

ihale itiraz başvurularında iddialarından sadece şikâyette yer alan iddiaların anlaşılacağı Kanun'da böyle bir sınırlama yapılmadığı Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarının şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gereklidir

Toplantı No : 2020/002

Gündem No : 60

Karar Tarihi : 15.01.2020

Karar No : 2020/MK-11

BAŞVURU SAHİBİ:

Mau Yapı İnşaat A.Ş. – Biberici İnşaat Nakliye Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları Genel Müdürlüğü Karayolları 14. Bölge Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2017/434444 İhale Kayıt Numaralı “(Bursa – Karacabey) Ayrım – Orhaneli – Harmancık Yolu Km: 26+572 – 83+563 Arası Toprak, Sanat Yapıları, Üstyapı (Bsk) Ve Çeşitli İşler İkmal İnşaatı İşi” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 14. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2017/434444 ihale kayıt numaralı “(Bursa – Karacabey) Ayrım – Orhaneli – Harmancık Yolu Km: 26+572 – 83+563 Arası Toprak, Sanat Yapıları, Üstyapı (Bsk) ve Çeşitli İşler İkmal İnşaatı İşi” ihalesine ilişkin olarak, Mau Yapı İnşaat A.Ş. – Biberici İnşaat Nakliye Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 17.01.2018 tarihli ve 2018/UY.I-222 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine” karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Mau Yapı İnşaat A.Ş. – Biberici İnşaat Nakliye Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 31.08.2018 tarihli E:2018/1357, K:2018/1506 sayılı kararı ile “...Dava konusu 17.01.2018 tarihli ve 2018/UY.I-222 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının davacı iş ortaklığının ikinci iddiasının 2.33, 2.36, 2.37 ve 2.38 numaralı iddia kısımlarına ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince şekil yönünden reddedilmesine ilişkin kısmının incelenmesinden;

Davacı iş ortaklığının 2.33, 2.36, 2.37 ve 2.38 nolu iddiaları Kurul tarafından aşırı düşük analizi uygun bulunan İntekar Yapı Turizm Elektrik İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile Özyapıcılar İnş. Tic. San. Ltd. Şti. dahil teklifleri Kurul tarafından reddedilen isteklileri ve bu isteklilerin aşırı

düşük analizlerine ilişkin iddiaları içermekte ve bu yönüyle itirazın şikâyet başvurusu üzerine aşırı düşük analizi uygun bulunan İntekar Yapı Turizm Elektrik İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile Özyapıcılar San. Tic. Ltd. Şti.'nin teklifini de doğrudan ilgilendirmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin 1. 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 itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri; 56. maddesinin 2. fıkrasında ise, Kurumun, itirazın şikâyet başvurularım başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanmıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin 10. fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazın şikâyet başvurusuna konu edilemez." kuralına yer verilmiştir.

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

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

Bu itibarla, davacıların oluşturduğu İş Ortaklığının, 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu açık olup, davacı iş ortaklığının ikinci iddiasının 2.33, 2.36, 2.37 ve 2.38 numaralı iddia kısımlarının da esasın değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Nitekim, benzer bir uyuşmazlıkta Danıştay 13. Dairesince verilen 09/03/2018 tarih ve E:2018/49, K:2018/927 sayılı karar da aynı doğrultudadır." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin kısmen iptaline karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararının yerine getirilmesi için Kurulca alınan 04.10.2018 tarihli ve 2018/MK-354 sayılı karar ile,

"1- Kamu İhale Kurulunun 17.01.2018 tarihli ve 2018/UY.I-222 sayılı kararının 2.33, 2.36, 2.37 ve 2.38'nci iddialar ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin 2.33, 2.36, 2.37 ve 2.38'nci iddialarının incelenmesine," karar verilmiştir.

Öte yandan, Ankara 7. İdare Mahkemesinin kararına yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 13. Dairesinin 05.12.2018 tarihli ve E:2018/3650, K:2018/3675 sayılı kararı ile "Tarafların temyiz isteminin kabulüne, Mahkeme tarafından, davacının hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği aşırı düşük teklif açıklaması kabul edilen YG Yol Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi – Orak Altyapı Sanayi ve Ticaret Anonim

Şirketi İş Ortaklığı, Heltaş İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. – Öztaşoğlu Hafriyat Nak. Taah. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı, Açılım İnşaat Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, Makimsan Asfalt Taahhüt İnşaat San. ve Tic. A.Ş. – Yazıcıoğlu Nakliyat İnşaat Anonim Şirketi – Tanmak Yol Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi İş Ortaklığı ve Fernas İnşaat Anonim Şirketi – Özaltın İnşaat Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi İş Ortaklığı yönünden değerlendirme yapılmaksızın hüküm kurulmuş olması karşısında iki aşamalı olması gereken yargısal denetimin ilk aşaması olan ilk derecede yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine ” karar verilmiştir.

Dosyaya yeniden bakan Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.06.2019 tarih ve E:2019/563, K:2019/1698 sayılı kararı ile “dava konusu işlemin davacı iş ortaklığının ikinci iddiasının 2.33,2.36,2.37 ve 2.38 numaralı iddia kısımlarına ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun’un 54’ncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince şekil yönünden reddedilmesine ilişkin kısmının iptaline, davanın davacı iş ortaklığının ikinci iddiasının 2.33,2.36,2.37, ve 2.38 numaralı iddia kısımları dışında kalan iddia kısımlarının yerinde bulunmamasına yönelik kısmının ise reddine ” karar verilmiştir.

Anılan karara yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 13. Dairesinin 30.10.2019 tarih ve E:2019/3019, K:2019/3299 sayılı kararı ile “...Anılan ihalede, Kurul’un “Heltaş İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Öztaşoğlu Hafriyat Nak. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı’nın teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi yönünde düzeltici işlem belirlenmesine dair 07/11/2018 tarih ve 2018/UY.I-1930 sayılı Kurul kararının” iptali için dava açılmış, Ankara 3. İdare Mahkemesi’nin davanın reddine yönelik 26/02/2019 tarih ve E:2018/2448, K:2019/427 sayılı kararı Dairemizce 25/09/2019 tarih ve E:2019/2211, K:2019/2712 sayılı kararlarla onanmıştır.

Kurul'un 07/11/2018 tarih ve 2018/UY.I-1930 sayılı kararının uygulanması sonrasında 14/12/2018 tarihinde anılan ihale idarece iptal edilmiştir.

İhalenin idarece iptaline yönelik karara karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusu Kurul'un 09/01/2019 tarih ve 2019/UY.I-39 sayılı kararıyla reddedilmiş, anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara 18. İdare Mahkemesi'nin 29/03/2019 tarih ve E:2019/193, K:2019/687 sayılı kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, Dairemizin 09/07/2019 tarih ve E:2019/1797, K:2019/2458 sayılı kararıyla anılan mahkeme kararının bozulmasına ve davanın reddine kesin olarak karar verilmiştir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME:

Uyuşmazlığa konu ihalenin, Kurul'un 07/11/2018 tarih ve 2018/UY.I-1930 sayılı kararının uygulanması sonucunda 14/12/2018 tarihinde idarece iptal edildiği görülmektedir.

İhalenin idarece iptaline yönelik işleme karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddedildiği, bu karara karşı açılan davanın kesin olarak reddedildiği ve ihalenin iptal edilmesine yönelik kararın bu şekilde kesinleştiği dikkate alındığında, bakılan dava hakkında karar verilmesine gerek olmadığı görüldüğünden, temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerekmektedir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların ve davalı idarenin temyiz istemlerinin kabulüne,
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 28/06/2019 tarih ve E:2019/563, K:2019/1698 sayılı kararının BOZULMASINA,
3. KONUSU KALMAYAN DAVA HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER

OLMADIĞINA,

...

10. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

11. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 30/10/2019 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi." şeklinde 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 hükme 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 günü 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,

Dava konusu ihalenin idarece iptal edilmesine yönelik kararın Danıştay kararında belirtildiği şekilde alınmış olan Kurul, Mahkeme ve Danıştay kararları ile kesinleştiği ve davanın konusuz kaldığı dikkate alındığında, gelinen aşamada uyuşmazlığa ilişkin karar verilmesine yer olmadığına,

Oybirliği ile karar verildi.