

# **Danıştay kararında, Kamu alımlarında rekabetin sağlanabilmesinin ön şartı, ihale dokümanında, ihaleye katılımı engelleyici veya daraltıcı düzenlemelere yer verilmemesi**

Danıştay kararında, Kamu alımlarında rekabetin sağlanabilmesinin ön şartı, ihale dokümanında, ihaleye katılımı engelleyici veya daraltıcı düzenlemelere yer verilmemesi olup, ihaleye verilen teklif sayısı, kamu alımına konu olan hizmet veya malı üreten sektörün yapısına, rekabete açık olup olmadığına ve sektörde faaliyet gösteren firma sayısına bağlı olacağından, yalnızca ihaleye verilen teklif sayısı esas alınarak ihalede rekabetin sağlanıp sağlanmadığına yönelik olarak yapılan analiz eksik ve yanıltıcı olacağına karar verilmiştir.

## **İLGİLİ KARAR:**

T.C.

DANIŞTAY

Onüçüncü Daire

Esas No:2018/461

Karar No:2018/1301

## 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 işin gereği görüldü:

Dava, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı tarafından 16.08.2017 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "İstanbul Üniversitesi Telefon Santrali Hatlarının Elektronik Haberleşme Kapsamında Sabit Telefon Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirâzen şikâyet başvurusunun reddine dair 01.11.2017 tarih ve 2017/UH.II-2941 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; anılan ihaleye 5 isteklinin katıldığı, davacı şirket dâhil 4 isteklinin çeşitli gerekçelerle değerlendirme dışı bırakıldığı ve ihalenin tek geçerli teklif sahibi üzerinde bırakıldığı, ihaleye ilişkin olarak davacı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunda; 1) iş deneyimine ilişkin olarak sunduğu belgelerin Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 47. maddesine uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, iş deneyimine ilişkin olarak sunduğu sözleşme ve faturaların mevzuata uygun olduğu ve teklifinin geçerli olduğu, 2) ihalede yaklaşık maliyetin hatalı belirlendiği, 3) 7 isteklinin doküman satın aldığı ve 5 isteklinin teklif verdiği ihalede geçerli tek teklif kaldığı, bu hususun da rekabetin sağlanması ilkesine ve kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu iddialarına yer verildiği; Kurul tarafından yapılan değerlendirme sonucunda; 1) davacı şirketin iş deneyimini tevsiken, özel sektöre karşı yüklendiği bir işe ilişkin 22.01.2013 tarihinde imzalanmış sözleşme ve faturaları sunduğu, 22.01.2013 tarihinde imzalanmış sözleşmede toplam sözleşme bedelinin yer almadığı, bahse konu sözleşmenin 7. maddesinde sözleşmenin ekinde yer alan Ek-1'deki tüm tarifeler üzerinden hizmet bedellerinin ödeneceği belirtilmekle

birlikte, bahse konu Ekin davacı şirketin iş deneyimini tevsik etmek için sunduğu belgelerin içinde yer almadığı; teklifinin ekinde sunduğu sözleşmenin 7. maddesinde, Telekom web sayfasında yayımlanan hizmet ücretlerine atıf yapıldığı, web sayfasında hâlihazırda yer alan ücretlerle sözleşmenin imzalandığı tarihteki ücretlerin aynı olduğunun tespitinin yapılamadığı, abone nezdindeki gerekli cihazların kurulumunun sözleşmenin imzalanmasından itibaren 15 gün geçmeyecek şekilde tamamlanacağı ve bahse konu cihazların kurulumunu müteakip hizmete başlanacağı, sözleşmenin 10. maddesinde sözleşme süresinin hizmet başlangıç tarihinden itibaren başlamak üzere 1 (bir) yıl olduğu, iş deneyimini tevsik etmek için 17 adet fatura sunulduğu, söz konusu faturaların 31.12.2015 -30.06.2017 tarihleri arasında düzenlendiği, sözleşmenin 22.01.2013 tarihinde imzalandığı ve işin süresinin bir yıl olduğu hususları dikkate alındığında, bahse konu faturaların işin süresiyle uyumlu olmadığı, sözleşmenin 10. maddesinde bir yıllık sürenin sonunda taraflardan herhangi birinin sözleşmeyi yazılı olarak sona erdirmeyeceği takdirde, sözleşmenin kendiliğinden birer yıllık süreler için yenileneceği düzenlemesine yer verilerek, bahse konu sözleşmede süre artışına ilişkin düzenleme getirilmekle birlikte, şikâyete konu sözleşmenin 22.01.2013 tarihinde imzalandığı ve işin süresine ilişkin yapılan düzenlemeler dikkate alındığında, şirketin sunduğu 17 adet faturanın da iş artışı kapsamında düzenlendiği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 47. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre sözleşme tutarının % 10'unu aşmamak üzere tamamlanan iş tutarı dikkate alınacağından, bahse konu faturalar üzerinden şikâyete konu sözleşmenin bedelinin hesaplanamayacağı, iş deneyim belgesinin kabul edilemeyeceği, 2) ihale komisyonunca 16.08.2017 tarihinde düzenlenen "İsteklilerce Teklif Edilen Fiyatlar"a ilişkin tutanakta 16.08.2017 tarihinde ihalenin yaklaşık maliyetinin açıklandığının görüldüğü, davacı şirketin, idarece tespit edilen yaklaşık maliyet tutarını ihalenin yapıldığı 16.08.2017 tarihinde öğrendiğinin kabul edilmesi gerektiği, şikâyete yol açan durumun farkına varıldığı 16.08.2017

tarihini izleyen on gün içinde idareye şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 22.09.2017 tarihinde idare kayıtlarına alınan dilekçesi ile şikâyet başvurusunda bulunduğu iddianın süre yönünden reddi gerektiği, 3) ihalenin açık ihale usulü ile gerçekleştirildiği, ihalede sunulan tekliflerin ihale dokümanı çerçevesinde ihale komisyonu tarafından değerlendirildiği, teklifleri değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçelerinin ihale komisyonu kararında yer aldığı, ihalede yeterliliği sağlayan isteklinin ihale komisyonunca ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği, ihale komisyonunun değerlendirmeleri sonucunda ihalede tek geçerli teklif bulunmakla birlikte, ihalenin tek geçerli teklifi sunan isteklinin uhdesinde bırakılmasının mevzuata herhangi bir aykırılık taşımadığı, tek geçerli teklif bulunmasının tek başına ihalede rekabetin oluşmadığı anlamına da gelemeyeceği gerekçesiyle itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı; 1. iddia bakımından, itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı; 2. iddia bakımından, ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlem ve eylemlerin farkına varıldığı tarihin, ihalenin bütün hüküm ve sonuçlarının yer aldığı kesinleşen ihale kararının ilgililere tebliğ edildiği tarih olarak kabul edilmesi gerektiğinden, kendisine ihale komisyonu kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren süresi içinde şikâyet başvurusunun yapılması karşısında, davacının şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunun süresinde olduğunun anlaşıldığı; 3. iddia bakımından, ihalelerde rekabet ve açıklık ilkesinin vazgeçilmez unsur olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda idarelerin, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğunun belirtildiği, Kanundaki düzenlemelere göre, hangi usulle yapılırsa yapılsın her ihalenin, idare lehine en

elverişli koşullarla sonuçlandırılabilmesi için rekabetin sağlanmasının zorunlu olduğunun açık olduğu, başka bir anlatımla, ihalenin idare lehine en elverişli koşullarla sonuçlandırılabilmesi için en yüksek seviyede rekabet ortamının gerçekleşmesinin idarece sağlanması gerektiği, bu nedenle tek geçerli teklifin bulunmasının ve geçerli teklifi sunan isteklinin uhdesinde ihalenin bırakılmasının rekabet şartlarına ve kamu yararına aykırı olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının, davacının itirazın şikâyet başvurusundaki 1. iddiasına ilişkin olarak itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı, 2. ve 3. iddialara ilişkin olarak itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle netice olarak dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu kararın 2. ve 3. iddialar yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının iptaline ilişkin kısmı davalı idare ve davalı idare yanında müdahil tarafından temyiz edilmiştir.

Temyize konu Mahkeme kararının, davacının 2. iddiası yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Temyize konu Mahkeme kararının, davacının 3. iddiasına ilişkin olarak itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmına gelince;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde, idarelerin, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları; 40. maddesinde, 37 ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı, ihale komisyonunun gerekçeli kararını

belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunacağı, kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenlerinin belirtileceği, ihale yetkilisinin, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, ihalenin; kararın onaylanması hâlinde geçerli, iptal edilmesi hâlinde ise hükümsüz sayılacağı; 55. maddesinin 2. fıkrasında ise, ilân, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetlerin birinci fıkradaki süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği, bu yöndeki başvuruların idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılmasının esas olduğu, şikâyet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve idarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi hâlinde, gerekli düzeltme yapılarak 29. maddede belirtilen usule göre son başvuru veya ihale tarihinin bir defaya mahsus olmak üzere erteleneceği, ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilânda da bulunması hâlinde 26. maddeye göre işlem tesis edileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlığa konu ihalenin 16.08.2017 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirildiği, yaklaşık maliyetin 904.254,09.-TL olarak belirlendiği, 7 adet ihale dokümanı satın alındığı, ihaleye 5 isteklinin katıldığı; 12.09.2017 tarihli ihale komisyonu kararıyla, 162.429,52.-TL teklif veren şirket ile 276.739,50.-TL teklif veren davacı şirketin sunmuş oldukları iş deneyim belgelerinin uygun olmaması sebebiyle, 676.810,00.-TL teklif veren şirketin ihale dokümanı satın almadığından istekli sıfatını kazanamamış olması sebebiyle, diğer şirketin ise parasal teklif vermediğinden değerlendirme dışı bırakılması üzerine ihalenin 397.105,47.-TL tutarındaki teklifi ile tek geçerli teklif sahibi olan müdahil ... İletişim Hizmet Paz. A.Ş. üzerinde

bırakılmasına ve ihale yetkilisinin onayına sunulmasına karar verildiği; ihalenin, ihale yetkilisi tarafından 14.09.2017 tarihinde uygun bulunarak onaylandığı anlaşılmıştır.

Davaya konu ihalede 7 istekli tarafından doküman alınmış, ihaleye 5 istekli tarafından teklif verilmiş, 4 isteklinin çeşitli gerekçelerle değerlendirme dışı bırakılması sonucunda ihale, 904.254,09.-TL olan yaklaşık maliyetin %56 oranında altında 397.105,47.-TL teklif veren müdahil şirket üzerinde bırakılmıştır.

Kamu alımlarında rekabetin sağlanabilmesinin ön şartı, ihale dokümanında, ihaleye katılımı engelleyici veya daraltıcı düzenlemelere yer verilmemesi olup, ihaleye verilen teklif sayısı, kamu alımına konu olan hizmet veya malı üreten sektörün yapısına, rekabete açık olup olmadığına ve sektörde faaliyet gösteren firma sayısına bağlı olacağından, yalnızca ihaleye verilen teklif sayısı esas alınarak ihalede rekabetin sağlanıp sağlanmadığına yönelik olarak yapılan analiz eksik ve yanıltıcı olacaktır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 2. fıkrasında, ihale dokümanına ilişkin şikâyet başvurularının en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği kuralı ve idareye bu kapsamda bir başvuru olmadığı dikkate alındığında, ihale dokümanında rekabeti daraltıcı bir düzenleme olup olmadığının bu aşamada incelenmesine imkân bulunmamaktadır.

Bu itibarla, ihalede tek geçerli teklif olması rekabetin oluşmadığı anlamına gelmeyeceğinden, davacının itirazın şikâyet başvurusundaki 3. iddiası bakımından itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu kısmının iptaline ilişkin Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.