

Köprülü Kavşak, Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üst Yapı (BSK), Drenaj İşleri, Otokorkuluk, Aydınlatma ve Trafik İşleri Yapılması işi yürütmeyi durdurma kararı

Toplantı No	:	2012/070
Gündem No	:	128
Karar Tarihi	:	28.11.2012
Karar No	:	2012/MK-360
Sikayetçi:		
Çiçek Elektronik İnş. Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İth. İhr. San. Tic. Ltd. Şti. – Durmaz Otomotiv Petr. Ürün. İnş. Tarım Hayvancılık San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi		
İhaleyi yapan idare:		
Karayolları Genel Müdürlüğü 9. Bölge Müdürlüğü		
Gündem Konusu:		
Kamu İhale Kurulunun 25.07.2012 tarih ve 2012/UY.II-3051 sayılı kararı hakkında Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararının uygulanmasına ilişkin Kurul kararı alınması.		
Karar:		

Karayolları Genel Müdürlüğü 9. Bölge Müdürlüğüne 17.02.2012 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2012/2038 İKN'lı "(Diyarbakır-Elazığ) D.Yolu-Diyarbakır Kuzey Batı Çevre Yolu Kesişimi Üçüyükü Köprülü Kavşak, Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üst Yapı (BSK), Drenaj İşleri, Otokorkuluk, Aydınlatma ve Trafik İşleri Yapılması" ihalesine ilişkin olarak,

Çiçek Elektronik İnş. Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İth. İhr. San. Tic. Ltd. Şti. – Durmaz Otomotiv Petr. Ürün. İnş. Tarım Hayvancılık San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin 28.05.2012 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 05.06.2012 tarihli yazısı ile reddi üzerine, adı geçen başvuru sahibini 15.06.2012 tarih ve 21819 sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan 13.06.2012 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Kurul tarafından alınan 25.07.2012 tarihli ve 2012/UY.II-3951 sayılı kararda başvuru sahibinin iddiaları yerinde görülmüş, ancak söz konusu kararın (B) kısmında yapılan değerlendirmeler sonucunda ihaleyle teklif veren istektilerden Tisan İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.-Ölmez İnş. Elk. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş ortaklığı'nın teklifinin değerlendirilme dışı bırakılması, EK-Pet İnş. San. Taah. ve Tic. Ltd. Şti.'nin teklifinin ise yeniden değerlendirilme alınması gerektiği sonucuna varılarak "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Çiçek Elektronik İnş. Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İth. İhr. San. Tic. Ltd. Şti. – Durmaz Otomotiv Petr. Ürün. İnş. Tarım Hayvancılık San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi tarafından anılan Kurul Kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyen açılan davada Ankara 15. İdare Mahkemesinin 19.10.2012 tarihli ve 2012/1222 sayılı kararında, "Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin "İsteklinin organizasyon yapısı ve personel durumuna ilişkin belgeler başlıklı 40 ncı maddesinde "(1) İdarece yeterli kriteri olarak anahtar teknik personele ilişkin belgelerin istenildiği hallerde, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca gerçek veya tüzel kişiliğin ticari faaliyette bulunduğu yerde kesintisiz şekilde ve işin niteliğine uygun olarak idarece öngörülen sayıda mühendis veya mimar çalıştırması ve bu durumun belgelendirilmesi şartı aranır. Bu şart aynı pozisyon için tek bir mühendis veya mimar ile tevşik edilebileceği gibi farklı mühendis veya mimarlarla da tevşik edilebilir. Yal içinde toplam olarak otuz günü aşmayan kesintiler, kesinti olarak kabul edilmez. – (4) Anahtar teknik personelin ilgili meslek odasına kayıtlı olması zorunludur. Bu personelin mezu niyetinden itibaren geçecek süre en fazla beş yıl olarak öngörülebilir. Bu sürenin sağlandığı hususu mezu niyet belgesi ile, odaya kayıtlı olduğu hususu ilgili meslek odası üye kayıt belgesiyle, aday veya isteklinin bünyesinde çalıştığı hususu ise Sosyal Güvenlik Kurumu onaylı "Hizmet Bildirimi" ile tevşik edilir. Anahtar teknik personel şartının aynı meslek alanına ilişkin farklı kişiler bildirilmek suretiyle karşılanması halinde, bu kişilerin tamamının mezu niyet belgelerinin sunulması zorunludur. (5) Anahtar teknik personel olarak bildirilenlerden, başvuru veya ihale tarihi itibarıyla aday veya istekli bünyesinde çalışmakta olan mimar ve mühendisler, a ay veya isteklinin bünyesinde çalıştıkları ve ihale konusu işte isteklinin anahtar teknik personeli olarak çalışacaklarına ilişkin yazılı beyanlarını verirler. (6) 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. (7) Yukarıda belirtilen niteliklere sahip gerçek kişi istektiler, şahıs şirketi ortakları, limited şirketlerde müdürük görevini yürüten ortaklar, anonim şirketlerin yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyeleri, murahhas müdür ve genel müdür ortakları, ortak girişimlerin ise gerçek kişi ortakları ve tüzel kişi ortaklarının yukarıda sayılan unvanları taşıyan gerçek kişi ortaklarının, anahtar teknik personel olarak bildirilmesi durumunda, isteklinin bünyesinde çalıştığına dair belge aranmaz. Gerçek kişi istektiler hariç, bu kişilerin tüzel kişilikteki görev ve/veya ortaklık süreleri, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicili ticaret sicil memurlukları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından düzenlenen belge ile tevşik edilir." hükmü yer almaktadır.

Kamu ihale Genel Tebliğinin "İsteklinin organizasyon yapısına ve personel durumuna ilişkin belgeler başlıklı 37 ncı maddesinde ise "37.1.7. Yönetmeliğin 40 ncı maddesinin yedinci fıkrasındaki; Yukarıda belirtilen niteliklere sahip gerçek kişi istektiler, şahıs şirketi ortakları, limited şirketlerde müdürük görevini yürüten ortaklar, anonim şirketlerin yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyeleri, murahhas müdür ve genel müdür ortakları, ortak girişimlerin ise gerçek kişi ortakları ve tüzel kişi ortaklarının yukarıda sayılan unvanları taşıyan gerçek kişi ortaklarının, anahtar teknik personel olarak bildirilmesi durumunda, isteklinin bünyesinde çalıştığına dair belge aranmaz. Gerçek kişi istektiler hariç, bu kişilerin tüzel kişilikteki görev ve/veya ortaklık süreleri, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicili memurlukları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından düzenlenen belge ile tevşik edilir." hükmünde yer alan, "limited şirketlerde müdürük görevini yürüten ortaklar" ibaresinden, temsil yetkisi verilen müdür veya müdürler anlaşılması gerek ektedir. Tüzel kişilerin yukarıda sayılan görev veya unvanındaki kişiler dışındaki mühendis veya mimar ortakların anahtar teknik personel olarak gösterilebilmesi için bu kişilerin isteklinin bünyesinde çalıştığına ilişkin sosyal güvenlik kurumu onaylı belgeler ile tevşik edilmesi zorunludur. Anahtar teknik personel olarak şahıs şirketi ortakları, limited şirketlerde müdürük görevini yürüten ortaklar, anonim şirketlerin yönetim kurulu başkanları, yönetim kurulu üyeleri, murahhas müdür ve genel müdür ortakları'nı dırılması durumunda; ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıldır, ilgisine göre söz konusu görevlerde bulunan ve/veya ortak olan kişilerin, anahtar teknik personel niteliğini haiz olduklarını ve görev ve/veya ortaklık sürelerinin belgelendirilmesi zorunlu olup ayrıca bu kişilerin Anahtar Teknik Personel Beyannamesi (Standart Form-KIK025.2/Y) sunmaları gerekmektedir" hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının Diyarbakır 9. Bölge Müdürlüğü tarafından açık ihale usulü ile yapılan (Diyarbakır-Elazığ) D. Yolu-Diyarbakır Kuzey Batı Çevre Yolu Kesişimi Üçüyükü Köprülü Kavşak Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üst Yapı (BSK), Drenaj İşleri, Otokorkuluk, Aydınlatma ve Trafik İşleri Yapılması İşi" ihalesine katıldığı, söz konusu ihalenin davacı üzerinde kaldığı ihale kararının ihale amirince onaylanmasından sonra ihaleyi yapan idarece davacının anahtar teknik personel olarak gösterdiği aynı zamanda pilot ortak olan Çiçek Elektronik İnşaat Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İthalat İhracat San. Tic. Ltd. Şti.'nin ortağı ve inşaat işlerinden sorumlu müdürü Ömer Kargın'ın temsil yetkisine sahip müdür olmadığı, oysa Kamu İhale Genel Tebliği hükümlerine göre Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 40/7.maddesinde göre limited şirketlerde ortak ve müdür olan kişinin anahtar teknik personel olarak gösterilen kişiler için hizmet belgeleri istenilmeyeceğine ilişkin hükmünün şirket yetkili olan müdürler için geçerli olduğu, anılan kişinin şirkette çalıştığına ilişkin belgenin de sunulmadığından bahisle davacı ortaklığın değerlendirilme dışı bırakılmasına karar verildiği, bu Karara Karşı Önce İdareye Şikâyet daha sonra da Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusu yapıldığı bu başvurunun reddi üzerine de iş bu davadan açıldığı anlaşılmalıdır.

Olayda, yukarıda metni yazılı Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 40/7.maddesine göre limited şirketlerde ortak ve müdür olan kişinin anahtar teknik personel olarak gösterilmesi halinde bu kişilerin isteklinin bünyesinde çalıştığına dair belge aranmayacağı, gerçek kişi istektiler hariç, bu işi erin tüzel kişilikteki görev ve/veya ortaklık süreleri, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicili memurlukları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından düzenlenen belge ile tevşik edileceğinin yerli olduğunun bildirildiği, anılan hükümlerde limited şirketlerde ortak ve müdür olan kişilerden bahsederken bu kişilerin aynı zamanda şirketi temsile yetkili olması gerekeceğine dair bir belirleme yapılmadığı, istekli bünyesinde çalıştığına dair belge istenmemesi için anahtar teknik personel olarak gösterilen kişinin ortak ve müdür olmasının yeterli bulunduğu, bu kişilerin aynı zamanda şirketi temsile yetkili olduğuna dair hükmün Kamu İhale Genel Tebliğinde belirtildiği, oysa Tebliğ hükümlerinin normlar hiyerarsisine göre üst norm niteliğinde olan yönetmelik hükümlerine aykırı olamayacağı, yönetmelik hükümleri ile getirilmeyen bir sınırlamanın tebliğ hükümleri ile getirilmeyeceği, söz konusu yönetmelik hükümlerinin ise açık olduğu ve getirilen ayrıcalıktan yararlanmak için anahtar teknik personel olarak gösterilen kişinin istekli limited şirkette ortak ve müdür olmasının yeterli olduğu, her ne kadar söz konusu Tebliğ hükmünün yürürlükte olması nedeni ile herkes için bağlayıcı olduğu düşünülebilir ise de, daha üst norm niteliğinde olan Yönetmelik hükümlerinin açık olması ve bu noktada yönetmelik hükümlerinin çıkması karşısında anılan tebliğ hükmünün uygulanamayacağı, bu açıdan davacının teklif dosyasındaki anahtar teknik personele ilişkin belgeler arasında bulunan 17.02.2012 tarihli ve 2012/1222 sayılı ve ŞMMH onaylı belgede; "Çiçek Elektronik İnşaat Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İthalat İhracat Sanayi Ticaret Limited Şirketi Unvanlı Firmanın 12.01.2010 tarihi itibarı ile Ömer Kargın'ın Firmanın % 50 ortağı olduğu ayrıca süresiz inşaat işlerinden sorumlu mesul müdür olarak da yetkili kılındığı sicil dosyasının tektikinden anlaşılmalıdır." ifadelerinin bulunduğu, bu nedenle söz konusuna kişinin Yönetmeliğin 40/7.maddesinde belirtildiği şekilde anılan şirketin ihalenin ilan tarihinden itibaren geriye dönük bir yıllık sürede ortağı ve müdürü olduğunda kuşku bulunmadığı, bu nedenle bu kişi için söz konusu şirkette çalıştığına dair Sosyal Güvenlik Kurumundan alınacak bir belgenin sunulmasına gerek olmadığı, davacı ortaklığın pilot ortağı olan Çiçek Elektronik İnşaat Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İthalat İhracat Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin inşaya yetkili müdürü Mehmet Daşçı olsa da, anahtar teknik personel olarak gösterilen Ömer Kargın'ın da inşaat işlerinden sorumlu müdür olduğu ve bu anlamda şirketi temsile yetkili olduğu, bu nedenle anılan husus doğrultusunda Ömer Kargın'ın hem yönetmelikte hem de tebliğ belirtilen şartları taşıması nedeni ile bu kişi için davacı ortaklıkta görev yaptığına dair Sosyal Güvenlik Kurumundan alınacak bir belgenin sunulmasına gerek olmadığı, davacı ortaklığın anahtar teknik personelle istenilen şartları yerine getirdiğinden tartışma bulunmadığı anlaşılmalıdır.

Bu durumda, davacı ortaklığın anahtar teknik personelle ilgili istenilen şartları yerine getirmiş olması nedeni ile anılan ortaklığın değerlendirilme dışı bırakılmasında ve yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bunun yanında söz konusu işlemin ihaleye ilişkin olması ve uygulanması halinde telafisi imkansız zararlar sebep olacak olması karşısında dava konusu işlemin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin; uygulanması halinde telafisi imkansız zararlar doğabileceğinden 2577 Sayılı Kanunun 27.maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına, kararın tebliğini izleyen tarihten itibaren 7 gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu açık olmak üzere 19/10/2012 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi" gerekçeyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Mahkeme kararı doğrultusunda, Çiçek Elektronik İnş. Madencilik Orman Ürünleri Özel Eğitim İth. İhr. San. Tic. Ltd. Şti. – Durmaz Otomotiv Petr. Ürün. İnş. Tarım Hayvancılık San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin teklifinin değerlendirilme alınması gerekmektedir.

Anayasanın 138/4 üncü maddesinde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uyum zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/1 maddesinde, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve yerli mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların 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 Kuruluna işlem tesis edilmesi gerektiğinden,

Açıklanan nedenlerle;

1) Kamu İhale Kurulunun 25.07.2012 tarihli ve 2012/UY.II-3951 sayılı Kararının iptaline,

2) Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.

Mahmut GÜRSES Başkan			
Kazım ÖZKAN II. Başkan	Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi	Erkan DEMİRTAŞ Kurul Üyesi	
Mehmet Zeki ADLI Kurul Üyesi	Hasan KOCAGÖZ Kurul Üyesi	Hamdi GÜLEÇ Kurul Üyesi	