

**Danıştay'ın bozma kararından sonra Kamu İhale Kurumu tarafından ihaleyi yapan idareden sorulan bilgilere cevaben, zeyilname öncesi ve sonrası idari şartnamede herhangi bir değişiklik yapılmadığının belirtildiği, sadece sözleşme tasarısındaki araçlara ait kendi malı ibaresi sehven yazıldığı ve bunun da zeyilname ile düzeltilmişinin belirtildiği**

<b>Toplantı No</b>	: 2019/010
<b>Gündem No</b>	: 48
<b>Karar Tarihi</b>	: 27.02.2019
<b>Karar No</b>	: 2019/MK-81

<b>BASVURU SAHİBİ:</b> Genç İnşaat Sanayi Ve Tic. Ltd. Şti.(14.08.2018 tarih ve 2018/MK-298 Sayılı Kurul Kararı)
<b>İHALEYİ YAPAN İDARE:</b> Manisa Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Dairesi Başkanlığı
<b>BASVURUYA KONU İHALE:</b> 2017/364682 İhale Kayıt Numaralı "Manisa Büyükşehir Belediyesi Avm, Otel, İş Merkezi Ve Çevre Düzenlemesi Yapım İşİ" İhalesi
<b>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</b>
<b>KARAR:</b>

Manisa Büyükşehir Belediye Başkanlığı Fen İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2017/364682 ihale kayıt numaralı "Manisa Büyükşehir Belediyesi AVM, Otel, İş Merkezi ve Çevre Düzenlemesi Yapım İşİ" ihalesine ilişkin olarak Genç İnşaat Sanayi ve Tic. Ltd. Şti. tarafından itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 20.09.2017 tarihli ve 2017/UY.I-2540 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 09.01.2018 tarihli ve E:2017/3046, K:2018/17 sayılı kararı ile dava konusu işlemin kısmen (idareden makbuz karşılığı alınan dokümanlar arasında farklılıklar olduğu, İdari Şartname'nin 7.5.5'inci maddesinde kendi malı olması gereken araçlara ilişkin ibarenin değiştirilen İdari Şartname'de yer almadığı iddiasına ilişkin olarak) reddine, kısmen iptale karar verildiği, akabinde söz konusu mahkeme kararına ilişkin yapılan temiz başvurusu üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 23.05.2018 tarihli ve E:2018/866, K:2018/1815 sayılı kararına istinaden alınan 14.08.2018 tarihli ve 2018/MK-298 sayılı Kurul kararında "...her ne kadar Kurul kararında, zeyilname bildirim tarihinden sonra (09.08.2017) alınan ihale dokümanında İdari Şartname'nin 7.5.5'inci maddesindeki kendi malı olması gereken araçlara ilişkin ibarenin kaldırıldığı ifade edilmekte ise de, davacı tarafından dosyaya sunulan ve yukarıda adları anılan istekliler tarafından alındığı iddia edilen dokümanların 07.08.2017 ve 31.07.2017 tarihlerinde alındığı, söz konusu tarihlerin de Zeyilname bildiriminden önce olduğu, ayrıca Zeyilname'de açıkça "kendi malı olması gereken araçlara ilişkin" ibarenin Sözleşme Tasarısı'ndan çıkarıldığına bildirildiği, ancak İdari Şartname'ye ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmediği, İdari Şartname'nin 7.5.5. maddesinin nasıl bir usul ile değiştirildiği konusunda da herhangi bir açıklığın bulunmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, yukarıda anılan hususların, idarelerin ihalelerde sağlamakta yükümlü olduğu rekabet, eşit muamele ve şeffaflık ilkeleri göz önünde bulundurularak açıklığa kavuşturulması zorunlu iken, gerekli araştırma yapılmaksızın tesis edilen dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk görülmemiştir.

...davacının temyiz isteminin kısmen kabulü ile, davacının "idareden makbuz karşılığı alınan dokümanlar arasında farklılıklar olduğu, İdari Şartname'nin 7.5.5. maddesinde kendi malı olması gereken araçlara ilişkin ibarenin, değiştirilen İdari Şartname'de yer almadığı" iddiasına yönelik davanın reddine ilişkin kısmın BOZULMASINA..." ifadelerine yer verilerek başvuru sahibinin "idareden makbuz karşılığı alınan dokümanlar arasında farklılıklar olduğu, İdari Şartname'nin 7.5.5 maddesinde kendi malı olması gereken araçlarla ilişkin ibarenin, değiştirilen İdari Şartname'de yer almadığı" iddiasının esasının yeniden incelenmesine karar verilmiştir.

Başvuru sahibinin söz konusu iddiasının esasının incelenmesi neticesinde alınan 10.10.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1839 sayılı Kurul kararında"...Aktarılan hususlar çerçevesinde, başvuru sahibi tarafından satın alındığı iddia edilen ve itirazen şikâyet dilekçesinin ekinde sunulan İdari Şartname'nin idarece düzenlenmediğinin idarenin 25.09.2018 tarihli ve E.76622 sayılı cevap yazısında açıkça ifade edildiği, ayrıca söz konusu yazıda 09.08.2017 tarihinde gönderilen zeyilname ile Sözleşme Tasarısı'nın 23'üncü maddesinde düzenlenen isteklinin kendi malı şartının bulunduğu açıklamaların kaldırıldığına belirtildiği, dolayısıyla zeyilname öncesi ve sonrası düzenlenen İdari Şartname'nin 7.5.5'inci maddeleri arasında herhangi bir farklılığın bulunmadığı, ayrıca anılan Yönetmelik'in 16'ncı maddesinin altıncı fıkrasındaki idarece satışa sunulan doküman ile EKAP'ta hazırlanan doküman arasında farklılık bulunması halinde EKAP'ta hazırlanan dokümanın esas alınacağı hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, başvuru sahibinin bahsi geçen iddiasının yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır..." ifadelerine yer verilerek 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiştir.

Davacı Genç İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından alınan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 06.12.2018 tarihli E:2018/2239 sayılı kararında "...Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ve dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacı firmanın 27/07/2017 tarihinde söz konusu ihaleye ilişkin dokümanı satın aldığı, satın aldığı doküman kapsamındaki idari şartnamenin 7.5.5. maddesinde yer alan "kendi malı olma şartı" nın diğer isteklilerin satın aldığı dokümanda olmadığını fark etmesi üzerine, ihalenin iptali istemiyle 07/08/2017 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunduğu, şikâyet başvurusundan sonra, 09/08/2017 tarihinde ise zeyilname ile "Sözleşme tasarısında araçlara ait kendi malı ibaresi sehven yazıldığı ve bunun da zeyilname ile düzeltildiğinin belirtildiği, oysa ki, davacı tarafından satın alındığı iddia edilen dokümanların 07.08.2017 tarihinde alındığı, söz konusu tarihin de zeyilname bildiriminden önce olduğu, ayrıca Zeyilname'de açıkça "kendi malı olması gereken araçlara ilişkin" ibarenin Sözleşme Tasarısı'ndan çıkarıldığına bildirildiği, ancak İdari Şartname'ye ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmediği, İdari Şartname'nin 7.5.5. maddesinin nasıl bir usul ile değiştirildiği konusunda da herhangi bir açıklığın bulunmadığı, ayrıca, davacının şikâyet başvuru tarihi olan 07/08/2017 tarihinden sonra, 09/08/2017 tarihinde zeyilname ile bildirim yapıldığı, buna göre şikâyet başvuru tarihinde davacının iddiası yönünde, "kendi malı olma şartı" olduğu, buna göre davacının itirazen şikâyet başvurusunun reddine yönelik dava konusu işlemden hukuka uyarlık olmadığı anlaşılmaktadır..." gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının uygulanması teminen alınan 03.01.2019 tarihli ve 2019/MK-1 sayılı Kurul kararında "1- Kamu İhale Kurulunun 10.10.2018 tarih ve 2018/UY.II-1839 sayılı kararının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline" ifadelerine yer verilerek ihalenin iptaline karar verilmiştir.

Bu defa Ankara 18. İdare Mahkemesinin 29.01.2019 tarihli ve E:2018/2239, K:2019/146 sayılı kararında "...Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinden, idarelerin, yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği sağlamakla sorumlu oldukları, buna göre tereddüde yer bırakmayacak şekilde araştırma ve inceleme yapılması sonucuna varılmıştır.

Dava konusu olayda, Danıştay 13. Dairesi'nin bozma kararı üzerine, davalı idare tarafından söz konusu idari şartnameyle ilgili olarak bilgi ve belgelerin sorulduğu, Manisa Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından verilen cevapta idari şartnamede hiçbir değişiklik yapılmadığı, dolayısıyla da zeyilnameye de konu olmadığı, davacının iddiasının yerinde olmadığına beyan edilmesine üzerine idarenin dava konusu itirazen şikâyet başvurusunun reddine karar verdiği ancak, dava dosyasında ve davacının şikâyet ve itirazen şikâyet başvuruları ekinde yer alan idari şartnamenin ilgili kısmında "kendi malı olma" ibaresinin olduğu, bu iki farklı idari şartnamenin nasıl ve neden kaynaklandığı hususunun aydınlatılmadığı, davalı idarenin sorulduğu sorulara ihaleyi yapan idare tarafından verilen cevaplarla sınırlı olarak, gerekli araştırma yapılmaksızın, davacıya satılan DVD kapsamındaki idari şartnamede herhangi bir değişiklik yapılmış yapılmadığı hususu aydınlatılmadan verilen kararda Kamu İhale Kurulu'nun saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi ve güvenilirliği sağlamadığı, bu haliyle de yukarıda anılan Danıştay kararına uygun işlem tesis edilmediği kanaatine varılmıştır..." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin iptaline 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 hükmü 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 geçemeyeceği hükmü altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulu'nca 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 Kurulu'nun 03.01.2019 tarihli ve 2019/MK-1 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin iddiasının esasının yeniden incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.
