

aynı ihaleye teklif verecek olan 2 farklı isteklinin farklı tarihlerde bile olsa aynı internet bağlantı noktasını kullanarak ihale dokümanını indirmiş olmasının rekabeti etkileme ihtimali olan davranışlardan olduğu dikkate alındığında belirtilen husus göz önünde bulundurulmak suretiyle davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise

hukuki isabet bulunmamaktadır

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/187 K.

2020/3918 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3918

Karar No:2021/187

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü'nce 11/11/2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Muğla Marmaris 125 Yataklı Devlet Hastanesi Yapım İşi” ihalesine ilişkin olarak dava dışı firmanın yaptığı itirazın şikâyet başvurusu üzerine düzeltici işlem belirlenmesine dair Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 23/09/2020 tarih ve 2020/UY.I-1552 sayılı kararının davacıya ilişkin kısmının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; aynı IP adresine sahip cihaz üzerinden doküman indirilmesinin tek başına başvuruya konu ihaleye katılan isteklilerin irade birliği içinde hareket ettiğine karine oluşturmayaacağı, aynı IP adresine sahip cihaz üzerinden doküman indiren isteklilerin aynı ihaleye katılmalarının rekabeti ve ihale kararını etkileyebilecek davranış olarak değerlendirilebilmesi için, bu isteklilerin öncelikle birbirlerine ait teklif bilgilerinden haberdar olduğuna ilişkin -fiyat teklifinin aynı ya da çok yakın olması, ihaleye teklif veren şirketlerin adreslerinin telefon ve faks numaralarının aynı olması, ihaleye sunulan bilgi ve belgelerdeki benzerlikler, şirketler arasında organik bağ bulunması, doküman indiren kişiler arasındaki hukuki ve fiili bağ gibi- başkaca somut delillerin de bulunması ve ortaya konulması gerektiği; bu durumda, ... İnşaat Madencilik Enerji Yol Yapı San. ve Ltd. Şti. ile davacı şirketin doküman indirme işlemini aynı IP adresine sahip cihaz üzerinden yapması dışında, isteklilerin irade birliği içinde hareket ettiğine delâlet edebilecek başkaca somut bilgi ve belge dosyaya sunulmadığından, düzeltici işlem belirlenerek davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, davacının ihaleye katılan diğer bir istekliyle aynı IP adresi üzerinden ihale dokümanını indirdiği, 4734 sayılı Kanun'da yer alan temel ilkelerin ve yasak fiil ve davranışlara uygulanan idari tedbirlerin, ekonomik düzenin korunması amacına yönelik olarak, kamu kaynaklarının israf edilmeden, ihtiyaçlara uygun

ve verimli bir şekilde kullanılmasını amaçladığı, OECD Kamu İhalelerinde Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu'nda danışıklı hareketin tanımlandığı, buna göre normal koşullarda rekabet etmesi beklenen işletmelerin çeşitli amaçlarla anlaşma yapmalarının bu kapsamda olduğu, rekabet ihlâlinin dört ana unsurunun olduğu, bunların; isteklinin yasak fiil ve davranışı, ihalede anlaşmanın varlığı, bu anlaşmanın ihalenin kazananını belirlemeye yönelik olması ve bu anlaşmanın sonucunda rekabetin sağlanması ilkesine aykırı sonuçların ortaya çıkması olduğu, yatay rekabet ihlâline ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı tarafından hazırlanan Rekabet Hakkında Model Kanun'da çeşitli örnekler verildiği, ihaleye göstermelik teklif sunulması, anlaşma içeriğinde kabul edilen genel ilke ve kurallara göre tekliflerin sunulmasının ihalelerde rekabet ihlâllerine örnek olarak sayıldığı, Danıştay içtihatlarında 4734 sayılı Kanun'un 17/d bendi için şirketler arasındaki organik bağ, şirketler arasında temsilcilik ilişkisi gibi hususların dikkate alındığı, IP adresinin cihazların kimlik numarası olduğu, bir bilgisayar ağında iletişim için internet kullanan bir aygıtın diğer aygıtlardan ayırt edilmesini sağlayan belirleyici numara olduğu, bu hâliyle araba plakalarına benzetilebileceği, aynı Kurul kararının iptali istemiyle birbiri ile bağlantılı iddialarla başka mahkemelerde de dava açıldığı, bu hususun bildirilmesine rağmen Mahkemece bağlantı hakkında bir karar verilmeden doğrudan esas incelemesine geçilerek iptal kararı verildiği, kararın bu nedenle de bozulması gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, aynı IP adresi üzerinden ihale dokümanı indirilen şirket adına dokümanı indiren kişinin farklı olduğu, tek başına aynı IP'den doküman indirmenin isteklilerin birbirlerinin teklifinden haberdar olduğunu tereddütsüz bir şekilde somut olarak ortaya koyamayacağı, dokümanın farklı tarihlerde indirildiği,

tekliflerin aynı IP adresinden verilmediği, teklifleri imzalayan kişilerin farklı olduğu, doküman indirme işlemiyle teklif verme işleminin bir ilgisinin olmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 17/(b) ve (d) bentlerinin ihaleye teklif verilmesi aşamasına ilişkin olduğu, ihale dokümanlarının herkese açık olduğu ve herkes tarafından indirilebildiği, aynı IP adresinden doküman indirilen şirketin temsilcileri ve ortakları ile kendi temsilcileri ve ortakları arasında herhangi bir hukuki veya fiili bağ bulunmadığı, şirketlerin adreslerinin ve telefon/faks numaralarının birbirinden farklı olduğu, geçici teminatların alınması ve sunulmasına ilişkin süreçlerin tamamen bağımsız yürütüldüğü, kararın davalı idarenin daha önceki kararlarıyla çeliştiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü tarafından 11/11/2019 tarihinde açık ihale usulü ile "Muğla Marmaris 125 Yataklı

Devlet Hastanesi Yapım İŖi" ihalesi gerekleŖtirilmiŖtir.

İhaleye iliŖkin olarak dava dıŖı ... Yapı A.Ŗ. tarafından itirazen Ŗikâyet baŖvurusunda bulunulmuŖtur. Davalı idarece, aynı IP adresi üzerinden doküman indirilmesi veya elektronik teklif verilmesine iliŖkin olarak, EKAP üzerinden ihale dokümanı indirerek elektronik teklif sunan istekliler hakkında yapılan incelemede, ... Yapı İnŖaat San. ve Tic. A.Ŗ. – ... İnŖaat Madencilik Enerji Yol Yapı San. ve Ltd. Ŗti. İŖ Ortaklığı'nın özel ortağı ... İnŖaat Madencilik Enerji Yol Yapı San. ve Ltd. Ŗti. ile davacı Ŗirketin doküman indirme iŖlemini aynı IP adresi üzerinden gerekleŖtirdiđi tespit edilmiŖtir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) ve (d) bendi hükmüne aykırı Ŗekilde teklif verdiğinden bahisle davacının teklifinin anılan Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (j) bendi uyarınca değerlendirme dıŖı bırakılması yönünde düzeltici iŖlem belirlenmiŖ, bunun üzerine bakılan dava açılmıŖtır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" baŖlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasında, "AŖađıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dıŖı bırakılır: (...) j) 17. maddede belirtilen yasak fiil veya davranıŖlarda buldukları tespit edilen.(...)"; "Yasak fiil veya davranıŖlar" baŖlıklı 17. maddesinde, "İhalelerde aŖađıda belirtilen fiil veya davranıŖlarda bulunmak yasaktır:(...) b) İsteklileri tereddüde düŖürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaŖma teklifinde bulunmak veya teŖvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranıŖlarda bulunmak.(...) d) Alternatif teklif verebilme halleri dıŖında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya baŖkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.(...) Bu yasak fiil veya davranıŖlarda

bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kurallardan, ihaleler bakımından çeşitli fiil veya davranışlarda bulunulmasının yasaklandığı, rekabeti etkileyecek davranışlarda bulunmanın da bu kapsamda sayılan fiil ve davranışlar arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

İnternete bağlı birimlerin, birbirleriyle iletişim sağlamak amacıyla kullandıkları benzersiz numaralara İnternet Protokolü (IP) adresi adı verilmektedir. IP, internete bağlı cihazların adreslenerek alınacak ya da gönderilecek veri paketlerinin ağ içerisinde hedef adreslere doğru bir şekilde yönlendirilmesini sağlamaktadır. İnternete bağlı her cihazın bir IP adresi bulunması zorunludur (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İnternet Sitesi).

Dosyanın incelenmesinden, 2019/408602 ihale kayıt numaralı uyuşmazlığı konu ihaleye teklif veren tüm istekliler hakkında eşit muamele ilkesi gereği yapılan inceleme sonucunda, ihaleye teklif veren başka bir iş ortaklığı isteklinin özel ortağı ile davacı şirketin aynı IP adresi üzerinden doküman indirme işlemi gerçekleştirdiğinin tespit edildiği görülmektedir.

Bu itibarla, aynı ihaleye teklif verecek olan iki farklı isteklinin, farklı tarihlerde bile olsa aynı internet bağlantı noktasını kullanarak ihale dokümanını indirmiş olmasının, rekabeti etkileme ihtimali olan davranışlardan olduğu dikkate alındığında, belirtilen husus göz önünde bulundurulmak suretiyle davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. DAVANIN REDDİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Kullanılmayan ...-TL ilk derece aşamasındaki yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
6. Toplam ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
7. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara, istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine,
8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 20/01/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.