

, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin, isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve

Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin ve faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel ilkelere de aykırı bulunmaktadır. Öte yandan, dava konusu Yönetmeliğin, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesine üçüncü fıkra ekleyen kısmının

da bu hükümlerin uygulama hükümleri olduğu görülmektedir. Bu durumda, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesininin birinci fıkrasını değiştiren Yönetmeliğin dava konusu 12. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (ç) bentlerinde ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesine üçüncü fıkra ekleyen kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2017/1503 K.

2014/3035 E. ,

07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 12. maddesi

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/3035

Karar No : 2017/1503

Davacı :

Vekili :

Davalı : Kamu İhale Kurumu

Vekili :

Davanın Özeti : 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in 12. maddesinin; Kamu İhale Kanunu’nun amacının hiçbir zaman vergisel disiplinin sağlanması veya vergi dairesi görevlerini ifa etmek olmadığı, dava konusu yönetmelik maddesinin, rekabet, eşit muamele, güvenirlik, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırılık teşkil ettiği, teklif verecek yeterliliğe sahip isteklilerin belirlenmesinde deneyimden ziyade malî güce göre tercih yapılmasının uzun vadede rekabet ortamını olumsuz etkileyeceği, salt kâr amacı

taşımadığı için iş deneyimi yüksek olduğu hâlde birçok isteklinin kamu hizmeti ihalelerini kazanamayacağı, bu kriterlerin isteklilerin idareye olan güvenini sarsacağı, Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde, mesleki ve teknik yeterlik özelliklerine, ekonomik ve mali yeterlik özelliklerine göre daha fazla önem verildiği, belediye iştiraki ortaklık yapısına sahip bir şirket olduğundan düzenlemeyle menfaatinin ihlal edildiği, yönetmelik maddesine göre ihaleleri kazanma ihtimalinin çok düşük olduğu, çünkü belediye şirketlerinin hizmetlerini yerine getirirken kâr amacı taşımadığı, yapılan değişikliğin Anayasa 10. maddesi ile kamu ihale hukukunun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, vergi ödeme yükümlülüğünün doğrudan kârlılıkla alakalı olduğu, kârlılık amacı gütmeyen şirketlerin aleyhine olacak şekilde dengesizlik olduğu, bir an için yapılan değişikliğin vergi ödeme gayesi taşıdığı düşünülse bile, bu amaç için ihaleye katılan şirketlerin önceki yıllara ilişkin vergi ödeme durumunun kıstas alınması gerektiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) bendi uyarınca bu kanuna ilişkin ikincil mevzuat hazırlama yetkisinin Kuruma verildiği, söz konusu düzenlemenin kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri dikkate alınmak suretiyle kamu yararı doğrultusunda kanunun amacı ve temel ilkeleri de gözetilerek hazırlandığı, dava konusu yönetmelik düzenlemesine göre, isteklilerin mali durumu, yürütmekte oldukları işlerin büyüklüğü, korumalı iş yerine sahip olup olmadıkları, faaliyet süresinin uzunluğu gibi kriterlerin sırasıyla dikkate alınarak ihalelerin karara bağlanacağı, birinci kriterde yüksek oranda vergi ödeyen isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği, bu durumun 4734 sayılı Kanun'un düzenlemelerine ve amacına uygun olduğu, ayrıca aynı Kanunun 10. maddesinde de vergi borcu bulunması durumunun ihale dışı bırakılma nedenleri arasında sayıldığı, büyük firmaların mutlak olarak daha fazla vergi ödemesinden kaynaklanan avantajlı konumunun ortadan

kalktığı, bu kriterin tespitine ilişkin istekliler tarafından yeni bir belge sunulmasına gerek duyulmadığı, ikinci kriterle fazla sayıda isteklinin ihalelerde iş alabilmesine olanak sağlanarak, piyasada rekabet ortamının arttırılması ve işin gereği gibi yerine getirilmesinin amaçlandığı, üçüncü kriterin sosyal bir amaç taşıdığı, dördüncü kriter olan faaliyet süresinin uzunluğunun isteklinin deneyimine ve ekonomik açıdan daha az risk taşıdığına işaret ettiği, kanunda istekli sıfatını taşıma açısından belediye şirketleri için farklı bir hükme yer verilmediği, bu nedenle düzenlemelerin Anayasa'nın 10. maddesi ve kamu ihale hukuku mevzuatındaki eşitlik ilkesine aykırılığından bahsedilemeyeceği, vergi matrahı/net satışlar finansal tablolar analizinde literatürde kullanılan kârlılığı ölçen bir rasyo olmadığı, fiyat eşitliği durumunda sadece pilot ortağın eşit teklife ilişkin kriteri sağlayıp sağlamadığının kontrol edilmesinin eşitsizlik doğuran ve rekabeti engelleyen bir husus olarak değerlendirilmemesi gerektiği, belediye şirketlerinin her ihalede diğer isteklilerle aynı teklif fiyatı sunacağı varsayımından hareket edilmesinin gerçeğe uygun bir sonuç doğurmayacağı, yönetmelik maddesinin Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrası ve 167. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen amaca uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Düşüncesi : 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 12. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (ç) bentlerinin ve üçüncü fıkrasının iptaline, Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine yönelik davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi : Dava; 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 12. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5.

maddesinin birinci fıkrasında; "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmü yer almış;

"İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinde; "İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

1. a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

1. b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

1. a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

2. b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili

- hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
3. c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
 4. d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,
 5. e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.
 6. f) Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlara, yararlandıkları destekler çerçevesinde yürüttükleri proje sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin piyasaya arz edilmesinden sonra proje sonucu ortaya çıkan hizmetler ile yerli malı belgesine sahip ürünler için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde düzenlenen ve piyasaya arz tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılabilecek olan belgeler.

Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

...

1. d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan..." düzenlemelerine

yer verilmiş;

“İhalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlıklı 40. maddesinde; “37 ve 38’inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.

Bu Kanunun 63’üncü maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır...” kuralları yer almıştır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 12. maddesinde; “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 63. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki üçüncü fıkra eklenmiştir.

(1) Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde;

1. a) Vergi matrahının/mali zararın net satışlar tutarına oranının büyüklüğü,
2. b) İsteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamının düşüklüğü,
3. c) İsteklinin korumalı iş yerine sahip olması,

ç) Faaliyet süresinin uzunluğu,

Kriterleri, sırayla dikkate alınır. Buna göre, üst sırada belirtilen kritere göre eşitliğin bozulmaması durumunda sonraki kritere başvurulur.

(3) Birinci fıkranın (a) bendindeki kriter, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, aynı fıkranın (b) bendine göre yapılacak değerlendirmede KİK028.0/H nolu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır." hükümleri düzenlenmiştir.

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesinde; korumalı işyeri, işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen işyeri olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen Yönetmelik hükümleri uyarınca ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin

bozulmaması durumunda ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda korumalı iş yerine sahip isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin yine bozulmaması durumunda ise faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecektir. Ayrıca, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranının belirlenmesinde, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait tutarların belirlenmesinde KİK028.0/H no.lu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır.

Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde belirtildiği üzere idarelerin ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu tutuldukları kuşkusuzdur. Öte yandan, ekonomik ve mali yeterliğin belirlenebilmesi için isteklilerden istenilecek bilanço ile iş hacmini gösteren belgelerin mevzuatta aranılan kriterleri karşılaması dışında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde daha kârlı çalışan işletmelere avantaj sağlanmasına ilişkin metod ve uygulamaların kamu ihale mevzuatında araçsal karşılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, anılan Kanun'un 10. maddesinde, kesinleşmiş vergi borcu olan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı hüküm altına alınarak istekli-vergi ilişkisi "vergi borcu olmamak"la sınırlı tutulmuş, isteklilerin vergi beyan ve matrahlarına ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaldı ki, anılan düzenlemenin yapılmasına yönelik olarak, vergi politikasının belirlenmesinde sorumluluğu bulunan Maliye Bakanlığı veya Gelir İdaresi

Başkanlığının bir talebinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Yapılan düzenlemeyle isteklilerin, indirebilecekleri bazı giderleri deftere kaydetmemek suretiyle veya başka yollarla kâr oranlarını yükselterek ihalelerde kendilerine avantaj sağlayabilmeleri mümkün hale gelmektedir. Bazı işletmelerin sadece ihalelerde kendilerine avantaj sağlamak amacıyla kârlılık oranlarını yükseltmeleri de işletmeler arasında haksız rekabete yol açacağı tabidir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, isteklilerin vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranının eşit olması durumunda, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin de, yükleniminde iş olan isteklilerin ihaleye katılım iradelerini olumsuz şekilde etkileyerek rekabeti kısıtlayacağı ve istekliler arasında eşitliğe aykırı uygulamaya neden olacağı anlaşılmaktadır.

Yönetmelik hükmünün devamında, eşitliğin bozulmaması hâlinde faaliyet süresi daha uzun olan isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirleneceği kural altına alınmasına karşın, Kamu İhale Kanunun'da, isteklinin yapmış olduğu işlerin deneyime esas alınabileceğine ilişkin hükümlere yer verilerek, faaliyet süresi öngörülmeksizin "yapılan iş" in esas alındığı görülmüştür.

Öte yandan; işletmelerin genellikle sadece ihale konusu alanda faaliyet göstermedikleri göz önüne alındığında, düzenlemedeki faaliyet süresi kavramının belirsiz ve olduğu, faaliyet süresinin uzunluğunun tek başına tecrübe ve deneyime dayanak alınamayacağı ve işletmelerin sadece faaliyet süresinin daha uzun olduğuna ilişkin kriter esas alınarak tecrübeli ve deneyim sahibi sayılamayacakları, ayrıca, faaliyet süresi

kavramının sabit bir durumu ifade ettiği, ihalelerde amaçlanan faydanın sahip olmaya değil, sunmaya (üretime) ilişkin olduğu ve değişkenliği desteklediği, buna göre, sadece daha önce açılmış bir işletmenin her zaman öncelik sahibi olmasının yasal dayanağı bulunmadığı gibi, bunun 4734 sayılı Kanununun 5. maddesinde sayılan temel ihale ilkelerine de aykırı olduğu açıktır.

Kaldı ki, Kamu İhale Kanunu'nda en düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, en düşük eşit tekliflerde fiyat dışı unsurlar dikkate alınmak suretiyle en avantajlı teklifin belirleneceği hüküm altına alınmış, fiyat dışı unsurlar ise maliyet etkinliği, verimlilik, kalite, teknik değer gibi yönetmelik düzenlemesi ile bağdaşmayan örneklerle açıklanmış, ancak yönetmelik düzenlemesi anlamına benzer nitelikte bir unsur belirlenmemiştir.

Buna göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin, isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibariyle yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin ve faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağının bulunmadığı gibi, Kamu İhale Kanunu'nda belirlenen temel ilkelere de aykırı bulunmaktadır. Öte yandan, dava konusu Yönetmeliğin, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesine üçüncü fıkra ekleyen kısmının da bu hükümlerin uygulama hükümleri olduğu görülmektedir.

Bu durumda, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesininin birinci fıkrasını değiştiren Yönetmeliğin

dava konusu 12. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (ç) bentlerinde Kamu İhale Kanunu'na ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Davanın en avantajlı teklifin belirlenmesinde isteklinin korumalı iş yerine sahip olmasının dikkate alınmasına ilişkin kısmı yönünden ise;

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin kanun önünde eşit olduğu, ancak engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı hükmü yer almakta olup, bu bağlamda, iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen korumalı iş yerine sahip isteklilerin tekliflerinin, en düşük tekliflerin eşitliği durumunda en avantajlı teklif olarak belirlenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Belirtilen bu durum karşısında, dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, üst hukuk normlarına aykırılık bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 12. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (ç) bentlerinin ve üçüncü fıkrasının iptaline, Yönetmeliğin birinci fıkrasının (c) bendinin reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Dava; 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 12. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.",

"İhaleye katılımı yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinde ise "İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

1. a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri,

yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

1. b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

1. a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

2. b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

3. c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

4. d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,

5. e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.

6. f) Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlara, yararlandıkları destekler çerçevesinde yürüttükleri proje sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin piyasaya arz edilmesinden sonra proje sonucu ortaya çıkan hizmetler ile yerli malı belgesine sahip ürünler için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde düzenlenen ve piyasaya arz tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılabilecek olan belgeler.

Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

...

1. d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan..." düzenlemelerine yer verilmiş;

"İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesinde, "37 ve 38'inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.

Bu Kanunun 63'üncü maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır..." kuralları yer almıştır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 12. maddesinde (Yönetmelik), "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki üçüncü fıkra eklenmiştir.

(1) Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde;

1. a) Vergi matrahının/mali zararın net satışlar tutarına oranının büyüklüğü,
2. b) İsteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamının düşüklüğü,
3. c) İsteklinin korumalı iş yerine sahip olması,

ç) Faaliyet süresinin uzunluğu,

Kriterleri, sırayla dikkate alınır. Buna göre, üst sırada belirtilen kritere göre eşitliğin bozulmaması durumunda sonraki kritere başvurulur.

(3) Birinci fıkranın (a) bendindeki kriter, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, aynı fıkranın (b) bendine göre yapılacak değerlendirmede KİK028.0/H nolu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır." kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesinde korumalı işyeri, işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen işyeri olarak tanımlanmıştır.

Aktarılan Yönetmelik hükümleri uyarınca ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda korumalı iş yerine sahip isteklinin teklifi en

avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin yine bozulmaması durumunda da faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecektir. Ayrıca, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranının belirlenmesinde, işletme hesabı esasına göre defter tutan

istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait tutarların belirlenmesinde KİK028.0/H no.lu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır.

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtildiği üzere idareler ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludurlar. Öte yandan, ekonomik ve mali yeterliğin belirlenebilmesi için isteklilerden istenilecek bilanço ile iş hacmini gösteren belgelerin mevzuatta aranılan kriterleri karşılaması dışında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde daha kârlı çalışan işletmelere avantaj sağlanmasına ilişkin metod ve uygulamaların kamu ihale mevzuatında karşılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde kesinleşmiş vergi borcu olan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı kurala bağlanarak istekli-vergi ilişkisi "vergi borcu olmamak"la sınırlı tutulmuş, isteklilerin vergi beyan ve matrahlarına ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaldı ki, anılan düzenlemenin yapılmasına yönelik olarak, vergi politikasının belirlenmesinde sorumluluğu bulunan Maliye Bakanlığı veya Gelir İdaresi Başkanlığının bir talebinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, yapılan düzenlemeyle isteklilerin, indirebilecekleri bazı giderleri deftere kaydetmemek suretiyle veya başka yollarla kâr oranlarını yükselterek ihalelerde kendilerine avantaj sağlayabilmeleri mümkün hale gelmektedir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, isteklilerin vergi matrahı/mali zararının net satışlar tutarına oranınının eşit olması durumunda, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla

yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin de, yükleniminde iş olan isteklilerin ihaleye katılım iradelerini olumsuz şekilde etkileyerek rekabeti kısıtlayacağı ve istekliler arasında eşitliğe aykırı uygulamaya neden olacağı anlaşılmaktadır.

Yönetmelik hükmünün devamında, eşitliğin bozulmaması hâlinde faaliyet süresi daha uzun olan isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirleneceği kural altına alınmakla birlikte, 4734 sayılı Kanun'da isteklinin yapmış olduğu işlerin deneyime esas alınabileceğine ilişkin hükümlere yer verilerek, faaliyet süresi öngörülmeksizin "yapılan iş" esas alınmıştır.

Öte yandan, işletmelerin genellikle sadece ihale konusu alanda faaliyet göstermedikleri dikkate alındığında, düzenlemedeki faaliyet süresi kavramının belirsiz ve tanıma muhtaç olduğu, ayrıca faaliyet süresinin uzunluğunun tek başına tecrübe ve deneyime dayanak görülemeyeceği ve işletmelerin sadece faaliyet süresinin daha uzun olduğundan bahisle tecrübeli ve deneyim sahibi sayılamayacakları, kaldı ki, faaliyet süresi kavramının sabit bir durumu ifade ettiği, ihalelerde amaçlanan faydanın sahip olmaya değil, sunmaya (üretime) ilişkin olduğu ve değişkenliği desteklediği, buna göre, sadece daha önce açılmış bir işletmenin her daim öncelik sahibi olmasının yasal dayanağı bulunmadığı gibi, bunun 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde sayılan temel ihale ilkelerine de aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun'da en düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, en düşük eşit tekliflerde fiyat dışı unsurlar dikkate alınmak suretiyle en avantajlı teklifin belirleneceği kurala bağlanmış; fiyat dışı unsurlar ise maliyet etkinliği,

verimlilik, kalite, teknik değer gibi bu yönetmelik düzenlemesi ile bağdaşmayan örneklerle açıklanmış, ancak yönetmelik düzenlemesindeki benzer nitelikte bir unsur belirlenmemiştir.

Buna göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin, isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin ve faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel ilkelere de aykırı bulunmaktadır. Öte yandan, dava konusu Yönetmeliğın, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesine üçüncü fıkraya ekleyen kısmının da bu hükümlerin uygulama hükümleri olduğu görülmektedir.

Bu durumda, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesinin birinci fıkrasını değiştiren Yönetmeliğın dava konusu 12. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (ç) bentlerinde ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesine üçüncü fıkraya ekleyen kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

En avantajlı teklifin belirlenmesinde isteklinin korumalı iş yerine sahip olmasının dikkate alınmasına ilişkin olarak ise;

Herkesin kanun önünde eşit olduğu, ancak engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı Anayasa'da belirtilmiştir. Bu kapsamda, işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından

teknik ve mali yönden desteklenen korumalı iş yerine sahip isteklilerin tekliflerinin, en düşük tekliflerin eşitliği durumunda en avantajlı teklif olarak belirlenmesine ilişkin kısmında ve dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in 12. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (ç) bentlerinin ve üçüncü fıkrasının İPTALİNE, Yönetmeliğin 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine yönelik davanın REDDİNE, davacı tarafından yapılan ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL yargılama giderinin 125,20.-TL’sinin davacı şirket üzerinde bırakılmasına, geriye kalan ...-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, davalı tarafından yapılan ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL yargılama giderinin ...-TL’sinin davalı idare üzerinde bırakılmasına, geriye kalan ...-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra taraflara iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na temyiz yolu açık olmak üzere, 15.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye