe başlama tarihi 01/05/2021, işi bitirme tarihinin 30/04/2022 tarihi olduğu, şoförlü araç kiralama işi olan ihalede haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak belirlendiği, işin başlama ve bitiş noktasının DSİ ve bağlı Merkez ve Taşra Şube Müdürlükleri idare binaları olduğuna yer verildiğinden, araçların yapacağı toplam mesafenin hesaplanabilmesi için dokümanın elverişli olarak düzenlendiği sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının 2. iddiaya ilişkin kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu kısmının iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

3. Temyize konu Mahkeme kararının, dava konusu Kurul kararının 4. iddia yönünden iptaline ilişkin kısmı incelendiğinde;

İhaleye ait İdari Şartname'nin "İşin yapılacağı yerin görülmesi" başlıklı 12. maddesinde, "12.1. İşin yapılacağı yeri ve çevresini görmek, inceleme yapmak, teklifini hazırlamak ve taahhüde girmek için gerekli olabilecek tüm bilgileri temin etmek isteklinin sorumluluğundadır. İşyeri ve çevresinin görülmesiyle ilgili bütün masraflar istekliye

aıttır. 12.2. İstekli, işin yapılacağı yeri ve çevresini görmekle; işyerinin şekline ve mahiyetine, iklim şartlarına, işin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekli çalışmaların ve kullanılacak malzemelerin miktar ve türü ile işyerine ulaşım ve şantiye kurmak için gerekli hususlarda maliyet ve zaman bakımından bilgi edinmiş; teklifini etkileyebilecek riskler, olağanüstü durumlar ve benzeri diğer unsurlara ilişkin gerekli her türlü bilgiyi almış sayılır. 12.3. İstekli veya temsilcilerinin işin yapılacağı yeri görmek istemesi hâlinde, işin gerçekleştirileceği binaya ve/veya araziye girilmesi için gerekli izinler İdare tarafından verilecektir. 12.4. Tekliflerin değerlendirilmesinde, isteklinin işin yapılacağı yeri incelediği ve teklifini buna göre hazırladığı kabul edilir.” kuralı yer almıştır.

İhaleye ait Teknik Şartname’de, “3.7.Taşıtlar, mobil uzaktan taşıt takip sistemiyle donatılı olacaktır. Taşıt takip sistemi ile ilgili; internet adresi, kullanıcı adı ve şifre gibi bilgiler işe başlamadan önce DSİ’ye verilecek ve işin devamı süresince bu bilgilerde herhangi bir değişiklik olması hâlinde de değişikliğin olduğu gün DSİ’ye bilgi verilecektir.

3.8. Taşıt takip sistemi aboneliği Yükleniciye ait olup, sistemin ve cihazların güncellemesi, donanım, yazılım, işletme, bakım ve onarım giderlerinin de tamamı Yükleniciye aıttır. Taşıtların çalıştığı illerde araç takip sistemini sunan firmanın yetkili servis hizmeti bulunmalı ve bu servis de montaj ve bakım hizmeti vermelidir. Servis montaj ve bakım hizmet ücretleri Yükleniciye aıttır. Taşıt takip sistemi aşağıda belirtilen özelliklere sahip olacaktır: Taşıtlarda kullanılacak uzaktan takip sistemi DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre olabilecek özellikte olacaktır. Her bir taşıtın, plaka ve araç takip cihaz numarasına göre, coğrafi konum, adres ve anlık hız bilgisinin anlık olarak sayısal haritalar üzerinden takip edilebilmesi, her bir taşıtın gün içindeki işi başlama (kontakt açma) saati ve işe başlama yerinin tespit edilebilmesi, her bir taşıtın gün içindeki işi bitirme (kontakt kapatma) saati ve işi bitirme yerinin tespit edilebilmesi, her bir taşıtın

günlük toplam çalışma süresinin görülebilmesi, geçmişe dönük olarak (işin başlangıcından itibaren) her bir taşıtın ayrı ayrı çalışma raporlarının (günlük yapılan kilometre, günlük gidilen güzergâh) gün gün görülebilmesi ve Excel veya PDF formatında yazılı olarak çıkartılabilmesi, her bir taşıtın günlük olarak izlemiş olduğu güzergâh bilgisinin sayısal haritalar üzerinden takip edebilmesi, DSİ'nin talebi üzerine yüklenici, taşıtın yakıt depo kapağına depo kapak sensörünün takılı olması ve kapağın açılması durumunda ikaz sisteminin bulunması veya alınan yakıt miktarı ve tüketiminin takip edilebileceği takip sisteminin araç takip sistemine entegre edilebilir olacak şekilde sistemi sağlamakla yükümlüdür. ..." kuralları yer almıştır.

Her ne kadar davacı tarafından, araç takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre edilmesine ilişkin teknik özelliklerin Teknik Şartname'nin 3.8. maddesinde net belirlenmediği iddia edilmiş ise de, Teknik Şartname'nin 3.8. maddesinde taşıt takip sisteminin sahip olacağı özelliklere ilişkin ayrıntılı düzenlenmelere yer verilerek taşıtlarda kullanılacak uzaktan takip sisteminin DSİ Genel Müdürlüğü merkez sunucularında bulunan araç takip sistemine entegre olabilecek özellikte olacağının belirtildiği, İdari Şartname'nin 12. maddesinde işin yapılacağı yeri ve çevresini görmek, inceleme yapmak, teklifini hazırlamak ve taahhüde girmek için gerekli olabilecek tüm bilgileri temin etmenin isteklilerin sorumluluğunda olduğu ve isteklilerin tekliflerini buna göre hazırladıkları dikkate alındığında, ihale dokümanının teklif vermeye elverişli olarak düzenlendiği ve basiretli tacir olarak isteklilerin teklif vermesinin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının 4. iddiaya ilişkin kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu kısmının iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

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 BOZULMASINA,
3. DAVANIN REDDİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
6. Posta giderleri avansından artan tutarların taraflara ile istemi hâlinde kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine,
7. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
8. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 05/10/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.