

ihale kapsamındaki şartları taşımadığı iddiasıyla yapılan şikâyet başvurusunun reddine yönelik itirazın şikâyet başvurusu üzerine iş deneyimi kapsamında sunulan belgelerin iş eksilişine yönelik anlaşma olmaksızın sunulduğu ve ihale konusu işe benzer iş kapsamında bulunmadığı ile iş deneyim belgesindeki faturaların ihale konusu bedel için aranan malî yeterlilik miktarına denk gelmediğinden bahisle tüm kısımlar için ihale dışı bırakılmasına dair Kamu İhale Kurumunun kararı işleminde

**hukuka ve mevzuata uygunluk
bulunmamaktadır gerekçesiyle
dava konusu işlemin iptaline
karar verilmiştir**

Toplantı No	: 2022/050
Gündem No	: 58
Karar Tarihi	: 03.11.2022
Karar No	: 2022/MK-304

BASVURU SAHİBİ:

Bmm Birleşik Müteahitler Müş. İnş. Pro. Tes. Kont. Danış. A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEİAŞ) Merkez

BASVURUYA KONU İHALE:

2022/164249 İhale Kayıt Numaralı "4 Üncü Etap 688 Adet Transformator Merkezinin 36 Ay Süre İle Hizmet Alımı Yolu İle İşletilmesi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEİAŞ) tarafından yapılan 2022/164249 ihale kayıt numaralı "4 Üncü Etap 688 Adet Transformator Merkezinin 36 Ay Süre ile Hizmet Alımı Yolu ile İşletilmesi" ihalesine ilişkin olarak, Bmm Birleşik Müteahitler Müş. İnş. Pro. Tes. Kont. Danış. A.Ş. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 07.07.2022 tarihli ve 2022/UH.I-861 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı FRS Tem. Gıda İnş. Reh. Antr. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyeli açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 12.10.2022 tarihli E.2022/2030, K:2022/1632 sayılı kararında "...İhale mevzuatında bilinen bir konu olan benzer iş, öz itibarıyla icra edilecek kamu hizmeti kapsamında yapılacak ihalelerde belli bir yeterlilik düzeyi bulunan kişilerin ihaleye katılmasını tercih edilebilir için getirilmiş ve gelişmiş bir kavramdır. Birebir aynı iş şartlarını arandığı durumlarda hariç, benzer işlerin arandığı hallerde benzer iş veya işlerin neler olduğu veya olabileceğine yönelik idarece belirleme yapılmalıdır. Bu kapsamda yapılacak değerlendirilmede idarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de bunun idarede rekabeti sağlayacak ölçüde dar olmaması gerektiği de muhakkaktır. Bunun yanında idarece bir belirleme yapılmış olması ve benzer işlerin niteliğine yer verilmiş olması hâlinde ise bu kapsamda olan veya olması gereken önceki işlerin benzer iş olarak kabulü zorunlu olacaktır. Yine kamu ihaleleri kapsamında ihale konusu için niteliğine göre belli bir miktarı içeren işin bitirilmiş olduğunun (malî yeterlilik) ortaya konulması adaylardan, istekli olabileceklerden veya isteklilerden istenebilecektir. İdarece yapılacak yaklaşık maliyet hesabı veya başka türlü belirlenmiş belirlenen miktar esas alınarak, belli miktardaki işin önceden bitirilmiş olmasına yönelik de gerekli delillendirmenin yapılması gerektiği muhakkaktır. Bununla birlikte konuya yönelik mevzuatta, ihale konusu iş kapsamında sunulan önceki işlerin miktarına yönelik belli oranlarda artırım yapılacağı belirtilmiştir. Yani sırf belli bir miktarı içeren iş veya işlerin sırf bitirilmiş hâlindeki miktarının dikkate alınması yeterli olmayıp, aday, istekli olabilecek ya da isteklilerce sunulacak bitirilmiş iş miktarına yönelik belirlenimin, mevzuatta öngörülen şekilde artırımı yapılarak ihale kapsamında öngörülen belli miktar için yeterliliği sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir. Aksi öngörülmedikçe, kamu ihalesi yapılacak iş için belirlenen yaklaşık maliyete ulaşılabilmesi için yıllar öncesinde yapılmış işin miktarının esas alınmasının, amacı ekonomik ve işin niteliği açısından en avantajlı teklifi tespit etmek olan ihale mevzuatının geneline uygun olmayacağı açıktır.

Dava konusu uyumsuzlukta davacı TEİAŞ tarafından yapılan 2022/164249 ihale kayıt numaralı "4'üncü Etap 688 Adet Transformator Merkezinin 36 Ay Süre ile Hizmet Alımı Yolu ile İşletilmesi İhalesi" kapsamında 25, 29, 30 ve 31 numaralı kısımlar için istekli olmuş ve bu kısımlar yönünden en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenmiştir. Dava kendisine ihbar edilen Bmm Birleşik Müteahitler Müş. İnş. Pro. Tes. Kont. Danış. A.Ş. tarafından ihaleyi yapan idareye yapılan şikâyet başvurusunun reddi sonrasında yapılan itirazden şikâyet başvurusu sonucunda ise davacının 29, 30 ve 31 numaralı kısımlar yönünden benzer iş kapsamındaki tanıma uygun yeterliliği olmadığı ve yeterlilik için sunulan iş kapsamında aranan maliyet miktarının oranında iş bitirmesinin bulunmadığı yönlerinden teklifinin değerlendirilmediği, aksi öngörülmedikçe, kamu ihalesi yapılacak iş için belirlenen yaklaşık maliyete ulaşılabilmesi için yıllar öncesinde yapılmış işin miktarının esas alınmasının, amacı ekonomik ve işin niteliği açısından en avantajlı teklifi tespit etmek olan ihale mevzuatının geneline uygun olmayacağı açıktır.

Dava konusu ihale işi kapsamında davalı idarece dava dosyasına sunulan bilgi ve belgeler arasındaki ilgili ihaleye ait ihaleyi yapan idarece benzer işlerin hangi durumlarda kabul edileceğine yönelik belirleme yapıldığı görülmektedir. Buna göre ilgili ihalenin İdari Şartnamesi'nin 7.6.'ncı maddesinde "Elektrik üretim santralının işletilmesi işi veya 154 kV ve üzeri enerji iletim hattının periyodik kontrol, bakım onarım hizmetleri benzer iş olarak kabul edilecektir." ibaresine yer verilmiştir. İdari Şartname'de yer alan bu düzenlemeye istinaden davacı tarafından Soma Termik Santral Elektrik Üretim A. Ş. (Soma A. Ş. olarak anılacaktır) ile kurulmuş olan sözleşme gösterilmiştir. Davalı idarece yapılan tespit ve değerlendirmelere davacı Şirket ile Termik Santral Elektrik Üretim A. Ş. arasındaki sözleşmenin konusu olan iş, davacı Şirket tarafından elektrik hatlarının periyodik bakım ve onarımına yöneliktir. Davalı idarece sunulan savunma dilekçesindeki beyanlara ve dava konusu işleminde ifade edilenlere göre davalı idarece, davacının elektrik üretim santralının işletilmesine yönelik bir işte faaliyet göstermemiş olması nedeniyle, ilgili sözleşmenin yeterlilik için benzer iş kapsamında kalmadığı değerlendirilmiştir.

4734 sayılı Kanun'da ihalelerin açık, şeffaf ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi gerektiği öngörülmüştür. Belirli şekilde yürütülmesi gerektiği belirlenmiş ve bu şekilde ilan edilmiş bir ihalede benzer işlere yönelik getirilmiş olan tanımların, ihale konusu işin niteliğine uygun olması yanında, ilgililerce benzer iş kapsamında sunulacak önceki işlerin değerlendirilmesinde de bu ilkelere hareket edilmiştir. Dava konusu somut olayda ihaleyi yapan idarece, ihale konusu işin niteliğine uygun biçimde benzer iş belirlenmesi yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte davacı Şirket tarafından Soma A. Ş. arasındaki sözleşmeye dayalı yürütülen işin "elektrik üretim işi olmaması" yönünde yorum yapılarak, davacının teklifi değerlendirilmediği, ihaleyi yapan idarece açıkça belirtildiği üzere sırf elektrik üretim santralının işletilmesi işi yapılmış olması benzer iş kapsamında bulunmamaktadır. Elektrik üretim santralının işletilmesi yanında, 154 kV ve üzeri enerji nakil hatlarının periyodik kontrol, bakım ve onarım hizmetlerinin de benzer iş olarak kabul edileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede davalı idarece, sırf davacı Şirket ile Soma A. Ş. arasında kurulu sözleşmenin elektrik üretim santrali işletilmesine yönelik olmadığı değerlendirilmesi yapılması mümkün değildir. Bu şekilde yapılacak değerlendirilmenin ise ihalede belirliliği ortadan kaldırdığı değerlendirilmektedir. Hâl böyle olunca davacı Şirket ile Soma A. Ş. arasında kurulu sözleşmenin elektrik iletim hattının periyodik kontrol ve bakım işine yönelik olması gözetilerek, bunun benzer iş olarak kabul edilmesi gerekirken, aksi yönde belirleme yapılmayacağı değerlendirilmektedir.

Bunun yanında davalı idarece benzer iş belirlenmesinin ihaleye ait İdari Şartname'de öngörülenden dar yorumlanmasıyla benzer iş şartını taşımadığına yönelik işlem tesisi akabinde, benzer iş şartı taşınmadığından bahisle davacı ile Soma A. Ş. arasında yapılan sözleşmede elektrik iletim hattının bakım ve kontrolü işinin 154 kV ve üzeri olup olmadığı yönünden inceleme yapılmadığı görülmektedir.

Davacının ihale konusu işe yönelik malî yeterliliğine yönelik de idarece belli yönlerden değerlendirilme yapılmış ve davacının Soma A. Ş. ile olan sözleşmesi kapsamında süre uzatımı olup olmadığına yönelik tarafların anlaşlığını gösteren bir belgenin bulunmaması çerçevesinde, sadece sözleşme süresi ile sınırlı olarak işe ait bedelin 31/03/2016 – 28/02/2018 tarihleri arasında kapsayan kısmının 4.833.424,89 TL olduğu ve yeterliliği sağlamadığı belirlenmiştir. Davalı idarece yapılan tespitlere sadece sözleşme dönemine mahsus faturaların dikkate alındığı ve bu faturalarda yer alan miktarlar üzerinden değerlendirilme yapıldığı görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere ihale kapsamında malî yeterliliğin tespitine yönelik belli miktarları aşacak şekilde işin bitirilmiş olması belirlenirken mevzuatta bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan düzenlemeler uyarınca süre uzatımına yönelik aday, istekli olabilecek veya istekliler yönünde gerekli bilgi ve belgelerin sunulması gerekirken birlikte, bunların sunulmaması hâlinde sözleşme süresiyle sınırlı biçimde değerlendirilme yapılabilecektir. Bu çerçevede her ne kadar davacı tarafından sözleşme süresini aşan kısımların da dikkate alınması gerektiği iddia edilmişse de bu iddiasında mevzuat uyarınca hukuki isabet görülmemiştir.

Ancak mevzuatta malî yeterliliğin belirlenmesine yönelik belli bir miktarın alınmasına ilişkin malî belgeler üzerinden değerlendirilme yapılırken, belli oranlarda artırım yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yani salt işin miktarının esas alınması mümkün olmayıp, mevzuatta öngörüldüğü şekilde işe ilişkin miktarın belli oranlar çerçevesinde artırılması suretiyle malî yeterliliğin belirlenmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir belirleme yapılmaması hâlinde, mevzuat hükümlerine aykırılık oluşacağı açıktır. Dava konusu uyumsuzlukta da davacı Şirket tarafından Soma A. Ş. ile sözleşme çerçevesinde sunulan malî belgeler üzerinden inceleme yapılmış ve davacı tarafıya konulmamış olduğundan sadece sözleşme süresi içerisindeki faturalar dikkate alınarak değerlendirilme yapılmıştır. Bu yönüyle işlemler mevzuata aykırılık bulunmamasıyla birlikte, davalı idarece yapılan değerlendirilmede 31/03/2016 – 28/02/2018 tarihinde icra edilen işe yönelik bu aralıktaki faturaların sırf toplamı esas alınarak değerlendirilme yapılmış ve bu miktarın güncellenmesine yönelik bir değerlendirilme yapılmamıştır. Davalı idarece bu şekilde bir belirleme yapılmaması ise mevzuata aykırılık teşkil edecektir.

Tüm bu kapsamda, davacı Şirket ile Soma A. Ş. arasında kurulan sözleşmeye yönelik davalı idarece sözleşmeye konu işin niteliğinin, ihaleyi yapan idarece ilan edilen İdari Şartname'de aranan benzer iş tanımına uygun olduğu açık olmakla, benzer iş kapsamında kalan iletim hatlarının periyodik kontrol, bakım ve onarım işine ait Soma A. Ş. ile olan sözleşmenin konusunun 154 kV ve üzeri iletim hatlarına yönelik olup olmadığı hakkında davalı idarece inceleme yapılması, ayrıca davacı tarafından Soma A. Ş. ile olan sözleşme çerçevesinde 31/03/2016 – 28/02/2018 arasında yürütülen işe ait faturalar üzerinden yapılacak değerlendirilmede hesap edilen miktarın konuya yönelik mevzuat uyarınca güncellenerek malî yeterliliği sağlayıp sağlamadığı belirlenmesi gerekirken, aksi yönde ilgili işin benzer iş tanımına uygun olmadığından ve sırf fatura miktarları güncellenmesinin işin yönelik malî yeterlilik şartının taşınmadığından bahisle davacının teklifinin ihale dışı bırakılması şeklinde düzeltici işlem belirlenemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, TEİAŞ tarafından yapılan 2022/164249 ihale kayıt numaralı "4'üncü Etap 688 Adet Transformator Merkezinin 36 Ay Süre ile Hizmet Alımı Yolu ile İşletilmesi İhalesi" kapsamında 25, 29, 30 ve 31 numaralı kısımlar için istekli olan davacı Şirket'in, ihale kapsamındaki şartları taşımadığı iddiasıyla yapılan şikâyet başvurusunun reddine yönelik itirazden şikâyet başvurusu üzerine iş deneyimi kapsamında sunulan belgelerin iş ekvivalansına yönelik anlaşma olmaksızın sunulduğu ve ihale konusu iş benzer iş kapsamında bulunmadığı ile iş deneyim belgesindeki faturaların ihale konusu bedel için aranan malî yeterlilik miktarına denk gelmediğinden bahisle tüm kısımlar için ihale dışı bırakılmasına dair Kamu İhale Kurumunun 07/07/2022 tarih ve 2022/UH.I – 861 sayılı dava konusu işleminde hukuka ve mevzuata uygunluk bulunmamaktadır." 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 ve 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 gecikmesiz işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü 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 tebliği edilmiş veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

- 1- Kamu İhale Kurulunun 07.07.2022 tarihli ve 2022/UH.I-861 sayılı kararının 1'inci iddiasının (c) bendinde yer alan FRS Tem. Gıda İnş. Reh. Antr. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti.ye yönelik değerlendirmelerin iptaline,
- 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin 1'inci iddiasının (c) bendinde yer alan FRS Tem. Gıda İnş. Reh. Antr. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. ile ilgili kısmının esasının yeniden incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.