

ihale itirazen şikâyet
aşamasında teklif edilen tüm
sistem bileşenlerinin
renkleri ile ilgili ise
başlamadan önce idareden onay
alınmasına yönelik söz konusu
Teknik Şartname
düzenlemesinin temin edilmesi
gereken donanımların
renklerini bilen veya tahmin
edebilen kişilere avantaj
sağladığı ve bu avantajın
eşitlik ve rekabet ilkelerini
ihlal ettiğine ilişkin
iddiasının da esastan
değerlendirilmesi gerekirken
sekil yönünden reddine dair
dava konusu Kurul kararının

bu kısımda hukuka uygunluk bulunmamaktadır

Toplantı No	: 2020/004
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 29.01.2020
Karar No	: 2020/MK-23

BASVURU SAHİBİ: Karbil Yazılım Ve Bilişim Teknolojileri Ticaret Anonim Şirketi
İHALEYİ YAPAN İDARE: Eshot Genel Müdürlüğü
BASVURUYA KONU İHALE: 2019/316163 İhale Kayıt Numaralı "Akıllı Ücret Toplama Sistemi" İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı Eshot Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/316163 ihale kayıt numaralı "Akıllı Ücret Toplama Sistemi" ihalesine ilişkin olarak, Karbil Yazılım ve Bilişim Teknolojileri Ticaret Anonim Şirketi itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 02.10.2019 tarihli ve 2019/UH.II-1281 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Karbil Yazılım ve Bilişim Teknolojileri Ticaret Anonim Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 26.12.2019 tarihli E:2019/2065, K: 2019/2657 sayılı kararında "2-Teknik Şartname'nin "Tasarım ile İlgili Genel Şartlar" başlıklı 15'inci maddesinde yer alan "...15.8.2. Teklif edilen tüm sistem bileşenlerinin renkleri ile ilgili ise başlamadan önce İDARE'nin yazılı onayı alınacaktır. Renkleri için İDARE'nin yazılı onayı alınmamış ürünler kabul edilmeyecektir." düzenlemesi yönünden;

Bu itibarla, davacı şirketin şikâyet başvurusunun reddi üzerine, 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşıldığından, itirazen şikâyet aşamasında teklif edilen tüm sistem bileşenlerinin renkleri ile ilgili ise başlamadan önce idareden onay alınmasına yönelik söz konusu Teknik Şartname düzenlemesinin temin edilmesi gereken donanımların renklerini bilen veya tahmin edebilen kişilere avantaj sağladığı ve bu avantajın eşitlik ve rekabet ilkelerini ihlal ettiğine ilişkin iddiasının da esastan değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 13. Dairesi'nin 27.09.2019 tarih ve E:2014/1063, K:2019/2778 sayılı kararı da bu doğrultudadır.

10-Teknik Şartnamenin "Kamu Zararlarının Karşılanması" başlıklı 19.1 maddesinde yer alan "19.1.1.3. Sistem kesintisi Cumartesi veya Pazar gününe denk gelmesi durumunda, kesintinin yaşandığı gün resmi tatil, bayram gibi toplu ulaşım kullanımının normalden farklı görüldüğü bir güne denk gelir ise, hasilat kaybı, hafta içi hafta sonu ayrımı yapılmaksızın, son bir (1) yıl içindeki en yüksek akıllı kart/bilet kullanım hasılatının gerçekleştiği gün baz alınarak hesaplanacağına yönelik söz konusu Teknik Şartname düzenlemesinin niteliği itibarıyla bir cezai şart olduğu ve cezai şartın sözleşme bedeli üzerinden yüzde olarak belirlenmesi gerektiği, uyumsuzluk konusu düzenlemede ise herhangi bir sınır öngörülmediği gibi tip sözleşmeye de açıkça aykırı olduğu iddialarına itirazen şikâyet dilekçesinde yer verilmesi sebebiyle bu madde yönünden yapılan başvurunun esastan değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 13. Dairesi'nin 27.09.2019 tarih ve E:2014/1063, K:2019/2778 sayılı kararı da bu doğrultudadır.

Kaldı ki davacı tarafından şikâyet yoluna başvurulduğu aşamada 19. madde ve alt bentlerinde öngörülen düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu yönünde iddialara da yer verildiğinden kurul kararının başvurunun şekil şartlarını taşımadığı gerekçesi de yerinde görülmemiştir.

13- Bayilik hizmetine ilişkin Teknik Şartname'nin 8.25, 8.26, 8.27, 8.28, 8.29, 8.30, 8.31, 8.32, 8.33, 8.34 ve 8.35'inci maddeleri yönünden;

Uyumsuzluğa konu Teknik Şartname'nin 8.32.17 – 8.32.18. – 8.32.19 – 8.32.20 maddeleri yönünden ise; iş bu maddelerde yer verilen düzenlemelerin bayide bulundurulması gereken zorunlu kart stok sayısına ilişkin olduğu, anılan düzenlemelerde belirtilen bulundurulması gereken zorunlu kart stok sayısına ilişkin bir veriye ise uyumsuzluk konusu teknik şartnamede yer verilmediği görülmektedir. Bu kapsamda kart satış hizmetinde sürekliliğin sağlanması amacıyla iki ay boyunca satılmayan kartların iki ay sonunda zorunlu kart stok sayısı hesaplanırken sıfır olarak kabul edileceği düzenlemesi de dikkate alındığında bayilerin ve dolayısı ile yüklenicinin ne kadarlık bir kart maliyeti ile karşı karşıya kalacaklarının tam olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığından anlaşıldığı, bu hususun da teklif fiyatın sağlıklı bir şekilde oluşturulmasına engel mahiyette olduğu, bu husus nedeniyle kamu aleyhine teklif fiyatın olumsuz etkilenebileceği, bu durumun da 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ilkelerle bağdaşmadığı değerlendirildiğinden anılan maddeler yönünden yapılan itirazen şikâyet başvurusunun reddine yönelik kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

15- Teknik Şartname'nin "Validatör Kurulumu ve Montajı" başlıklı 9.19'uncü maddesinde "...9.19.2. Gittigin kadar öde sistemi veya artı para sistemi veya sözleşme süresi içinde İDARE tarafından talep edilebilecek yeni bir ücretlendirme modelinin uygulanabilmesi için validatörlerin birbirlerine bağlanması, ücret hesaplaması, kişi tanımlaması vb. herhangi bir iş için gerekli ek donanımlar YÜKLENİCİ tarafından ücretsiz olarak temin edilecektir." düzenlemesi yönünden;

İdareye yapılan şikâyet başvurusuna verilen cevapta ve uyumsuzluğa konu kurul kararında söz konusu sistem bileşenlerinin sayısına ve detayına Teknik Şartnamenin 5. maddesinde yer verildiği ve davacının iddialarının teklif hazırlama noktasında engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle başvuruların reddine karar verilmiş ise de anılan düzenlemede yer verilen sistem bileşenlerinin halihazırda uygulanan ücretlendirme modelinin uygulanabilmesi kapsamında istenen bileşenlere yönelik olduğu, uyumsuzluğa konu düzenlemede ise herhangi bir sınırlama koyulmaksızın idarece yeni sistem bileşenlerinin kullanımını zorunlu kılan farklı bir ücretlendirme sisteminin uygulanmasının istenilebileceğine yönelik bir düzenleme içerdiği, bu düzenleme uyarınca da yeni ücretlendirme modelinin uygulanabilmesi için gerekli sistem bileşenlerinin yüklenici tarafından ücretsiz olarak karşılanmasının öngörüldüğü, bu durumun gerçekleşmesi durumunda da yüklenicinin önceden belirlenmesi mümkün olmayan bir taahhüt altına gireceğinden dolayı anılan ihale kapsamında sunulan teklif fiyatının kamu aleyhine olacak şekilde olumsuz etkilenebileceği, yine ücretlendirme sistemindeki belirsizliğin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen saydamlık ilkesi ile de bağdaşmadığı değerlendirildiğinden bu madde yönünden yapılan başvurunun reddine ilişkin kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

18- Teknik Şartnamenin "Yazılımların Test Edilmesi ve Devreye Alınması" başlıklı 14.4 maddesinde yer alan 14.4.13. maddesi ve "Validatör Garanti ve Teknik Destek Şartları" başlıklı 16.3 maddesinde yer alan 16.3.5 maddesi yönünden;

Bakılan davada, davacı tarafından is bu bent altında zikredilen düzenlemeler yönünden hukuka aykırılık iddiası ile davalı idareye itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuş ise de davalı idarece anılan düzenlemeler uyarınca bir inceleme yapıp karar verilmediği görülmektedir. Bu durumda, yukarıda yer verilen mevzuat hükmü uyarınca Kamu İhale Kurulunun kendisine yapılan başvuruları inceleyip başvurular hakkında yine maddede belirtilen kararlardan birinin verilmesi gerekirken, uyumsuzluk konusu kurallar incelenmeden başvurunun reddedilmesinde hukuka uyumluk görülmemiştir. İş bu sebeple zikredilen düzenlemeler yönünden yapılan başvurunun reddine dair dava konusu kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Netice itibarıyla gerekçeleri yukarıda açıklandığı şekilde, dava konusu kurul kararının; uyumsuzluk konusu doküman düzenlemelerinden Teknik Şartnamenin 15.8.2, 19.1.1.3, 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20, 9.19.2, 14.4.13 ve 16.3.5 maddeleri yönünden yapılan başvurunun reddine yönelik kısmında hukuka uygunluk, diğer maddeler yönünden yapılan başvurunun reddine dair kısmında ise hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurul kararının, Teknik Şartnamenin 15.8.2, 19.1.1.3, 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20, 9.19.2, 14.4.13 ve 16.3.5 maddelerine yönelik kısmı yönünden iptaline," gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi 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,

- 1- Kamu İhale Kurulunun 02.10.2019 tarihli ve 2019/UH.II-1281 sayılı kararının Teknik Şartname'nin 15.8.2, 19.1.1.3, 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20, 9.19.2, 14.4.13 ve 16.3.5 maddelerine yönelik iddialar ile ilgili kısmının iptaline,
- 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Teknik Şartname'nin 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20 ve 9.19.2 maddeleri yönünden, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,
- 3- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda başvuru sahibinin Teknik Şartname'nin 15.8.2, 19.1.1.3, 14.4.13 ve 16.3.5 maddelerine yönelik iddialarının esasının incelenmesine geçilmesine,

Oybirliği ile karar verildi.