

**ihalede Puanlamaya dahil edilen iş kalemlerinin toplam tutarının, toplam ihale bedelinin 1/3'ünden daha düşük olması nedeniyle, puanlamaya dahil edilen iş kalemlerinin ihaleyi kapsayıcı nitelikte olmadığı gerekçesine ait karar**

<b>Toplantı No</b>	: 2019/009
<b>Gündem No</b>	: 28
<b>Karar Tarihi</b>	: 20.02.2019
<b>Karar No</b>	: 2019/MK-71

<b>BASVURU SAHİBİ:</b> Uysal Demir Beton Yapı Elemanları İnş. İml. San. Ve Tic. Ltd. Şti.
<b>İHALEYİ YAPAN İDARE:</b> Manisa Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Dairesi Başkanlığı
<b>BASVURUYA KONU İHALE:</b> 2017/706437 İhale Kayıt Numaralı "Mbb Turgutlu İlçesi Spor Tesisleri, Gördes Şehpilot Bahri Önser Ve Molla Fenari Prestij Cad, Alaşehir Ve Sarıgöl İlçeleri Yol, Kaldırım Ve Tretuvar Kaplanması Tamiri Ve Yeniden Yapılması İşi" İhalesi
<b>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</b>
<b>KARAR:</b>

Manisa Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2017/706437 ihale kayıt numaralı "Mbb Turgutlu İlçesi Spor Tesisleri, Gordes Şeh. Pilot Bahri Önsör ve Molla Fenari Prestij Cad., Ateşahır ve Sarıgül İlçeleri Yol, Kaldırım ve Tretuvar Kaplanması Tamiri ve Yeniden Yapılması İşi" ihalesine ilişkin olarak, Uysal Demir Beton Yapı Elemanları İnş. İml. San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazzen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 06.03.2018 tarihli ve 2018/UY-II-548 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Uysal Demir Beton Yapı Elemanları İnş. İml. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 23.05.2018 tarihli E:2018/901, K:2018/1320 sayılı kararında "“Davacı tarafından yapılan itirazzen şikâyet konu her bir iddianın hukuki incelemesi ayrı ayrı yapılacaktır. Davacı tarafından yapılan itirazzen şikâyet konu 1. iddianın incelenmesinden;

İstekli olabilecekler tarafından edinilen ihale dokümanı kapsamında 1 adet analiz formatına yer verildiği ancak başvuru sahibinin idareye şikâyeti üzerine 27 adet iş kalemine ait analiz formatının 18.01.2018 tarihinde yayımlanan zeyilname ile ihale dokümanına eklenecek toplam 28 adet iş kalemine ait analiz formatına yer verildiği, toplam 201 iş kaleminin oluşan birim fiyat teklif cetvelinde 84 adet iş kaleminin kamu kurum ve kuruluş birim fiyatları ve poz numaralarının kullanıldığı, geriyeye kalan 117 adet iş kalemi için ise analiz yapılarak özel birim fiyat oluşturulduğu, bu iş kalemlerine ait birim fiyatların da piyasadan alınan fiyat teklifleriyle belirlendiği, söz konusu 117 adet iş kaleminin 15'inci analiz formatının düzenlendiği ve zeyilname ile ihale dokümanına eklendiği, diğer 112 iş kalemine ilişkin olarak her hangi bir analiz formatı verilmemiş, isteklilerin teklif fiyatı oluşturulması için analiz formatlarının düzenlenmesinin zorunlu olduğu, yapılan analizlerde nakliye girdilerine yer verilmemiş hususları göz önüne alındığında, davacının 1. iddiasının reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Davacı tarafından yapılan itirazzen şikâyet konu 2. iddianın incelenmesinden;

Davacı tarafından yapılan itirazzen şikâyet konu 3. iddianın incelenmesinden;

Davacı tarafından yapılan itirazzen şikâyet konu 4. iddianın incelenmesinden;

Dava konusu ihaleye ait İdari Şartname'nin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyatla birlikte fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği, değerlendirilmenin "teklif fiyatı" ile "kalite ve teknik değer nitelik" olmak üzere iki kısımda ve 50 tam puan üzerinden birim fiyat teklif cetvelinde 102, 166, 167, 172, 173, 174, 188, 189, 190 ve 191. sıradaki iş kalemleri dikkate alınarak yapılacağı öngörülmüş ise de, birim fiyat teklif cetvelinde belirtilen iş kalemlerine ait toplam fiyatın 42.617.962,9 TL olduğu, puanlamaya dâhil edilen iş kalemlerinin toplam tutarının ise, 13.668.921,1 TL olduğu, bu miktarın toplam ihale bedelinin 1/3 oranında daha düşük olması nedeniyle puanlamaya dâhil edilen iş kalemlerinin ihaleyi kapsayıcı nitelikte olmadığı kanaatine varılmakta, Kurul kararının davacının 3. iddiasının reddine ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Davacı tarafından yapılan itirazzen şikâyet konu 4. iddianın incelenmesinden;

102 nolu pozda Manisa Büyükşehir Belediyesi logolu ışıklı taşın Teknik Şartnamede poliüretan malzeme ve temperli camdan üretilebileceği belirtilmiş olup, bu iki malzemenin fiyatlarının farklı olması nedeniyle isteklilerce sunulacak teklif fiyatlarında farklılığa neden olabileceği, İdari Şartname'de CR-NI paslanmaz çelik 50x200 mm ebadında olduğu belirtilmiş iken, aynı ürünün görselde açık boyutlu bir kapak çizimine yer verildiği, İdari Şartname ile Teknik Şartname'nin uyumlu olmadığı, yine, Yapım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İdari Şartname" başlıklı 15'inci maddesi ve Kamu İhale Kanunu'nun 14. maddesindeki "“Bellî bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilmez ve belirli bir marka veya modelle yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir” şeklinde açık hüküme rağmen aydınlatma direğinde "Mira" marka ismine yer verilmesi nedeniyle Kurul kararının davacının 4. iddiasının reddine ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin söz konusu kararının uygulanmasını sağlamak üzere Kurul tarafından alınan 24.07.2018 tarih ve 2018/MK-263 sayılı karar ile "1- Kamu İhale Kurulunun 06.03.2018 tarihli ve 2018/UY-II-548 sayılı kararının 1, 3 ve 4'üncü iddialar ile ilgili kısımlarının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline." karar verilmiştir.

Diğer taraftan Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 23.05.2018 tarihli E:2018/901, K:2018/1320 sayılı kararına istinaden Kurum tarafından Danıştay Onüçüncü Dairesine temyiz başvurusunda bulunmuş olup, Danıştay Onüçüncü Dairesi tarafından alınan 28.11.2018 tarihli ve E:2018/2932, K:2018/3385 sayılı karar ile "“Davacının birinci iddiasına ilişkin olarak, ilgili mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden; idarelerce tasarılan ve birden fazla iş kalemini ihtiva eden iş kalemleri (paçal iş kalemi) ile kamu kurum ve kuruluşlarına yayımlanmış birim fiyatlar ile uyumlu olmayan iş kalemleri (özel iş kalemleri) için bu iş kalemlerinde bulunan analiz girdileri ve miktarlarının da ihale dokümanı kapsamında istekli olabileceklere verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

İhalede, istekli olabilecekler tarafından edinilen ihale dokümanı kapsamında toplam 28 adet iş kalemine ait, analiz formatına yer verildiği görülmüştür. Toplam 201 iş kaleminin oluşan birim fiyat teklif cetvelinde 84 adet iş kalemi için kamu kurum ve kuruluşlarının birim fiyatları ve numaralarının kullanıldığı, geriyeye kalan 117 adet iş kalemi için ise analiz yapılarak özel birim fiyat oluşturulduğu, bu iş kalemlerine ait birim fiyatların da piyasadan alınan fiyat teklifleriyle belirlendiği görülmüştür. Söz konusu 117 adet iş kaleminin 15'inci analiz formatının düzenlendiği ve zeyilname ile ihale dokümanına eklendiği, diğer 112 iş kalemine ilişkin olarak her hangi bir analiz formatı verilmemiş olduğu anlaşılmıştır.

İdarece her ne kadar anılan 112 iş kalemine ait analiz formatı verilmiş de, söz konusu iş kalemlerinin, sadece malzeme girdisinden oluştuğu, birimlerinin adet/ metre olarak belirtildiği (adaptör, 24 V ağız aydınlatma armatürü, 9 metre çift kollu 130 W LED armatürlü aydınlatma direği, 26'lık PVC boru, disk, havuz kumanda panosu vs.) ve birim fiyat tariflerinin açık ve anlaşılır olarak fotoğraf, çizim vb. gibi örnek görsellerle desteklendiği, dokümana yer alan bu veriler doğrultusunda istekli olabileceklerin teklif fiyatı oluşturabilecekleri sonucuna varıldığından, mahkeme kararının birinci iddiasına yönelik kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Üçüncü iddia yönünden; İhale dokümanı incelendiğinde; şikâyet konu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin fiyatla birlikte fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği, idare tarafından teklif fiyatı puanı ile kalite ve teknik değer nitelik puanı olmak üzere iki kısım üzerinden puanlama yapılacağı, isteklilerin anılan kısımlardan atacakları puanların toplanması neticesinde en yüksek puanı sahip isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirleneceği anlaşılmaktadır.

İdari Şartname ile, kalite ve teknik değer nitelik puanı hesaplanmasında, isteklilerin birim fiyat teklif cetvelinde 102, 166, 167, 172, 173, 174, 188, 189, 190 ve 191. sıradaki iş kalemleri için teklif ettikleri fiyatların toplam tekliflerine oranının; aynı iş kalemlerinin yaklaşık maliyetteki bedellerinin toplam yaklaşık maliyete oranının %80 - %120 aralığında (%80 ve %120 dahil) kalması durumunda her bir iş kalemi için 5 puan olmak üzere toplam 50 puan olacakları, teklif oranları %80 - %120 aralığı dışında kalıyorsa iş kalemleri için puan alamayacakları düzenlenmiştir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 53.3. maddesinde yer alan ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak belirlenmesi ile ilgili açıklamalar kapsamında, ihale konusu işi oluşturan bileşenler itibarıyla isteklinin teklifi ile yaklaşık maliyet yapısının birbiri ile uyumu gibi hususların fiyat dışı unsur olarak belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Anılan Tebliğ açıklamasında, fiyat dışı unsur olarak ihale konusu işi oluşturan bileşenler itibarıyla yaklaşık maliyetin yapısı ile istekli/isteklilerin tekliflerinin yapısının birbiri ile uyumunda bahsedilmekte olup, cümlede geçen "ihale konusu işi oluşturan bileşenler" ifadesinden yapıyı işini oluşturan "iş kalemlerinin anlaşılması gerekmektedir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin söz konusu maddesinde yer alan düzenleme ile açıklanan, 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen fiyat dışı unsurun, ihale konusu işin Eklenen kaliteye uyumlu olarak gerçekleştirilmesini ve özellikle yapım işleri ihalelerinde işin erken tasfiye edilmesi suretiyle kaynakların verimli kullanılmasını ilkesinin muhtemmel ihallerinin engelleyecek şekilde etkin kullanımını sağlamaktır. Bu bağlamda, yapım işi ihalelerinde bazı isteklilerin birim fiyat üzerinden teklif alınan iş kalemlerinde özellikle işin niteliği itibarıyla miktarı işin devamı sırasında büyük değişiklikler gösterebilecek olan kaza yapılması gibi alt yapıya ilişkin iş kalemlerinin birim fiyatını yaklaşık maliyete oranla çok yüksek, diğer iş kalemlerinin birim fiyatını ise çok düşük belirledikleri, bunun sonucunda ihalenin bu şekilde teklif veren isteklinin üzerinde kalması hâlinde, işin gerçekleştirilmesi aşamasında yüksek birim fiyat teklif edilen iş kalemlerindeki miktar artışı nedeniyle sözleşme bedelinin büyük kısmının bu iş kalemlerine karşılık olarak ödendiği, bu durumun sözleşme konusu iş kapsamında bazı imalatlar gerçekleştirilmeden işin tasfiye edilmesi sonucunu doğurduğu ve bu suretle kamu hizmetlerinin gecikmesine ve kaynakların verimli kullanılmamasına neden olduğu görüldüğünden, söz konusu Tebliğ düzenlemesi ile yaklaşık maliyet içerisindeki idarece belirlenen her bir iş kaleminin yaklaşık maliyetteki oranı ile isteklinin teklifindeki aynı iş kalemlerinin her birinin isteklinin teklif fiyatına oranının karşılaştırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Başvuru sahibinin iddiasına konu olan fiyat dışı unsur düzenlemesi incelendiğinde, isteklinin idare tarafından belirlenen pozlardaki fiyat açılığının aynı iş için yaklaşık maliyetteki oranlamaya yaklaşması hâlinde fiyat dışı unsur puanı verileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle değerlendirilmede teklifteki oranla yaklaşık maliyetteki oran karşılaştırılmaktadır. Anılan düzenlemenin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 53.3. maddesinde yer alan açıklama ve bu maddenin genel gerekçesinde belirtilen hususlarla uyumlu olduğu, idarenin iş tanımlanmadan sözleşmenin tasfiye edilme riskini azaltmak için bu düzenleme gittiği, anılan hâtiyle de etkinlik, verimlilik ve teknik değer kriterlerinin sağlandığı görüldüğünden, Mahkeme kararının puanlamaya dâhil edilen iş kalemlerinin toplam tutarının, toplam ihale bedelinin 1/3'ünden daha düşük olması nedeniyle, puanlamaya dâhil edilen iş kalemlerinin ihaleyi kapsayıcı nitelikte olmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Dördüncü iddia yönünden; Davacının, "İdari Şartname'nin Teknik Şartname ile uyumlu olmadığı, Teknik Şartname'nin bu hâtiyle yetersiz olduğu" iddiasında bulunduğu, iddiasının birim fiyat teklif cetvelinde yer alan 78, 102 ve 140 no.lu iş kalemlerine ilişkin olarak somutlaştırdığı görülmektedir.

-102 no.lu "özel ışıklı amblem taş" iş kalemine ilişkin olarak, 18/01/2018 tarihli zeyilname ile ölçülerin 40x40,5 olarak düzeltilmiş olduğu görülmüştür. Anılan iddiada poliüretan/ temperli cam malzeme birim fiyatlarının farklı olduğu ifade edilmiş ise de, istekli olabileceklere bu iş kalemi için plastik ya da cam malzeme seçiminde tercih imkânı tanındığı ve isteklilerin de kendi tercih ettikleri malzeme üzerinden birim fiyat belirleyebilecekleri anlaşılmaktadır.

-140 no.lu iş kalemi CR-Ni kapak için birim fiyat teklif cetveli İdari Şartname eki tablo ve Teknik Şartname'de uyumlu olarak 50x200 mm ebadında belirtildiği, yapılan zeyilname ile ölçülerin değiştirilerek anılan kapağa ilişkin görselle yer verildiği, idarenin kapak ebadında hiçbir düzeltme yapılmadığı, görselin ise sadece kapağın şekline ilişkin olarak verildiği anlaşılmaktadır. -78 no.lu iş kalemi "Yandan kollu lazer yazılı LED aydınlatmalı aydınlatma direği" için ayrıntılı teknik özelliklerin belirtildiği, Teknik Şartname'ye yer alan ürüne ilişkin fotoğraf ile detaylı teknik çizimler yer verildiği görülmüştür. Her ne kadar çizimlerin altında yer verilen böküme "Mira-LED"e ilişkin bilgilerin yer aldığı görülmüş ise de, anılan fotoğraf ve çizimlerin ürünün boyut ve şekline ilişkin bilgileri vermek amaçlı olduğu, başvuruya konu ihalemin mevcut yönlardaki tretuvar, yol, kaldırım tamiri ve yeniden yapılması işlerinden oluştuğu, idarenin mevcutta bulunan tretuvar ve kaldırımlardaki tamiratı kapsamında eksik ya da çalışmaz hâdeki aydınlatma elemanlarının da ikmalini yapacağı, bu nedenle mevcut aydınlatma elemanlarının uyumlu olarak belirleme yaptığı anlaşıldığından, davacının bu iddiası yönünden de dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 23/05/2018 tarih ve E:2018/901, K:2018/1320 sayılı kararının iptale ilişkin kısmının BOZULMASINA, DAVANIN REDDİNE" 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 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 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 tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 24.07.2018 tarihli ve 2018/MK-263 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 06.03.2018 tarihli ve 2018/UY-II-548 sayılı kararının hukukun geçerliliğini koruduğuna,

Öybirliği ile karar verildi.