

ihale şartnamesinde % 30 oranında özmal istenilmesi

Karar: Danıştay 13. Dairesinin 02.12.2008 tarih ve E:2008/8789, K:2008/7585 sayılı kararı.

Özet: Botaş Doğal Gaz İşletmeleri Müdürlüğü'nce 15.10.2007 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan "Personel Taşıma, Vardiya, Nöbetçi Araç ve Ring Servislerinin Yaptırılması İşi" ihalesine ilişkin olarak Özer Tur. Taşımacılık İnş. Kuyum. Sigorta Aracılık Otom. San. Tic. İth. ve İhrc. Ltd. Şti.'nin 08.11.2007 tarihinde yaptığı şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 14.12.2007 tarih ve 2007/UH.Z-4071 sayılı kararı ile; "4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi gereğince düzeltici işlem tesis edilmesine" karar verilmiştir.

Söz konusu kararın yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Ankara 14. İdare Mahkemesinin 22.02.2008 tarih ve E:2008/17 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 24.03.2008 tarih ve 2008/MK-34 sayılı Kararında,

"1) Kamu İhale Kurulunun 14.12.2007 tarih ve 2007/UH.Z-4071 sayılı Kararının iptaline,

2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin (b) bendi gereğince ihale işlemleri ile ihale kararının iptaline, "

Karar verilmiştir.

Bahse konu İdare Mahkemesi kararına karşı Kurumumuzca yapılan itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesince 19.03.2008

tarihinde itiraz isteminin reddine karar verilmiştir.

Daha sonra, Özer Tur. Taşımacılık İnş. Kuyum. Sigorta Aracılık Otom. San. Tic. İth. ve İhrc. Ltd. Şti.'nce anılan Kurul Kararına karşı açılan davada Ankara 14. İdare Mahkemesinin 27.05.2008 tarih ve E:2008/17, K:2008/800 sayılı kararı ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Ankara 14. İdare Mahkemesinin 27.05.2008 tarih ve E:2008/17, K:2008/800 sayılı kararına karşı Kurumumuzca yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 13. Dairesinin 02.12.2008 tarih ve E:2008/8789 ve K:2008/7585 sayılı kararında;

“Dava, BOTAŞ Doğal Gaz İşletmeleri Bölge Müdürlüğü tarafından 15.10.2007 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “Yapracık Tesisleri ve Bağlı Eskişehir CS-5 Kompresör

İstasyonu Personel Taşıma Servis Hizmetleri İhalesi”nde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin sahibi firma tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusu üzerine, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 56. maddesinin 2/a fıkrası gereğince düzeltici işlem tesis edilmesine karar veren Kamu İhale Kurulu’nun 14.12.2007 tarih ve 2007/UH.Z-4071 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce; Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğimin 44. maddesindeki hüküm karşısında, idarenin ihale konusu hizmetin yapılabilmesi için gerekli gördüğü araçların %40’ının kendilerine ait araç olma koşulu getirmesinin, ihaleye katılımı kısıtlayıcı ve rekabeti engelleyici nitelikte olduğu, 4734 sayılı Kanun’a ve anılan Yönetmelik hükmüne aykırı bulunduğu, bu hususun düzeltici işlemle giderilemeyeceği sonucuna varıldığı, bu itibarla düzeltici işlem tesis edilmesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde, idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti,

eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları; 10. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 6. alt bendinde, ihale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgelerin mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için istenebileceği; 12. maddesinin 1. fıkrasında, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanmasının esas olduğu; Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 44. maddesinde; idarenin, ihale konusu hizmetin yapılabilmesi için gerekli gördüğü tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman ile ilgili bilgi ve belgeleri isteyebileceği ve bunlara ait asgari yeterlik kriterleri öngörebileceği, makine, tesis ve ekipman için kendi malı olma şartının aranmamasının esas olduğu düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerde, idarelerin yerine getirmekle sorumlu oldukları hususları dikkate alarak yapacakları ihalelere katılımda yeterlik kriterlerinin düzenlendiği, ihalelere, işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerin mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan ve idari şartnamelerde yer verilmesi gereken bilgi ve belgelerin belirtildiği, kullanılacak araçlar için esasen kendi malı olma şartı aranmamakla birlikte, idarelerin hizmetin yapılabilmesi için gerekli gördüğü araçlar için asgari yeterlik kriterlerini de şartnamelere koyabileceği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu ihalenin idari şartnamesinin 2/c maddesinde ihale konusu hizmetin yerine getirilmesinde kullanılacak araçların fiziki miktarı ve türünün 8 adet midibas, 20 adet minibüs, 7 adet binek oto olmak üzere toplam 35 araçtan ibaret olduğu, 7.3.4. maddesinde ise, isteklilerin, teklif vereceği araç sayısının %40'ının kendilerine ait olduğunu gösterir

(midibas, minibüs ve binek otolara ait) araç ruhsatlarının aslı ile birlikte suretlerini ibraz edecekleri, ihale üstünde kalan isteklinin işin %40'ünü kendine ait araçlarla yapacağı hükmüne yer verilmiştir. Olayda, 15.10.2007 tarihinde yapılan ihalede dört adet minibüs/midibas tipi, on adet de binek oto tipi olmak üzere toplam ondört araçla ihaleye katılan Yaman Tur. Ser. San. Tic. Ltd. Şti.-Sadı Tur. Öğr. ve Per. Taş. Ltd. Şti. ortak girişiminin, şartnamede yer alan, teklif edeceği araç sayısının %40'ünün kendine ait olma şartını sağlamakla birlikte, üç gruba ayrılan araç tipleri itibarıyla, %40'ünün kendine ait olma şartını sağlayamadığı halde ihale komisyonunca anılan ortak girişimin ekonomik açıdan en avantajlı teklif seçildiği; ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren Özer Tur. Taşımacılık Ltd. Şti.'nin davalı idareye itirazın şikayet başvurusunda bulunması üzerine tesis edilen dava konusu işleme, ihaleye teklif veren istekliler tarafından 35 aracın %40'ünün istekliye ait olması yönündeki şartın, ihale konusu işin gereklerinin yerine getirilebilmesi bakımından, midibas için sekiz, minibüs için 20 ve binek otoları için yedi adedi geçmemek üzere sağlanması, diğer bir ifade ile 35 araç için %40'lık dağılımın her bir araç için öngörülen sayının üstünde olmamak koşuluyla sağlanması gerektiği; salt %40'lık oranın sağlanması maksadıyla her bir tür araç için öngörülen sayının üstünde tek bir araçla yeterliğin sağlanmasının mümkün bulunmadığı; ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından ise, ihale konusu işte yedi adet binek oto kullanılacağı belirtilmesine rağmen on adet binek otoyaya ait ruhsatın sunulduğu, %40'lık oranın, her bir araç tipi için öngörülen sayıları aşmamak üzere sağlanması gerektiği, bu haliyle ihale üzerinde bırakılan isteklinin yeterlik kriterini sağlamadığı sonucuna varılarak, yeterlik kriterini sağlamayan söz konusu isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekirken, ihalenin bu istekli üzerinde bırakılması işleminde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle düzeltici işlem tesis edilmesine karar verildiği, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada anılan gerekçe ile işlemin iptal edildiği anlaşılmıştır.

Anılan yasal düzenlemeler uyarınca, ihaleyi yapan idarenin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasından sorumlu olması karşısında, şartnameye hizmetin yerine getirilmesinde kullanılacak araçların %40'nın isteklinin kendi malı olması şartını koymasında hukuka aykırılık bulunmadığından, Mahkeme'nin, bu şartı, ihaleye katılımı kısıtlayıcı ve rekabeti engelleyici nitelikte, 4734 sayılı Kanun'a ve anılan Yönetmelik hükmüne aykırı bulunduğu yolundaki gerekçesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, dava konusu ihaleyi yapan idarece isteklilerden istenilen 35 aracın üç tip araç arasında paylaştırılarak sekiz adet midibas (23-27 kişilik), yirmi adet minibüs (14-18 kişilik) ve yedi adet binek otunun (4+1 kişilik), %40'nın kendilerine ait olma şartının getirildiği, söz konusu oranın her bir araç tipi için belirlenen araç sayısının %40'ı olarak anlaşılması gerektiği, aksi halde davacı ortak girişimin teklifinde de olduğu gibi, bir araç tipi için istenilen sayıdan fazla, başka bir araç tipi için ise istenilenden noksan sayıda araç teklif eden isteklinin teklifinin kabul edilmesi halinde, araçların birbirlerinin yerine ikame edilmesi gerekeceği, bu durumda da hizmetin uygun şartlarla ve zamanında yürütülebilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yeterlik kriterini sağlamayan davacı ortak girişimin değerlendirme dışı bırakılması gerekirken, ihalenin bu istekli üzerinde bırakılması işleminde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle düzeltici işlem tesis edilmesi yönünde karar veren Kamu İhale Kurulu kararı hukuka uygun olduğundan dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." şeklindeki gerekçe ile temyiz isteminin kabulüne ve Ankara 14. İdare Mahkemesinin 27.05.2008 tarih ve E:2008/17, K:2008/800 sayılı kararının bozulmasına karar verilmiştir.