Atıksu Arıtma Tesisi´nde Çamur Çürütme ve Kurutma Tesisi İnşaatı işi yürütmeyi durdurma kararı

Toplantı No	:	2010/076
Gündem No	:	57
Karar Tarihi	:	07.12.2010
Karar No	:	2010/MK-200

Şikayetçi:

Warotec Gmbh – Kaya İnşaat İth. İhrc. Taah. Tur. Doğalgaz Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı

İhaleyi yapan İdare:

İZSU Genel Müdürlüğü

Gündem Konusu:

Kamu İhale Kurulunun 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.II-1915 sayılı kararı hakkında Ankara 1. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulmasına kararının uygulanmasına ilişkin Kurul kararı alınması.

Karar:

İZSU Genel Müdürlüğü tarafından 07.04.2010 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21/(e) maddesine göre pazarlık usulü ile yapılan "2010/15279 İKN'li Çiğli Atıksu Arıtma Tesisi'nde Çamur Çürütme ve Kurutma Tesisi İnşaatı" ihalesine ilişkin olarak Warotec Gmbh – Kaya İnşaat İth. İhrc. Taah. Tur. Doğalgaz Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından yapılan şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulunun 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.II-1915 sayılı kararı ile; *"1) Anılan Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,*

2) İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından Kuzu Toplu Konut İnş. Ltd. Şti.'ne düzenlenmiş olan "Paşaköy Atıksu Arıtma Tesisi II. Ünite İnşaatı" işine ait iş deneyim belgesinin (Alt Yüklenici – İş Bitirme) iptali için belgeyi düzenleyen İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne bildirimde bulunulmasına,

3) İş deneyim belgesinin mevzuata aykırı düzenlenmesinde sorumluluğu bulunanlar ile adına iş deneyim belgesi düzenlenen Kuzu Toplu Konut İnş. Ltd. Şti. hakkında gerekli inceleme ve/veya soruşturmanın yapılmasını teminen konunun İçişleri Bakanlığına bildirilmesine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle Kuzu Toplu Konut İnş. Ltd. Şti. vekili Av. Nülüfer Tahan tarafından açılan davada, Ankara 1. İdare Mahkemesinin 04.11.2010 tarih ve E:2010/1477 sayılı kararı ile; *"Dava, İZSU Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 'Çiğli Atıksu Arıtma Tesisi'nde Çamur Çürütme ve Kurutma Tesisi İnşaatı' ihalesine katılan davacı şirketin, sunduğu iş deneyim belgesinin mevzuata aykırı olduğu nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak, iş deneyim belgesinin iptali için belgeyi düzenleyen Kuruma bildirimde bulunulmasına ilişkin 5.7.2010 tarih ve 2010/UY.II-1915 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.*

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 14. maddesi'nde; "Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip vermeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istemiz. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir." hükmü, 15. maddesinde; "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." hükmü getirilmiştir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 'Konsorsiyumlar' başlıklı 33. maddesinde; "İdare, konsorsiyumların ihaleye katılıp katılamayacağını, katılabilecekleri ihalelerde ise işin farklı uzmanlık gerektiren kısımlarını ön yeterlik şartnamesinde veya idari şartnamede belirtir. Konsorsiyum, başyuru veya teklifiyle birlikte koordinatör ortağın belirlendiği Konsorsiyum Beyannamesini vermek zorundadır. Konsorsiyumların ihaleye katılabilmek için sunacakları belgelerin belirlenmesinde ve yeterlik kriterlerine ilişkin değerlendirmede bu Yönetmeliğin İkinci Kısmında yapılan düzenlemeler esas alınır, ihalenin konsorsiyum üzerinde kalması halinde, konsorsiyum tarafından sözleşme imzalanmadan önce noter onaylı konsorsiyum sözleşmesinin idareye verilmesi zorunludur. Bu sözleşmede, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve işin yerine getirilmesinde, koordinatör ortak aracılığıyla aralarında koordinasyonu sağlayacakları belirtilir." hükmü, "İş Deneyim Belgelerinin Verilmesi" başlıklı 47. maddesinin 3. fıkrasında; "İş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşlara doğrudan tek sözleşme ile taahhüt edilmiş işlerin bir bölümünü yapan alt yüklenicilere; sözleşmesinin tamamını bir bütün olarak gerçekleştirip bitirmeleri ve kısmı kabul öngörülen işlerde idare tarafından kısmı kabulü yapılmak veya asıl sözleşmeye ilişkin işin geçici kabulü yapılmak partiyla, "alt yüklenici iş bitirme belgesi" verilir. Yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan sözleşmelerde, nesi itibariyle verilen bir işin baştan sona yapılmasının öngörülmesi şartı aranır. Birden fazla alt yüklenici olması durumunda, alt yüklenicilere verilecek iş deneyim belgelerinin tutarlarının toplamı, toplam sözleşme bedelini aşamaz." Hükmü getirilmiş, 48. maddesinin 4.fıkrasında; "Konsorsiyum tarafından gerçekleştirilen işlerde, ortakların iş deneyim tutarı, gerçekleştirdikleri iş kısmına ilişkin tutar esas alınarak dikkate alınır." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin İZSU Genel Müdürlüğü tarafından yapılan "Çiğli Atıksu Arıtma Tesisi'nde Çamur Çürütme ve Kurutma Tesisi İnşaatı' ihalesine katıldığı ve verdiği teklifin yeterli bulunduğu, ancak ihaleye ilişkin şikayet ve itirazen şikayet sonrasında yapılan incelemede davacı şirketin dava konusu ihalede iş deneyim belgesi olarak sunduğu "Paşaköy Atıksu Arıtma Tesisi II.Ünite İnşaatı' işine ait iş deneyim belgesinde üyerenin Athena Sa-Tahal Consulting Eng-Kuzu Toplu Konut İnş.Ltd., alt yüklenicininde Kuzu Toplu Konut İnş. Ltd. olduğu, iş deneyim belgesine konu olan işte davacı adına düzenlenen alt yüklenici-iş bitirme belgesinde, işin alt yüklenici tarafından yapılan iş miktarının ise 27.164.952,54.avro olduğu, diğer taraftan konsorsiyum beyannamesinde davacının yüklenneceği kısımların inşaat, çevre düzenlemesi ve işletme işleri olduğu, iş değişlim listesinde bu işlere ait toplam tutarın 8.208.095,71.TL, iş değişlim listesinde davacı şirketin konsorsiyum ortağı olarak taahhüdü altındaki iş miktarının 6.585.443,21.avro olduğu, iş deneyim belgesi ve iş deneyim belgesine konu işe ait konsorsiyum beyannamesi ile konsorsiyumu oluşturan ortaklara ait iş değişlim listesi birlikte değerlendirildiğinde; iş deneyim belgesindeki tutarlar ile anılan isteklinin yüklenici olarak gerçekleştirmiş olduğu tutar ve konsorsiyum beyannamesindeki işler ile iş değişlim listesindeki işlerin farklılıklar içerdiğinin tespit edildiği, iş deneyim belgesine konu ihalede, ihale konusu işin farklı uzmanlıklar gerektirdiğinin idare tarafından belirlenmiş olmasına rağmen, işin uzmanlık gerektiren kısımları dikkate alınmadan, davacının sır konusu işte konsorsiyum ortağı olarak bulunması ve kendi uzmanlık alanıyla ilgili taahhüt etmiş olduğu işleri de belirtmiş olmasına karşın, bu hususlar dikkate alınmadan işin tamamı adına davacıya alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlendiği, kendi uzmanlık alanı dışındaki işlerde ve kendisinin %24 oranında konsorsiyum ortağı olarak bulunduğu işin tamamında alt yüklenici gösterilerek iş deneyim belgesi alınmasının, Yasanın konsorsiyuma ve alt yükleniciye ilişkin düzenlemelerine aykırılık oluşturduğu nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak, iş deneyim belgesinin iptali için belgeyi düzenleyen Kuruma bildirimde bulunulmasına karar verilmesi üzerine davacı tarafından; iş deneyim belgesine konu ihalede, ilgili idarenin de onayı alınarak konsorsiyum ortaklarıyla işin %99'luk kısmı için taşeron sözleşmesi imzalandığı, taahhüt edilen işin zamanında inşası tamamlanarak idare tarafından geçici kabulünün yapıldığı ve usulüne uygun olarak alt yüklenici-iş bitirme belgesinin verildiği, dolayısıyla alt yüklenici olarak taahhüt ettiği işin tamamını yerine getirdiği işin bedeli kadar iş deneyim belgesi almaya hak kazandığı ileri sürülerek bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Kamu İhale Kanunu'nun temel amaçlarından biri olarak, isteklilerin ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliği olanlarının ihalelere katılmaları ve ihale konusu işle ilgili olarak Kurumca belirlenen ölçütler içinde, idarece belirlenen yeterlik oranlarına sahip olmaları gerektiği kuskusuzdur.

Konsorsiyum olarak hak ve sorumlulukların ayrılarak işin uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarının yapılmasındaki amaç; tek başına istenizden gelinmeyecek nitelikte farklı uzmanlıklar gerektiren işlerin ekiskiz olarak tamamlanmasıdır.

Mahkemmizin 29.09.2010 günlü kararı uyarınca hem konsorsiyum ortağı hemde alt yüklenici olarak davacı şirketin 27.164.952,54 avro tutarındaki iş deneyim belgesinin İstanbul Büyükşehir Belediyesi İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünce düzenlendiği ve anılan işin davacı şirket tarafından yapılarak tamamlandığının anlaşılmış olması karşısında, davacı tarafından dava konusu ihaleye sunulan iş deneyim belgesinin usulüne ve maddi gerçeğe uygun olarak ilgili idare tarafından düzenlendiği, dolayısıyla teklif verdiği ihalede gerekli teknik yeterliliğe sahip olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, kendi uzmanlık alanı dışındaki işlerde ve kendisinin %24 oranında konsorsiyum ortağı olarak bulunduğu işin tamamında alt yüklenici gösterilerek iş deneyim belgesi aldığı nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak, iş deneyim belgesinin iptali için belgeyi düzenleyen kuruma bildirimde bulunulmasına ilişkin Kurul kararında hukuka uyarlık görülmemiştir," şeklinde gerekçe belirtilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anayasanın 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 hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay 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 ise; 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 geçmemeyeceği hükm altına alınmıştır.

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

Açıklanan nedenlerle;

1) Kamu İhale Kurulu'nun 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.II-1915 sayılı Kararının (B) bendi ile *"4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine"* ilişkin hüküm fıkrasının iptaline,

2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine,

3) Kararın İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü ile İçişleri Bakanlığınabildirilmesine,

Oybirliği ile karar verildi.

Dr. Hasan GÜL **Başkan**		
Ali Kemal AKKOÇ **II. Başkan**	**Nicabi ECE** **Kurul Üyesi**	**Bahattin ŞIK** **Kurul Üyesi**
Hakan GÜNAL **Kurul Üyesi**	**Abdullah DÖNDAR** **Kurul Üyesi**	**Erkan DEMİRTAŞ** **Kurul Üyesi**