

ihalede Ekipmanın İsteklinin Kendi Malı Olması Koşulunun Belirlenmesinde Takdir Yetkisi

ihalede Ekipmanın İsteklinin Kendi Malı Olması Koşulunun Belirlenmesinde Takdir Yetkisi

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nden farklı olarak Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Hizmet Alımı İhale Yönetmeliği ihale konusu işin gerçekleştirilmesine yönelik gereken ekipmanların ihaleye teklif verecek isteklinin kendi malı olması şartını istisna olarak görmüştür. Diğer bir ifadeyle hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerinde ihaleyi düzenleyen idareden beklenen, ihale konusu işte kullanılacak ekipmanın isteklinin kendi malı şartını aramamasıdır.

Çünkü ihalelerin bir parçası olan şartnamelerde rekabeti engelleyici düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir.315 Fakat, esas olan bu kuralın istisnaları mevcuttur. KİK'in idarelerin aradığı hangi koşulları bu istisna kapsamında kabul ettiği ele alınan örnek kararlarda değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Yol yapım işi ihalesine karşı itirazın şikayet başvurusunda bulunan istekli, idare tarafından şartnamede 1 adet "280 hp gücünde kırıcı aparatlı" ekskavatörün isteklinin kendi malı olması şartının yer aldığı ve bu düzenlemenin rekabet

koşullarının sağlanması ile kamu kaynaklarının verimli kullanımına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür

Başvurunun neticesi 2016/UY.II-2969 sayılı kararda, ihale konusu işlerin özelliklerinin gerektirmesi halinde aday veya isteklinin bir kısım makine, teçhizat ve diğer ekipmanlara sahip olması gerektiği kriterini belirlemede idarenin takdir yetkisi olduğu belirtilmiştir. Kamu İhale Kurumu açıklamasında işin gerçekleştirilmesi için 6 adet ekskavatör gerektiği, idarenin bunlardan sadece 1 tanesi için sahip olma şartını istediği, herhangi bir model şartını da öne sürmediği ve son olarak ihaleye 61 isteklinin teklif sunduğuna yer vermiştir. Bahsedilen model, kapasite, güç ve teknik özellik şartları ile ihaleye sunulan teklif sayısının idarenin takdir yetkisi sınırları içinde kaldığının değerlendirilmesinde baz alındığı KİK'in başka kararlarında da görülmüştür.

Çalıştırılması gereken 29 araçtan 7 tanesinin yüklenicinin kendi malı olması gerektiğini belirten bir başka yapım ihalesine karşı yapılan başvuru sonucunda alınan 2016/UY.I-1623 sayılı KİK kararında da sadece belli sayıda ekipmanın kendi malı olmasının istendiği, araçlara ilişkin herhangi bir kapasite, güç ve teknik özellik şartı konulmadığı ve ihaleye 8 isteklinin teklif verdiğini belirterek idarenin belirttiği koşulların rekabeti engellemediği ve takdir yetkisi kapsamında belirleyebileceği kriterler olduğu ileri sürülmüştür. Öte yandan, söz konusu karara dava açılması sonucunda işlemi iptal eden ilk derece mahkemesi kararını bozan ilgili Danıştay Dairesi de KİK ile benzer gerekçeleri ileri sürmüştür.

Danıştay 13. Dairesi'nin 15/12/2016 tarihli ve E:2016/4190; K:2016/4213 sayılı kararında, ihale ile yapılacak işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda isteklinin makine, teçhizat ve ekipmanlarından "kendi malı olması şart koşulanların" 29 araçtan sadece 7 araç için olduğu ve makul kabul edilebileceği, tek bir firmanın bu şartı sağlayamaması halinde iş ortaklığı yöntemine başvurabilecekleri, ayrıca

ihaleye 8 isteklinin teklifte bulunduğu ve tekliflerinin yaklaşık maliyetin altında olduğu gerekçeleri ile belirtilen "kendi malı olma" koşulunun rekabeti engellemeyecek düzeyde olduğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde KİK, konulan koşulların verimlilik ve fonksiyonellik amacıyla konulabileceği, buradaki engelin rekabeti önleyici unsurlar içermemesi gerektiğini 2016/UH.III-432 sayılı bir diğer kararında açıkça belirtmiştir.

Ekipmanın kendi malı olma şartının amacına ilişkin idarenin ihale konusu ihtiyacı zamanında karşılamak ve söz konusu işi aksatmadan yerine getirmek gibi belirlemelere yer veren 2016/UH.I-2288 sayılı kararda da takdir yetkisinin kullanımına ilişkin bazı koşullara yer verilmiştir. Bu kararda, KİK, idarenin ekipmanın kendi malı olması şartını belirlemedeki takdir yetkisinin fazla veya sınırsız olmadığı, kullanılması durumunda rekabeti engellememe si ve belirtilen ekipmanın teknik kriterleri ile özelliklerinin İdari Şartname'de yer alması gerektiği, Teknik Şartname'de ise ancak İdari Şartname'de yer verilmesi halinde bulunabile ceği yer almıştır.

Görüldüğü üzere KİK bu yetkinin kullanımında şekilsel şartlar da istemiştir.

Öte yandan KİK, ekipmanın kendi malı olmasına ilişkin öngörülen koşulu takdir yetkisinin aşımı olarak da yorumlamıştır. Kararın konusu temizlik işi ihalesinde çalıştırılacak 31 araç öngörölmüş ve bu araçlardan 19 tanesinin316 isteklinin kendi malı olması şartı istenmiştir.

İhaleye karşı yapılan başvuru sonucunda verilen 2016/UH.I-3260 sayılı kararda, takdir yetkisinin ihaleye katılımı ve dolayısıyla rekabeti engelleyici yönde kullanılamayacağına değinilmiş; rekabeti engelleyici husus olarak ise talep edilen 19 aracın 5 tanesinin 2014 model ve üzeri, 14 tanesinin ise 2015 model ve üzeri olduğu (ihale tarihi 12/12/2016) belirtilmiştir.

Söz konusu şartların isteklileri henüz ihaleyi almadan 2014 ve 2015 model 19 tane araç satın almak zorunda bırakacağından, dipnottan da görüleceği üzere hepsinin nitelikleri dolayısıyla yüksek maliyetli araçlar olduğundan ve bu nedenle fırsat eşitliği ile rekabeti engelleyerek temel ihale ilkelerini ihlal edeceğinden bahsedilmiştir.

Son olarak ekipmanın kendi malı olması koşulu KİK tarafından ihalenin rekabete açık olup olmadığını değerlendirmede bir kriter olarak da kullanılmıştır. Öğrenci taşıma işine ilişkin yapılan itirazın şikayet başvurusunda şikayetçi ihalede, SRC belgesi, taşıma güzergâhı için araç ruhsatı ya da kiralama ile taşıma güzergâhlarında çalışacak şoförlerin ehliyet ve sabıka kayıtlarının yeterlik kriteri olarak belirlenmesinin ihaleye katılımı sınırlandırdığını iddia etmiştir.

Bu iddiayı inceleyen KİK 2016/UH.III-2381 sayılı kararında cevaben araçların isteklilerin ister kendi malı olabileceği isterlerse kiralama ile temin edilebileceği, rekabetin ve ihaleye teklif vermenin engellenmediği, söz konusu şartların işin niteliği için gerektiğine karar vermiştir.