

her ne kadar Kurul kararında davacıların iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılırken Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliğinde yer alan "İhale konusu işe ilişkin iş deneyim belgesi yerine ihale konusu işi de içeren bir iş deneyim belgesi sunulduğu ve ihale konusu iş tutarının iş deneyim belgesi üzerinden tespit edilemediği hâllerde ihale konusu iş tutarının tespit edilebileceği bilgi ve belgelerin başvuru veya teklif kapsamında sunulması zorunludur" kuralı gerekçe

olarak gösterilmiş ise de anılan kuralın ihale konusu işe ilişkin iş deneyim belgesi yerine ihale konusu işi de içeren bir iş deneyim belgesi sunulan hâllerde uygulanabileceği ihale konusu işe ilişkin iş deneyim belgeleri sunulan dava konusu uyuşmazlıkta anılan kuralın uygulanamayacağı açıktır Bu itibarla davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır” gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına ait Danıştay kararı 1

Toplantı No	: 2021/034
Gündem No	: 47
Karar Tarihi	: 18.08.2021
Karar No	: 2021/MK-371

BASVURU SAHİBİ:

Akkum İnşaat Turizm Ve Ticaret A.Ş. – Yapı Sts İnşaat Taahhüt Mad. San. ve Tic.A.Ş.

İHALEYE YAPAN İDARE:

Karayolları 18. Bölge Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2016/160305 İhale Kayıt Numaralı "Çamlıçatak Ayırım –Çıldır Km: 0+000-16+500 Arası Eksik Kalan Sanat Yapıları Ve Üstyapı İşleri İle Km:0+000-33+500 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üstyapı (Pmat-Pmt-Bsk) Ve Trafik Güvenliği İşleri İhale İnşaatı İşli" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Karayolları 18. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2016/160305 ihale kayıt numaralı "Çamlıçatak Ayırım –Çıldır Km: 0+000-16+500 Arası Eksik Kalan Sanat Yapıları Ve Üstyapı İşleri İle Km:0+000-33+500 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üstyapı (Pmat-Pmt-Bsk) Ve Trafik Güvenliği İşleri İhale İnşaatı İşli" ihalesine ilişkin olarak Akkum İnşaat Turizm Ve Ticaret A.Ş. – Yapı Sts İnşaat Taahhüt Mad. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 05.10.2016 tarihli ve 2016/UY.II-2429 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Akkum İnşaat Turizm Ve Ticaret A.Ş. – Yapı Sts İnşaat Taahhüt Mad. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 13. İdare Mahkemesi tarafından 24.02.2017 tarihli ve E: 2016/4924, K: 2017/588 sayılı karar ile "davasının reddine" karar verilmesi üzerine Danıştay Üçüncü Dairesinin 10.06.2021 tarihli ve E:2017/1513, K:2021/2158 sayılı kararında "Uyusmazlık, belli istekler arasında ihale usulüyle gerçekleştirilen ihalenin ön yeterlik değerlendirilmesinde, yurt dışında gerçekleştirilen ototel yapım işine ilişkin iş deneyim belgelerindeki tutarın, iş artışına yönelik tahkim kararı sonucu dikkate alınmadan ve anılan belgelerle iş deneyim belgelerinde, Dupopolje-Bisko yolunda 5+639 Km'sinden 9+740 Km'sine kadar yapılan işler, ön hazırlık işleri, yol boyunca toprak hafriyatı, kaldırım yapımı, istinat duvarları yapımı, drenaj ve su deplase işleri, Perici viyadüğü, Bulata viyadüğü, 5 metreye kadar olan alt geçitler, 5 metreten daha büyük alt geçitler, iki aralıklı alt geçitler, iki aralıklı üst geçitler, tali yol yapımı, diğer yapım işleri, trafik işaretleri ve sinyalleri, telekomünikasyon hizmetleri, trafik ışıkları, ototel elektronik sistemleri, diğer ek yapım işleri; Bisko-Sestanovac yolunda 25+950 Km'sinden 29+200 Km'sine kadar ve 31+900 Km'sinden 32+125 Km'sine kadar yapılan işler, ön hazırlık işleri, yol toprak hafriyatı, drenaj ve su deplase işleri, 5 metreye kadar olan alt geçitler, 5 metreten daha büyük alt geçitler, iki aralıklı alt geçitler, yol kavşaklarının yapımı, tali yol yapımı, diğer yapım işleri, iki tüplü Strazina Tüneli, trafik işaretleri ve sinyalleri, telekomünikasyon hizmetleri, trafik ışıkları, ototel elektronik sistemleri olarak belirtilmiş, Konstruktor İnzenjering d.d. tarafından gerçekleştirilen işin sözleşme bedeli 640.566.269,88 Hırvat Kunaası olarak belirlenmiş ancak tahkim kararı uyarınca iş artışına ilişkin olarak ortaya çıkan toplam iş deneyim belgesi tutarı 657.173.611,35 Hırvat Kunaası olarak hesaplanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ihaleye konu için "Çamlıçatak Ayırım Çıldır Km: 0+000-16+500 Arası Eksik Kalan Sanat Yapıları ve Üstyapı İşleri ile Km:0+000-33+500 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üstyapı (PMAT-PMT-BSK) ve Trafik güvenliği İşleri İhale İnşaatı" işi olduğu, işin miktarının (fiziki) ve türünün, toprak işleri, sanat yapıları ve üstyapı (PMAT,PMT,BSK)-33.50 km Bv/BSK kapsadığı, dava konusu ihalede Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği'nin ekindeki tabloda yer verilen A.V. Grup: Karayolu İşlerinin (1. Otoyollar, 2. Devlet, İl ve Köy yolları, 3. Caddeler ve sokak yapım işleri) benzer iş olarak kabul edildiği, davacılar tarafından münhasıran ihale konusu karayolu yapım işine yönelik iş deneyim belgelerinin sunulduğu, ihaleyi gerçekleştiren idarenin ön yeterlik değerlendirilmesinde yapıtıcı ayırıştırma sonucunda, davacılar tarafından sunulan iş deneyim belgesinde yer verilen işlerden Dupopolje-Bisko yoluyla ilgili ön hazırlık işleri, Perici Viyadüğü, Bulata Viyadüğü, diğer yapım işleri, telekomünikasyon hizmetleri, trafik ışıkları, ototel elektronik sistemleri ve diğer ek yapım işleri ile Bisko-Sestanovac yoluyla ilgili ön hazırlık işleri, diğer yapım işleri, iki tüplü Strazina Tüneli, telekomünikasyon hizmetleri, trafik ışıkları, ototel elektronik sistemleri ihale konusu iş veya benzer iş olarak dikkate alınmadığı, iş deneyim belgesi toplam tutarı bahse konu işlere ilişkin bedeller hariç kırılmak suretiyle 221.784.628,44 Hırvat Kunaası olarak hesaplandı, güncellenmiş benzer iş tutarının 111.356.366,56 TL olarak tespit edildiği, iş deneyim belgelerinde sayılan toplam tutarın ön yeterlik için gerekli bedelin altında kaldığından bahisle davacıların iş deneyim belgelerinin teklif vermede yeterli bulunmadığı, dava konusu ihalede ihale konusu iş kapsamında değerlendirilmeyen işlere yönelik olarak "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 'Temel ilkelere' başlıklı 5'inci maddesinde, 'İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.'" hükmü ile Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği'nin 2. maddesinin 2.5. bendinde yer alan "... İhale konusu işe ilişkin iş deneyim belgesi yerine ihale konusu işi de içeren bir iş deneyim belgesi sunulduğu ve ihale konusu iş tutarının iş deneyim belgesi üzerinden tespit edilmediği hâllerde, ihale konusu iş tutarının tespit edilebileceği bilgi ve belgelerin de başvuru veya teklif kapsamında sunulması zorunludur." açıklaması birlikte değerlendirildiğinde; ön hazırlık işleri, diğer yapım işleri ile diğer ek yapım işlerine ait tutarların, ihale konusu iş veya benzer iş kapsamında değerlendirilmesinin iş deneyim belgesi üzerinden mümkün olmadığı, idarelerin, Kanun'un temel ilkelerinden olan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları da düşünüldüğünde, sunulan belgenin yabancı ülkede düzenlenen iş deneyim belgesi olması hasebiyle, ön hazırlık işleri, diğer yapım işleri ile diğer ek yapım işlerinin, ihale konusu iş veya benzer iş kapsamında değerlendirilmesi için, söz konusu iş kapsamındaki ihalelerin başvuru sahibi tarafından ihale konusu iş kapsamında sunulması gerektiği değerlendirilmiş olup, bu hususa yönelik herhangi bir tevsik edici belgenin sunulmadığı görüldüğünden, İddianın yerinde olmadığı" gerekçeleriyle yer vererek davacıların oluşturduğu iş ortaklığının itirazının şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İhalelerde iş deneyim belgesi istenmesinin amacı, ihale konusu işle benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işlerdeki deneyimin görülmesi istenmesidir. Davacılar tarafından sunulan "ototel yapımı ve inşaatı" işine ilişkin iş deneyim belgelerindeki iş kalemlerinin davaya konu ihale şartnamesinde belirtilen "toprak işleri, sanat yapıları, üstyapı (PMAT-PMT-BSK) ve trafik güvenliği ihale inşaatı" işlerinin tamamını kapsadığı, anılan işler ve benzer iş gruplarının büyüklüğü ve nitelikleri değerlendirildiğinde, kapsamlı ve nitelikli işlerde her zaman A.V. grubunda ifade edilmeden viyadük ve tünel yapımı, ototel elektronik sistemleri gibi farklı iş gruplarına giren iş kalemlerinin bulunabileceği, ihaleye ilişkin ön yeterlilik şartnamesinde benzer işin A.V. Grup: Karayolu İşleri (1. Otoyollar, 2. Devlet, İl ve köy yolları, 3. Caddeler ve sokak yapım işleri) olarak belirlendiği, davacılar tarafından benzer işe ilişkin iş deneyim belgeleri sunulduğu, iş deneyim belgelerinde sayılan işlerin hangi ölçütler esas alınarak ayırıştırılacağına dair yapım işleri ihaleleri uygulama mevzuatında belirtilen kuralardan başka düzenlemelere ihale dokümanında ayrıca yer verilmemiş, benzer işin "A.V. Grup: Karayolu İşleri" olarak belirlendiği ve davacıların oluşturduğu iş ortaklığı tarafından benzer işi tümüyle kapsayan iş deneyim belgeleri sunulduğu göz önünde bulundurulduğunda, sunulan iş deneyim belgelerinde belirtilen işlerde ayırıştırmanın ihale konusu işler dikkate alınarak değil ancak benzer işlerle ilgili olmayan işler gözetilerek yapılabileceği, iş deneyim belgesinin bir bütün olarak değerlendirilmesinin benzer iş kavramıyla hedeflenen ihale konusu işin deneyim sahibi kişilere görürülmesi amacıyla uygun olacağı, aksi yönde değerlendirilmeler idarelerin 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelerde sağlamakla yükümlü oldukları rekabet ve kaynakların verimli kullanılmasını ilkelere uygun olmayacağı, davacılar tarafından "ototel yapımı ve inşaatı" işine ilişkin olarak sunulan iki iş deneyim belgesinin tamamının benzer iş kapsamında ve ihale dokümanında aranan iş deneyimini tevsik edici nitelikte olduğu ve iş artışına ilişkin tahkim kararı sonucundaki toplam tutarın dava konusu ihaledeki ön yeterlik değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği sonucuna varıldığından dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Öte yandan, her ne kadar Kurul kararında davacıların İddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılırken Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği'nin 2.5. bendinde yer alan, "İhale konusu işe ilişkin iş deneyim belgesi yerine ihale konusu işi de içeren bir iş deneyim belgesi sunulduğu ve ihale konusu iş tutarının iş deneyim belgesi üzerinden tespit edilmediği hâllerde, ihale konusu iş tutarının tespit edilebileceği bilgi ve belgelerle başvuru veya teklif kapsamında sunulması zorunludur." kuralı gerekçe olarak gösterilmiş ise de, anılan kuralın ihale konusu işe ilişkin iş deneyim belgesi yerine ihale konusu işi de içeren bir iş deneyim belgesi sunulan hâllerde uygulanabileceği, ihale konusu işe ilişkin iş deneyim belgeleri sunulan dava konusu uygulamada anılan kuralın uygulanacağı açıktır. Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki 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 hükmü 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 işleme tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesine gerekmemektedir.

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 05.10.2016 tarihli ve 2016/UY.II-2429 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Danıştay kararı gereğince 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.