

isteklinin bünyesinde ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca kesintisiz şekilde çalışma şartı ile başka bir gerçek ve tüzel kişide çalışılmayacağına ilişkin şart aranmaz

Toplantı No	: 2019/032
Gündem No	: 30
Karar Tarihi	: 03.07.2019
Karar No	: 2019/MK-198

BAŞVURU SAHİBİ: Demars İnş. Turizm Tic. Ltd. Şti. – Metro Mühendislik Gıda Mad. San. Ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi
İHALEYİ YAPAN İDARE: Aksaray Üniversitesi Yapı İşleri Ve Teknik Daire Başkanlığı
BAŞVURUYA KONU İHALE: 2011/190007 İhale Kayıt Numaralı "Mühendislik Fakültesi" İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Aksaray Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı tarafından yapılan 2011/190007 ihale kayıt numaralı "Mühendislik Fakültesi" ihalesine ilişkin olarak Demars İnş. Turizm Tic. Ltd. Şti. – Metro Mühendislik Gıda Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 28.05.2012 tarihli ve 2012/UY.III-2287 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle davacı Osman Acar İnş. Gıda Enerji. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 06.11.2012 tarihli ve E:2012/1242 sayılı kararı ile "...Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleriyle davaya konu olay birlikte değerlendirildiğinde, davacı tarafından belirlenen anahtar teknik personelin ihale ilan tarihinden geriye doğru bir yıl içinde kesintisiz olarak davacı şirkette çalıştığı, ancak bunun dışında 2011/1,2,3,4,5,6,7,8,9 dönemlerinde her ay iki gün olmak üzere toplam 18 gün U-K Acar Gıda Tem. İnş. Tic. Ltd. Şti.'nde de çalıştığı, başka şirkette yapılan çalışmanın 30 günü geçmesi nedeniyle bu kesintinin dikkate alınmaması gerektiği, anahtar teknik personelin davacı şirkette çalışması nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında geriye dönük bir yıl içerisinde her ay 30 gün olmak üzere bildirim yapıldığının görüldüğü, Yönetmelikte belirtilen "Anahtar teknik personel olarak bildirilenlerden, başvuru veya ihale tarihi itibarıyla aday veya istekli bünyesinde çalışmakta olanlar, aday veya isteklinin bünyesinde görev yaptıkları süre boyunca, başka bir gerçek veya tüzel kişide çalışamazlar." hükmünün, ihale tarihinden sonraki dönem için ve başvuru veya ihale tarihi itibarıyla davacı şirket bünyesi dışında başka şirkette çalışmayacağını ifade ettiği, anılan ifadenin geçmişe dönük olarak uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin anahtar teknik personel olarak belirlediği Cemal Gemici'nin, ihale ilan tarihinden geriye doğru bir yıl içinde 18 gün U-K Acar Gıda Tem. İnş. Tic. Ltd. Şti. bünyesinde yaptığı çalışmanın 30 günden az olması nedeniyle dikkate alınmaması gerekeceğinden, mevzuatta belirtilen şartları taşıdığı anlaşılan anahtar teknik personelin mevzuata uygun olmadığı gerekçesiyle davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin davalı kurul kararında hukuka uyarlak görülmemiştir.

Kaldı ki, Mahkememizce yapılan 26.09.2012 tarihli ara karar üzerine gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde, U-K Acar Gıda Tem. İnş. Tic. Ltd. Şti. tarafından Giresun Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'ne yapılan başvuru üzerine düzenlenen 27.06.2012 gün ve 118 sayılı inceleme raporu ile "Cemal Gemici'nin gerçekte çalışmasının olmamasına karşın ilgili firma tarafından sehven bildirimde bulunulduğunun tespit edildiği, bu haliyle yapılan yersiz tescilin iptal edilmesi gerektiğinin" ifade edildiği, anılan rapor doğrultusunda Cemal Gemici'nin 2011 yılı 6, 7, 8 ve 9 dönemlere ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerinin iptal edildiği görülmektedir.

Davaya konu işlemin uygulanması halinde telafi güç veya imkansız zararları neden olacağı da açıktır." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının uygulanmasını teminen alınan 20.12.2012 tarihli ve 2012/MK-389 sayılı Kurul kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 28.05.2012 tarihli ve 2012/UY.III-2287 sayılı kararının Osman Acar İnş. Gıda Enerji. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile ilgili kısmının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Osman Acar İnş. Gıda Enerji. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin teklifinin değerlendirmeye alınması hususunda 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

Daha sonra Ankara 13. İdare Mahkemesinin 29.01.2013 tarih ve E:2012/1242, K:2013/82 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulması kararında belirtilen aynı gerekçelerle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararına yönelik yapılan temyiz başvurusu sonucunda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.03.2019 tarih ve E:2013/969, K:2019/887 sayılı kararı ile "... Dairemizin 18.04.2013 tarih ve E:2012/3816 sayılı yürütmenin durdurulması kararıyla anahtar teknik personelin, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca gerçek veya tüzel kişinin ticari faaliyette bulunduğu yerde kesintisiz şekilde ve işin niteliğine uygun olarak idarece öngörülen sayıda mühendis veya mimar çalıştırılması ve bu durumun belgelendirilmesi şartını kurala bağlayan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 40 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 37.1.1 inci maddesi ile anahtar teknik personel olarak bildirilenlerin, aday veya isteklinin bünyesinde görev yaptıkları süre boyunca, başka bir gerçek veya tüzel kişide çalışamayacaklarına ilişkin kurala yer veren Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 40 ıncı maddesinin 6 ncı fıkrasının yürütmesi durdurulmuş, 31.12.2015 tarih ve E:2012/3816, K:2015/4884 sayılı kararla da söz konusu düzenleyici işlemler iptal edilmiştir. Aktarılan mevzuat hükümleri ile Dairemizde verilen kararların birlikte değerlendirilmesinden, ihaleye katılacak isteklilerden mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için isteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgelerin istenilebileceği, ancak mevzuatla belirlenen ve yargı kararıyla hukuka aykırılığı tespit edilerek iptal edilen isteklinin bünyesinde ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca kesintisiz şekilde çalışma şartı ile başka bir gerçek ve tüzel kişide çalışamayacağına ilişkin şartın aranmayacağı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle;

1-Davalının temyiz isteminin reddine,

2-Dava konusu işlemin iptali yolundaki Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 29.01.2013 tarih ve E:2012/1242, K:2013/82 sayılı temyize konu kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına," karar verilmiştir.

Ankara 13. İdare Mahkemesinin 29.01.2013 tarih ve E:2012/1242, K:2013/82 sayılı kararının gerekçesinin Ankara 13. İdare Mahkemesinin 06.11.2012 tarihli ve E:2012/1242 sayılı kararın gerekçesi ile aynı olduğu, dolayısıyla bu kararın gereğinin 20.12.2012 tarihli ve 2012/MK-389 sayılı Kurul kararı ile yerine getirilmiş olduğu, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.03.2019 tarih ve E:2013/969, K:2019/887 sayılı kararında farklı bir gerekçeyle anılan Mahkeme kararının sonucunun uygun bulunduğu ve bu gerekçe doğrultusunda Mahkeme kararının onandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.03.2019 tarih ve E:2013/969, K:2019/887 sayılı kararında belirtilen gerekçe doğrultusunda işlem tesis etme gereği hâsıl olmuştur.

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 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, 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 20.12.2012 tarihli ve 2012/MK-389 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Danıştay Onüçüncü Dairesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 28.05.2012 tarihli ve 2012/UY.III-2287 sayılı kararında Osman Acar İnş. Gıda Enerji. San. ve Tic. Ltd. Şti. ye yönelik yapılan değerlendirmelerin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.