

**iř deneyim belgesinin mal
alımı ihalesine konu
olabilecek nitelikte bir
belirleme olduğu ve bu
haliyle bir hizmet alımı
ihalesi olan başvuru konusu
ihaleye, mal alımlarına
ilişkin iř deneyim belgesi
sunulması sonucunu
doğurabileceği, bu itibarla
İdari Şartnamede yer alan
benzer iř tanımının da ihale
mevzuatına uygun olarak
belirlenmediği hk**

Toplantı No : 2020/020

Gündem No : 30

Karar Tarihi : 13.05.2020

Karar No : 2020/UH.II-891

BAŞVURU SAHİBİ:

Tep Endüstriyel Proje ve Uygulama A.Ş.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

İETT Genel Müdürlüğü Satınalma Daire Başkanlığı,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2020/146885 İhale Kayıt Numaralı “9.000.000 Km Şehiriçi Toplu Taşıma” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

İETT Genel Müdürlüğü Satınalma Daire Başkanlığı tarafından 16.04.2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “9.000.000 Km Şehiriçi Toplu Taşıma” ihalesine ilişkin olarak Tep Endüstriyel Proje ve Uygulama A.Ş.nin 27.03.2020 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 30.04.2020 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 10.04.2020 tarih ve 17336 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 10.04.2020 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2020/663 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle,

1) 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu’nun 7’nci maddesinin birinci fıkrasının (p) bendi ile büyükşehir belediyesi sınırları içindeki toplu taşıma hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettmek işlerinin büyükşehir belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında sayıldığı, dolayısıyla idarenin yürütmekle yükümlü olduğu “toplu taşıma hizmetini” bizzat yerine getirmeyip, ihale yoluyla üçüncü kişilere devretmesinin hukuken mümkün olmadığı, bu durumda idarenin “toplu taşıma hizmeti” işi ihalesi yapmasının hukuka ve mevzuata aykırı olduğu,

2) İdare tarafından hizmet alımı ve mal alımının birlikte ihale edildiği ancak söz konusu ihale kapsamında yer alan

yakıt ve yedek parça temini işinin, ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı bölümleri ile doğal bir bağlantısının bulunmadığı, yakıt ve yedek parça alımının bu işten ayrılarak müstakil bir ihale ile alınmasının mümkün olduğu, ihalenin bu şekilde yapılmasının ihalenin yeterlik kriterlerini etkilediği, rekabeti engellediği, kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesine ters düştüğü ve kamu zararına neden olduğu,

Şöyle ki; ihale kapsamında temin edilecek olan akaryakıt ve yedek parçaların ihale bedelinin yaklaşık %65'lik kısmını oluşturduğu dikkate alındığında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu gereği mal alımı ihalesi ile akaryakıt dağıtıcı firmalarından temin edilmesi ve ilgili mevzuat uyarınca dağıtıcı firmalara sağlanan indirim oranlarından yapılacak alımlarda kamu yararı oluşturulmasının mümkün olduğu,

Öte yandan, ihale konusu işin mal alımı dışında kalan kısmının personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı niteliğinde olduğu, çalıştırılacak personelin çalışma saatlerinin tamamını idare için kullanacağını ve işin süreklilik arz ettiğinin açık olduğu, 696 sayılı KHK kapsamında bu nitelikte personel alımının yasaklandığı, farklı nitelikteki ihtiyaçların aynı ihalede toplanarak yaklaşık maliyetin oluşturulması suretiyle işçilik giderinin yaklaşık maliyet içindeki ağırlık oranının %70'in altına düşürülmesinin mevzuatı dolanmak anlamına geldiği,

3) 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 daraltıcı nitelikte ve ihale kanununun temel ilkelerine aykırı olduğu,

4) İhale kapsamında belirlenen benzer iş tanımının Kanun'un temel ilkelerine aykırı olduğu, ihale dokümanı düzenlemelerinden söz konusu işlerin yürütülmesinde personel

hizmeti alımı, araçların yedek parçası ile araçların yakıtın tedarik edileceğinin görüldüğü dolayısıyla ihale konusu işin personel çalıştırılması, araçların yedek parça alımı ile araçların akaryakıt temini şeklinde üç bölümden oluştuğu ancak idare tarafından ihale konusu işin esasını oluşturan akaryakıt satışı işlerinin ve mal malzeme dâhil personel çalıştırılması hizmet işlerinin benzer iş olarak kabul edilmediği, bu düzenlemenin katılımı daraltıcı ve rekabeti engelleyici nitelikte olduğu,

Ayrıca, benzer iş olarak belirlenen “Her türlü otobüs bakım, onarım ve akaryakıtı ile birlikte gerçekleştirilen şehir içi toplu taşıma hizmeti” düzenlemesine parantez içinde eklenen (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği “d” bendinde tanımlı) ibaresinin kısıtlayıcı olduğu,

“Otobüs üretimi ve satışı”nın benzer iş olarak belirlendiği, kamu veya özel sektörde otobüs alımı işinin “mal alımı” niteliğinde olduğu, dolayısıyla ürettiği bir otobüsün satışını yapan kişinin edinebileceği bir iş deneyim belgesinin kamu ihale mevzuatı bakımından “mal alımı” iş deneyimi belgesi olduğu, bu bağlamda “mal alımı” niteliğindeki bir işin hizmet alımı kapsamındaki bir ihalede, iş deneyiminin tevsiki amacıyla belirlenmiş olmasının mevzuata aykırı olduğu iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

1) Başvuru sahibinin 1’inci iddiasına ilişkin olarak:

İhale İlanı’nın 2’nci maddesinde “İhale konusu işin niteliği, türü ve miktarı”nın “İdareye ait 107 Adet Temsa marka Avenue CNG’li araçlarla 9.000.000 km, yakıt bedeli yükleniciye ait olmak üzere şehiriçi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi işidir.” şeklinde düzenlendiği,

İhaleye ilişkin İdari Şartname’nin “İhale konusu işe ilişkin

bilgiler” başlıklı 2’nci maddesinde “1. İhale konusu hizmetin;

a) Adı: 9.000.000 Km Şehiriçi Toplu Taşıma

b) Miktarı ve türü: İdareye ait 107 Adet Temsa marka Avenue CNG’ li araçlarla 9.000.000 km, yakıt bedeli yükleniciye ait olmak üzere şehiriçi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi işidir.

Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.

c) Yapılacağı yer: İstanbul ili sınırları içerisinde İdarenin yürütüm ve denetiminde olan toplu ulaşım ağı “ düzenlemesi,

Teknik Şartname’nin “İşin Konusu” başlıklı maddesinde “İşin konusu; İdarece belirlenmiş çalışma çizelge ve koşullarına uygun olarak İdareye ait 107 Adet TEMSA marka AVENUE CNG model araç ile Çobançeşme Garajında servise verilerek, yakıt bedeli yükleniciye ait olmak üzere şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi işidir.” düzenlemesi yer almaktadır.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun “Büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları” başlıklı kısmında yer verilen 7’nci maddesinde “Madde 7- Büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

...

p) Büyükşehir içindeki toplu taşıma hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işletlettirmek, büyükşehir sınırları içindeki kara ve denizde taksi ve servis araçları dahil toplu taşıma araçlarına ruhsat vermek. (Ek cümle: 16/5/2018-7144/14 md.) Büyükşehir içindeki toplu taşıma hatlarıyla ilgili olarak; şehir merkezine olan uzaklık, nüfus ve hattı kullanan sayısı kriterleri esas alınarak tespit edilecek hatlarla ilgili toplu taşıma hizmetlerinin işlettilirilmesine karar vermek.” hükmü yer almaktadır.

İhale usulünün, Kamu İhale Kanunu’na tabi idarelerin

yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini seçeceği ihale usullerinden herhangi biriyle ihale ettiği özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine gördürmesi anlamına geldiği, ihale edilen kamu hizmetinin, taraflarından biri idare, diğeri özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olan kamu ihale sözleşmeleri çerçevesinde yürütüldüğü, söz konusu durumun, idarenin yürütmekle görevli ve yetkili olduğu kamu hizmetini devretmesi anlamına gelmediği, görev ve yetkinin halen idarede olduğu dolayısıyla, büyükşehir belediyesinin toplu taşıma hizmetini ihale etmek suretiyle özel hukuk gerçek ve tüzel kişi vasıtasıyla yerine getirmesinin bu görevi ve yetkiyi devrettiği anlamına gelmediği ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "Büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları" başlıklı kısmında yer verilen 7'nci maddesine aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.

2) Başvuru sahibinin 2'nci iddiasına ilişkin olarak:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5'inci maddesinde "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez." hükmü yer almaktadır.

İhaleye ilişkin İdari Şartname'nin "Teklif fiyata dâhil olan giderler" başlıklı 25'inci maddesinde "1. Sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak sigorta, ulaşım, vergi, resim ve harç giderleri ile KİK payı isteklilerce teklif edilecek fiyata dâhil edilecektir.

25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları

karşılayacak payı içerdği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

25.3. Teklif fiyata dâhil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:

25.3.1. Yüklenicinin faaliyetleri ile ilgili tüm işletme giderleri (servis, yemek, elektrik, su, doğalgaz, garaj ısıtma-soğutma-havalandırma sistemleri, kalibrasyon gerektiren tüm cihaz ve aletler ile bu aletlerin kalibrasyon ücretleri, ortam ölçümleri, yol yardım hizmeti, jeneratör ve forklift yakıtı vs.) yükleniciye ait olacaktır.

25.3.2. Yukarıda belirtilen giderlerin dışında ihale dokümanında belirtilen hususların şartnamesine uygun olarak yerine getirilebilmesi için gerekli bütün giderler yükleniciye aittir.” düzenlemesi,

Teknik Şartname’nin “İşin konusu” başlıklı 1’inci maddesinde “1.1. İşin konusu; İdarece belirlenmiş çalışma çizelge ve koşullarına uygun olarak İdareye ait 107 Adet TEMSA marka AVENUE CNG model araç ile Çobançeşme Garajında servise verilerek, yakıt bedeli yükleniciye ait olmak üzere şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesi işidir.

1.2.Şartnameye konu iş kapsamında yüklenici tarafından İdareye ait iş yerlerinden otobüsün alınarak İdarece belirlenen güzergâhlarda ve programa uygun olarak otobüsün işletilmesidir.

1.3. Sözleşme kapsamındaki otobüslerin periyodik bakımlarını, arıza ve hasar onarımlarını, garaj içi parklanmalarını, araçların servise hazır olması için ikmal ve temizlenmelerini, yol yardım hizmeti, garaj açık ve kapalı alanlarının temizliklerini, yakıt ve her türlü sıvı (likit) ürünlerin ikmalini ve her türlü araç ve garaj işletme operasyonlarını kapsamaktadır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Söz konusu hizmet işinde kullanılacak olan araçların (107 adet TEMSA marka AVENUE CNG) idareye ait olduğu ve bu araçların Çobançeşme Garajında servise verilerek, yakıt bedeli yükleniciye 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 tespit edilmiştir.

İhaleye ilişkin birim fiyat teklif cetvelinden kilometre bazında teklif alındığı anlaşılmıştır.

İşe ait idare tarafından yapılan yaklaşık maliyet hesabı incelendiğinde ise; yine kilometre hesabı üzerinden piyasadan alınan tekliflerin ortalaması alınarak birim fiyatın belirlendiği (6,5000) ve ihale konusu iş kapsamında yapılacak toplam kilometre (9.000.000) ile çarpılarak yaklaşık maliyetin (58.500.000,00) oluşturulduğu anlaşılmıştır.

İhale konusu işin; esasen akaryakıt, personel (şoför dahil), bakım onarım giderleri yükleniciye 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 sonucuna varılmıştır.

Öte yandan başvuru sahibinin “ihale konusu işin mal alımı dışında kalan kısmının personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı niteliğinde olduğu” iddiasına yönelik olarak ise, 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 tespit edildiğinden söz konusu iddia hakkında ilave bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

3) Başvuru sahibinin 3’üncü iddiasına ilişkin olarak:

Başvuru sahibinin 2’nci iddiasına yönelik olarak yapılan inceleme neticesinde, 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 tespit edildiğinden, “ihalenin konsorsiyumlar tarafından teklif verilmesine ve kısmi teklife kapalı olmasının rekabeti daraltıcı nitelikte ve ihale kanununun temel ilkelerine aykırı olduğu”na ilişkin söz konusu iddialar hakkında ilave bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

4) Başvuru sahibinin 4’üncü iddiasına ilişkin olarak:

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde “(1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki tanımlar yanında; a) Benzer iş: İhale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işleri... ifade eder.” hükmü,

Aynı Yönetmelik’in “İş deneyimini gösteren belgeler” başlıklı 39’uncu maddesinde “(1) İş deneyimini gösteren belgelerin istenildiği ihalelerde; teknolojik ürün deneyim belgesinin ve

yurt içinde veya yurt dışında kamu veya özel sektörde bedel içeren tek bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

... ihale konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimini gösteren belgeler ile teknolojik ürün deneyim belgesinin sunulması istenir.” hükmü yer almaktadır.

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.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde yer verilen “benzer iş” tanımı çerçevesinde, idari şartnamede belirlenecek benzer işin ihale konusu işle birebir aynı şekilde belirlenmemesi, bir başka ifadeyle benzer işin ihaleye katılımı ve rekabeti artıracak nitelikte belirlenmesi gerekmektedir. Aksi durum ihalelerde benzer iş belirlenmesi ile öngörülen amaca aykırılık teşkil edecektir.

İhale konusu iş; esasen akaryakıt, personel (şoför dahil), bakım onarım giderleri yükleniciye ait olmak üzere idareye ait 107 adet TEMSA marka AVENUE CNG model otobüs ile şehir içi toplu taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesidir.

İdari Şartname'nin 7.(a) maddesinde yer alan benzer iş tanımının "her türlü otobüs bakım, onarım ve akaryakıtı ile gerçekleştirilen şehiriçi toplu taşıma hizmeti" şeklinde yapılmış olduğu, şehiriçi toplu taşıma işinin bir bütün olarak gerçekleştirilmesi işinin personel ve şoförler olmadan gerçekleştirilemeyeceği, bu çerçevede 7.(a) maddesinde yer alan benzer iş tanımının ihale konusu işle birebir aynı olduğu, bir başka ifadeyle anılan benzer iş tanımının ihale konusu iş kapsamında yer alan unsurlardan (esasen akaryakıt, personel (şoför dahil), bakım onarım giderleri) herhangi birini veya birkaçını içermeyecek şekilde düzenlenmemiş olduğu anlaşılmıştır. İhale konusu işle birebir aynı nitelikte olan bir işe ilişkin iş deneyim belgesinin ihalelerde sunulabileceği açık olmakla birlikte, benzer iş tanımının ihale konusu işle birebir aynı olacak şekilde düzenlenmiş olması ihale mevzuatı kurallarına uygun düşmediği gibi benzer iş düzenlemesinin özüne de uygun düşmemektedir.

Bu çerçevede, İdari Şartname'nin 7.(a) maddesinde yer alan benzer iş tanımının ihale mevzuatına uygun olarak belirlenmediği tespit edilmiştir.

İdari Şartname'nin 7.(b) maddesinde yer alan diğer benzer iş tanımının ise "Otobüs üretimi ve satışı" şeklinde yapılmış olduğu anlaşılmıştır.

İhale konusu iş bir hizmet alımı ihalesi olmakla birlikte anılan düzenlemede yer alan "otobüs üretimi ve satışı"na ilişkin bir iş deneyim belgesinin mal alımı ihalesine konu olabilecek nitelikte bir belirleme olduğu ve bu haliyle bir hizmet alımı ihalesi olan başvuru konusu ihaleye, mal alımlarına ilişkin iş deneyim belgesi sunulması sonucunu doğurabileceği, bu itibarla İdari Şartname'nin 7.(b) yer alan benzer iş tanımının da ihale mevzuatına uygun olarak belirlenmediği tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte

işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali 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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Esasta

Oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.