

İhale Sözleşmeleri Kanun maddesi gereğince, yeni imalatların proje değişikliği ve iş artışı kapsamında yapılmasının mümkün olduğu, bağlayıcı yargı kararı doğrultusunda işlem tesisi zorunlu iken ihalenin iptalini gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olmayan bir nedenle ve % * oranında iş artışından bahisle ihalenin ikinci kez iptaline yönelik olarak alınan dava konusu kararda hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline

ait karar

İhale Sözleşmeleri Kanun maddesi gereğince, yeni imalatların proje değişikliği ve iş artışı kapsamında yapılmasının mümkün olduğu, bağlayıcı yargı kararı doğrultusunda işlem tesisi zorunlu iken ihalenin iptalini gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olmayan bir nedenle ve % * oranında iş artışından bahisle ihalenin ikinci kez iptaline yönelik olarak alınan dava konusu kararda hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna

varılmıştır.” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ait karar

Toplantı No	: 2020/053
Gündem No	: 80
Karar Tarihi	: 25.11.2020
Karar No	: 2020/MK-285

BAřVURU SAHİBİ: Nil Yapı Malzemelerive İnşaat Ticaret Anonim şirketi-Orak Altyapı Sanayi Ve Ticaret Anonim şirketi
İHALEYİ YAPAN İDARE: Bölge Müdürlüğü-5.Bölge Mersin Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Karayolları Genel Müdürlüğü
BAřVURUYA KONU İHALE: 2018/658465 İhale Kayıt Numaralı “Tarsus-Adana-Gantep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – Gantep Doğu Kavş. (302+065), Gantep Doğu Kavş. (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında Ve Gantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin Ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi” İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/658465 ihale kayıt numaralı "Tarsus-Adana-Gantep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – Gantep Doğu Kavş. (302+065), Gantep Doğu Kavş. (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında ve Gantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. – Nil Yapı Malzemeleri ve İnşaat Tic. A.Ş. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 22.05.2020 tarihli ve 2020/UY.I-942 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. – Nil Yapı Malzemeleri ve İnşaat Tic. A.Ş. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 07.10.2020 tarihli E:2020/1110, K: 2020/1386 sayılı kararında "Dosyanın incelenmesinden; Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü'nce 24/01/2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen 2018/658465 ihale kayıt numaralı "Tarsus-Adana- Gaziantep Otoyolunun Bahçe Kavşağı (198+100)-Gaziantep Doğu Kavşağı (302+065), Gaziantep Doğu Kavşağı (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında ve Gaziantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi" ihalesinin ihale komisyonunca 09/04/2019 tarihinde iptal edilmesi üzerine davacılar tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun 08/05/2019 tarih ve 2019/UY.I-582 sayılı Kurul kararıyla ve bu karara karşı açılan davanın da Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 04/10/2019 tarih ve E:2019/1179, K:2019/1510 sayılı kararı ile reddedildiği, bu kararın Danıştay 13. Dairesi'nin 10.02.2020 tarih ve E:2019/4279 K:2020/380 sayılı kararı ile "... Diğer taraftan, kesinleşen ihale dokümanına göre, üst yapı kaplama kalınlıklarının uygulamada değişmesi veya idarece istenilmesi hâlinde belirlenen katsayılar ile çarpılarak fiyatlandırılacağı ve bu çerçevede üstyapı kalınlıklarının değişmesi gibi nedenlerle idare tarafından öngörülemeyen imalatların ortaya çıkması durumunda bu kalemlerin ihale üzerinde kalan ve kendisi ile sözleşme imzalanan yükleniciye yaptırılabilmesi dikkate alındığında, idarenin bu gerekçelerinin ihalenin iptalini gerektirecek bir nitelik taşımadığı; öte yandan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesi gereğince, yeni imalatların proje değişikliği ve iş artışı kapsamında yapılmasının mümkün olduğu, idarece fazladan yapılacağı belirtilen ve imalatların, %20 iş artışı oranını geçeceğinin varsayma dayandığı, proje kapsamında belirlenen işlerin tamamına ihtiyaç duyulup duyulmayacağına, dolayısıyla sözleşme konusu tutarın aşılıp aşılmayacağına da bu aşamada belli olmadığı, yükleniciye sözleşme kapsamında ortaya çıkacak iş ve bunun gerçekleştirilmesi sonucunda hak ediş esasına göre ödeme yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda, teklifler açılıp isteklilerin teklifleri görüldükten ve aradan yaklaşık 2,5 ay geçtikten sonra ihalenin ihale komisyonunca 22.04.2020 tarihinde yapılan 2018/658465 ihale kayıt numaralı ihale, 09.04.2019 tarihinde İhale Komisyonu kararı ile iptal edilmiştir. Ancak gelişen süreçte 31.10.2019 tarih ve 2019/449599 ihale kayıt numaralı yeni ihale yapılırken idarenin ihtiyaçları doğrultusunda yeni yaklaşık maliyet hazırlanmıştır. Kamu ihale Kurulu'nun 10.04.2020 tarih 2020/MK-82 sayılı kararı çerçevesinde konu incelendiğinde; yeni yaklaşık maliyet metrajları iptal edilen işe ait birim fiyatlar ile hesaplandığında iptal edilen işin % 45,23 nispetinde keşif artışı ihtiyacı olduğu hesapla sabittir. Bu artış oranının birim fiyatlı işlerdeki iş artış oranı olan %20'nin üzerinde olduğu, dolayısıyla 2018/658465 İhale Kayıt Numaralı Tarsus-Adana-G. antep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – G. antep Doğu Kavş. (302+ 065), G. antep Doğu Kavş. (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında Ve G. antep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin Ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi"ndeki miktarlar ile işin bitirilemeyeceği, bu süreçte erişime kontrollü karayolu olan otoyollarda trafik can ve mal güvenliğinin sağlanamayacağı anlaşılmaktadır. İşletmeler Başmühendisliği tarafından yapılan tespit ve değerlendirmelere göre işin niteliği ve miktarında değişiklik olacağı ve oluşacak değişikliklerin iş artışıyla karşılanabilecek düzeyde olmaması nedeniyle, ihalenin iptalini gerektirecek nitelik ve büyüklükte olması nedeniyle süreci devam eden bu işe ait ihalenin iptali ihale yetkilisinin onayına sunulmuştur." ifadeleriyle yeniden ihalenin iptaline ilişkin karar alındığı, bu karar karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun ise davaya konu 22.05.2020 tarihli ve 2020/UY.I-942 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile reddedildiği anlaşılmaktadır.

Uyumsuzlukta; birim fiyat teklif usulünün uygulandığı üstyapı onarımına ilişkin uyumsuzluğa konu ihalede yaklaşık maliyetin 417.663.743,00-TL olarak belirlenmesine karşın davacılar tarafından 226.221.065,00-TL teklifte bulunduğu, iptal edilen ihale konusu projenin ihaleye çıkılmadan önce fizibilite, etüt çalışmaları ve analizlerinin yapıldığı, 07/05/2018, 09/05/2018, 28/06/2018 ve 03/04/2019 tarihli raporların alındığı, ihalenin iptaline karar verilmesinden sonra 31.10.2019 tarihinde yeni ihale yapılırken yeni yaklaşık maliyet hazırladığı ve yeni yaklaşık maliyet metrajları iptal edilen işe ait birim fiyatlar ile hesaplandığında iptal edilen işin % 45,23 nispetinde keşif artışı ihtiyacı olduğunu ve bu artış oranının birim fiyatlı işlerdeki iş artış oranı olan % 20'nin üzerinde olduğundan bahisle ihalenin yeniden iptaline karar verildiği anlaşılmakta ise de idarelerin yargı kararlarını uygulama noktasında bağlı yetki içinde buldukları, kaldı ki kesinleşen ihale dokümanına göre üstyapı kalınlıklarının değişmesi gibi nedenlerle idare tarafından öngörülemeyen imalatların ortaya çıkması halinde bu kalemlerin ihale üzerinde kalan ve kendisi ile sözleşme imzalanan yükleniciye yaptırılabilmesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesi gereğince, yeni imalatların proje değişikliği ve iş artışı kapsamında yapılmasının mümkün olduğu, bağlayıcı yargı kararı doğrultusunda işlem tesisi zorunlu iken ihalenin iptalini gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olmayan bir nedenle ve % 45,23 oranında iş artışından bahisle ihalenin ikinci kez iptaline yönelik olarak alınan dava konusu kararda hukuka ayarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır." gerekçesiyle 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 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 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,

1- Kamu İhale Kurulunun 22.05.2020 tarihli ve 2020/UY.I-942 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, idarenin ihalenin iptali kararının iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.