

**İdari Şartnamede benzer iş tanımı maddesinde benzer iş olarak belirlenen bir iş deneyim belgesinin mal alımı ihalesine konu olabilecek nitelikte olduğu dava konusu ihalenin ise bir hizmet alımı ihalesi olduğu ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik bakımından benzerlik gösteren işlerden olmadığı tespit edilmiş olup İdari Şartnamede yer alan benzer iş tanımı da hukuka uygun olarak belirlenmemiş. Bu itibarla, dava konusu kararda benzer iş tanımının mevzuata uygun olmadığına yönelik kısmında**

**hukuka aykırılık bu kısım yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı hk**

**İdari Şartnamede benzer iş tanımı maddesinde benzer iş olarak belirlenen bir iş deneyim belgesinin mal alımı ihalesine konu olabilecek nitelikte olduğu dava konusu ihalenin ise bir hizmet alımı ihalesi olduğu ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik bakımından benzerlik gösteren işlerden olmadığı tespit edilmiş olup İdari**

**Şartnamede yer alan benzer iş tanımını da hukuka uygun olarak belirlenmemiş Bu itibarla, dava konusu kararda benzer iş tanımının mevzuata uygun olmadığına yönelik kısmında hukuka aykırılık bu kısım yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı hk**

ihale kapsamında yer verilen işler arasında İhale Kanunu maddesi uyarınca olması gereken kabul edilebilir doğal bağlantının bulunmadığı ve bir arada ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı yönünden dava konusu işlemin iptaline dair kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA dair karar

<b>Toplantı No</b>	: 2021/015
<b>Gündem No</b>	: 32
<b>Karar Tarihi</b>	: 14.04.2021
<b>Karar No</b>	: 2021/MK-157

<b>BASVURU SAHİBİ:</b> Tep Endüstriyel Proje Ve Uygulama A.Ş.
<b>İHALEYİ YAPAN İDARE:</b> İETT Genel Müdürlüğü Satınalma Daire Başkanlığı
<b>BASVURUYA KONU İHALE:</b> 2020/146885 İhale Kayıt Numaralı "9.000.000 Km Şehirçi Toplu Taşıma" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

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

Davacı İETT Genel Müdürlüğü tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 15.09.2020 tarihli E:2020/1516, K:2020/1390 sayılı kararı ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi üzerine Kurulca alınan 21.10.2020 tarihli ve 2020/MK-247 sayılı karar ile "1- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 13.05.2020 tarihli ve 2020/UH.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 daraltıcı nitelikte ve ihale kanununun temel ilkelerine aykırı olduğu" iddialarının esasının yeniden incelenmesine," karar verilmiştir.

Yeniden yapılan inceleme sonucunda Kurulun 18.11.2020 tarih ve 2020/UH.II-1900 sayılı kararıyla "Başvuru sahibinin 2'nci iddiasına ilişkin olarak: ... İhale dokümanında personel sayısının belirlenmediği, personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanılacağına düzenlenmediği, idarece yaklaşık maliyet hesaplamaları kapsamında düzenlenen tabloda personel giderlerinin yaklaşık maliyete oranının %36,29 olarak belirlendiği dolayısıyla ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı olmadığı anlaşılmıştır.

Nitekim, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 15.09.2020 tarihli E: 2020/1516, K: 2020/1390 sayılı kararında da ihale konusu iş kapsamındaki iş kalemlerinin birlikte ihale edilmesinin hukuka uygun bulunduğu görülmüş olup, yukarıda yapılan tespitler ile Mahkeme kararı birlikte değerlendirildiğinde iddianın yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Başvuru sahibinin 3'üncü iddiasına ilişkin olarak: ... Yukarıda aktarılan hususlar ile mahkeme kararının gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde inceleme konusu ihalede idarenin, konsorsiyumların ihaleye katılmayacağı ve ihaleye kısmi teklif verilemeyeceği yönünde yapmış olduğu düzenlemelerin hizmetin bir bütün olarak ihale edilmesi tercihiyle idarenin takdir yetkisi çerçevesinde mevzuata uygun olarak belirlendiği, konsorsiyumların ihaleye teklif veremeyeceği yönündeki İdari Şartname düzenlemesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı, aksi yönde bir değerlendirmenin mahkeme kararının gerekçelerini etkisiz kılacığı da dikkate alındığında başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır.

Sonuç olarak, başvuru sahibinin işbu rapor incelemesine konu iddialarının yerinde olmadığı tespit edilmiş olup, iddialarının 2'nci maddesinin ilk kısmının ve 4'üncü maddesine ilişkin kısmının da Ankara 18. İdare Mahkemesinin 15.09.2020 tarihli E:2020/1516, K:2020/1390 sayılı kararı ve söz konusu karar doğrultusunda alınan 21.10.2020 tarihli ve 2020/MK-247 sayılı Kurul kararı ile uygun görülmediği anlaşıldığından, itirazın şikâyet başvurusunun reddi gerekmektedir." gerekçeleriyle itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiştir.

Mahkeme kararına karşı Kurumca yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E:2020/3562, K:2021/272 sayılı kararında; "1. Temyize konu Mahkeme kararının "ihale kapsamında yer verilen işler arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca olması gereken "kabul edilebilir doğal bağlantı"nın bulunmadığı ve bir arada ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı" yönünden dava konusu işlemin iptaline dair kısmında hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

2. Temyize konu Mahkeme kararının "benzer iş tanımının mevzuata uygun olmadığı" yönünden dava konusu işlemin iptaline dair kısmı incelendiğinde; Aktarılan mevzuatın değerlendirilmesinden, ihaleyi gerçekleştiren idarenin, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen rekabet ilkesini gözetmek zorunda olduğu, rekabetin tesis edilebilmesinin temel şartının ise ihaleye katılımı artıracak tedbirlerin alınmasıyla olacağı, dolayısıyla idari şartnamede belirlenecek benzer işin ihaleye katılımı ve rekabeti artıracak nitelikte belirlenmesinin gerektiği, özellikle ihale konusu işin farklı uzmanlık alanlarına ilişkin olması halinde benzer işin ihale konusu işle birebir aynı şekilde belirlenmesinin, ihalelerde benzer iş belirlenmesi ile öngörülen amaçta aykırılık teşkil edebileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan, ihale konusu işle birebir aynı nitelikte olan bir işe ilişkin iş deneyim belgesinin ihale dokümanında buna yönelik düzenleme olmasa dahi sunulabileceği tabiidir. Dava konusu ihaleye ilişkin İdari Şartname'nin 7/6.(a) maddesinde, "her türlü otobüs bakım, onarım ve akaryakıtı ile gerçekleştirilen şehir içi toplu taşıma hizmeti"nin benzer iş olarak tanımlandığı, ihale konusu işin, esas olarak akaryakıt, personel (şoför dâhil), 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, bu bakımdan, 7/6.(a) maddesinde yer alan benzer iş tanımının neredeyse ihale konusu işle birebir aynı olarak belirlendiği ve söz konusu benzer iş tanımının ihale konusu iş kapsamında yer alan unsurlardan herhangi birini veya bir kaçını içermeyecek şekilde düzenlenmiş olduğu anlaşılmıştır.

Bu bağlamda, İdari Şartname'nin 7/6.(a) maddesinde yer alan benzer iş tanımı, ihaleye katılımı artırarak rekabeti sağlayıcı nitelikte belirlenmemiştir. İdari Şartname'nin 7/6.(b) maddesinde, "Otobüs üretimi ve satışı"nın benzer iş olarak tanımlandığı, bu kapsamdaki bir iş kapsamındaki bir iş deneyim belgesinin mal alımı ihalesine konu olabilecek nitelikte olduğu, dava konusu ihalenin ise bir hizmet alımı ihalesi olduğu, ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik bakımından benzerlik gösteren işlerden olmadığı açıktır. Bu bağlamda, İdari Şartname'nin 7/6.(b) maddesinde yer alan benzer iş tanımı da hukuka uygun olarak belirlenmemiştir. Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının "benzer iş tanımının mevzuata uygun olmadığı"na yönelik kısmında hukuka aykırılık, bu kısım yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU:

2. Davalının Temyiz İsteminin Kısmen Reddine,

3. Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 15/09/2020 tarih ve E:2020/1516, K:2020/1390 sayılı kararının "ihale kapsamında yer verilen işler arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca olması gereken "kabul edilebilir doğal bağlantı"nın bulunmadığı ve bir arada ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı" yönünden dava konusu işlemin iptaline dair kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmının ve davacı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmının ONANMASINA

Oybirliğiyle,

4. Davalının temyiz isteminin kısmen kabulüne;

5. Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 15/09/2020 tarih ve E:2020/1516, K:2020/1390 sayılı kararının "benzer iş tanımının mevzuata uygun olmadığı" yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,

6. Bu kısım yönünden de DAVANIN REDDİNE oyçokluğuyla," 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 hükmü 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 geçmeyeceği 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- Anılan Danıştay kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 21.10.2020 tarihli ve 2020/MK-247 sayılı kararının "1-Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 13.05.2020 tarihli ve 2020/UH.II-891 sayılı kararının 2'nci maddesinin ilk kısmının ve 4'üncü maddesine ilişkin kısmının iptaline," ilişkin kısmının "4'üncü maddesine ilişkin kısmının iptaline" yönelik kısmının iptaline,

2- Kamu İhale Kurulunun 18.11.2020 tarih ve 2020/UH.II-1900 sayılı kararda yer alan "benzer iş belirlenmesinin ihaleye katılımı ve rekabeti arttıracak şekilde hukuka uygun bulunduğu"na ilişkin değerlendirme ve ilk derece mahkemesi kararının gerekçelerinin yer aldığı paragrafın iptaline,

3- Kamu İhale Kurulunun 13.05.2020 tarihli ve 2020/UH.II-891 sayılı kararının 4. iddia ile ilgili kısmının hukukî geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.