

110 Km Hat Kesiminin Yol Yenilemesi işi yürütmeyi durdurma kararı

Toplantı No	:	2012/024
Gündem No	:	87
Karar Tarihi	:	19.04.2012
Karar No	:	2012/MK-131
Şikayetçi:		
GCF Genetale Costruzioni Ferroviarie S.P.A-Kolin İnşaat Turizm San. ve Tic. A.Ş		
İhaleyi yapan idare:		
TCDD Malzeme Dairesi Başkanlığı		
Gündem Konusu:		
21/03/2011 tarih ve 2011/UY.I-1037 sayılı Kurul kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesinin ekli 15.03.2012 tarih ve E:2012/256 sayılı "yürütmenin durdurulması" kararına ilişkin işlem tesis edilmesi.		
Karar:		
TCDD Malzeme Dairesi Başkanlığı tarafından 28/09/2010 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2010/104279 İhale Kayıt Numaralı "Gökçedağ-Nusrat Arasındaki 110 Km Hat Kesiminin Yol Yenilemesi İşi" ihalesine ilişkin olarak GCF Genetale Costruzioni Ferroviarie S.P.A-Kolin İnşaat Turizm San. ve Tic. A.Ş'nin 21/02/2011 tarih ve 9880 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 21/02/2011 tarihli dilekçe ile itirazen şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulu'nun 21/03/2011 tarih ve 2011/UY.I-1037 sayılı kararı ile "Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.		
Davacı Fermak İnşaat Taahhüt A.Ş. tarafından anılan kararın yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada, Ankara 9. Idare Mahkemesinin 05.07.2011 tarih ve E:2011/630 sayılı kararında;		
"„Dava dosyasının incelenmesinden, TCDD Malzeme Dairesi Başkanlığı tarafından 28.09.2010 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Gökçedağ-Nusrat arasındaki 100 Km Hat Kesiminin Yol Yenilemesi İşİ" ihalesine ilişkin olarak ihaleye katılan GCF Generale Costruzioni Ferroviarie S.P.A-Kolin İnşaat Turizm San. ve Ticaret A.Ş'nin 04.02.2011 tarihinde ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, başvurunun reddi üzerine anılan firmalarca davalı idareye itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu, itirazen şikayet dilekçesinde davacı firmayla ilgili olarak ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından sunulan iş deneyim belgelerine konu işlerin benzer iş tanımıda yer alan G/1 grubu işler arasında yer almaması ve ihale konusuna uygun olmaması ve iş deneyim belgesinde yer alan ve ihale konusu iş ve işin bölümleriyle benzerlik gösteren işlerin tutarının teklif etmiş olduğu bedelin %80'inin çok altında olması nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği iddiasına yer verdiği, davalı idarece sözkonusu iddianın incelenmesi neticesinde ihale üzerinde bırakılan davacı firmanın ihalede sunmuş olduğu iş deneyim belgesinin içeriği itibarıyla yukarıda belirtilen 16.02.2010 tarih 2010/UY.III-589 nolu Kurul Kararı gereği köprü ve üst geçit inşaatlarının G/1 grubu işler arasında değerlendirilemeyeceği, sunulan belgenin G/1 grubunda bulunan demiryolu inşaatı işleri ile metro ve raylı sistemler inşaatı işleri kapsamında değerlendirilebilmesi için belgeye konu işin; hem demiryolu inşaatı işleri ile metro ve raylı sistemler inşaatı işlerinin karakteristik işleri arasında yer alması ve hem de ihale konusu iş kapsamında yer alan ray, travers, makas temini ve döşemesi gibi üst yapı işlerinin yapılmasının gerekmekte olduğu dikkate alındığında anılan istekli tarafından sunulan iş deneyim belgesine esas hak edilecekler sadece alt yapı katelerinin bulunduğu ve yapılan işin sözkonusu kurul kararında bahsi geçen üst yapı işleri kapsamında olduğu gerekçesiyle iş deneyim belgesinin benzer iş tanımlarını içerisinden kabul edilemeyeceği, dolayısıyla iş deneyim belgesinin yeterli ve uygun olmadığı kanaatine vararak davacı firmanın teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak düzeltici işlem tesis edilmesi yönünde davaya konu karar alması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.		
4734 Sayılı Kanun ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği hükümleri uyarınca gerçekleştirilen ihalelerde idarelerce yapılan benzer iş belirlenmelerinin 4734 Sayılı Kanunun 5.maddesinde belirtilen rekabet ilkesine ve adı geçen yönetmeliğin 3.maddesinde benzer iş tanımına aykırı yapılması nedeniyle 29.12.2005 tarih ve 26938 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilebilecek Benzer İşlere Dair Tebliğin çıkarıldığı, bu tebliğle idarelerce işin niteliğine uygun ve rekabeti arttıracak şekilde benzer iş belirlenmesi yapılmasına esas olmak üzere "Benzer İş Grupları Listesi" oluşturulmuştur. Bu listede sekiz (8) ana başlık ve bu başlıkların altında çeşitli gruplar düzenlenmiş olup bu gruplar da kendi içinde alt gruplara ayrılmıştır. İdareler, ilanda ve idari şartnamede ihale edecekleri yapım işinin ekteki "Benzer İş Grupları Listesi"nde yer alan iş gruplarından hangisine dahil olduğunu tespit edecekler ve bu grubu esas almak suretiyle benzer iş belirlenmesi yapacaklardır. Ancak bu belirlenme yapılırken ayırtırma yapılmak suretiyle herhangi bir grupta sayılan işlerden bazıların seçilerek benzer iş olarak belirlenmesi mümkün bulunmamaktadır.		
Öte yandan, Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilebilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ hükümleri incelendiğinde; bazı alt yapı ve üst yapı işleri için farklı gruplarda ayırtırma yapılarak sınıflandırma yapılmasına rağmen G grubu işlerde herhangi bir ayırtırma yapılmamış Demiryolu Raylı Sistemleri İşleri" "Demiryolu İnşaatı İşleri" olarak alt ve üst yapı işlerini kapsayacak şekilde gruplandırılmıştır.		
Diğer taraftan, uyumsuzluk konusu ihalede idarece ihaleye ilişkin idari şartnamenin 7.6.maddesinde G/1 grubu işlerin benzer iş olarak kabul edileceği düzenlemesine yer verilmiş, başka bir maddesinde de benzer iş olarak "16.02.2010 tarih ve 2010/UY.III-589 nolu kararındaki G/1 grubu benzer işlere ait iş deneyim belgeleriyle ilgili değerlendirme esas alınacaktır." düzenlemesine yer verilerek ihaleye konu işin G/1 grubunda yer alan hem demiryolu inşaatı işleri hem de metro ve raylı sistemler inşaatı işlerinin karakteristik işleri arasında yer alması nedeniyle tebliğ hükümlerine aykırı olarak aynı grupta yer alan 2 işin seçilmek suretiyle benzer iş belirlenmesi yapıldığı anlaşılmıştır.		
Bu durumda, ihaleye dair idari şartnamenin 58.7.maddesinde yer alan 16.02.2010 tarih ve 2010/UY.III-589 nolu Kurul kararında belirtilen benzer iş belirlenmesinin gerek Tebliğe gerekse 4734 sayılı Kanunun 5.maddesinde belirtilen rekabet ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmış olup davacı şirket tarafından sunulan iş deneyim belgesinin anılan idari şartnamenin 7.6. maddesinde belirtiltiği üzere G/1 grubu işler arasında yer alan "Demiryolu İnşaatı İşine" ilişkin olduğu dikkate alındığında anılan belgenin davalı idarece benzer iş kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, değerlendirilmeyerek davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönünde alınan davaya konu kararda mevzuata uyarlık bulunmamaktadır..."gerekçesi ile "yürütmenin durdurulmasına" kararı üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 08.08.2011 tarihli ve 2011/MK-172 sayılı kararı ile;		
"1) Kamu İhale Kurulu'nun 21.03.2011 tarih ve 2011/UY.I-1037 sayılı kararının iptaline,		
2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine," kararı verilmiştir.		
Ayrıca Davacı Fermak İnşaat Taahhüt A.Ş. tarafından anılan kararın iptali istemiyle açılan davaya ilişkin olarak Ankara 9 uncu Idare Mahkemesi'nin 30.11.2011 tarihli ve E:2011/630 K:2011/2625 sayılı kararı ile de dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi üzerine, Danıştay nezdinde yürütmenin durdurulması talepli olarak temyiz yoluna başvurulmuştur.		
Danıştay 13. Dairesinin ekli 15.03.2012 tarihli ve E:2012/256 sayılı kararı ile;" „temyizden incelenen kararın yürütülmesinin durdurulmasına.." karar verilmiş olup, anılan karar Hukuk Danışmanlığımıza 12.04.2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.		
Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yassama 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.		
Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; sayılan veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin 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 günü geçmeyeceği hükmü altına alınmıştır.		
Açıklanan nedenlerle;		
Anılan mahkeme kararının uygulanması için;		
1) Kamu İhale Kurulu'nun 08.08.2011 tarih ve 2011/MK-172 sayılı kararının iptaline,		
2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda,Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine,		
Öybirliği ile karar verildi.		
Kazım ÖZKAN Başkan V. II. Başkan		
Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi	Bahattin İSİK Kurul Üyesi	Hakan GÜNAL Kurul Üyesi
Abdullah DÜNDAR Kurul Üyesi	Erkan DEMİRTAŞ Kurul Üyesi	