

ihalede bazı araçların yüklenicinin kendi malı olması gerektiğine yönelik dokümanda yer alan düzenlemenin, ilgili Yönetmelik kuralının ihaleye katılımı ve rekabeti artırma amacına uygun düşmediği, ihalede rekabeti ve katılımı engelleyici nitelikte olduğu anlaşılmakla, ihalenin iptaline ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, anılan Kurul kararının iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır gerekçesiyle Mahkeme

**kararının bozulmasına ait
Danıştay Kararlı karar**

Toplantı No	: 2022/035
Gündem No	: 96
Karar Tarihi	: 07.07.2022
Karar No	: 2022/MK-236

BASVURU SAHİBİ:

Eksen Group Taah. ve Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Sancaktepe Belediyesi Temizlik İşleri Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2021/660679 İhale Kayıt Numaralı "İlçemizin Katı Atıklarının Toplanması, Nakli Ve Temizliği İçinde Kullanılmak Üzere Temizlik Araçları Ve İş Makinaları Çalıştırılması Hizmet Alımı İşi" ihalesine ilişkin olarak Eksen Group Taah. ve Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 08.12.2021 tarihli ve 2021/UH.II-2229 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline" karar verilmiştir.

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Sancaktepe Belediye Başkanlığı Temizlik İşleri Müdürlüğü tarafından yapılan 2021/660679 ihale kayıt numaralı "İlçemizin Katı Atıklarının Toplanması, Nakli ve Temizliği İçinde Kullanılmak Üzere Temizlik Araçları ve İş Makinaları Çalıştırılması Hizmet Alımı İşi" ihalesine ilişkin olarak Eksen Group Taah. ve Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 08.12.2021 tarihli ve 2021/UH.II-2229 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline" karar verilmiştir.

Davacı Sancaktepe Belediye Başkanlığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 24.02.2022 tarihli ve E:2021/2704, K:2022/415 sayılı kararında "... İstekli olabileceklerin şikâyet ve itirazen şikâyet yollarına başvurabilecekleri, dava dışı başvuruçunun bu kapsamda olduğundan davacının ehliyetine ilişkin, uyumsuzluk ihale dokümanına ilişkin olduğundan davacının davalı idarenin görevine ilişkin, 01/11/2021 tarihinde dokümanın edinildiği, 01/11/2021 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulduğu, başvuru davacı idarece 02/11/2021 tarihli işleme reddi üzerine 12/11/2021 tarihinde davalı idarenin kaydına giren dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulduğundan davacı idarenin başvuru sürelerine ilişkin iddialarına itibar edilmemiştir.

Başvurucu dava dışı Eksen Group Taah. ve Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti.'nin yalnızca (3) numaralı iddiasının yerinde olduğu kabul edilerek ihalenin iptaline karar verildiği görüldüğünden uyumsuzluğun yalnızca (3) numaralı iddia yönünden incelenmesi gerekmektedir.

Uyumsuzluğun özü, dava konusu ihaleye ait Teknik Şartnamede kendi malı araca ilişkin düzenlemenin yeterlik kriteri olup olmadığıdır.

Yeterlik Kriterleri, 4734 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde belirtilen ve ihaleye katılacak isteklilerden ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliliklerin belirlenmesi amacıyla istenilen bilgi ve belgeler olarak tanımlanmaktadır.

Fiyat dışı unsurlar, genel itibarıyla, ihale konusu edimin niteliklerine ilişkindir. Bu kapsamda ihale konusu işin özelliği göz önünde bulundurularak işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi unsurlar fiyat dışı unsur olarak belirlenebilir.

Bu durumda, iddia konusu düzenlemenin, Teknik Şartnamenin 2'nci ve "Diğer Hususlar" başlıklı 11'inci maddesinde yer aldığı, idarece ihale konusu işin yürütülmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve ekipman kapsamında bir düzenleme olduğu ve işe ait İdari Şartnamede yeterlik kriteri olarak belirlenmediği, sözleşme aşamasında incelenmesi gerektiği, ihale aşamasında bu belgelerin sunulmamasının teklifin değerlendirme dışı bırakılacağı anlamına gelmediği anlaşıldığından dava konusu işlemlere hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, davalı idarece, ihale konusu işte kullanılacak araçlar içerisinde kendi malı olması istenilen araçlara ilişkin olarak iddia kapsamında sayı, nitelik, önem derecesi vb. unsurlar yönünden ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği de aşıktır." gereğinceyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Söz konusu Mahkeme kararını yerine getirmek üzere alınan Kamu İhale Kurulu'nun 23.03.2022 tarihli ve 2022/MK-104 sayılı kararı ile; "1) Kamu İhale Kurulunun 08.12.2021 tarihli ve 2021/UH.II-2229 sayılı kararının 3'üncü iddia ile ilgili kısmının iptaline,

2) Anılan Mahkeme kararında yer alan "Öte yandan, davalı idarece, ihale konusu işte kullanılacak araçlar içerisinde kendi malı olması istenilen araçlara ilişkin olarak iddia kapsamında sayı, nitelik, önem derecesi vb. unsurlar yönünden ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği de aşıktır." gereğesi doğrultusunda, başvuru sahibinin şikâyet ve itirazen şikâyet dilekçesindeki iddialar ile idarenin cevabı incelendiğinde, kendi malı olması istenilen araçlara ilişkin sayı, nitelik, önem derecesi vb. unsurlarına yönelik bir iddianın bulunmadığı anlaşıldığından ilave bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmadığı,

3) Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine," karar verilmiştir.

Ankara 8. İdare Mahkemesi kararına karşı Kurum tarafından temyiz yoluna başvurulması sonucunda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.04.2022 tarihli ve E:2022/1662, K:2022/1848 sayılı kararı ile "Dosyanın incelenmesinden, dava konusu ihalede işin yürütülmesi için istenilen farklı nitelik ve özellikteki araçlardan 9 addinin yüklenicinin kendi malı olmasının istenildiği, kendi malı olması istenilen bu araçlara ilişkin tevsik edici belgelerin ise sözleşmenin imzalanmasından sonraki 10 gün içerisinde idareye sunulması gerektiği, aksi hâlde sözleşmenin protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceği anlaşılmaktadır.

Dava konusu ihalede, Yönetmelik kuralı gereğince yeterlik kriteri olarak belirlenmesi mümkün olmayan kendi malı olması gerekli görülen araçların fiyat dışı unsur olarak belirlendiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, öte yandan Teknik Şartname'de kendi malı olması istenilen araçlara ilişkin belgelerin, ihale sözleşmesinden sonra 10 gün içerisinde idareye sunulması gerektiğinin şart koşulduğu dikkate alındığında, bu şartın belirtilen araçlara sahip olmayanlar açısından sözleşme aşamasında yerine getirilmesinin güçlüğü göz önünde bulundurularak ihaleye katılımlarının dolaylı olarak kısıtlanması sonucunu doğuracağı, anılan Yönetmelik değişikliği ile getirilen ihale konusu işin yürütülmesi için gerekli görülen araçların yeterlik kriteri olarak belirlenemeyeceği ve kendi malı olmasının şart koşulamayacağı yönündeki düzenleme ile hedeflenen ihalede rekabeti ve katılımı artırma amacıyla bağdaşmayacağı, aksine rekabeti ve ihaleye katılımı daraltıcı etki yapacağı, başka bir anlatımla ihalede bu araçların yeterlik kriteri olarak istenmesi ile benzer sonuçlara neden olacağı aşıktır.

Bu itibarla, davaya konu ihalede bazı araçların yüklenicinin kendi malı olması gereğiğine yönelik dokümanda yer alan düzenlemenin, ilgili Yönetmelik kuralının ihaleye katılımı ve rekabeti artırma amacına uygun düşmediği, ihalede rekabeti ve katılımı engelleyici nitelikte olduğu anlaşılmakla, ihalenin iptaline ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, anılan Kurul kararının iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." gereğinceyle Mahkeme kararının bozulmasına, davanın 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 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 eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kuruluca 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 23.03.2022 tarihli ve 2022/MK-104 sayılı kararının iptaline,

2-Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 08.12.2021 tarihli ve 2021/UH.II-2229 sayılı kararının hukuki geçerliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.