

Çöp toplama ihale sürecinde yüklenici tarafından araçların kısmen veya tamamen izinsiz iş başından çekilmesinin tespit edilmesi durumunda aykırılığın 1 defa gerçekleşmiş olması hâlinde dahi İhale Sözleşmeleri Kanununa göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceği kararı hk(Danıştay K)

Çöp toplama ihale süreci

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3675

Karar No:2021/205

TEMYİZ EDENLER : 1. (DAVALI) ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

2. (DAVACI) ...

VEKİLİ : Av. ...

3. (DAVALI YANINDA MÜDAHİL)

... İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Şişli Belediye Başkanlığı'nca 24/06/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "Belediye Hizmetlerinde ve Kent Temizliğinde Kullanılmak Üzere Araç ve Ekipmanların Kiralanması İşi" ihalesine ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusunun kısmen süre, kısmen şekil, kısmen esastan reddine dair 22/07/2020 tarih ve 2020/UH-II-1279 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; uyuşmazlığa konu ihaleye ilişkin olarak davacı tarafından yapılan şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının reddi üzerine bakılan davanın açıldığı,

İtirazın şikâyet başvurusundaki iddiaların incelenmesi sonucunda; ihale konusu iş kapsamında çalıştırılacak olan araçlara kendi malı olma ve 2018 yıl model şartı getirildiği, bu durumun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık teşkil ettiği, ihaleye katılımı daraltıcı nitelikte olduğu, rekabeti engellediği, araç satın alınmasını zorunlu hâle getirdiği, anılan düzenlemenin fırsat eşitliğini engelleyici nitelikte olduğu şeklindeki

birinci iddianın; ihale dokümanının ilana yansıyan hükümlerine yönelik olduğu, ilana yansıyan hususlarla ilgili olarak şikâyet başvurularında sürenin ilan tarihinden itibaren başlayacağı, şikâyete yol açan durumun farkına varılması gereken tarihin ihalenin ilan tarihi olan 27/05/2020 tarihi olduğu, bu tarihi izleyen 10 gün içinde en geç 08/06/2020 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 17/06/2020 tarihinde yapılan başvurunun süresinde bulunmadığı anlaşıldığından dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı,

Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde her bir aykırılık için ayrı ayrı ceza kesileceğinin belirtildiği ancak bu aykırılıkların neler olduğunun belirtilmediği şeklindeki ikinci iddianın, mevzuata göre ihaleyi gerçekleştiren idarelerin Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesini Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'de yer alan 26 numaralı dip nota göre işin niteliğini göz önünde bulundurarak uygun olan bent kullanılmak suretiyle düzenleyeceği,

işin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde dip notun 3. bendinin kullanılması gerektiği, ihalenin adının "Belediye Hizmetlerinde ve Kent Temizliğinde Kullanılmak Üzere Araç ve Ekipmanların 24 Ay Süreyle Kiralanması İşİ" olduğu, işin niteliğinin evsel nitelikli atıkların toplanması ve nakli, cadde ve sokakların temizlenmesi, pazar yerlerindeki atıkların toplanması, atık konteynerlerinin yıkanıp, dezenfekte edilmesi, vatandaş tarafından budanan ağaç ve türevi atıkların toplanması iş ve işlemleri için ihtiyaç duyulan araç ve ekipmanların temin edilmesi ve çalıştırılmasına yönelik olduğu,

dolayısıyla işin özelliği gereği sürekli tekrar eden bir iş olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesi düzenlenirken Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'de 26 numaralı dip notta yer alan 3. bendin kullanıldığı, maddede işin özelliği gereği

sürekli tekrar eden işlerde yer alması gereken hususlara yer verildiği, maddenin devamında yüklenici tarafından araçların kısmen veya tamamen izinsiz iş başından çekilmesinin tespit edilmesi durumunda aykırılığın bir defa gerçekleşmiş olması hâlinde dahi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceğinin belirtildiği, Şartname'nin 16.1.2. maddesinin de Tip Sözleşme'ye uygun olarak düzenlendiği anlaşıldığından dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı,

İhale kapsamında kiralanacak araçların ve üst ekipmanlarının üretim yıllarına yaş sınırlaması getirildiği, üst ekipmanların model yılının araçların model yılı ile aynı yıl veya sonraki yıllarda olmasının istenilmesinin ihaleye katılımı engellediği, Teknik Şartname'nin 4.1.1. maddesinde idarenin yükleniciye şantiye alanı tahsis edeceği ve şantiye alanında kullanılan elektrik, su, doğalgaz ve telefon giderlerinin idare tarafından karşılanacağını belirtildiği,

bu durumun kamu zararına yol açacağı şeklindeki üçüncü iddianın, mevzuata göre ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanmasının esas olduğu, teknik şartnamelerde idareler tarafından alım konusu hizmetin teknik kriterleri ve özelliklerinin belirleneceği, bunların verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve fırsat eşitliğini sağlaması gerektiği, belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürünün belirtilemeyeceği ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilemeyeceği, bunun yanı sıra, idarenin ihtiyacını karşılarken alımını yapacağı araç ve ekipmanların kiralanması işi için kriterler belirlemek konusunda takdir hakkı ve yetkisi bulunduğu,

gerek ihtiyacı olan hizmetin tespiti, gerek ihale konusu alımın niteliklerini dikkate alarak teknik şartnamelerde hangi kriterleri belirleyip belirleyemeyecekleri, belirledikleri

kriterlerin ihtiyacı karşılamada yeterli olup olmadığı noktasında takdir yetkisine sahip olduğunun açık olduğu, ancak alımın konusuna ilişkin teknik kriter ve özellikleri belirleme hususundaki takdir yetkisinin Kanun ile sınırlandırıldığı, ihale konusu iş kapsamında 77 aracın çalıştırılması gerektiği, teknik şartnamede araçların model yıllarının en az 2018 model, araçların üst ekipmanlarının üretim yıllarının da araçların model yıllarıyla aynı yıl veya sonraki yıllar olması gerektiğinin belirlendiği, yapılan belirlemelerin mevzuat kapsamında bir aykırılık teşkil etmediği, ihale konusu işin 24 aylık bir iş olduğu, araçların kullanılacağı gün sayısı, hizmet süresi ve kat edeceği yol mesafesi dikkate alındığında düzenlemelerin makul kabul edilebileceği ve ihaleye teklif verilmesine engel olacak mahiyette olmadığı,

Teknik Şartname'nin 4.11. maddesindeki araçların park edilebilmesi için yükleniciye şantiye alanının bedelsiz tahsis edileceği, kullanım alanındaki giderlerin idare tarafından karşılanacağı şeklindeki düzenlemenin, şikâyet başvurusuna verilen cevap yazısında hizmetin aksamadan ve kesintisiz devam edilebilmesini sağlamaya yönelik olarak şantiye alanında işin yürütülmesi için kiralanmış araçların park edebileceği bu alanın, aynı zamanda Temizlik İşleri Müdürlüğü bünyesinde çalışan temizlik araçlarını kullanan şoför ve katı atık işçileri tarafından da kullanılan bir alan olması sebebiyle giderlerin idarece karşılanacağını belirtmesi karşısında ihaleye katılımı engelleyici bir nitelik taşımadığı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının bu kısmında da hukuka uygunluk bulunmadığı,

Davacının;

a) İhaleye teklif sunan isteklilerin başka firmalardan araç devri yaptıklarına dair izlenimlerinin olduğu, yapılan araç devirleri varsa bu araçların aktif olarak başka ihalede kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi gerektiği,

b) İhale kapsamında kiralanacak araçların özellikleri için en az ve en fazla tanımlarının yapıldığı, bu durumun ihaleye katılımı engellediği,

c) [İhale Teknik Şartnamesinin](#) 4.20. maddesinin hatalı düzenlendiği,

d) İdari Şartname'nin 25.3.1 maddesiyle Teknik Şartname'nin 4.14 maddesinin birbiriyle çeliştiği, e) Teknik Şartname'nin 4.12 maddesinin hatalı düzenlendiği, f) Sözleşme Tasarı'nın 9. maddesiyle İdari Şartname'nin 24. maddesi arasında tezatlık bulunduğu şeklinde maddeler halinde sıralanan dördüncü iddiası; iddiaların şikâyet başvurusunda yer almadığından bahisle Kurulca şekil yönünden reddedildiği, ancak 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılacağı,

Kanun'da böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kurul tarafından başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşıldığından Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu Kurul kararında, itirazın şikâyet başvurusundaki 1, 2 ve 3. iddialar bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine,

4. iddia bakımından hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin bu kısmının iptaline karar verilmiş, karar taraflar ve müdahil tarafından aleyhlerine olan kısımlar yönünden temyiz edilmiştir.

TEMYİZ EDENİN [İHALE İDDİALARI](#) : Davalı idare tarafından, zorunlu başvuru yolunun amacının, başvuru sahibinin iddialarının öncelikle idarenin değerlendirmesinden geçerek uygun görülen hususlarda gerekli düzeltmenin idare tarafından yapılması, uyuşmazlığın devam ettiği konularda ise idarenin

cevabıyla birlikte Kurum'un önüne getirilmesi olduğu, idarenin değerlendirmesine sunulmayan, cevap veya açıklaması alınmayan bir hususun itirazın şikâyet başvurusuna dâhil edilmesinin iki aşamalı başvuru sistematiğine uygun düşmeyeceği;

Davacı tarafından, ihale kapsamında çalıştırılacak olan araçlara kendi malı ve 2018 yılı model şartı getirilmesinin ihaleye katılımı daraltıcı nitelikte ve haksız rekabet oluşturacak nitelikte olduğu, araçların satın alınmasını zorunlu hâle getirdiği, bu durumun fırsat eşitliğini engelleyici nitelikte olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki ilkelerin de ihlâli anlamına geldiği,

Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinin hatalı düzenlendiği, aykırılıkların neler olduğu belirtilmediği için ihaleye teklif sunmanın imkânsız hâle getirildiği, ihaleyi gerçekleştiren idarece şantiyede kullanılacak giderlerin ne kadar olacağını belirtmediği, kamunun cebinden çıkacak bu giderlerin keyfi harcamalara sebebiyet vereceği gibi kamuya da yüksek külfet getireceği, ihale kapsamında firmaların araç kiralama bedellerini tespit edebilmeleri için herhangi bir bilgi verilmediği,

Davalı yanında müdahil tarafından, mevzuatta şikâyet başvurusunda ileri sürülmeyen hususların Kurul tarafından incelenemeyeceği, bunun istisnası olarak idareye şikâyet edilmeyen ancak idarenin cevabında yer alan ilave hususlar için itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceği açıkça düzenlenmişken Mahkemece 4. iddia yönünden Kurul kararının iptaline karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

İHALEDE KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, ihale kapsamında kendi malı olması istenen araçlara yönelik düzenlemenin ihaleye katılımı engellediğine dair iddianın ihale dokümanının ilana yansıyan hükümlerine yönelik olduğundan başvurunun ilan tarihinden itibaren 10 gün içinde yapılması gerekirken bu süre geçtikten sonra yapıldığı,

Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1. maddesinin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 26 numaralı dipnotuna uygun olarak hazırlandığı, araç ve ekipmanların model yılına ilişkin belirlemenin mevzuata aykırılık teşkil etmediği,

ihale konusu iş kapsamında bakıldığında makul kabul edilebileceği, şantiye alanının yükleniciye bedelsiz olarak tahsisi ve kullanım alanındaki giderlerin idare tarafından karşılanacağı şeklindeki düzenlemenin ihaleye katılımı engelleyici nitelikte bulunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuş;

Davacı ile davalı yanında müdahil tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması 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 görüşüldü:

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacı ile davalı idare ve davalı yanında müdahilin temyiz istemlerinin reddine,
2. Yukarıda özetlenen gerekçeyle kısmen davanın reddi, kısmen dava konusu işlemin iptali yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA, 1., 2. ve 3. iddialar yönünden oybirliği, 4. iddia yönünden oyçokluğuyla,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunanlar üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara ve müdahile iadesine,
5. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harçlarının istemleri hâlinde davacı ile davalı idareye ayrı ayrı iadesine,
6. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
7. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 20/01/2021 tarihinde karar verildi.

(X)

İHALE KARŞI OY

4734 sayılı Kamu ihale Kanunu'nun "ihalelere yönelik başvurular" başlıklı 54. maddesinde, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idarî başvuru yolları olduğu; 55. maddesinde, şikâyet başvurusunun ihaleyi yapan idareye yapılacağı, idarenin, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alacağı,

alınan kararın, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde

bildirileceği, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kurum'a itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceği; 56. maddesinde ise, idareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hâllerde ve sürede,

sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceği, Kurum'un itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet sürecinde aldığı kararda belirtilen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanmış; ihalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında ise, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazın şikâyet başvurusuna konu edilemez." kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun'da şikâyet ve itirazın şikâyet sürecinin kademeli bir şekilde yapılması öngörülmüş, buna göre, önce idareye usulüne uygun bir şikâyet başvurusunun yapılması, bunun neticesinde alınan karar uygun bulunmaz ise Kamu İhale Kurumu (Kurum)'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi düzenlenmiştir.

Şikâyet yoluna gidilmeden itirazın şikâyete gidilemeyeceğine göre, şikâyet dilekçesinde belirtilmeyen hususların da itirazın şikâyete konu edilememesi, ileri sürülse bile Kamu İhale Kurumu'nun bu iddiaları incelememesi gerekmektedir.

Bu itibarla, Kurum'un itirazın şikâyet başvurularını şikâyet dilekçesinde ileri sürülen iddialar ve idarenin şikâyet

üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak incelemesi gerekmektedir. Aksi hâlde şikâyet aşamasında ileri sürülmeyen konu yönünden Kanun'un zorunlu olarak aradığı "şikâyet" aşaması atlanarak doğrudan itirazın şikâyet yolu açılır ki, bu durum merci tecavüzü oluşturacağı gibi Kanun'un emredici bir kuralının uygulanmaması sonucunu doğurur.

Açıklanan nedenlerle, şikâyet dilekçesinde ileri sürülmeyen iddiaların itirazın şikâyet dilekçesinde ileri sürülmesi hâlinde bu iddialar Kurumca incelenemeyeceğinden, temyize konu Mahkeme kararının, 4. iddia bakımından itirazın şikâyet başvurusunun şekil yönünden reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle bu kısım yönünden Kurul kararının iptaline ilişkin kısmının bozularak, davanın reddine karar verilmesi gerektiği oyuyla kararın bu kısma katılmıyorum.



ihâl
e