

**Kamu İhale Kurumunun özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabileceği alınacak teknik görüşün ise uyumsuzluk konusu olayın özünü aydınlatacak nitelikte olması gerektiği hk (Danıştay kararlı 1)**

|                     |               |
|---------------------|---------------|
| <b>Toplantı No</b>  | : 2021/047    |
| <b>Gündem No</b>    | : 82          |
| <b>Karar Tarihi</b> | : 24.11.2021  |
| <b>Karar No</b>     | : 2021/MK-458 |

**BASVURU SAHİBİ:**

Şeker Temizlik Kurumsal Hizmetler San. ve Tic. Ltd. Şti.

**İHALEYİ YAPAN İDARE:**

Pendik Belediye Başkanlığı

**BASVURUYA KONU İHALE:**

2020/628886 İhale Kayıt Numaralı "2021 Yılı Pendik Geneli Tesis, Okul, Mabet Ve Yüzme Havuzlarının Hijyenik Bakım Hizmeti Alımı" İhalesi

**KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**

**KARAR:**

Pendik Belediye Başkanlığı tarafından yapılan 2020/628886 ihale kayıt numaralı "2021 Yılı Pendik Geneli Tesis, Okul, Mabet ve Yüzme Havuzlarının Hijyenik Bakım Hizmeti Alımı" ihalesine ilişkin olarak Şeker Temizlik Kurumsal Hizmetler San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 10.02.2021 tarihli ve 2021/UH.I-353 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Şeker Temizlik Kurumsal Hizmetler San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.04.2021 tarihli E:2021/500, K:2021/850 sayılı kararında "... Dava konusu şartnamede yüklenici tarafından tedarik edilecek olan yer yıkama otomatı, ıslak-kuru vakum makinesi, elektrik süpürgesi ve çamaşır yıkama makinesi için belirlenen kriterlerin incelenmesinden, söz konusu kriterlerin Karcher markalı ürünlerin özelliklerinin birebir aynısı olduğu, bu durumun 4734 sayılı Kanunun 5 .ve 12.maddelerinde belirtilen ilkelere aykırı olduğu sonucuna varıldığından, davacının anılan iddiasının reddine ilişkin dava konusu işlemin bu kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Sonuç olarak, dava konusu işlemin; davacının ilk 3 iddiasının reddine yönelik kısmında hukuka aykırılık, 4. iddiasının reddine yönelik kısmında ise hukuka uyarlık görülmemiştir. ..." gerekçesiyle dava konusu işlemin başvuru sahibinin 4'üncü iddiası ile ilgili kısmının iptaline karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının uygulanmasını teminen 16.06.2021 tarihli ve 2021/MK-250 sayılı Kurul kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 10.02.2021 tarihli ve 2021/UH.I-353 sayılı kararının 4'üncü iddia ile ilgili kısmının iptaline,  
2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline" karar verilmiştir.

Ankara 7. İdare Mahkemesi kararının Kamu İhale Kurumu tarafından temyiz edilmesi üzerine verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 09.09.2021 tarihli ve E:2021/2898,K:2021/2741 sayılı kararında "... Kamu İhale Kurumu'nun özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabileceği, alınacak teknik görüşün ise uyumsuzluk konusu olayın özünü aydınlatacak nitelikte olması gerektiği, teknik görüş alınmasına karar verilmesi halinde, hazırlanan raporların ihtilafın özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren yönlerini hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde aydınlatan bilimsel esaslara dayalı gerekçeleri içermesi gerektiği, bu nitelikte olmayan teknik görüşlerin Kurulca verilecek karara esas alınamayacağı, böyle bir durumda Kurumun yeni bir görüş isteyebileceği açıktır.

Kamu İhale Kurumu I. İnceleme Dairesi Başkanlığı'nın 19/01/2021 tarihli yazısıyla Gazi Üniversitesi Rektörlüğü'nden, Teknik Şartname'nin eki "Ek-1: İşbu Hizmet Kapsamında Kullanılacak Makine ve Teçhizat Listesi"nin "Yüklenici Tarafından Tedarik Edilecek Makinelerin Teknik Özellikleri" başlıklı 2.2. maddesinde özellikleri belirtilen "Yer Yıkama Otomatı(Küçük)", Islak-Kuru Vakum Makinesi" ve "Elektrik Süpürgesi" makinelerine ilişkin olarak, davacının iddialarına yer vermek suretiyle, "(a) anılan düzenlemelerde belirlenen teknik özelliklerin yalnızca davacının iddiasında yer alan marka ve model makineleri işaret edip etmediği" ve (b) belirlenen teknik özelliklerin ihale konusu iş dikkate alındığında verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olarak rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istektiler için fırsat eşitliğini sağlayacak şekilde belirlenip belirlenmediği" hususlarında teknik görüş istenildiği, anılan yazı ekinde şikâyet dilekçesi, idarenin şikâyet cevabı, itirazen şikâyet dilekçesi ve ilgili ekleri ile Teknik Şartname'nin ilgili ekinin (EK-1: İşbu Hizmet Kapsamında Kullanılacak Makine ve Teçhizat Listesi) gönderildiği, Gazi Üniversitesi Teknoloji Fakültesi Dekanlığı (İmalat Mühendisliği Bölüm Başkanlığı) tarafından hazırlanan 28/01/2021 tarihli teknik görüş yazısında "Yer Yıkama Otomatı(Küçük)", Islak-Kuru Vakum Makinesi" ve "Elektrik Süpürgesi" makinelerine ilişkin olarak üç ayrı başlık altında yapılan incelemede Teknik Şartname düzenlemelerinde yer alan özelliklerin fayda ve gerekliliğine ilişkin açıklamalar yapılarak sonuç olarak, Teknik Şartnamede her üç makine için talep edilen özelliklerin makine tasarımında tasarımcıdan beklenen temel seviyede tasarım kriterleri hüviyetinde olduğu, tüm bu özelliklerin bir kısmına veya tamamına sahip makinelerin serbest piyasada mevcut olmasının ise, rekabeti engelleyici hususlar içermediği ve fırsat eşitliğini engellemeyeceği görüşünde bulunduğu hususunun bildirildiği görülmektedir.

Bu durumda, ihale konusu hizmetin yürütülmesinde kullanılacak ve yüklenici tarafından tedarik edilecek iddia konusu makineler için Teknik Şartnamede belirlenen teknik özelliklerin belli bir marka ve/veya modeli işaret edip etmediğinin tespitinin özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi sebebiyle anılan uyumsuzlukla ilgili olarak alanında uzman kişilerden teknik görüş alınmasının gerektiği, ancak davalı idarece "anılan düzenlemelerde belirlenen teknik özelliklerin yalnızca davacının iddiasında yer alan marka ve model makineleri işaret edip etmediği" hususunda görüşe ihtiyaç duyulduğu açıkça ifade edilmek suretiyle Gazi Üniversitesi'nden teknik görüş istenildiği hâlde, alınan 28/01/2021 tarihli teknik görüş yazısında görüş talep edilen bu konunun değerlendirilmediği, söz konusu makinelerle ilişkin olarak Teknik Şartname'de belirlenen özelliklerin fayda ve gerekliliğine ilişkin açıklamalar yapıldığı ve davalı idarece tespiti istenilen "bu özelliklerin iddia konusu marka/model makineleri işaret edip etmediği" hususuna ilişkin tam bir açıklama içermediği, başka bir anlatımla, piyasada Teknik Şartname'de istenilen özelliklerin tamamına sahip başka marka ve modelde makinelerin de bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı, teknik görüşle uyumsuzluğun hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde aydınlanmasının amaçlandığı ve hazırlanan teknik görüşün bu hâliyle Kurul kararına esas alınabilecek nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır

Bu itibarla karara esas alınabilecek nitelikte olmayan teknik görüşe dayanılarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır ..." gerekçelerine yer verilerek Mahkeme kararının sonucu itibarıyla onanmasına 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 16.06.2021 tarihli ve 2021/MK-250 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Danıştay kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin 4'üncü iddiasının esasının yeniden incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.