

ihalede Birden fazla işin benzer iş olarak belirlenmesi hâlinde bu işlerin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı benzer iş olarak kabul edileceğinin şartnamede belirtilmesi gerektiği Şartnamede bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmaması hâlinde benzer iş olarak belirlenen işlerin her birinin ayrı ayrı benzer iş olarak kabul edilmesi gerektiği

Birden fazla işin benzer iş olarak belirlenmesi hâlinde bu işlerin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı benzer iş olarak kabul edileceğinin Şartname'de belirtilmesi gerektiği, Şartname'de bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmaması hâlinde, benzer iş olarak belirlenen işlerin her birinin ayrı ayrı benzer iş olarak kabul edilmesi gerektiği hk.

Toplantı No	: 2020/037
Gündem No	: 38
Karar Tarihi	: 26.08.2020
Karar No	: 2020/MK-226

BAŞVURU SAHİBİ:

Marmara Grup Çevre Sağ. Hiz. Ve Ür. San. Ve Tic. Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

İzmir Büyükşehir Belediyesi Satınalma Dairesi Başkanlığı Hizmet Alımları Şube Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/292274 İhale Kayıt Numaralı "Ağaç Restorasyon, Bakım Ve Onarım" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı Satınalma Dairesi Başkanlığı Hizmet Alımları Şube Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/292274 ihale kayıt numaralı "Ağaç Restorasyon, Bakım ve Onarım" ihalesine ilişkin olarak, Marmara Grup Çevre Sağ. Hiz. ve Ür. San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 11.09.2019 tarihli ve 2019/UH.II-1117 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Marmara Grup Çevre Sağ. Hiz. ve Ür. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 23. İdare Mahkemesinin 12.12.2019 tarihli E:2019/1872, K:2019/3082 sayılı kararı ile "dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiş, söz konusu karar üzerine 26.02.2020 tarihli ve 2020/MK-46 sayılı Kurul kararı ile "1-Kamu İhale Kurulunun 11.09.2019 tarihli ve 2019/UH.II-1117 sayılı kararının İz Erbey Pey. Tas. Uyg. İnş. Tur. Tic. Ltd. Şti. ile İlkiz Orman Ürün. Teks. Tem. İnş. Nak. Pet. Tur. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. ne yönelik değerlendirmelerin iptaline, 2-4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının Kurum tarafından temyiz edilmesi neticesinde alınan, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 13.07.2020 tarihli, E.2020/1195, K.2020/1942 sayılı kararında "...Sözlük anlamı ile "düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek olarak tanımlanan "düzenleme", kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise sürekli, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır. Yasama organının yasama tasarrufları dışında, idare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s.426).

"Kural işlemler" (ya da diğer adıyla "genel düzenleyici işlemler"), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığı kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurallar konulmuş olması zorunlu olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi gerekir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, ilgili buldukları sektörde düzenleme ve denetleme görevi üstlenmekte olup, bu kuruluşların temel işlevi, toplumsal ve ekonomik hayatın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemektir. Kamu ihaleleriyle ilgili olarak düzenleme yapma yetkisine sahip olan davalı Kurum'un, 4734 sayılı Kanun'la kendisine tanınan bu yetkiyi dava konusu uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınacak kuralları kabul etmek suretiyle kullandığı görülmektedir.

Bu kapsamda, anılan yetkiye dayalı olarak Kurum'ca hazırlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 72.3. maddesinde, birden fazla işin benzer iş olarak belirlenmesi hâlinde bu işlerin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı benzer iş olarak kabul edileceğinin Şartname'de belirtilmesi gerektiği, Şartname'de bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmaması hâlinde, benzer iş olarak belirlenen işlerin her birinin ayrı ayrı benzer iş olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Dava konusu ihaleye ait İdari Şartname'nin 7.6. maddesinde, daha önce kamu veya özel sektörde gerçekleştirilmiş her türlü ağaç bakım, onarım ve restorasyon işlerinin benzer iş olarak belirlendiği, söz konusu işlerin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı benzer iş olarak kabul edileceğine ilişkin olarak Şartname'de herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, herhangi bir itiraz başvurusunda bulunulmaması üzerine dokümanın bu hâliyle kesinleştiği, ihale işlemlerinin kesinleşen ihale dokümanı kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu doküman kuralı, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 72.3. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde ise, dava konusu ihalede ağaç "bakım", "onarım" ve "restorasyon" işlerinden her birine ilişkin olarak ayrı ayrı sunulacak iş deneyim belgelerinin benzer iş olarak kabul edileceği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu ihalede, en avantajlı teklif sahibi İz Erbey Pey. Tas. Uyg. İnş. Tur. Tic. Ltd. Şti. tarafından iş deneyiminin tevsiki amacıyla İzmir Büyükşehir Belediyesi Park ve Bahçeler Dairesi Başkanlığı Yeşil Alanlar İkmal Şube Müdürlüğü tarafından 22/01/2018 tarihinde düzenlenmiş olan 2017/163983-2140110-1-2 sayılı iş bitirme belgesinin sunulduğu, söz konusu belgenin "İzmir Büyükşehir Belediyesi Metropol Sınırları İçerisinde Bulunan Ağaçların Budanması" işinden elde edilmiş bir iş bitirme belgesi olduğu; İlkiz Orman Ürün. Teks. Tem. İnş. Nak. Pet. Tur. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından ise, İzmir Büyükşehir Belediyesi Park ve Bahçeler Dairesi Başkanlığı Yeşil Alanlar İkmal Şube Müdürlüğü tarafından 13/11/2018 tarihinde düzenlenmiş olan 2017/698270-2555647-1-1 sayılı iş bitirme belgesinin sunulduğu, söz konusu belgenin "İzmir Büyükşehir Belediyesi Metropol Sınırları İçerisinde Bulunan Ağaçların Budanması" işinden elde edilmiş bir iş bitirme belgesi olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, İz Erbey Pey. Tas. Uyg. İnş. Tur. Tic. Ltd. Şti. ve İlkiz Orman Ürün. Teks. Tem. İnş. Nak. Pet. Tur. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından iş deneyiminin tevsiki amacıyla "ağaç budama" işlerine ilişkin olarak sunulan iş deneyim belgelerinin, ihale dokümanında ki benzer iş tanımında yer alan "ağaç bakım" işleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda anılan şirketler tarafından sunulan iş deneyim belgelerinin ihale dokümanında yer alan benzer iş tanımına uygun olduğu anlaşıldığından, temyize konu İdare Mahkemesi kararının dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına 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 gün geçmeyeceği 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 26.02.2020 tarihli ve 2020/MK-46 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 11.09.2019 tarihli ve 2019/UY.II-1117 sayılı kararının hukuken geçerliliğini koruduğuna,