

ihalede sunulan iş deneyim belgesinin Yönetmelik maddesinde yer verilen kural çerçevesinde değerlendirilmediği ve bu kapsamda herhangi bir açıklamaya da yer verilmediği anlaşıldığından eksik incelemeye dayalı olarak davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında hukuka uygunluk görülmemiştir (Danıştay Kararlı)

Toplantı No	: 2021/036
Gündem No	: 55
Karar Tarihi	: 02.09.2021
Karar No	: 2021/MK-387

BAŞVURU SAHİBİ:

Tekno Kanal İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi-Zara Taahhüt İnşaat Anonim Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü İçmesuyu Dairesi Başkanlığı

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2020/283412 İhale Kayıt Numaralı "Elazığ İçmesuyu İsale Hattı 2 Kısım" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü İçmesuyu Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2020/283412 İhale Kayıt Numaralı "Elazığ İçmesuyu İsale Hattı 2 Kısım" ihalesine ilişkin olarak Tekno Kanal İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.-Zara Taah. İnş. A.Ş. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 18.11.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1887 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Tekno Kanal İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.-Zara Taah. İnş. A.Ş. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 13.04.2021 tarih ve E:2020/2280, K:2021/626 sayılı kararı ile "Davanın reddine" karar verilmesi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 13. Dairesi'nin 07.07.2021 tarihli ve E:2021/2638, K:2021/2676 sayılı kararı ile "-

1- Temyize konu Mahkeme kararının, davacının 2., 4., 5.1., 5.2., 5.3., 6. ve 7. iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

2- Dava konusu Kurul kararının, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmı incelendiğinde (Kurul kararında 2. (b) başlığı altında özetlenen iddia yönünden eşit muamele ilkesine ilişkin yapılan inceleme, Mahkeme kararında 1. iddia olarak özetlenen kısım);

Dava konusu ihaleye ilişkin İdari Şartname'de istektiler tarafından teklif edilen bedelin % 80'inden az olmamak üzere, ihale konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimini gösteren belgelerin sunulması gerektiği, iş ortaklığında, pilot ortağın istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 80'ini, diğer ortakların her birinin ise istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 20'sini sağlamanın zorunlu olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, ihalede davacılar tarafından iş ortaklığı tarafından 102.123.000,00-TL teklif verildiği, buna göre teklif tutarının en az %80'i oranında (81.698.400,00-TL) iş deneyim belgesi sunulması gerektiği, asgari iş deneyim tutarının da pilot ortak tarafından asgari %80'inin (65.358.720,00-TL) tek başına karşılanması gerektiği, iş ortaklığında pilot ortak olarak belirlenen Tekno Kanal Ltd. Şti. 'nce İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından "İstanbul Bölgesi III. Kısım Müteferrik İçmesuyu Şebekesi İnşaatı" işine ilişkin düzenlenen 6.519.126,72-TL tutarlı yüklenici iş bitirme belgesinin sunulduğu, anılan tutar üzerinden yapılan hesaplama ile güncel belge tutarının ise 46.026.070,72-TL olduğu, dava konusu Kurul kararıyla, iş ortaklığı tarafından karşılanması gereken asgari iş deneyim tutarının pilot ortak tarafından asgari %80'inin tek başına karşılanmadığı, bu durumun mevzuata aykırılık teşkil ettiğinden bahiste davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 5. fıkrasında, idare tarafından yükleniciye verilen ve işin imalatında fiilen kullanılan malzeme bedelinin yarısının, malzeme bedeli yüklenicinin hakedişinden kesilse bile, iş bitirme, iş denetleme ve iş yönetme belgelerinin tutarının tespitinde değerlendirileceği kurala bağlanmıştır.

Pilot ortak Tekno şirketi tarafından sunulan iş deneyim belgesi incelendiğinde, belge tutarı kısmına 6.519.126,72-TL yazılmış olmakla birlikte, "Malzeme Bedeli Başlığı" altında 1-9.632.217,24-Euro, 2-1.556.175,36-YTL (2002 B.F) yazıldığı, her bir tutarın ayrı ayrı yarısının da belgede gösterildiği, anılan belgenin tutar kısmına ilişkin dipnotunda "4734 sayılı Kanun, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği 6. Bölüm madde 55.'e istinaden malzeme bedeli olarak sözleşme fiyatları ile tespit edilen malzeme bedelinin yarısı alınmıştır." kaydının düşüldüğü, davacı tarafından, dosyaya, İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından 15/12/2020 tarihinde düzenlenen ve dikkate alınacak toplam belge tutarının 15.050.833,17-YTL olduğuna dair yazının sunulduğu görülmektedir.

Bu durumda, dava konusu Kurul kararında, Tekno Kanal Ltd. Şti. tarafından sunulan iş deneyim belgesinin, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 5. fıkrasında yer verilen kural çerçevesinde değerlendirilmediği ve bu kapsamda herhangi bir açıklamaya da yer verilmemiş olduğu anlaşıldığından, eksik incelemeye dayalı olarak davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına hukuka uygunluk görülmemiştir.

3- Temyize konu Mahkeme kararında yer verilen davacının 3. (Kurul kararında 2. (a) başlığı altında özetlenen) iddiası incelendiğinde; Yukarıda yer verilen ve ihale için eldediği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre, tüzel kişi istektilerinin ihaleye katılabilmeleri için ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir Ticaret Sicil Gazetesi, bu bilgilerin tamamının bir Ticaret Sicil Gazetesinde bulunmaması hâlinde, bu bilgilerin tümünü göstermek üzere ilgili Ticaret Sicil Gazeteleri veya bu hususları gösteren belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirküleri ve e-teklifleri kapsamında beyan etmeleri gerektiği, Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirketlere pay/hisse devirlerinin şirkete karşı geçerli olabilmesi için pay defterine kaydedilmesi gerektiği, pay defterinde kayıtlı bulunan kişilerin ortak sıfatının haiz olduğu, devrin geçerli olabilmesi için ticaret siciline tescilli ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanının zorunlu olmadığı, bu çerçevede, anonim şirketlerde Ticaret Sicil Gazetesi'nde yer alan son ortaklık yapısının pay defterleri çerçevesinde de teyidinin yapılması gerektiği açıkltır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Öz Aras Grup İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi tarafından son ortaklık yapısının tevsihi amacıyla 06/02/2020 tarih ve 10010 sayılı Ticaret Sicil Gazetesi'nin sunulduğu, söz konusu gazete incelendiğinde, şirket ortaklarının Suat Çiftçi ve Ferdi Çiftçi olduğu, 17.000 adet paydan oluşan şirketin 7.990 adet payı Suat Çiftçi'ye (ortaklık oranı %47), 9.010 adet payın ise Ferdi Çiftçi'ye ait olduğunun (ortaklık oranı %53) anlaşıldığı, şirketin ortaklık oranına ilişkin beyan edilen bilgilerin şirketin son durumunu yansıtmadığına yönelik iddiaların incelenmesi amacıyla Kurum tarafından anılan şirketten 19/10/2020 tarih ve 15417 sayılı yazı ile ihale tarihi itibarıyla, tüzel kişiliğin ortaklarını ve ortaklık oranlarını gösteren pay defterinin istenildiği, 22/10/2020 tarihinde sunulan belgeler incelendiğinde, Suat Çiftçi'nin 02/12/2019 tarihinde toplamda 17.000 adet paydan oluşan şirketin 7.990 adet payına sahip olduğu, 10/02/2020 tarihinde pay devri gerçekleştirildiği, buna göre Suat Çiftçi'nin Ferdi Çiftçi'den 8.500 adet pay devraldığı ve toplamda 16.490 adet pay miktarına sahip olduğu, Ferdi Çiftçi'nin ise 02/12/2019 tarihinde 9.010 adet paya sahip olduğu, 10/02/2020 tarihinde gerçekleştirilen devir ile Suat Çiftçi'ye 8.500 adet pay devrederek 510 adet pay miktarına sahip olduğu, hisse devirleri sonrasında anılan şirketin ortaklarının 16.490 adet pay ile Suat Çiftçi (ortaklık oranı %97) ve 510 adet pay ile Ferdi Çiftçi (ortaklık oranı %3) olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Öz Aras Grup İnş. Taahhüt San. ve Tic. A.Ş.'nin son ortaklık durumunun sunulan Ticaret Sicil Gazetesinde yer alan bilgilerle uyumlu olmadığı, diğer bir ifadeyle şirketin son durumunu göstermediği anlaşıldığından, davacının bu kısım yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

4- Temyize konu Mahkeme kararında yer verilen davacının 5.4. (Kurul kararında 3. başlığı altında özetlenen) iddiasının incelenmesi: Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45. maddesinin uyuşmazlık konusu ihale tarihinde yürürlükte bulunan hâline göre, maliyet ve satış tutarı tespit tutanaklarının sunulmasının zorunlu olmadığı, ancak ihaleyi yapan idarenin veya Kamu İhale Kurumu'nun gerekli görmesi hâlinde söz konusu tutanaklara istenebileceği, anılan Tebliğ'de hangi durumlarda söz konusu tutanakların isteneceğine ilişkin bir açıklama bulunmaması birlikte maliyet ve satış tutarının tespiti için gerekli bilgilerin sunulması durumunda iddia veya somut bir iddia veya tespit söz konusu ise tutanakların getirtilerek incelenmesi gerektiği açıkltır.

Davacı tarafından itirazın şikâyet başvurusunda özetle, "aşırı düşük teklif açıklaması sunan istektilerinin açıklamalarında meslek mensubu tarafından düzenlenen tespit tutanaklarının mal veya hizmet için düzenlendiğinin belirtilmediği, sunulan maliyet/satış tutarı tespit tutanaklarındaki defter tasdik tarihleri ile numaralarının yazılmadığı, fiyat teklifi verilen tarih itibarıyla ilgili proforma faturaları imzalayan meslek mensuplarının faaliyet belgelerinin geçerlilik tarihinin uygun olmadığı" iddiasına yer verildiği, anılan iddianın ciddi ve somut bir duruma ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı tarafından söz konusu tutanakların idare veya Kurum tarafından istenilmesini gerekli kılan somut bir iddianın ileri sürüldüğü anlaşıldığından, maliyet tespit tutanakları ve satış tutarı tespit tutanakları meslek mensubundan istenilmeden davacının başvurusunun bu kısım yönünden reddedilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir." gerekçesiyle "1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,

2. Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 13.04.2021 tarih ve E:2020/2280, K:2021/626 sayılı kararının, davacının 2., 4., 5.1., 5.2., 5.3., 6. ve 7. iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısımlarının ve davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmının onanmasına,

3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne,

4. Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 13.04.2021 tarih ve E:2020/2280, K:2021/626 sayılı kararının, davacının 1., 3., ve 5.4. iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulmasına,

5. Bu kısımlar yönünden dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiştir.

Diğer taraftan aynı ihaleye ilişkin Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarcılık San. A.Ş tarafından Kamu İhale Kurulunca alınan 18.11.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1888 sayılı Kurul kararının yürütmenin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Ankara 23. İdare Mahkemesi'nin 18.03.2021 tarihli ve E:2020/2028, K:2021/518 sayılı kararının uygulanması teminen alınan 07.05.2021 tarihli ve 2021/MK-196 sayılı Kurul kararı ile Öz Aras Grup İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin teklifinin Mahkeme kararında belirtilen gerekçelerle değerlendirme dışı bırakıldığı, aynı karar ile aşırı düşük teklif açıklamaları kabul edilen istektilerinin sunduğu fiyat tekliflerine dayanak oluşturulan maliyet tespit tutanaklarının ve satış tutarı tespit tutanaklarının ilgili meslek mensubundan istenerek bu konudaki iddianın yeniden incelenmesi için Esasa geçildiği, Mahkeme kararında belirtilen şekilde inceleme yapıldığı ve 08.07.2021 tarihli ve 2021/UY.II-1379 sayılı Kurul kararı alındığı belirtilmiştir. Dolayısıyla Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 07.07.2021 tarihli ve E:2021/2638, K:2021/2676 sayılı kararının uygulanmasını teminen alınacak Kurul kararının daha önce alınan Kurul kararları da göz önüne alınarak alınması gerekmektedir.

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 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 tebliği edildiği veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulu'nun 18.11.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1887 sayılı kararın (B) bölümünde Tekno Kanal İnş. Ltd. Şti.-Zara Taah. İş Ortaklığı'nda pilot ortak sıfatında olan Tekno Kanal İnş. Ltd. Şti.'nin iş deneyim belgesine yönelik değerlendirmeleri içeren kısmının iptaline, söz konusu iş deneyim belgesinin yeniden incelenmesi hususunda esasa geçilmesine,

2- Söz konusu Kurul kararının 2'nci iddiasının (a) bendi altında Öz Aras Grup İnş. A.Ş.'nin son ortaklık durumunu gösteren belgeleri sunduğu şekilde yapılan değerlendirmeye ilişkin kısmının iptaline,

3- Anılan Kurul kararının 3'üncü iddiasına ilişkin olarak aşırı düşük teklif açıklamaları kabul edilen istektilerinin sunduğu fiyat tekliflerine dayanak oluşturulan maliyet tespit tutanaklarının ve satış tutarı tespit tutanaklarının ilgili meslek mensubundan istenerek incelendiği ve 08.07.2021 tarih ve 2021/UY.II-1379 sayılı Kurul kararı alındığı anlaşıldığından bu konuda yeniden bir karar alınmasına gerek bulunmadığına,

Oybirliği ile karar verildi.