

**Belediye tarafından yapılan
dava konusu ihale kapsamında
belediye otobüslerinin elde
edeceği taşıma bedelinin
aktarılaçağı havuzdan
yükleniciye ödeme yapılacak
oluşu, havuzda biriken
paraların belediyenin
kullanımında olan bir kaynak
niteliğini taşıması, ihale
kapsamında yapılacak sistemin
kurulması ve işletilmesi
aşamasında aksaklıklar olması
durumunda ihale bedelinin
belediye bütçesinden
karşılanacağı ve ihale
kapsamında yüklenici
tarafından idareye belirli**

bir paranın ödenmesi yerine yüklenicinin kendisine ihale bedelinin ödeneceği hususları dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerekirken, 2886 sayılı Kanun'a tabi olarak yapılmasında hukuka uygunluk bulunmadığından, dava konusu işlemlerin iptal edilmesi gerekirken davanın reddine karar veren idare mahkemesi kararının bozulması hakkında.

1. Daire 2012/2994 E. , 2013/1113 K.

2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU
"İçtihat Metni" Özeti : Belediye tarafından yapılan dava konusu ihale kapsamında belediye otobüslerinin elde edeceği taşıma bedelinin aktarılacağı havuzdan yükleniciye ödeme yapılacak oluşu, havuzda biriken paraların belediyenin kullanımında olan bir kaynak niteliğini taşıması, ihale kapsamında yapılacak sistemin kurulması ve işletilmesi aşamasında aksaklıklar olması durumunda ihale bedelinin belediye bütçesinden karşılanacağı ve ihale kapsamında

yüklenici tarafından idareye belirli bir paranın ödenmesi yerine yüklenicinin kendisine ihale bedelinin ödeneceği hususları dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerekirken, 2886 sayılı Kanun'a tabi olarak yapılmasında hukuka uygunluk bulunmadığından, dava konusu işlemlerin iptal edilmesi gerekirken davanın reddine karar veren idare mahkemesi kararının bozulması hakkında. Temyiz İsteminde Bulunan

(Davacı) : ... Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Şanlıurfa Belediye

Başkanlığı Vekili : Av. ...

Müdahil (Davalı Yanında) : ... Elektronik ve Bilişim

Sistemleri A.Ş. Vekili : Av. ...

... İstem Özet : Şanlıurfa İdare Mahkemesi'nin 29/05/2012

tarih ve E:2011/255, K:2012/1071 sayılı kararının; davalı

idare tarafından hizmet satın alındığından ihalenin 4734

sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılması gerektiği, 5393

sayılı Belediye Kanunu'nun 67. maddesine göre ihale süresinin

dört yılı aşamayacağı, ihale şartnamesinde aranılan iş

deneyimine ilişkin şartların katılımı kısıtlayacak nitelikte

olduğu, Resmî Gazete'de yayımlanan ihale ilanınının 2886 sayılı

Devlet İhale Kanunu'nda aranılan şartları taşımadığı, kesin

teminat miktarınının şartname ve ilanda farklı düzenlenmesi

nedeniyle ihale dokümanında çelişki olduğu, ihale komisyonu

olarak görev yapan belediye encümeninde işin uzmanı olan

kişilerin bulunmadığı, benzer işlerin farklı illerde daha

düşük bedellerle yaptırıldığı ileri sürülerek bozulması

istenilmektedir. Davalı İdarenin Savunmasının Özeti :

Savunma verilmemiştir. Davalı Yanında Müdahil Şirket'in

Savunmasının Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya

uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği

savunulmaktadır. Danıştay Tetkik Hâkimi İsmail BİRSEN'in

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulüyle temyize konu Mahkeme

kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir. TÜRK

MİLLETİ ADINA Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce,

Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki

belgeler incelendikten sonra, dosyanın tekemmül ettiği

anlaşıldığından davacının yürütmenin durdurulması istemi

hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

Dava; davalı idare tarafından 12.08.2010 tarihinde 2886

sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 37. maddesi uyarınca kapalı

teklif usulüyle "Toplu Taşıma Araçlarında Elektronik Ücret Toplama Sistemi ile 5 (Beş) Yıllığına İşletilmesi İhalesi" yapılması hakkındaki 08.07.2010 tarih ve 824 sayılı encümen kararının, 14.07.2010 tarihli ihale onay işleminin ve anılan ihale sonucunda ihalenin ... Elektronik ve Bilişim Sistemleri A. Ş. üzerinde bırakılmasına dair 19.08.2010 tarih ve 984 sayılı encümen kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun verdiği yetkiye istinaden Şanlıurfa Belediye Meclisi'nin 08.12.2009 tarih ve 95 sayılı kararı ile Belediye sınırları dahilinde toplu taşımacılık yapan belediye ve özel halk otobüsleri ile şehir içi trafik akışını rahatlatmak ve akıllı kart sistemine geçmek amacıyla hazırlanan Ulaşım Master Plânının uygulanması ve ihale yolu ile akıllı kart sistemine geçilebilmesi amacıyla encümene yetki verildiği, Encümen'in Meclis'in vermiş olduğu yetkinin sınırları içinde kaldığı, ihaleye ait şartnamelerde, davacının iddiasının aksine ihale ile doğrudan müze v.b. yerlere elektronik sistem teçhizi öngörülmediği, ileride müze v.b. yerlerde kartlı sistem uygulanması halinde, sistem altyapısının ileride uygulanacak olan sistemlere intibak edecek teknik donanımı olmasının öngörüldüğü, öte yandan, ihale maliyetinin davacıya bırakıldığı ileri sürülmekte ise de, davacının tek bir otobüsünün bulunduğu, dosyada bulunan belgelerden idarenin 182 adet otobüs işlettiği, dolayısıyla ihale bedelinin davacıya yüklenmediği gibi, halihazırda davacının sisteme dahil olmadığı hususu dikkate alındığında, davacıdan ihale bedeli kesintisi de yapılmadığının açık olduğu, uyuşmazlık konusu ihale sonucu, gerek ihale bedeli, gerekse işletim bedeli ile ilgili olarak belediye bütçesinden harcama yapılmadığı, buna özel bütçe kaleminin bulunmadığı ve ödenek ayrılmadığı dikkate alındığında, ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamında kalmadığının görüldüğü, nitekim, idari şartnamede işin, sistemin beş yılına işletilmesi işi olarak açıklandığı, işin işletilmesinin ise mal sahibi dışında bir kişi tarafından gerçekleştirilecek olması ve iş sonunda teçhizatın idareye intikâli gibi hususların esasında ihalenin kurulacak olan sistemin kurulma ile birlikte kiralama işinin de gerçekleştirildiğine delâlet ettiği, bir kiralama için mutlaka ayrıyeten kira akdinin gerçekleştirilmesinin gerekmediği, 5393 sayılı Kanun'un 67. maddesinde, Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı

kuruluşlarda yetkili organın kararı ile (...) toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri (...) ile ilgili işlerin, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebileceği kuralına yer verildiği; olayda ise, toplu taşıma hizmetlerinin kiralanması işinin bulunmadığı, toplu taşımanın mevcut hali ile devam ettiği, olaydaki ihalenin halihazırda mevcut olan toplu taşıma araçlarının elektronik sistemle donatılmasını kapsadığının görüldüğü, bu bakımdan ihalenin 5393 sayılı Kanun'un 67. maddesi kapsamında değerlendirilmesi hukuken mümkün olmadığı gibi, uyuşmazlık konusu ihale ile kurulacak sistemin önceden karta ödenen paranın kullanımını içerdiği, önceden peşin olarak ödenmeyen paranın kullanımını içermediği, bu nedenle işin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu kapsamında da kalmadığının görüldüğü, davacının iş deneyim belgelerine dair iddialarının ise soyut iddialar olduğu anlaşıldığından, şekli geçerliliği bulunan belgelerin ihaleye katılmaya engel olmadığı sonucuna varıldığı, öte yandan, geçici teminat bedel ve oranları, yatırılan miktarlar, yatırılma usulü, ilâna dair şekli koşullar ile katılıma dair niteliklerin mevzuat çerçevesinde kamu menfaatlerine uygun olarak kullanıldığı ve bu duruma istinaden toplu taşıma esas ve usullerine ilişkin kural koyma yetkisi olan idarenin Elektronik Ücret Toplama Sistemi'nin Master Ulaşım Plânı ve ilgili meclis kararı uyarınca özel kişilere gördürülmesini kararlaştırması ve anılan Meclis kararına karşı açılan davanın reddedilmesi karşısında; Meclis kararının uygulanması maksadı ile encümen tarafından Sistemin ihaleye çıkarılmasına ilişkin 08.07.2010 tarih ve 824 sayılı encümen kararında, 14.07.2010 tarihli ihale onay işleminde ve 2886 sayılı Kanun'da öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilen ihale sonucunda ihalenin yükleniciye bırakılmasına dair 19.08.2010 tarih ve 984 sayılı encümen kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiş; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, Kanun'un amacının, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi

altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu kurala bağlanmış; 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, belediyelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir; 68. maddesinin (a) bendinde ise, bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı kuralına yer verilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesinin gerektiği, bu nedenle de kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin bu Kanun'un kapsamına alındığı belirtilmiştir; 2. maddesinin gerekçesinde ise, aynı idare tarafından çeşitli kaynaklardan finanse edilen işlerin ihalelerinde ayrı mevzuatın bulunmasının uygulamada karmaşayı artırdığı, bu nedenle, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları harcamalara ilişkin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulama birliğini sağlamak amacıyla genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idare ve belediyelerin yanı sıra Kanun'da sayılan diğer idarelerin bu Kanun'un kapsamına alındığı ifade edilmiştir. Bu nedenle, her iki kanunun da kapsamında bulunan davalı idare tarafından ihale yoluyla yapılacak olan işin niteliğini n belirlenerek tabi olduğu mevzuatın tespit edilmesi gerekmektedir. İdarenin harcama yapmak suretiyle temin edeceği mal alımı, hizmet alımı ya da yapım ihalelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na; idareye gelir getirici nitelikteki ihalelerin ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılması gerektiği açıktır. Dosyanın incelenmesinden; davalı idare tarafından 12.08.2010 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 37. maddesi uyarınca kapalı teklif usulüyle "Toplu Taşıma Araçlarında Elektronik Ücret Toplama Sistemi ile 5 (Beş) Yıllığına İşletilmesi İhalesi"nin yapıldığı, Şanlıurfa ilinde özel halk otobüsü sahibi ve işleticisi olan davacı tarafından, ihalenin yapılması hakkındaki 08.07.2010 tarih ve 824 sayılı encümen kararının, 14.07.2010 tarihli ihale onay işleminin ve anılan ihale

sonucunda ihalenin ... Elektronik ve Bilişim Sistemleri A. Ş. üzerinde bırakılmasına dair 19.08.2010 tarih ve 984 sayılı encümen kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriğinden, ihale kapsamında kurulacak Elektronik Ücret Toplama Sistemi'nin (EÜTS) işlemesine yönelik olarak "Ortak Havuz Çalışma Şartları Uzlaşma Protokolü" adlı bir protokolün hazırlandığı, bu protokolü imzalayan hat sahiplerinin araçlarına EÜTS kurulacağı, bu sistemde kullanılan kartların gelirlerinin bu havuza aktarılacağı, havuzdan ortak gider olarak sistemin kurulum giderine karşılık olarak % 4, işletim gideri olarak % 1 oranında ihaleyi alan yükleniciye ödeme yapılacağı, havuzda kalan paradan yapılan puanlamaya göre hesaplanacak tutar üzerinden belediye ile özel halk otobüsü sahiplerine ödeme yapılacağı görülmektedir. Yapılan bu protokol ile belediye otobüslerinde kullanılacak otobüs biletlerine ait ücretin de akıllı kartlar yoluyla havuza aktarılacağı, belediyenin bu aktarılan gelirden pay alacağı görüldüğünden, yapılan bu protokol ile belediye tarafından kendi araçlarının elde edeceği taşıma bedeli havuza aktarılmakta, belediyenin araçlarının taşıma bedelinden elde edilecek hasılatı da kapsayacak şekilde sistemin kurulum giderine karşılık olarak % 4, işletim gideri olarak % 1 olmak üzere toplam % 5 oranında ihaleyi alan yükleniciye ödeme yapılacağı görülmektedir. Bu şekilde sistemin kurulum ve işletme giderlerini belediyenin de yüklediği görülmektedir. Belediye ile yüklenici şirket arasında imzalanan ihale sözleşmesinin Genel Hükümler bölümünün 1. maddesinde; kurulacak sistemin tüm gelirleri ve banka hesaplarının kontrolünün Belediye'ye ait olduğu açıkça ifade edildiğinden, bu parasal kaynağın Belediye'nin kullanımında olan bir kaynak olduğu ve bu kaynaktan ihale yüklenicisine ödeme yapılacağı noktasında tereddüt bulunmamaktadır. İhale sözleşmesinin Genel Hükümler bölümünün 1.1.6. maddesinde; Belediye'nin, işe başlama tarihinden sonra altı ay içinde sistemin herhangi bir sebeple işlemesini sağlayamaması veya eksik sağlaması, montaj ve kurulum için iş yeri teslimlerini gerçekleştirememesi durumunda işleticinin alacağı olan kurulum bedelinin aylık 70.000 TL'lik eşit taksitler halinde Belediye tarafından işleticiye ödeneceği belirtilmiştir. Aktarılan düzenleme gereğince, sistemin kurulum ve işlemesi aşamasında belirtilen

aksaklıkların olması durumunda, Belediye'nin her ay 70.000 TL'lik bir bedeli yükleniciye ödemesi söz konusu olduğundan, böyle bir durumun varlığı bu ihalenin belediyenin harcama yapmasını gerektiren bir ihaleye dönüşmesi sonucunu doğuracaktır. Öte yandan böyle bir durumun oluşması halinde belediye tarafından bir ödeme yapılacak olması nedeniyle bu hususa ilişkin ödenek ayrılması gerektiği, ödenek ayrılması hallerinde ise idarenin bütçesinden harcama yapılması sonucunun doğacağı açıktır. Öte yandan, 2886 sayılı Kanun kapsamında idareye gelir getirici işler ihale edildiğinden, bu tür ihalelerde ihale aşamasında ihaleye katılan isteklilerin en yüksek tekliflerini vermeleri beklenilmekle birlikte, uyuşmazlık konusu ihalede böyle bir durumun olmadığı, ihaleye katılan isteklinin ilk olarak 3.890.000 TL teklif sunduğu, daha sonra kendisiyle yapılan pazarlık sonucunda bu miktarın 3.686.610 TL'ye düşürüldüğü ve bu bedel üzerinden kendisiyle sözleşme imzalandığı ve bu bedelin idareye aktarılacak bir bedel olmayıp istekliye ödenecek bedel olduğu hususları göz önüne alındığında, uyuşmazlık konusu ihalenin belediyeye gelir getirici nitelikte bir ihale olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu durumda, Belediye tarafından yapılan uyuşmazlık konusu ihale kapsamında belediye otobüslerinin elde edeceği taşıma bedelinin de aktarılacağı havuzdan yükleniciye ödeme yapılacak oluşu; havuzda biriken paraların Belediye'nin kullanımında olan bir kaynak niteliğinde olması; ihale kapsamında yapılacak sistemin kurulması ve işletilmesi aşamasında aksaklıklar olması durumunda ihale bedelinin Belediye bütçesinden karşılanacağı ve ihale kapsamında yüklenici tarafından idareye belirli bir paranın ödenmesi yerine yüklenicinin kendisine ihale bedelinin ödeneceği hususları dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerekirken, ihalenin 2886 sayılı Kanun'a tabi olarak yapılmasında hukuka uygunluk bulunmadığından, dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Şanlıurfa İdare Mahkemesi'nin 29/05/2012 tarih ve E:2011/255, K:2012/1071 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen

15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 17.04.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.]]>