

**ihale Hizmetinin kapsamı ve işin doğası gereği asıl işin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek bu hususların yüklenici tarafından karşılanması gereken talî işlerden olduğu hk**

<b>Toplantı No</b>	: 2020/054
<b>Gündem No</b>	: 58
<b>Karar Tarihi</b>	: 02.12.2020
<b>Karar No</b>	: 2020/MK-293

<b>BASVURU SAHİBİ:</b> Karbil Yazılım Ve Bilişim Teknolojileri Ticaret Anonim Şirketi
<b>İHALEYİ YAPAN İDARE:</b> Eshot Genel Müdürlüğü
<b>BASVURUYA KONU İHALE:</b> 2019/316163 İhale Kayıt Numaralı "Akıllı Ücret Toplama Sistemi" İhalesi
<b>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</b>
<b>KARAR:</b>

İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı Eshot Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/316163 ihale kayıt numaralı "Akıllı Ücret Toplama Sistemi" ihalesine ilişkin olarak, Karbil Yazılım ve Bilişim Teknolojileri Ticaret Anonim Şirketi itirazzen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 02.10.2019 tarihli ve 2019/UH.II-1281 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Karbil Yazılım ve Bilişim Teknolojileri Ticaret Anonim Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 26.12.2019 tarihli ve E:2019/2065, K: 2019/2657 sayılı kararı sonrasında alınan 29.01.2020 tarih ve 2020/MK-23 sayılı Kurul kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 02.10.2019 tarihli ve 2019/UH.II-1281 sayılı kararının Teknik Şartname'nin 15.8.2, 19.1.1.3, 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20, 9.19.2, 14.4.13 ve 16.3.5 maddelerine yönelik iddialar ile ilgili kısmının iptaline,

- 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Teknik Şartname'nin 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20 ve 9.19.2 maddeleri yönünden, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,
- 3- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda başvuru sahibinin Teknik Şartname'nin 15.8.2, 19.1.1.3, 14.4.13 ve 16.3.5 maddelerine yönelik iddialarının esasının incelenmesine geçilmesine" karar verilmiştir.

Söz konusu karar sonrasında Teknik Şartname'nin 15.8.2, 19.1.1.3, 14.4.13 ve 16.3.5 maddelerine yönelik iddialarının esasının incelenmesine geçilmiş ve 04.03.2020 tarih ve 2020/UH.II-500 sayılı Kurul kararı ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Ancak temyiz incelemesi üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.09.2020 tarihli ve E:2020/812, K:2020/2290 sayılı kararında "...1) Mahkeme kararında 2. ve 10. sırada incelenen iddiaların şekil yönünden reddine ilişkin kısımları yönünden dava konusu Kurul kararının iptali ile davanın kısmen reddi yolundaki kısımlar incelendiğinde; 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 kararın bu kısımları usul ve hukuka uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2) Mahkeme kararında 19. sırada incelenen Teknik Şartname'nin "Yazılımların Test Edilmesi ve Devreye Alınması" başlıklı 14.4. maddesinde yer alan 14.4.13. ve "Validatör Garanti ve Teknik Destek Şartları" başlıklı 16.3. maddesinde yer alan 16.3.5. maddelerine yönelik iddialar yönünden dava konusu işlemin iptali yolundaki kısım incelendiğinde;

Temyize konu Mahkeme kararında, itirazzen şikâyet başvurusunda belirtilen bu düzenlemeler yönünden Kurul tarafından bir inceleme yapıp karar verilmediği, Kurul'un kendisine yapılan başvuruları inceleyip başvurular hakkında mevzuatta belirtilen kararlardan birini vermesi gerekirken, uyumsuzluk konusu kurullar incelenmeden başvurunun reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının bu kısmının iptaline karar verilmiş ise de; dava konusu Kurul kararı irdelenen davacının Teknik Şartname'nin 14.4.13. maddesinde yer alan düzenlemeye ilişkin iddiasının, kararın itirazzen şikâyet başvurusundaki 5, 6, 8, 14, 20, 22, 24, 25 ve 30. iddiaların incelendiği 4 sıra numaralı bölümünde, Teknik Şartname'nin 16.3.5. maddesinde yer verilen düzenlemeye ilişkin iddiasının ise, kararın itirazzen şikâyet başvurusundaki 9, 11, 18, 23 ve 26. iddiaların incelendiği 6 sıra numaralı bölümünde farklı iddialarla birlikte incelendiği, itirazzen şikâyet başvurusunda yer alan diğer iddiaların yanında, bu düzenlemelere yönelik iddiaların da Kurulca değerlendirilerek başvurunun reddedildiği anlaşıldığından, Mahkeme kararında bu yönden hukuki isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, davacı tarafından Teknik Şartname'nin 14.4.13. ve 16.3.5. maddelerine yönelik olarak yapılan itirazzen şikâyet başvurusu, Kurul tarafından davacının iddiaları incelenerek reddedildiği hâlde, İdare Mahkemesince başvuru konusu iddialar incelenmeden itirazzen şikâyet başvurusunun reddedildiği gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının bu kısmının içeriğine ilişkin olarak hukuka uygunluk denetimi yapılmadan iptal kararı verilmiş olduğundan, iki aşamalı olması gereken yargısal denetimin ilk aşaması olan ilk derecede yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir.

3) Mahkeme kararında 13/b sırasında incelenen Teknik Şartname'nin 8.32.17., 8.32.18.,8.32.19., 8.32.20. ve 15. sırada incelenen 9.19.2. maddelerine yönelik iddialar yönünden dava konusu işlemin iptali yolundaki kısım incelendiğinde;

Uyumsuzluk konusu zorunlu kart stok sayısına ilişkin Teknik Şartname kuralları incelendiğinde, ihaleyi gerçekleştiren idarece, kartların dağıtılması ve satışı hizmetinin aksadınan gerçekleştirilmesi için her bayide belirli sayıda kart bulundurulmasının zorunlu tutulduğu, anılan maddede yer alan kurullar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, idarenin kendi gerekli gördüğü hâllerde yükleniciye satabileceği kart sayısına ilişkin üst sınırlar belirlendiği, zorunlu kart stok sayılarının bayilerin işlem kapasitesi göz önüne alınarak her bir bayi için ayrı ayrı belirleneceği ve değişen koşullara göre güncelleneceği, söz konusu düzenlemeyle vatandaşların bayilerden akıllı bilet veya kart temin etme noktasında sorun yaşamalarının engellenmesinin amaçlandığı, ihalelere yönelik temel ilkeleri ve belirlenecek teknik ölçütlerin verimliliğini ve fonksiyonelliğini dikkate almak kaydıyla, ihtiyaç duyulan mal ve hizmetin vasfını belirleme konusunda idareye takdir tanındığı, idarelerin gerçekleştirdikleri ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanmasını sağlama noktasındaki sorumluluğu ile uyumsuzluk konusu ihale kapsamında gerçekleştirilen hizmet alımının amacı ve kapsamı dikkate alındığında, kartların satışına ilişkin hizmetin yürütülmesi kapsamında öngörülen zorunlu kart stok sayısına yönelik Teknik Şartname düzenlemelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan; Teknik Şartname'nin "Sistem Bileşenleri, Teklif ve Değerlendirme" başlıklı 5. maddesinde yer alan "...5.1.4. İstekliler tekliflerinde işletim hizmeti bedelini "SATIŞ HASILATI" ve "KART/BİLET SATIŞ HASILATI" üzerinden belirtilen miktarın yüzde oranı (%) olarak vereceklerdir. Değerlendirme bu oran üzerinden yapılacaktır." kuralı göz önünde bulundurulduğunda, isteklilerin işletim hizmet bedelini satış hasılatı üzerinden belirtilen miktarın yüzde oranı (%) olarak verecekleri, değerlendirilmenin bu oran üzerinden yapılacağı, kartların bayiler aracılığı ile idare tarafından belirlenen fiyat üzerinden vatandaşlara satılmasından sorumlu olan yüklenicinin satış hasılatından pay alacağı, bayi elinde bulunan ve zorunlu stok sayısının hesabında değerlendirilmeden alınmayan kartların da satışa sunulmaya devam edeceği ve yüklenicinin bunların satışından gelir elde edeceği, işin yürütülmesi sırasında kartların bayiler aracılığıyla vatandaşlara satılması kapsamında getirilen bu kuralın yüklenici için teklif vermeyi belirsiz hâle getiren bir maliyet oluşturmadığı ve tekliflerin hazırlanmasını engelleyici mahiyette olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Uyumsuzluk konusu düzenleme, ihale kapsamında gerçekleştirilecek olan hizmetin amacı ve kapsamı ile Teknik Şartname'de yer verilen diğer kurullarla beraber bütünsel bir bağlamda ele alındığında, davacı tarafından temin edilecek ve ihale konusu hizmet alımı kapsamında işletilecek sistem ve bileşenlerin ihale dokümanında açıkça belirlendiği, sisteme sonradan toplu taşınma gerçek veya tüzel kişilerin dâhil olması hâlinde de gerekli donanımların veya arızalanan parçaların ilgili gerçek veya tüzel kişi tarafından temin edileceğinin aynı şartnamenin 8.24. maddesinde düzenlendiği, uyumsuzluk konusu kuralda, ihale konusu işin yürütülmesi sırasında sunulacak hizmetin aslı unsurlarından olan ücretlendirme modelinin uygulanabilmesi için, mevcut bileşenler kullanılarak sistemin çalışması için zorunlu olan bağlantı işleri ile ücret hesaplaması ve kişi tanımlamasına yönelik yazılma ilişkin işlerin yapılmasının öngörüldüğü, idarece alımı yapılan hizmetin kapsamı ve işin doğası gereği asıl işin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek bu hususların yüklenici tarafından karşılanması gereken tali işlerden olduğu, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanmasını ve alımı yapılan hizmetin aksamasını sağlama adına getirilen kuralın tekliflerin sağlıklı bir şekilde hazırlanmasını engelleyici bir yönünün bulunmadığı, bu masraflara ilişkin ödemenin istekliler tarafından teklif edilen oran içerisinde değerlendirileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının, davacının Teknik Şartname'nin 8.32.17., 8.32.18.,8.32.19., 8.32.20. ve 9.19.2., maddelerine yönelik iddiaları yönünden itirazzen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu kısımlar yönünden iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine; davalı ve davalı yanında müdahilin temyiz istemlerinin kısmen reddine;
2. Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 26/12/2019 tarih ve E:2019/2065, K:2019/2657 sayılı kararının davanın reddine ilişkin kısmı ile 2. ve 10. sırada incelenen iddiaların şekil yönünden reddine ilişkin kısımları yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmı ile ilk derece yargılama gideri ve vekâlet ücretine ilişkin kısımlarının onanmasına, 3. Davalının ve davalı yanında müdahilin temyiz isteminin kısmen kabulüne;
4. Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 26/12/2019 tarih ve E:2019/2065, K:2019/2657 sayılı kararının Teknik Şartname'nin 8.32.17., 8.32.18., 8.32.19., 8.32.20. ve 9.19.2. maddelerine yönelik iddialar yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulmasına, bu kısımlar yönünden davanın reddine,
5. Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 26/12/2019 tarih ve E:2019/2065, K:2019/2657 sayılı kararının Teknik Şartnamenin 14.4.13. ve 16.3.5. maddelerine yönelik iddialar yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulmasına, bu kısımlar yönünden yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,..." gerekçesiyle mahkeme kararının kısmen bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

- 1- Kamu İhale Kurulunun 29.01.2020 tarih ve 2020/MK-23 sayılı kararının Teknik Şartname'nin 8.32.17, 8.32.18, 8.32.19, 8.32.20, 9.19.2, 14.4.13 ve 16.3.5'inci maddelerine yönelik iddialar ile ilgili kısmının iptaline,
- 2- Kamu İhale Kurulunun 04.03.2020 tarih ve 2020/UH.II-500 sayılı Kurul kararının Teknik Şartname'nin 14.4.13 ve 16.3.5'inci maddelerine yönelik iddialar ile ilgili kısmının iptaline,
- 3- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine,