İhalede Benzer İşin her türlü otobüs bakım, onarım ve akaryakıtı İle gerçekleştirilen şehir İçi toplu taşıma hizmeti ve/veya otobüs üretimi ve satışı şeklinde belirlenmesi

Toplantı No	: 2020/049
Gündem No	: 25
Karar Tarihi	: 28.10.2020
Karar No	: 2020/MK-249

DAVACININ ADI/ÜNVANI:
Tep Endüstriyel Proje Ve Uygulama A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:
İett Genel Müdürlüğü Satınalma Daire Başkanlığı

DAVANIN KONU İHALE:
2020/146885 İhale Kayıt Numaralı "9.000.000 Km Şehiriçi Toplu Taşıma" İhalesi

HUKUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

OLAYLAR:
İETT Genel Müdürlüğü Satınalma Daire Başkanlığı tarafından yapılan 2020/146885 ihale kayıt numaralı "9.000.000 Km Şehiriçi Toplu Taşıma" ihalesine ilişkin olarak Tep Endüstriyel Proje ve Uygulama A.Ş. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 13.05.2020 tarihli ve 2020/UM.II-891 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline," karar verilmiştir.

Davacı Vizyon Ulaşım Servis Hizmetleri Ticaret Limited Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 22.09.2020 tarihli ve E: 2020/1006, K:2020/1424 sayılı kararında "Uyuşmazlık konusu karar iki farklı gerekçeye (ihale kapsamında yer verilen işler arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 5. maddesi uyarınca olması gereken "kabul edilebilir doğal bağlantı"nın bulunmadığı ve bir arada ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı) dayalı olarak tesis edildiğinden her bir gerekçe yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.
Bu kapsamda;
1-İhale kapsamında yer verilen işler arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 5. maddesi uyarınca olması gereken "kabul edilebilir doğal bağlantı"nın bulunmadığı ve bir arada ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı gerekçesi yönünden yapılan değerlendirmede;
–
Dava konusu kurul kararı ile "İhale konusu işin; esasen akaryakıt, personel (şoför dahil), bakım onarım giderleri yüklenciye ait olmak üzere idareye ait 107 adet TEMSA marka AVENUE CNG model otobüs ile şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi olduğu, özellikle ihale konusu işin gerçekleştirilmesinde kullanılacak araçların idareye ait olduğu göz önüne alındığında, ihale kapsamında yer verilen her bir işin tek başına ihale konusu edilebilecek nitelikte olduğu ve söz konusu işlerin her birinin ayrı ihale edilebileceği (örn. akaryakıt alımının mal alımı ihalesi ile) bu çerçevede ihale kapsamında yer verilen işler arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca olması gereken "kabul edilebilir doğal bağlantı"nın bulunmadığı ve bir arada ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı" ve bu aykırılığın düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte olmadığı gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verilmiştir.
Yukarıda yer verilen doküman hükümleri incelendiğinde, söz konusu hizmet işinde kullanılacak olan araçların idareye ait olduğu ve bu araçların Çobançeşme Garajında servise verilerek, yakıt bedeli yüklenciye ait olmak üzere şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirileceği, ayrıca sözleşme kapsamında otobüslerin periyodik bakımları, arıza ve hasar onarımları, garaj içi parklanmaları, araçların servise hazır olması için ikmal ve temizlikleri, yol yardım hizmeti, garaj açık ve kapalı alanlarının temizlikleri, yakıt dahil her türlü sıvı (likit) ürünlerin tedariki ve tüm likitlerin tamamlanması ve her türlü garaj işletme ve operasyon maliyetlerinin yer aldığı, söz konusu hizmetlerin tamamı bakımından kilometre bazında teklif alındığı görülmektedir.
Bu durumda, ihale konusu işin idareye ait 107 adet TEMSA marka AVENUE CNG model otobüs ile şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi işi olduğu ve söz konusu işin gereği gibi ifa edilebilmesi için yeterli sayıda personel istihdamının sağlanması, araçların her dain hizmete hazır olabilecek şekilde bakım onarımı ile temizlik işlerinin yapılması ve akaryakıt ikmalinin sağlanması gerektiği açıktır. Bu yönüyle söz konusu hizmetlerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu ve zikredilen hizmetlerden birinin eksik kalması halinde toplu taşıma hizmetin hiç yahut gereği gibi ifa edilmesinin mümkün olmadığı görüldüğünden ihale kapsamında yer alan iş kalemleri arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 5. maddesi uyarınca olması gereken kabul edilebilir doğal bağlantının bulunduğu sonucuna varıldığından söz konusu iş kalemlerinin bir arada ihale edilmesinde mevzuata aykırı bir yön bulunmadığı ve bu durumun kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması ile hizmetin gereği gibi ifasına yönelik olduğu anlaşıldığından dava konusu kurul kararının bu kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.
2-Benzer iş tanımının mevzuata uygun olmadığı gerekçesi yönünden yapılan değerlendirme ise;
–
İdari Şartname'nin "İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri" başlıklı 7'nci maddesinde; " Benzer iş olarak kabul edilecek işler aşağıda belirtilmiştir: Kamu veya Özel sektörde bedel içeren tek sözleşme kapsamında gerçekleştirilen;
a- Her türlü otobüs bakım, onarım ve akaryakıtı ile birlikte gerçekleştirilen şehiriçi toplu taşıma (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği "d" bendinde tanımlı) hizmeti,
b- Otobüs üretimi ve satışı Yukarıda a ve b maddelerinde belirtilen işler her biri ayrı ayrı veya birlikte benzer iş olarak kabul edilecektir." düzenlemesi yer almaktadır. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; " … d) Şehir içi toplu taşıma hizmetleri: Şehir içi kara ve deniz taşımacılığında taksi, taksi dolmuş, dolmuş, rekreasitif, turistik ve servis amaçlı kullanılan araçlar hariç olmak üzere; demiryolları ve denizyollarının şehiriçi hatlarında sunulan toplu insan ulaşımına yönelik hizmetler ile belediyeler, belediyeler tarafından kurulan şirketlere, birlik, müessese ve işletmelere veya belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs veya şirketlere ait olup da mevzuatına göre ayakta yolcu taşıyabilen araçlar ya da demiryolları ve denizyolları araçları kullanılmak suretiyle sunulan şehir içi toplu insan ulaşımına yönelik hizmetleri, … ifade eder." düzenlemesine yer verilmiştir.
Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca idarece ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, malî güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işlerin benzer iş olarak belirlenebileceği anlaşılmaktadır.
Bu kapsamda, uyuşmazlığa konu ihalenin şehir içi toplu taşıma işi olduğu, ihale konusu iş kapsamında idareye ait 107 Adet TEMSA marka AVENUE CNG model araç ile yakıt bedeli yüklenciye ait olmak üzere idarece belirlenen çalışma cizelge ve koşullarına uygun olarak otobüsün işletilmesi, şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi, otobüslerin periyodik bakımlarının, arıza ve hasar onarımlarının, garaj içi parklanmalarının, araçların servise hazır olması için ikmal ve temizlenmelerinin, yol yardım hizmeti, garaj açık ve kapalı alanlarının temizliklerinin, yakıt dahil her türlü sıvı (likit) ürünlerin ikmalinin ve her türlü araç ve garaj işletme operasyonlarının yapılmasının planlandığı anlaşılmaktadır.
Olayda, idarece benzer işin her türlü otobüs bakım, onarım ve akaryakıtı ile gerçekleştirilen şehir içi toplu taşıma hizmeti ve/veya otobüs üretimi ve satışı şeklinde belirlendiği görülmektedir.
Bu durumda, ihale konusu işin kesintisiz bir şekilde sürdürülmesi gereken şehir içi toplu taşıma hizmeti olması, kullanılacak olan araç sayısının fazla olması ve bu ölçüde büyük bir ihalede gerçekleştirilecek olan bakım ve onarım hizmetlerinin deneyim gerektirmesi gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde benzer işin (a) maddesinin ihale konusu işle örtüşür şekilde belirlendiği, öte yandan araçlara ilişkin parça, malzeme ve hizmetlerin temin ve tedarik edilmesinin de ihalenin esaslı bir unsurunu teşkil ettiği görülmekte olup, benzer iş tanımının (b) maddesinin de ihalenin konusuyla uyumlu olduğu, ihaleye katılımı ve rekabeti arttıracak şekilde belirlendiği, netice itibarıyla idarece, ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük, personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işlerin benzer iş olarak belirlendiği anlaşıldığından dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.
Öte yandan, davalı idarece benzer işe ilişkin ikinci bendin de mal alımına konu edilebilecek iş deneyim belgesinin hizmet alımı ihalesinde sunulmasını öngördüğü ve bu haliyle mevzuata uygun olmadığı ileri sürülmekte ise de otobüs üretimi ve satışı işinin satış sonrası hizmetleri dikkate alındığında yedek parça, yol yardım, bakım ve onarım gibi hizmetleri de bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında ihale konusu işin esaslı unsurlarından olan araçlara ilişkin parça, malzeme ve hizmetlerin temin ve tedarik edilmesi işlerini kapsadığı ve ihaleye katılımı ve rekabeti arttıracak şekilde belirlendiği anlaşıldığından bu iddiaya itibar edilmemiştir." 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 değiştirmeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktirmeyeceği hüküm 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 geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmekle birlikte; davacı İETT Genel Müdürlüğü tarafından 13.05.2020 tarihli ve 2020/UM.II-891 sayılı aynı Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 10.İdare Mahkemesinin 15.09.2020 tarihli ve E:2020/1510, K: 2020/1398 sayılı karar gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla alınan Kamu İhale Kurulu'nun 21.10.2020 tarihli ve 2020/MK-247 sayılı kararında "…1- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 13.05.2020 tarihli ve 2020/UM.II-891 sayılı kararının 2'nci maddesinin ilk kısmının ve 4'üncü maddesine ilişkin kısmının iptaline,
2- Başvuru sahibinin 2'nci iddiasının ikinci kısmında yer verilen "ihale konusu işin mal alımı dışında kalan kısmının personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı niteliğinde olduğu" ve 3'üncü iddiasında yer verilen "İhale kapsamında mal ve hizmet alımı yapılmasına ve söz konusu işlerin farklı hizmet sunucuları tarafından konsorsiyum olarak karşılanabilecek nitelikte işler olmasına karşın, ihalenin konsorsiyumlar tarafından teklif verilmesine ve kısmi teklife kapalı olmasının rekabeti daralttığı nitelikte ve ihale kanununun temel ilkelerine aykırı olduğu" iddialarının esasının yeniden incelenmesine," karar verildiği görülmüştür.

Davacı Vizyon Ulaşım Servis Hizmetleri Ticaret Limited Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 22.09.2020 tarihli ve E:2020/1006, K:2020/1424 sayılı iptal kararı doğrultusunda Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmekte ise de, 21.10.2020 tarihli ve 2020/MK-247 sayılı Kurul kararı ile anılan Mahkeme kararının gereklerinin yerine getirildiği anlaşıldığından, yeniden bir karar alınmasına gerek bulunmadığı anlaşılmıştır.

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,

Ankara 10. İdare Mahkemesinin 22.09.2020 tarihli ve E: 2020/1006, K:2020/1424 sayılı iptal kararı gereklerinin 21.10.2020 tarihli ve 2020/MK-247 sayılı Kurul kararı ile yerine getirildiği anlaşıldığından yeniden bir karar alınmasına yer olmadığına,

Oybirliği ile karar verildi.