

ihale dokümanı hazırlanırken
teklif edilen cihaza ilişkin
katalog istenebileceği gibi
ihale konusu işte
kullanılacak cihaza ait
özelliklerin Teknik
Şartnamede belirtilen
şartlara uygun olup olmadığı
hususunda demonstrasyon
gerçekleştirilmesinin
istenebileceği, söz konusu
değerlendirmenin istenmesinin
idarenin takdir yetkisinde
bulunduğu, ihale üzerinde
kalan istekli tarafından
sunulan yeterlik bilgileri
tablosunda ihale konusu işin
gerçekleştirilmesi için

***model cihazların beyan edildiği, ancak anılan isteklince demonstrasyona sadece *model cihazın getirildiği, isteklilerin teklif ettiği cihazın Teknik Şartname'de belirtilen düzenlemelere uygunluğunun, demonstrasyon gerçekleştirilmesi suretiyle tespit edilmesi hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu, gerçekleştirilen demonstrasyon neticesinde, anılan isteklinin başarılı olarak değerlendirildiği, bu hususlar yönünden ihaleyi gerçekleştiren idarece**

demonstrasyon ile sorgulama ve değerlendirme yapılarak, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını ilkeleri çerçevesinde ihalenin anılan istekli üzerinde bırakılmasına karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemden, bu iddia yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı hk

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/2896 K.**

2021/3762 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3762

Karar No:2021/2896

TEMYİZ EDENLER : 1. (DAVACILAR)

– ... Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.

– ... Kimya Laboratuvar Sistemleri İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

2. (DAVALI) ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... İl Sağlık Müdürlüğü'nce 08/02/2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "27 Aylık Sonuç Karşılığı Biyokimya – İmmünokimya Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak davacı şirketler tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine yönelik 07/05/2021 tarih ve 2021/UH.II-996 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının, itirazın şikâyet başvurusundaki 1. ve 4. iddialar yönünden iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı tarafından itirazın şikâyet başvurusunda ileri sürülen ve davaya konu edilen uyuşmazlık konusu iddiaların sırasıyla (1. ve 4. iddialar); "1-) Anılan isteklinin ihale konusu işin gerçekleştirilmesi için ... marka CS 2000 ve CS 4000 model cihazları teklif ettiği ancak anılan isteklice demonstrasyona ... marka CS 4000 model cihazın getirilmediği, söz konusu hususla ilgili olarak idareye şikâyette bulunulduğu, idarenin cevabi yazısında "... ... marka CS 4000 model cihazı mücbir sebeplerden dolayı menşei olan Çin'den getirtilmedikleri, ithalatçı firma olan ... Ind. Co. Ltd. firmasından alınan proforma fatura belgesinde cihazın 02/04/2021 tarihinde teslim edilebileceği görülmektedir. CS 4000 model cihazı demonstrasyon tarihine kadar getirtilmedikleri takdirde, bütün kurumlarımıza en üst model olan CS 2000 model cihazı teslim edeceğine dair taahhütname

vermiş ve demonstrasyon için süre uzatımı istemiştir. ..." denilerek şikâyet başvurularının reddedildiği, ancak mücbir sebep olarak gösterilen pandeminin başvuruya konu ihalenin yapıldığı tarihten önce de devam ettiği, ihale dokümanını oluşturan tüm belgeleri okuyup kabul ederek teklif vermiş olan isteklilerin demonstrasyon değerlendirmesini de kabul etmiş olacağı, anılan isteklinin ithal edemediğini iddia ettiği cihaza ait sunduğu proforma fatura incelendiğinde; cihazın temin edilmesine ilişkin bir sorunun görülmediği, bunun yanı sıra, bahse konu istekliye idarece 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10'uncu maddesinde hüküm altına alınan mücbir sebep müessesesi gerekçe gösterilerek ek süre verildiği, ancak anılan istekli tarafından verilen ek süreye rağmen cihazın demonstrasyona getirilemediği, bahse konu isteklinin teklif ettiği cihazı getirememesi durumunda aynı markanın bir üst modelini getireceğine ilişkin taahhüdünün teklifinin esasını değiştirecek nitelikte olduğu, isteklilerin ihale aşamasında tekliflerini değiştirmesinin mümkün olmadığı, yüklenicinin Hizmet Alımı Genel Şartnamesi'nin 31'inci maddesinde sözleşme aşamasında söz konusu hususu gerçekleştirebileceği, 4-) İhale komisyonu kararında, başvuruya konu ihalenin 3'üncü kısmına ilişkin yaklaşık maliyetin üstünde olduğu gerekçesiyle tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, ancak İdare tarafından hesaplanan yaklaşık maliyet güncel olmadığı için tekliflerinin bu gerekçeyle değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırı olduğu " şeklinde olduğu, dava konusu Kurul kararı ile 1. İddianın esasının incelenerek esastan reddine, 4. iddianın ise süre yönünden reddine karar verildiği,

Dava konusu Kurul kararının, davacıların, itirazen şikâyet başvuru dilekçesinde ileri sürdükleri 1. İddiaya yönelik kısmı incelendiğinde;

Kamu ihalelerine ilişkin birincil ve ikincil mevzuat düzenlemelerine göre, idarenin, kamu ihalelerinde kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını sağlamak ve ihalelerin rekabet ve eşit muamele ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesini temin etmekle yükümlü olduğu, ihalelere yönelik temel ilkeleri

ve belirlenecek teknik ölçütlerin verimliliği ve fonksiyonelliğini dikkate almak kaydıyla, ihtiyaç duyulan mal ve hizmetin vasfını belirleme konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı, bu durumda, idarelerce, ihale dokümanı hazırlanırken teklif edilen cihaza ilişkin katalog istenebileceği gibi ihale konusu işte kullanılacak cihaza ait özelliklerin Teknik Şartname'de belirtilen şartlara uygun olup olmadığı hususunda demonstrasyon gerçekleştirilmesinin istenebileceği, söz konusu değerlendirmenin istenmesinin idarenin takdir yetkisinde bulunduğu, ihale üzerinde kalan istekli tarafından sunulan yeterlik bilgileri tablosunda ihale konusu işin gerçekleştirilmesi için ... marka CS 2000 ve CS 4000 model cihazların beyan edildiği, ancak anılan isteklice demonstrasyona sadece Dirui marka CS 2000 model cihazın getirildiği, isteklilerin teklif ettiği cihazın Teknik Şartname'de belirtilen düzenlemelere uygunluğunun, demonstrasyon gerçekleştirilmesi suretiyle tespit edilmesi hususunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu, gerçekleştirilen demonstrasyon neticesinde, anılan isteklinin başarılı olarak değerlendirildiği, bu hususlar yönünden ihaleyi gerçekleştiren idarece demonstrasyon ile sorgulama ve değerlendirme yapılarak, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri çerçevesinde ihalenin anılan istekli üzerinde bırakılmasına karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde, bu iddia yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Dava konusu Kurul kararının, davacıların, itirazın şikâyet başvuru dilekçesinde ileri sürdükleri 4. iddiaya yönelik kısmı incelendiğinde;

İhale sürecindeki hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlem ve eylemlerin farkına varıldığı tarihin, ihalenin bütün hüküm ve sonuçlarının yer aldığı kesinleşen ihale kararının ilgililere tebliğ edildiği tarih olarak kabul edilmesi gerektiği, dava konusu işlemde, şikâyete konu işlemin farkına varıldığı ya da farkına varılmış olması gereken tarihin, yaklaşık maliyetin açıklandığı ihale tarihi olduğu ve başvuru sürelerinin bu

tarikh esas alınarak hesaplandığı, oysa, başvuru süresinin ihalenin bütün hüküm ve sonuçlarının yer aldığı kesinleşen 19/03/2021 tarihli ihale komisyonu kararının davacıya tebliğ edildiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiği, bu durumda, davacı tarafından şikâyet başvurusunun süresi içinde yapıldığı, şikâyet başvurusunun reddi üzerine itirazın şikâyet başvurusunun süre yönünden reddine ilişkin dava konusu Kurul kararının 4. iddiaya yönelik kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu Kurul kararının, davacıların itirazın şikâyet başvurusundaki 1. iddialarına yönelik kısmı yönünden davanın reddine, 4. iddialarına yönelik kısmı yönünden ise iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, idareye tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, takdir yetkisinin idarenin isteklileri demonstrasyon işleme tabi tutup tutmaması ile sınırlı olduğu, idarenin demonstrasyon süresi, yeri ve yapılacak cihazlar hakkında takdir yetkisine sahip olmadığı, idarece hazırlanan esas inceleme raporunun da bu durumu ortaya koyduğu, demonstrasyonun bir yeterlik kriteri olduğu ve sonradan değiştirilmesinin mümkün olmadığı, süresinde ve belirlenen şartlarda demonstrasyon yapmayan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği, iki cihaz teklif eden isteklinin tek cihazla demonstrasyon yapmasının hukuka aykırı olduğu, idari şartnamedeki demonstrasyon düzenlemelerinin itiraz edilmeyerek kesinleştiği, ihale mevzuatındaki sürelerin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle sonradan idarece değiştirilemeyeceği, demonstrasyonun idarece belirlenen yerde yapılmamasının da hukuka aykırı olduğu, somut olayda mücbir sebep hallerinin bulunmadığı, pandeminin ihale tarihinde de mevcut olduğu, sonradan ortaya çıkan bir durum olmadığı, yani öngörülemez ve beklenemez olmadığı, varlığı bilinen bir pandeminin gerektirdiği şekilde tedbir alınmadığı, basiretli bir tacirin bir yıldır süregelen bir pandemiyi mücbir sebep olarak ileri sürmesinin kabul edilemeyeceği; davalı idare tarafından,

idarelerce, ihale dokümanı hazırlanırken teklif edilen cihaza ilişkin katalog istenebileceği gibi ihale konusu işte kullanılacak cihaza ait özelliklerin Teknik Şartname'de belirtilen şartlara uygun olup olmadığı hususunda demonstrasyon gerçekleştirilmesinin istenebileceği, söz konusu değerlendirmenin istenmesinin idarenin takdir yetkisinde bulunduğu, davacının 4. iddiasına konu ettiği ihaleye ilişkin yaklaşık maliyetin ihalenin ilk oturumunda, bir başka deyişle ihale tarihi olan 08/02/2021 tarihinde açıklandığı dikkate alındığında, davacı tarafından şikâyete konu durumun farkına varıldığı tarihin 08/02/2021 olduğu ve bu tarihi izleyen 10 gün içerisinde idareye şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, 31/03/2021 tarihinde ihaleyi gerçekleştiren idare kayıtlarına alınan dilekçe ile şikâyet başvurusunda bulunduğu tespit edildiği, söz konusu iddiasının süre yönünden reddedilmesi gerektiği, tesis olunan dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülmektedir.

TARAFLARIN SAVUNMALARI : Davalı idare tarafından, mücbir sebep kavramından söz edebilmek için öncelikle bir olay unsurunun gerektiği, bu unsurun; deprem, sel baskını gibi bir doğa olayı, ithalat yasağı gibi bir hukuki olay ya da salgın hastalık, savaş gibi beşeri bir olay olabileceği; ikinci olarak, bu türden olayların tarafların kontrolü dışında gerçekleşmesi; üçüncü olarak, bu harici olayın taraflar için kaçınılmaz ve öngörülmez olması; dördüncü olarak, bu olay nedeniyle sözleşme konusu yükümlülüğün objektif olarak yerine getirilememesi ve son olarak, yükümlülüğün yerine getirilememesi ile mücbir sebep arasında illiyet bağı bulunması gerektiği, mücbir sebebe dayalı başvurulara ilişkin olarak 4735 sayılı Kanun'da herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiş olmakla birlikte, yargı kararlarında mücbir sebebe yol açan olay devam ettiği sürece mücbir sebep başvurusunda bulunulabileceğinin ifade edildiği, dava konusu kurul kararının mevzuata uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Davacılar tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz istemlerinin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması 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 istemleri hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüşüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

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 karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Tarafların temyiz istemlerinin reddine,
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle kısmen reddi, kısmen dava konusu işlemin iptali yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunanlar üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine,
5. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harçlarının istemleri hâlinde taraflara ayrı ayrı 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.