

davacının vakumlu süpürge makinasının 6 m³ çöp kapasiteli olma şartına açıklama getirilmediği iddiasına yönelik itirazen şikayet başvurusunun idareye şikâyet başvurusunda dile getirilmeyen hususların itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemeyeceği gerekçesiyle reddine dair kısmının iptaline; İdari Şartname'nin 7.7.5'inci maddesinin, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41.3'üncü maddesine aykırı olduğu ve kendi malı olması istenen

makinalara ilişkin aranan özelliklerin yapım için gerekli olmadığı yönündeki itirazın şikayet başvurusunun reddine yönelik kısımları yönünden davanın reddine...” gerekçesiyle dava konusu işlemin birinci iddiasının ilgili kısmının iptaline karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2018/061
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 01.11.2018
Karar No	: 2018/MK-367

BASVURU SAHİBİ: Varyap Madencilik Nakliye İnşaat Taahhüt Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi
İHALEYİ YAPAN İDARE: Bölge Müdürlüğü-13.Bölge Antalya Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Karayolları Genel Müdürlüğü
BASVURUYA KONU İHALE: 2018/192034 İhale Kayıt Numaralı “Karayolları 13 Bölge Müdürlüğü 131 Ve 136 Şube Şeflikleri Yollarında Rutin Yol Bakım ,Yapım Ve Onarımı İle Kar Ve Buzla Mücadele İşlerinin Yapılması” İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Karayolları 13. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/192034 ihale kayıt numaralı “Karayolları 13 Bölge Müdürlüğü 131 ve 136 Şube Şeflikleri Yollarında Rutin Yol Bakım, Yapım ve Onarımı İle Kar ve Buzla Mücadele İşlerinin Yapılması” ihalesine ilişkin olarak Varyap Madencilik Nakliye İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 18.07.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1357 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Davacı Varyap Madencilik Nakliye İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 17. İdare Mahkemesinin 01.10.2018 tarihli E:2018/1743, K: 2018/1775 sayılı kararında “...Davacının kendi malı olması istenen makinalara ilişkin aranan özellikler bakımından başvuruya konu ihale kapsamında istenilen toplam 104 makine, araç ve ekipmanın sadece 13 tanesinde isteklinin kendi malı olması şartı getirildiği tespit edilmiş olup, ihale konusu işin niteliği ve süresi dikkate alındığında bahse konu makine, araç ve ekipmanın isteklinin kendi malı olma şartının işin niteliği gereğince yeterlik kriteri olarak belirlenebileceği, idarece iddia konusu hususlara yönelik olarak ‘‘en az’’ ve ‘‘asgari’’ ibareleri kullanılmak suretiyle bir düzenleme yapıldığı, kendi malı olması istenen araç ya da ekipmanların 11 adedinin asgari model yılının 2010 yılı olarak belirlendiği, ayrıca davacının kiralama yoluna da başvurabileceği, ihale tarihinin 11.06.2018 olduğu dikkate alındığında idarece belirlenen asgari model yılı ile kar mücadelesinde kullanılacak kamyonların en az yarısının 290 hp gücünde olması yönünde yapılan düzenlemenin rekabeti engelleyici nitelikte olmadığı, bunun işin niteliği gereğince gerekli olduğu, bu çerçevede kendi malı ekipmanlara ilişkin iddia konusu edilen bahse konu özelliklerin, idarenin ihtiyaçlarının uygun şartlarla ve zamanında sağlama sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususları birlikte değerlendirildiğinde dava konusu kurul kararının davacının (1) numaralı iddiasının bu kısmının reddine yönelik kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacının (1) numaralı iddiası içerisinde yer alan, kuruma yapılan itirazen şikâyet başvurusunda iddiaya konu edilen vakumlu süpürge makinasının 6 m³ çöp kapasiteli olma şartına açıklama getirilmediği iddiasının idareye şikâyet başvurusunda dile getirilmeyen hususlara itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemeyeceği gerekçesiyle reddine dair Kurul kararının incelenmesinden;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 54’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, Kanun’da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve İtirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri; 56’ncı maddesinin 2. fıkrasında ise, Kurumun, itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanmıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Başvuruların şekil unsurları” başlıklı 8’inci maddesinin 10’uncu fıkrasında, “idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemez.” kuralına yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında, “Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.” hükmü yer almakta olup, bu hükümle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda, Kanun’un 56’ıncı maddesinin 2’inci fıkrası hükmünü daraltması nedeniyle dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8’inci maddesinin 10’uncu fıkrası hükmünün ihmal edilerek, Kanun’un 56’ıncı maddesinin 2’nci fıkrası çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Kamu İhale Kurulu’nun dava konusu kararında, söz konusu iddianın idareye şikâyet başvurusunda ve idare kararında yer almadığından bahisle birinci iddianın bu kısmının 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin 10’uncu fıkrasının (c) bendi gereğince reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun’un 56’ıncı maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetle yer alan iddiaların anlaşılmayacağı, Kanun’da böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının, 4734 sayılı Kanun’da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu açık olup, (1.) iddiasının bu kısmının da esastan değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Davacının ihaleye ilişkin hazırlanan **İdari Şartname’nin 7.5.5’inci maddesinin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 41.3’üncü maddesine aykırı düzenlenmiş bulunduğu yolundaki (2.) iddiasına gelince;**

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin “Makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler” başlıklı 41.3’üncü maddesinde “(3) Adayın veya isteklinin kendi malı olan tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman; ruhsat, demirbaş veya amortisman defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı ya da yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya serbest muhasebeci raporu ile tevsik edilir...” hükmü yer almaktadır.

İdari Şartname’nin “İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri” başlıklı 7’nci maddesinde “...Adayın veya isteklinin kendi malı olan tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman; ruhsat, demirbaş veya amortisman defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı ya da yeminli mali müşavir raporu veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile tevsik edilir. Yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından hazırlanan raporda incelemenin yapıldığı unsurlara ait tevsik edici bilgi ve belgeler (ruhsat, demirbaş veya amortisman defterine de kayıtlı olduğuna dair belgeler) rapor ekinde sunulacaktır...” düzenlemesi yer almaktadır.

İdare tarafından kendi malı olarak istenilen ekipmanların tevsikine ilişkin İdari Şartname’nin 7.5.5’inci maddesinde yapılan düzenlemede, kendi malı olan tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmanların ruhsat, demirbaş veya amortisman defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı ya da yeminli mali müşavir raporu veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile tevsik edileceği, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından hazırlanan raporda incelemenin yapıldığı unsurlara ait tevsik edici bilgi ve belgelerin (ruhsat, demirbaş veya amortisman defterine de kayıtlı olduğuna dair belgeler) rapor ekinde sunulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Anılan İdari Şartname düzenlemesi ile kendi malına ilişkin yeminli mali müşavir raporu veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu kapsamında, istenilen dayanak belgeler Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin “Makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler” başlıklı 29’uncu maddesinde sayılan belgelerdendir. Bir başka anlatımla, ilgili İdari Şartname düzenlemesi ile Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde hiç öngörülmeden/sayılmayan bir belge istenilmiş değildir.

Kaldı ki Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 20’nci maddesi gereğince ihale komisyonlarının belgelerin doğruluğunu teyit için gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri isteyebileceği de açıktır.

Bu itibarla; Davacının, ihaleye ilişkin hazırlanan İdari Şartname’nin 7.5.5’inci maddesinin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 41.3’üncü maddesine aykırı düzenlenmiş bulunduğu yolundaki (2.) iddiasının reddine dair kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın davacının vakumlu süpürge makinasının 6 m³ çöp kapasiteli olma şartına açıklama getirilmediği iddiasına yönelik itirazen şikâyet başvurusunun idareye şikâyet başvurusunda dile getirilmeyen hususların itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemeyeceği gerekçesiyle reddine dair kısmının iptaline; İdari Şartname’nin 7.7.5’inci maddesinin, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 41.3’üncü maddesine aykırı olduğu ve kendi malı olması istenen makinalara ilişkin aranan özelliklerin yapım için gerekli olmadığı yönündeki itirazen şikâyet başvurusunun reddine yönelik kısımları yönünden davanın reddine...” gerekçesiyle dava konusu işlemin birinci iddiasının ilgili kısmının 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 hükmüne 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 hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca 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 Kurulunun 18.07.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1357 sayılı kararının birinci iddiası ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin birinci iddiasının vakumlu süpürge makinasının 6 m³ çöp kapasiteli olma şartına ilişkin kısmının esasının incelenmesinde,

Oybirliği ile karar verildi.