

Belediyenin ortağı olduğu şirketinin Kamu İhale Kurulu kararınının Ek 2 Kabul Edilmeyen 3 g İstisna Talep Listesine ilişkin kısmının iptali için açılan davanın RED edilmesi(Danıştay Kararı 2022)

Belediyenin ortağı olduğu şirketinin Kamu İhale Kurulu kararınının Ek 2 Kabul Edilmeyen 3 g İstisna Talep Listesine ilişkin kısmının iptali için açılan davanın RED edilmesi

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

2022/676 E. , 2022/4023 K.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N İ Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/676

Karar No:2022/4023

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... A.Ş.

VEKİLLERİ : Av. ...

Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Davacı şirket tarafından, şirketin ana faaliyet konularına yönelik mal ve hizmet alımlarına ilişkin olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (g) bendi uyarınca istisna kapsamına alınması talebinde bulunulması üzerine tesis edilen ... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının "Ek:2 Kabul Edilmeyen 3(g) İstisna Talep Listesi"ne ilişkin kısmının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; davalı idare tarafından, mal/hizmet alımının kapsamı ve/veya niteliği anlaşılamadığı ve genel nitelikteki mal/hizmet alımı talep edildiği ileri sürülerek istisna kapsamında kabul edilmeyen mal alımlarına ilişkin "Ek-2 Kabul Edilmeyen 3(g) İstisna Talep Listesi"nde yer alan alımların sırasıyla; "Boru, pompa, filtre sistemleri, vana, soğuk ve sıcak hava ünitesi, ısı merkezi ekipmanları, filtreleme ekipmanları, valf, fan, türbin, sondaj makine ve ekipmanları, seperatör, difüzör vb. jeotermal enerji elde etmek için sondaj yapılması ve sondaj sonucunda jeotermal enerji üretilmesi için gerekli malzeme, makine ve ekipman alımı" olduğu, ilgili mevzuata göre, talep edilen mal ve hizmet alımlarının somut olarak ortaya konulması ve genel nitelikte talepte bulunulmamasının gerektiği, davacının taleplerinin doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini kapsamında, makine-teçhizat, ilk madde ve malzeme (ilk madde, yardımcı madde, ana malzeme, diğer işletme malzemesi ve bunlara ilişkin yedekler) ve dışarıdan sağlanan fayda ve hizmetler gibi doğrudan üretim süreci ile ilgili mal alımları ve hizmet alımları ile sınırlı tutulması şartını sağlamadığı, talep edilen alımların genel nitelikte olduğu, kaldı ki "...difüzör v.b.", "jeotermal enerji için gerekli malzeme" ifadeleri kullanılmak suretiyle talepte bulunularak talebin kapsamının belirsiz olarak genişletildiği, bu itibarla dava konusu Kurul kararının Ek-2'de belirtilen mal alımlarının istisna kapsamında olmadığına ilişkin kısmında 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 ... İdarî 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, Şirket Esas Sözleşmesi'nde açıkça yer alan faaliyet konularından birisi olan jeotermal enerji kaynaklarının kullanılmasına yönelik tesis inşa etmek, işletmeciliğini ve bakımını yapmak amacı ile bu tip bir tesisin kurulması ve işletilmesi için gerekli olacak ekipmanları da listelemek sureti ile istisna talebinde bulunduğu, matbu form ile yaptığı istisna talebinde jeotermal enerji tesisi kurulumu ve işletilmesi için zorunlu olan ekipmanı yeterli ve açık biçimde saydığı ancak talebinin "mal alımının kapsamının ve niteliğinin anlaşılamadığı"ndan bahisle reddedildiği, oysa aynı başvuruda benzer şekilde ifade ettiği güneş enerjisi üretimine ilişkin mal alımı ile jeotermal enerji üretimine ilişkin hizmet alımına ilişkin istisna talebinin kabul edildiği, bu durumun çelişki yarattığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacının jeotermal enerji üretimi faaliyetine ilişkin olarak mal alımının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (g) bendi kapsamında bulunmadığı, zira söz konusu alımın kapsamı ve niteliğinin anlaşılamadığı, doğrudan mal ve hizmet üretimine yönelik ihtiyaçlarının temini kapsamında değerlendirilemeyeceği ve genel nitelikteki mal alımı niteliğinde olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin

açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Karşıyaka Belediyesi'nin %100 hissesine sahip olduğu davacı şirket, ana faaliyetleri içerisinde yer alan güneş enerjisi üretimi ve jeotermal enerji üretimine yönelik mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (g) bendi ve Kamu İhale Tebliği Hükümleri uyarınca istisna kapsamına alınmasını temin etmek amacıyla Kamu İhale Kurumu'na 28/04/2020 tarihinde başvuru yapmıştır.

Davacı şirket anılan başvurusunda güneş enerjisi üretimi için mal alımının istisna kapsamına alınması talebini "Güneş enerjisinden elektrik üretim tesisi kurulması ve üretilen enerjinin nihai tüketim alanlarında kullanılabilmesi için gerekli olan her türlü malzeme ve cihaz temini (enerji kabloları, akümülatör, trafo, scada sistemleri, AC/DC invertör, metal konstrüksiyon fotovoltaik panel, enerjisi simulasyonu yazılımları vb.)" şeklinde; jeotermal enerji üretimi için mal alımının istisna kapsamına alınması talebini "Boru, pompa, filtre sistemleri, vana, soğuk ve sıcak hava ünitesi, ısı merkezi ekipmanları, filtreleme ekipmanları, valf, fan, türbin, sondaj makine ve ekipmanları, seperatör, difüzör vb. jeotermal enerji elde etmek için sondaj yapılması ve sondaj sonucunda jeotermal enerji üretilmesi için gerekli malzeme, makine ve ekipman alımı" şeklinde; jeotermal enerji üretimi için hizmet alımının istisna kapsamına alınması talebini ise "1. Sistem elemanları tamir ve bakım hizmet alımı (pompa motorjenaratör vb.) 2. İş makinesi kiralama hizmet alımı" şeklinde ifade etmiştir.

... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararı ile güneş enerjisi üretimi için mal alımı ile jeotermal enerji üretimi için hizmet alımının 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendi uyarınca istisna kapsamında olduğuna, jeotermal enerji üretimi için mal alımının ise "mal alımının kapsamı ve niteliği anlaşılamadığı" ve "genel nitelikteki mal alımı talep edildiği"nden bahisle söz konusu hüküm uyarınca istisna kapsamında olmadığına karar verilmiştir.

Bunun üzerine davaya konu Kurul kararının jeotermal enerji üretimi için mal alımının istisna kapsamında olmadığına ilişkin kısmının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

...

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler."; "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin (g) bendinde ise, "2'nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüz milyar Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları ... ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir." kuralına yer verilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 4.3.2.5. maddesinde, "İstisna taleplerinde yer verilecek mal ve hizmetlerin, bu idarelerin ticari ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini kapsamında, makine-teçhizat, ilk madde ve malzeme (ilk madde, yardımcı madde, ana malzeme, diğer işletme malzemesi ve bunlara ilişkin yedekler) ve dışarıdan sağlanan fayda ve hizmetler gibi doğrudan üretim süreci ile ilgili mal alımları ve hizmet alımları ile sınırlı tutulması, ana faaliyetin bizzat kendisi olan nihai mal ve hizmetler için başvuruda bulunulmaması, üretim süreci ile ilgili olmayan ve bu idarelerin

dışındaki diğer idarelerce de ihtiyaç duyulan, üretimle dolaylı ilişkilendirilebilecek ve/veya genel nitelikteki mal ve hizmet alımlarına taleplerde yer verilmemesi gerekmektedir.” kuralı yer almaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

13/04/2020 tarih ve 10057 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nin davacı şirkete ilişkin kısmının “Amaç ve Konular” başlıklı 3. maddenin (f) ve (ü) bentlerinde jeotermal enerji sektöründe enerji kaynaklarının bulunması ile ilgili her türlü araştırmalar, arama ve sondajlar yaptırmak ve bulunan enerji kaynaklarının kullanılmasına yönelik tesisleri kurmak, projelendirmek, inşa etmek, işletmeciliğini ve bakımını yapmak şirketin ana faaliyetleri arasında sayılmıştır.

Davacı şirketin ana faaliyetlerine yönelik mal ve hizmet alımlarını 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (g) bendi uyarınca istisna kapsamına alınmasını temin etmek amacıyla yaptığı 28/04/2020 tarihli başvurusunun jeotermal enerjiyle ilgili kısmı incelendiğinde; istisna kapsamında yapılacak mal alımlarının “jeotermal enerji üretimi” faaliyetine ilişkin olduğunun belirtildiği, bu alımların sınırının “jeotermal enerji elde etmek için sondaj yapılması ve sondaj sonucunda jeotermal enerji üretilmesi için gerekli malzeme, makine ve ekipman alımı” olarak belirlendiği ve hangi mal alımlarının istisna kapsamında gerçekleştirileceğinin örnekleme yolu ile sayıldığı görülmüştür.

Davacı şirketin talebini jeotermal enerji üretimine yönelik ihtiyaçlarının temini kapsamında sondaj yapılması ve sondaj sonucunda jeotermal enerji üretilmesi amacı ile ilgili mal alımlarına hasrettiği ve üretim sürecinde kullanılacak malzemelerin tamamının açıkça belirtilmesi mümkün olmadığından örnekleme yoluyla saydığı anlaşıldığından doğrudan üretim sürecine ilişkin mal alımları ile sınırlı tutulan talebin genel nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.

Kaldı ki davacı şirketin aynı başvurusunda benzer şekilde ifade ettiği güneş enerjisi için mal alımı ve jeotermal enerji üretimi için hizmet alımına ilişkin taleplerin genel nitelikli mal/hizmet alımına ilişkin olup olmadığı tereddütüne düşülmeden 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (g) bendi uyarınca istisna kapsamında olduğuna karar verilmiştir.

Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararına yönelik

istinaf isteminin reddine ilişkin temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan 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. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 08/11/2022 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar ver