

ihalede sunulan iş deneyim belgesinin dayanağı olan sözleşme her hangi bir bedel içermemekte ise söz konusu sözleşme bedelinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı verilerine göre *TL olarak belirlendiği ve bu bedelin resmi bir değer olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, davacı şirketin sunmuş olduğu iş deneyim belgesinin yapılacak iş karşılığı bir bedel içermeyen kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilen yapım işi için

düzenlendiğinden ihalede iş deneyimini tevsik edici belge olarak kullanılamayacağı gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uygunluk bulunmamaktadır denilerek dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ait karar

Nakdi bedel içermeyen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden elde edilen iş deneyim belgesi ile ihaleye katılmak mümkün müdür?

Toplantı No	: 2013/032
Gündem No	: 32
Karar Tarihi	: 24.04.2013
Karar No	: 2013/MK-116

BAŞVURU SAHİBİ: Irmak İnşaat Tekstil Turizm Nak. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.
İHALEYİ YAPAN İDARE: Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tesisler Dairesi Başkanlığı
BAŞVURUYA KONU İHALE: 18.07.2011 tarihli ve 2011/UY.III-2434 sayılı kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Alternatif İnş. Tur. Elekt. San. ve Tic. A.Ş. tarafından açılan davada Danıştay 13 üncü Dairesince verilen 26.12.2012 tarih ve E:2012/2990 sayılı mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması kararının uygulanmasına ilişkin Kurul kararı alınması.
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tesisler Dairesi Başkanlığınca 14.03.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Gaziantep Merkez Gençlik ve Kültür Merkezi İnşaatı" ihalesine ilişkin olarak İrmak İnşaat Tekstil Turizm Nak. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan şikâyet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulunun 18.07.2011 tarih ve 2011/UY.III-2434 sayılı kararı ile "1) 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine,

2) Zülküf Adıgüzel'e ait iş denetleme belgesi ile ilgili olarak belge tutarında tespit edilen hatanın düzeltilmek üzere konunun Gaziantep İl Özel İdaresine bildirilmesine," karar verilmiştir.

Davacı Alternatif İnşaat Turizm Basın Yayın Tekstil Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş. vekili tarafından anılan Kurul kararına karşı açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesinin 21.09.2011 tarih ve E:2011/1576 sayılı kararı ile dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine karar verilmiştir.

Ancak davacı tarafından yürütmenin durdurulması istemi hakkında verilen karar hakkında Bölge İdare Mahkemesine yapılan itiraz sonucunda "...davacı şirket tarafından sunulan iş deneyim belgesinin Noter tarafından düzenlenmiş olan 13.12.2005 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayandığı, sözleşmede herhangi bir bedelin bulunmadığı, buna karşın Ankara Büyükşehir Belediyesi Emlak ve İstimlak Dairesi Başkanlığınca düzenlenen 19.10.2009 tarihli iş denetleme belgesinin sözleşme bedeline ilişkin kısımlarında, Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 2005 Yılı Yapı Yaklaşık Maliyetleri Hakkındaki Tebliğinde yer alan IV. Sınıf Yapılar, A Grubu Yapı Değerlerinin esas alındığı belirtilerek açıkça 77.898.408,00-TL bedelin yazılı olduğu görülmektedir.

Bu durumda, yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ve yapılan açıklamalar ışığında uyumsuzluk irdelendiğinde; davacı şirket tarafından sunulan iş deneyim belgesinin dayanağı olan sözleşme her hangi bir bedel içermemekte ise de, söz konusu sözleşme bedelinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı verilerine göre 77.898.408,00-TL olarak belirlendiği ve bu bedelin resmi bir değer olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, davacı şirketin sunmuş olduğu iş deneyim belgesinin yapılacak iş karşılığı bir bedel içermeyen kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilen yapım işi için düzenlendiğinden ihalede iş deneyimini tevsik edici belge olarak kullanılamayacağı gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uygunluk bulunmamaktadır" denilerek dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anılan Bölge İdare Mahkemesi kararının uygulanmasını teminen Kamu İhale Kurulunun 12.12.2011 tarih ve 2011/MK-270 sayılı kararıyla "1) 18.07.2011 tarih ve 2011/UY.III-2434 sayılı Kurul Kararının yukarıda yer verilen sonuç kısmının 1 inci maddesi yönünden iptaline,

2) Aynı mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir. Diğer taraftan Ankara 14. İdare Mahkemesinin 30.04.2012 tarih ve E:2011/1576, K:2012/559 sayılı kararında "... iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için sözleşmede 'sözleşme bedeli'nin parasal bir tutar olarak yer alması gerektiği ve yapılacak iş karşılığı bir bedel içermeyen kat karşılığı inşaat sözleşmelerine dayanılarak gerçekleştirilen yapım işleri için düzenlenmiş iş deneyim belgelerinin, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işleri ihalelerinde, iş deneyimini tevsik eden belge olarak kullanılamayacağı anlaşılmaktadır.

Kat karşılığı usulüne göre yapılan sözleşme, yapım işinin yaptırılması karşılığında iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedeli düzenleyen nitelikte bir sözleşme olmayıp, yapım işinin tamamlanmasından sonra elde edilecek bağımsız bölümler veya satış toplam gelirinden yükleniciye bırakılacak hissenin (adet) veya tutarın düzenlendiği bir sözleşmedir.

Dava konusu olayda, ... söz konusu işin Ankara İli Çankaya İlçesi Dikmen Semtinde bulunan toplam 191.868 m² üzerine 1120 adet konutun kat karşılığı inşaat olarak yaptırılması işi olduğu, sözleşme konusu kat karşılığı paylaşım oranının inşaat metrekaresi üzerinden %56,56 idare ve %43,44 yüklenici olarak belirlendiği, sözleşme konusu işin gerçekleştirilmesi için idarece yükleniciye bir bedel ödenmesinin öngörülmediği ve sözleşmede parasal tutarı içerir bir bedelin yer almadığı, bu haliyle belgede yer alan bedelin, belgeye konu kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan sözleşme tutarının olmadığı, mülga Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayınlanan Yapı Yaklaşık Maliyetleri Hakkında Tebliğ'de belirtilen yapı maliyetinin esas alınarak hesaplanan tutar olduğu anlaşılmıştır.

Bu durumda; yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve yapılan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, yapılacak iş karşılığı bir bedel içermeyen kat karşılığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştirilen yapım işi ile ilgili olarak düzenlenen iş deneyim belgesi sunan davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmendiği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Ankara 14. İdare Mahkemesinin 30.04.2012 tarih ve E:2011/1576, K:2012/559 sayılı kararının uygulanmasını teminen Kamu İhale Kurulunun 11.07.2012 tarih ve 2012/MK-220 sayılı kararıyla "1) 18.07.2011 tarih ve 2011/UY.III-2434 sayılı Kurul Kararının yukarıda yer verilen sonuç kısmının 1 inci maddesine ilişkin olarak alınan 12.12.2011 tarih ve 2011/MK-270 sayılı Kurul Kararının iptaline,

2) Ankara 14. İdare Mahkemesinin kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 18.07.2011 tarihli ve 2011/UY.III-2434 sayılı Kurul kararı uyarınca, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Bu defa davacı tarafından Ankara 14. İdare Mahkemesinin 30.04.2012 tarih ve E:2011/1576, K:2012/559 sayılı kararının yürütülmesinin durdurulması talepli olarak temyiz yoluna başvurulması üzerine Danıştay 13. Dairesinin 26.12.2012 tarih ve E:2012/2990 sayılı kararıyla "... 19.10.2009 günlü iş deneyim (iş denetleme) belgesinin, Mutlu Rüştü Özsoy'a Ankara Büyükşehir Belediyesi Emlak ve İstimlak Dairesi Başkanlığı ile imzalanan noter tasdikli 'Dikmen Vadisi III.Etap Üzeri Kat Karşılı İnşaatı' yapım işinde 'şantiye şefi' sıfatıyla çalışmasından dolayı verildiği, ilk sözleşme ve toplam sözleşme bedeli ile gerçekleştirilen iş be belge tutarının da '77.898.408,00-TL (Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 2005 Yılı Yapı Yaklaşık Maliyetleri Hakkındaki Tebliğinde yer alan IV. Sınıf Yapılar, A Grubu Yapı Değerleri esas alınmıştır) şeklinde belirtildiği, söz konusu işin

Ankara İli Çankaya İlçesi Dikmen Semtinde bulunan toplam 191.868 m² üzerine 1120 adet konutun kat karşılığı inşaat olarak yaptırılması işi olduğu, sözleşme konusu kat karşılığı paylaşım oranının inşaat metrekaresi üzerinden %56,56 idare ve %43,44 yüklenici olduğu, sözleşme konusu işin gerçekleştirilmesi için idarece yükleniciye nakdi bir bedel ödenmesi öngörülmemekle beraber, bedelin aynı olarak belirlendiği anlaşılmıştır.

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, karşılıklı haklar ve borçlar içeren iki taraflı sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde, yüklenicinin yapacağı işin bedeli, yapılacak bağımsız bölümler üzerinden verilecek kat ile aynı olarak ödenmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri para karşılığı satış içermeyen, trampa sözleşmesi olarak da tanımlanamayan, yalnızca bağımsız bölümlerin inşası karşılığında, bu bağımsız bölümlerin bir kısmının müteahhide verilmesini bedel olarak öngören kendine özgü niteliği olan bir sözleşmedir.

İdarelerce ihale sürecinde iş deneyim belgesi istenilmesindeki amaç, isteklinin ihale konusu iş veya benzer işlerle ilgili daha önceki tecrübesini kanıtlayabilmesidir. 4734 sayılı Kanun'da ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde öngörülen sözleşmenin bedel içermesine ilişkin koşulun, karşılıklı haklar ve borçlar içeren iki taraflı bir sözleşme sonucunda edimini kursuz olarak ifa eden yüklenicinin deneyimini ortaya koymak amacıyla getirildiği açıktır. Bu bağlamda iş deneyimine konu olan sözleşmede, yapılan işler karşılığı olarak aynı bir bedelin müteahhide verilmesinin öngörülmesi, işin geçici ve kesin kabullerinin yapılarak tamamlanması nedeniyle, davacı şirketin iş deneyiminin kabul edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, iş deneyim belgesinin, diğer hususlar yönünden ihaleyi yapan idare tarafından değerlendirileceği tabidir.

Bu durumda, yapılacak iş karşılığı nakdi bir bedel içermeyen kat karşılığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştirilen yapım işi ile ilgili olarak düzenlenmiş iş deneyim belgesinin kabul edilmesinin mevzuata aykırı olduğundan bahisle davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasını düzeltici işlem olarak belirleyen dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka uygunluk görülmemiştir"denilerek temyize konu İdare Mahkemesi kararının ve 18.07.2011 tarih ve 2011/UY.III-2434 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının davacı şirkete yönelik kısmının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anayasanın 138/4 üncü maddesinde, 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.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28/1 maddesinde ise Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin 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 geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan Kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesini gerektirdiğinden,

Açıklanan nedenlerle;

- 1- 18.07.2011 tarih ve 2011/UY.III-2434 sayılı Kurul kararının yukarıda yer verilen sonuç kısmının 1'inci maddesine ilişkin olarak alınan 11.07.2012 tarih ve 2012/MK-220 sayılı Kurul Kararının iptaline,
- 2- Danıştay 13. Dairesinin kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi

