

iş ortaklığı tarafından yapılan itirazen şikayet başvurusunun, kat karşılığı – hasılat paylaşımı usulüne göre yapılan uyumsuzluğa konu sözleşmenin yapılacak iş karşılığı tahmini de olsa bir bedel içerdiği, dolayısıyla, bu sözleşmeye dayanılarak düzenlenen iş deneyim belgesinin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde iş deneyiminin belgelendirilmesi amacıyla kullanılabileceği ve haleye katılımda sunmuş olduğu iş deneyim belgesinin bu haliyle geçerli olduğu belirtilerek

reddine ilişkin dava konusu işlemin anılan kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama usulü Kanunu'nun 49. Maddesi uyarınca Mahkeme kararının bozulmasına, davanın reddine, dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine," karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2015/048
Gündem No	: 71
Karar Tarihi	: 12.08.2015
Karar No	: 2015/MK-372

Sikayetçi:

Atlı İnşaat San. ve Tic. A.Ş. – Silahtaröğlü Yol Yapı ve Madencilik A.Ş. – Özyurt Madencilik İnş. San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi	<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü İhale Uygulama Ve Daire Başkanlığı	<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>
25.07.2014 / 24175	<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
2014/49466 İhale Kayıt Numaralı “Erzurum 700 Yataklı Hastane Ve 1200 Yatak Kapasiteli Hastane Acil Servisi İkmal İnşaatı İşi” İhalesi	<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
	<u>Karar:</u>

Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü İhale Uygulama ve Daire Başkanlığı'nca17.06.2014 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan2014/49466 İKN'li "Erzurum 700 Yataklı Hastane ve 1200 Yatak Kapasiteli Hastane Acil Servisi İkmal İnşaatı İşi" ihalesine ilişkin olarak Atlı İnşaat San. ve Tic. A.Ş. – Silahtaröğlü Yol Yapı ve Madencilik A.Ş. – Özyurt Madencilik İnş. San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulunun 20.08.2014 tarih ve 2014/UY.III-2903 sayılı kararı ile; "4734 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince, itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir. Anılan Kurul kararının iptali istemiyle, davacı Atlı İnşaat San. ve Tic. A.Ş. – Silahtaröğlü Yol Yapı ve Madencilik A.Ş. – Özyurt Madencilik İnş. San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi tarafından açılan davada Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 18.11.2014 tarihli ve E:2014/1687, K:2014/1173 sayılı kararında; "...dolayısıyla ihale üzerinde kalan isteklinin iş hacmine ilişkin belgelerinin uygun olduğu anlaşıldığından dava konusu kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu işlemin, davacının birinci iddiasının reddine ilişkin kısmına gelince;...

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinden, 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 açıktır.

İhalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin sunduğu iş deneyim belgesinin 31.10.2011 tarih ve İHKMD.İ.D.B.270/3-8 sayı ile Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş. tarafından düzenlendiği, iş deneyim belgesinde işin adının "İstanbul Ümraniye Kemerdere Apart ve Villa İnşaatlarının Gelir Paylaşımı Esasına Göre Yapımı ve Satışı İşi"; belge tutarının ise, "210.987.194,98 TL" olarak belirtildiği görülmektedir.

İş deneyim belgesinin "kat ve/veya arsa karşılığı inşaat işleri" kapsamında bulunduğu açık olup, her ne kadar davalı Kamu İhale Kurulu'nca, söz konusu iş deneyim belgesine konu işe ait sözleşme hükümleri yorumlanarak "anılan sözleşmenin yapılacak iş karşılığı tahmini de olsa bir bedel içerdiği" gerekçesiyle bu sözleşmeye dayanılarak düzenlenen iş deneyim belgesinin, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde iş deneyiminin belgelendirilmesi amacıyla kullanılabileceğine karar verildiği görülmüş ise de, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı usulüne göre yapılan sözleşmeler, yapım işinin yaptırılması karşılığında iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedeli düzenleyen nitelikte sözleşmeler olmayıp, yapım işinin tamamlanmasından sonra elde edilecek bağımsız bölümler veya satış toplam gelirinden yükleniciye bırakılacak hissenin (adet) veya tutarın düzenlendiği sözleşmeler olup, bahse konu sözleşmede geçen bedel de, yapım karşılığında iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedel olmayıp bağımsız bölümlerin satışından elde edilmesi tahmin edilen gelirdir.

Bu itibarla, dava konusu ihalede en avantajlı 1. Teklif sahibi olan Hektaş Grup Gayrimenkul Ltd. Şti. tarafından sunulan iş deneyim belgesinin kat karşılığı inşaat işine ilişkin düzenlendiği, bu belgenin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işleri ihalelerinde, iş deneyimini tevsik eden belge olarak kullanılamayacağı, bu nedenle davacının buna ilişkin itirazının reddine ilişkin dava konusu işlemden mevzuata uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır."gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş olup, bunun üzerine Mahkeme kararının gereklerinin yerine getirilmesini teminen Kurulca 14.01.2015 tarihli ve 2015/MK-11 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile;

"1- Kamu İhale Kurulu'nun 20.08.2014 tarih ve 2014/UY.III-2903 sayılı Kararının iptaline,

2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 18.11.2014 tarihli ve E:2014/1687, K:2014/1173 sayılı kararı üzerine temyiz yoluna başvurulmuş olup, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 13 üncü Dairesinin 23.06.2015 tarihli ve E:2015/211, K:2015/2535 sayılı kararıyla;

"...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 kusursuz 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 kabulünün yapılarak tamamlanması nedeniyle, ihale üzerinde bırakılan isteklinin iş deneyiminin kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, davacıların oluşturduğu iş ortaklığı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun, kat karşılığı – hasılat paylaşımı usulüne göre yapılan uyumsuzluğa konu sözleşmenin yapılacak iş karşılığı tahmini de olsa bir bedel içerdiği, dolayısıyla, bu sözleşmeye dayanılarak düzenlenen iş deneyim belgesinin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde iş deneyiminin belgelendirilmesi amacıyla kullanılabileceği ve Hektaş Grup Gayrimenkul Ltd. Şti.nin ihaleye katılımda sunmuş olduğu iş deneyim belgesinin bu haliyle geçerli olduğu belirtilerek reddine ilişkin dava konusu işlemin anılan kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama usulü Kanunu'nun 49. Maddesi uyarınca Ankara 17. İdare Mahkemesinin 18.11.2014 tarih ve E: 2014/1687, K:2014/1173 sayılı kararının bozulmasına, davanın reddine, dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine," 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 hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında; 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 edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Kamu İhale Kurulunun 14.01.2015 tarihli ve 2015/MK-11 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 20.08.2014 tarihli ve 2014/UY.III-2903 sayılı karar çerçevesinde, 4734 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine, Oybirliği ile karar verildi.

Mahmut GÜRSESBaşkan		
Ali Kemal AKKOÇKurul Üyesi	Mehmet Zeki ADLIKurul Üyesi	Hasan KOCAĞÖZKurul Üyesi
Hamdi GÜLEÇKurul Üyesi	Mehmet AKSOYKurul Üyesi	