

idarece ihale konusu işin yerine getirilmesinde kullanılacak araçların isteklinin kendi malı olması istenen 1 adet damperli kamyon ile 1 adet kazıcı yükleyici aracının anılan yönetmelikte belirtilen işin niteliği gereği şeklindeki istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği bu araçların kiralanması durumunda ihale konusu işin yerine getirilmesinde bir sorun yaşanmayacağı

Toplantı No	: 2021/007
Gündem No	: 22
Karar Tarihi	: 17.02.2021
Karar No	: 2021/MK-66

BAŞVURU SAHİBİ:

Bilge Can İnşaat Nak. Tem.Taah.İşl.Gıda Mad.San.Ve Tic.Ltd.Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Lüleburgaz Belediyesi Su Ve Kanalizasyon Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2020/396024 İhale Kayıt Numaralı “Kanal Açma Hizmet Alımı İşi” İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Lüleburgaz Belediyesi Su ve Kanalizasyon Müdürlüğü tarafından yapılan 2020/396024 ihale kayıt numaralı “Kanal Açma Hizmet Alımı İşi” ihalesine ilişkin olarak Bilge Can İnşaat Nak. Tem. Taah. Gıda Mad. San.ve Tic. Ltd. Şti. tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması üzerine Kurulca alınan 30.09.2020 tarih ve 2020/UH.II-1598 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Davacı Bilge Can İnşaat Nak. Tem. Taah. Gıda Mad. San.ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 12. İdare Mahkemesinin 29.12.2020 tarih ve E:2020/1952, K:2020/2281 sayılı kararında “Teknik Şartname’nin 74’üncü maddesinde ihale konusu iş kapsamında çalıştırılacak araçlara ve bu araçların asgari kaç yaşında olması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verildiği, ancak bu araçlara yönelik kendi “malı şartı” ile yaş sınırlaması getirilmesinin mevzuata uygun olmadığı, söz konusu düzenlemelerin ihaleye katılımı daraltıcı nitelikte olduğu,” iddiasına ilişkin olarak, davalı idarece; “kendi malı” olma şartı istenilen araçların sayısı ve niteliği ile işin yürütülmesinde kullanılacak toplam araç sayısı, niteliği ve ihale konusu işin gerçekleştirilmesindeki önem derecesi ve kapsamı birlikte ele alındığında, 1 adet damperli kamyon ile 1 adet kazıcı yükleyici aracının yüklenicinin “kendi malı” olması gerektiğine yönelik yapılan düzenlemenin, ihaleye katılımı ve rekabeti engelleyici hususlar içermediği ifade edilmiş ise de, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; uyumsuzluk konusu ihalenin “Kanal Açma Hizmet Alımı İşi” olduğu, idarece ihale konusu işin yerine getirilmesinde, yükleniciden 6 farklı nitelik ve özellikte toplam 14 araç ile 8 farklı nitelik ve özellikte toplam 11 makine ve ekipman istenildiği, bunlardan 1 adet damperli kamyon ile 1 adet kazıcı yükleyici aracının yüklenicinin “kendi malı” olması gerektiği yönünde düzenleme yapıldığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Temel İlkeler” başlıklı 5’inci maddesinde idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğunun hüküm altına alındığı, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 41’inci maddesinde yer alan hükümler ile Kamu İhale Genel Tebliği’nin ilgili maddeleri gereğince, kullanılması öngörülen makine ve ekipmanın kendi malı olması şartının aranmaması esas olmakla birlikte, işin niteliği gereği kendi malı olması istenen makine ve ekipmana ilişkin yeterlik kriterinin belirlenebileceği, ancak idarelerin aynı zamanda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Temel İlkeler” başlıklı 5’inci maddesi gereği ihalede rekabet ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması konusunda da sorumlu oldukları, bu nedenle söz konusu yetkinin ihaleye katılımı ve rekabeti engelleyici sonuç doğuracak şekilde kullanılmaması gerektiğinin kabulü ile, ihale konusu iş göz önüne alındığında, idarece ihale konusu işin yerine getirilmesinde kullanılacak olup, isteklinin “kendi malı” olması istenen ve başvuru sahibi tarafından şikâyet konu edilen, 1 adet damperli kamyon ile 1 adet kazıcı yükleyici aracının anılan yönetmelikte belirtilen “işin niteliği gereği” şeklindeki istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu araçların kiralanması durumunda ihale konusu işin yerine getirilmesinde bir sorun yaşanmayacağı açıktır.

Bu durumda, sözleşme aşamasında tedarik edilebilecek araçların yeterlilik kriteri olarak “kendi malı” olarak istenmesi, ihaleye katılım aşamasında bünyesinde bu makine ve ekipmanın tamamı veya bir kısmı olmayan ancak ihaleden sonra bu makine ve ekipmanı tedarik edebilecek firmalarının ihaleye katılmalarını önleyeceği açık olup, ihale üzerinde kalan yükleniciler, bu ekipmanları sözleşme sürecinde temin edemediği durumlarda ihale mevzuatı gereğince ceza, fesih, yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi gibi bir takım yaptırımlara maruz kalınacağından, firmalar ihaleden sonra temin edilebilecek makine ve ekipmanı ihaleden önce gereksiz yere bünyesinde bulundurma zorunluluğunda olmayacağı gibi, ayrıca işin niteliğinin gerekli olmadığı bu tür ihalelerde makine ve ekipmanın “kendi malı” olarak istenmesi ülkemizde gereksiz bir araç parkının oluşmasına yol açacağı, basiretli tacir olarak ihaleye katılacak isteklilerin “kendi malı” olması istenilen makine ve ekipman için edinim bedellerini teklif fiyatlarına yansıtacakları, bunun da ihalede isteklilerin teklif fiyatlarını ister istemez artıracak, dolayısıyla ihalede kaynak israfına neden olacağı, bu durumun da 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5’inci maddesinde belirtilen temel ilkelerden kaynakların verimli kullanılmasını ilkesini de zedeleyeceğinin yanı sıra dava konusu ihaleye sadece iki isteklinin katıldığı dikkate alındığında ihaleye katılımı ve rekabeti engellediği sonucuna varılarak, itirazın şikâyet başvurusunun 4’üncü iddiası bakımından başvurunun reddine ilişkin kısmında hukuka ve mevzuata uygunluk görülmemiştir.

...

Açıklanan nedenlerle; dava konusu ihalenin ve itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemin, davacının 4. iddiasına ilişkin kısmı yönünden iptaline, 1., 2., 3., 5., 6., 7. ve 8. iddiasına ilişkin kısımları yönünden ise davanın reddine” gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının 4’üncü iddia ile ilgili kısmı yönünden iptaline, diğer iddialar ile ilgili kısımlar yönünden ise reddine 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 hükme 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 gün 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 30.09.2020 tarih ve 2020/UH.II-1598 sayılı kararının 4’üncü iddiasının “Teknik Şartname’nin 74’üncü maddesinde ihale konusu iş kapsamında çalıştırılacak araçlara yönelik kendi malı şartı getirilmesinin mevzuata uygun olmadığı” kısmına yönelik değerlendirmelerin iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.