

hizmet alımı ihalesinde de yerli teklif sahipleri için fiyat avantajı belirleyip belirlememe konusunda takdir hakkı olan idarenin bu yetkisini yerli teklif sahipleri lehine fiyat avantajı uygulanmaması yönünde kullandığı, idarenin bu kararında hukuka aykırılık oluşturacak ölçüde “açık takdir hatası” yaptığını gösteren somut bir iddia veya emarenin ise dosyada bulunmadığı anlaşıldığından, ihaleyi gerçekleştiren idarece detaylı bir gerekçe gösterilmeksizin yerli

istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması yönünde düzenleme yapılmadığından bahisle ihalenin iptaline ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/2893 K.

2021/3691 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3691

Karar No:2021/2893

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Bilgi Teknolojileri Anonim Şirketi

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Kamu Hastaneleri Hizmetleri Başkanlığı'nca 09/04/2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "PACS ve Teleradyoloji Sistemi Hizmet Alımı" ihalesine yönelik olarak dava dışı ... Bilgisayar Danışmanlık İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine tespit edilen mevzuata aykırılıkların düzeltici işleme gidilemeyecek nitelikte olduklarından bahisle ihalenin iptal edilmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 28/04/2021 tarih ve 2021/UH.II-882 sayılı kararının iptali istenilmiştir. İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; mal alımı ihalelerinde orta ve yüksek teknolojili sanayi ürünleri listesinde yer alan ürünlere ilişkin yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranında fiyat avantajı sağlanmasının zorunlu olduğu, bunun yanında hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması noktasında idarenin takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, dava konusu hizmet alımı ihalesinin dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanmaması yönünde düzenleme yapıldığı, işin mahiyeti ve toplam çalıştırılacak personel sayısı dikkate alındığında ihale dokümanında yerli istekli lehine fiyat avantajı uygulanması noktasında ihaleyi gerçekleştirecek idarenin takdir yetkisinin bulunduğu, fakat ihaleyi gerçekleştirecek idarece ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanmamasına ilişkin olarak herhangi bir gerekçe gösterilmediği, dolayısıyla da takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullanıldığı anlaşıldığından ihalenin iptal edilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, uyuşmazlık konusu ihalede, Sağlık Bakanlığı kayıt tescil sistemi uyarınca, yabancı isteklilerin teklif sunmasının mümkün olmadığı, 734 sayılı Kanun'un 63. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususunda idarelere takdir yetkisi tanındığı, somut ihalenin konusunun PACS ve teleradyoloji sistemi hizmet alımı olduğu, ihaleye teklif sunacak isteklilerin Sağlık Bakanlığı kayıt tescil sisteminde kayıtlı olması ve hâlihazırda aktif listede yer almasının zorunlu olduğu, zira idari şartnamenin 7. maddesinde de "teklif edilen PACS yazılımının KTS kaydı bulunmalıdır." düzenlemesine yer verildiği, söz konusu aktif listede yer alan ve somut uyuşmazlığa konu ihaleye teklif sunabilecek olanların tamamının yerli istekli statüsünde oldukları, yabancı isteklilerin hukuken ve KTS sistemi gereğince teknik olarak uyuşmazlık konusu ihaleye teklif sunmalarının mümkün olmadığı, bu nedenle ihaleye katılabilecek istekliler bakımından gerek sayısal gerekse nitelik olarak herhangi bir değişiklik olmayacağı, ihale konusu işin niteliğini idarenin iradesinin belirleyeceği ve ihaleyi yapan idarenin hizmet alımı yapma iradesini idari şartnamede açıkça gösterdiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava konusu ihalenin "hizmet alımı ihalesi" olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı, hizmet alımı ile yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabileceği, bununla birlikte Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından belirlenen ve Kurum tarafından ilan edilen orta ve yüksek teknolojili sanayi ürünleri listesinde yer alan malların ihalelerinde, yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranında fiyat avantajı sağlanmasının zorunlu olduğu, ihale konusu işin mahiyeti ve toplam

çalıştırılacak personel sayısı dikkate alındığında ihale dokümanında yerli istekli lehine fiyat avantajı uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılabileceği, idarece detaylı bir gerekçe gösterilmeksizin ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması yönünde düzenleme yapılmamasının yerinde olmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü 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 görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDÎ OLAY :

İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Kamu Hastaneleri Hizmetleri Başkanlığı tarafından 10/03/2021 tarihinde ilan edilen ve 09/04/2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "PAC ve Teleradyoloji Sistemi Hizmet Alımı" ihalesinde, dava dışı ... Bilgisayar Danışmanlık İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi tarafından 19/03/2021 tarihinde ihale dokümanına yönelik olarak şikâyet başvurusu yapıldığı, bu başvurunun 23/03/2021 tarihinde reddedilmesi üzerine 01/04/2021 tarihinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, 28/04/2021 tarih ve 2021/UH.II-882 sayılı Kurul kararı ile ihale konusu işin mahiyeti ve toplam çalıştırılacak personel sayısı dikkate alındığında ihale dokümanında yerli istekli lehine fiyat avantajı uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılabileceği, idarece detaylı bir gerekçe gösterilmeksizin ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması yönünde düzenleme yapılmamasının yerinde olmadığı ve mevzuata aykırılığı belirlenen ihale işlemlerinin düzeltici işlemlerle

giderilemeyecek nitelikte olduğundan bahisle ihalenin iptaline karar verildiği, anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Yerli istekliler ile ilgili düzenlemeler" başlıklı 63. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde: hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabileceği; hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 62. maddesinde, yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, %15 oranına kadar idari şartnamede belirtilen fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirleneceği kurala bağlanmıştır.

Uyuşmazlık konusu ihaleye ait İdari Şartname'nin "İhale konusu işe ilişkin bilgiler" başlıklı 2. maddesinde ihalenin konusu, "Pacs ve Teleradyoloji Sistemi Hizmet Alımı İhalesi"; miktarı ve türü ise, "32 Aylık Pacs ve Teleradyoloji Sistemi Hizmet Alımı" olarak belirtilmiş; şartnamenin 25.3.1. maddesinde, "İstekli, idarenin belirleyeceği hastanelerde görevlendirmek üzere 4 (dört) Sistem Yöneticisi personelin istihdamını sağlayacaktır. Söz konusu hizmet için çalıştırılacak personellerin giderleri yüklenici firma tarafından karşılanacak olup bu giderler teklif fiyata dâhildir..."; "Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi" başlıklı 35. maddesinde, "35.1. Bu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif, teklif edilen fiyatların en düşük olanıdır.

(...)

35.4. Yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması:

35.4.1. Tekliflerin değerlendirilmesinde yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanmayacaktır..." düzenlemelere yer verilmiştir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME:

Bir idarî işlemin konusu o işlemin kendisi, içeriği, bu işlemin hukuk âleminde yarattığı değişikliktir. Öte yandan

idarelere, kanun ve yönetmelikler ile takdir hakkı tanınması, idarî işlemin konu unsuruna ilişkin bir yetki olup bu idarenin karar alıp almama, alacaksa da hangi kararı alma konusunda seçme hakkına sahip olduğu anlamına gelir. (GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt I, 2019, Bursa, S.1063),

Kamu yararının gerçekleştirilmesi için idarenin nasıl kararlar alması gerektiğinin her zaman önceden belirlenmesi mümkün olmadığından, kimi konularda idareye belli çözümler dayatan kurallar yerine idarenin o konuda en yerinde çözümü bulmasına olanak vermek amacıyla kendisine birden fazla karar veya davranış arasında seçim yapmak hususunda takdir yetkisi tanınmış olabilir. Bu şekilde, idarenin, aralarında seçim yapma yetkisine sahip olduğu karar ve davranışların hepsine mevzuatta izin verildiğinden, takdir yetkisinin ne yönde kullanıldığı hukukîlikten ziyade yerindeliğe ilişkindir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri incelendiğinde, hizmet alımı ihalelerinde fiyat avantajı uygulanıp uygulanmamasının ve uygulanması hâlinde bunun oranının belirlenmesinin idarelerin takdirine bırakıldığı açık olup, uyuşmazlık konusu hizmet alımı ihalesinde de yerli teklif sahipleri için fiyat avantajı belirleyip belirlememe konusunda takdir hakkı olan idarenin bu yetkisini yerli teklif sahipleri lehine fiyat avantajı uygulanmaması yönünde kullandığı, idarenin bu kararında hukuka aykırılık oluşturacak ölçüde "açık takdir hatası" yaptığını gösteren somut bir iddia veya emarenin ise dosyada bulunmadığı anlaşıldığından, ihaleyi gerçekleştiren idarece detaylı bir gerekçe gösterilmeksizin yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması yönünde düzenleme yapılmadığından bahisle ihalenin iptaline ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi

uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,

3. DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE,

4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz yargılama giderleri toplamı olan ...-TL ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

5. Posta giderleri avansından artan tutar ile istemi hâlinde ilk derece ve temyiz aşamalarında kullanılmayan toplam ...-TL (...-TL+...-TL) yürütmeyi durdurma harçlarının davacıya 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), 20/09/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.