

sunulan maliyet tespit raporlarının her birinin *tarihi esas alındığında Kamu İhale Genel Tebliği'nin yukarıda yer verilen düzenlemelerine uygun olup olmadığı yolunda herhangi bir inceleme yapılmaksızın, maliyet tespit raporlarının tümünün 2009 yılının 3. veya 4. vergi dönemlerine ait olması gerektiği yolundaki gerekçeye dayalı olarak hüküm kurulduğu görülmektedir. Bu durum karşısında; dava konusu işlemin yargısal denetiminde, işlem tesisine dayanak olan mevzuata aykırılık

iddialarının her birinin ayrı ayrı incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak verilen temyize konu kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Toplantı No	: 2014/015
Gündem No	: 89
Karar Tarihi	: 19.02.2014
Karar No	: 2014/MK-80

Sikayetçi: Tisan İnşaat ve San. A.Ş. – Durmaz İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi
İhaleyi Yapan Daire: Devlet Su İşleri 6. Bölge Müdürlüğü Barajlar ve Hes Şube Müdürlüğü
Başvuru Tarih ve Sayısı: Başvuruya Konu İhale:
Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme: Kamu İhale Kurulunun 18.07.2011 tarihli ve 2011/UY.I-2406 sayılı kararın iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Tisan İnşaat ve San. A.Ş.- Durmaz İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi tarafından açılan davada, Danıştay 13 üncü Dairesince verilen 01.10.2013 tarihli ve E: 2012/3863, K:2013/2425 sayılı bozma kararına ilişkin işlem tesis edilmesi.
Karar:

Devlet Su İşleri 6. Bölge Müdürlüğü Barajlar ve Hes Şube Müdürlüğü tarafından 25.12.2009 tarihinde belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan "Amik-Afrin (Reyhanlı Barajı ve Sulaması) Projesi Reyhanlı Barajı Yapım İşİ" ihalesine ilişkin olarak Tisın İnşaat ve San. A.Ş. – Durmaz İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin 27.05.2011 tarihinde yaptığı şikayet başvurusunun, idarenin 06.06.2011 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 15.06.2011 tarih ve 29264 sayılı ile Kurum Kayıtlarına alınan 15.06.2011 tarihli dilekçe ile itirazın şikayet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 18.07.2011 tarihli ve 2011/UY.1-2406 sayılı karar ile; "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, itirazın şikayet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Tisın İnşaat ve San. A.Ş.- Durmaz İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi vekilleri tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 11.10.2012 tarihli ve E:2011/3338, K:2012/1624 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmesi üzerine, davacı tarafından temiz başvurusunda bulunulmuş ve Danıştay 13 üncü Dairesinin 01.10.2013 tarihli ve E:2012/3863, K:2013/2425 sayılı kararında, "Uyusmazlıkta, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığı tarafından 15.06.2011 tarih ve 29264 sayılı ile Kurum Kayıtlarına alınan 15.06.2011 tarihli dilekçe ile yapılan itirazın şikayet başvurusunda;

"1) İhale üzerinde bırakılan Metok İnş. Tic. ve San. A.Ş. – Ak-Elİ İnş. Tic. Ltd. Şti. – NVS İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Tinas Taah. İnş. Nak. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığının aşırı düşük teklif açıklamasının eksik inceleme ile kabul edildiği, ihale tarihi 04.03.2010 olarak kabul edildiğinde bu tarihe göre açıklamaların uygun olmadığı, maliyet tespit raporlarının uygun olmadığı, analizler ile ihale konusu işin uygun olmadığı, Kurul kararında ve mahkeme kararında değerlendirme yapılmamış hususların incelenmesi gerektiği,

2) Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi HMP İletişim İnş. Enerji Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti – Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığında özel ortak Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin iş hacmine ilişkin sunduğu belgelerin uygun olmadığı, 7 yıllık olan söz konusu şirketin sunması gereken üç yıllık fatura yerine iki yıllık fatura sunduğu, bu gerekçeyle ortak girişimin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği, bu durumun daha önce hiç konu edilmediği ve hüküm altına alınmadığı,

3) Aşırı düşük teklif açıklamaları uygun görülmediğinden teklifinin reddedildiği, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi HMP İletişim İnş. Enerji Taah. San. ve Tic. Ltd.Şti – Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının yukarıdaki gerekçe ile değerlendirme dışı bırakılması durumunda kendilerinin sınır değer üzerinde kalacağı, dolayısıyla aşırı düşük teklif açıklamasına gerek olmayacağı, idarenin önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili açıklama istemesi gerektiği, kadük kalmış açıklamalarının iade edilmesi gerekirken değerlendirildiği, Kamu İhale Genel Tebliğindeki yeni düzenlemelere göre tekrar açıklama istenmesi gerektiği, bu düzenlemelere göre idarenin tespit ettiği hususların sorgulanmayacak iş kalemleri olduğu, sınır değer in altında oldukları kabul halinde ise bu sebeplerle tekliflerinin reddedilmesinin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu" iddialarına yer verildiği görülmektedir.

Anılan başvuru üzerine tesis edilen dava konusu işlemden; başvuru verer alan ilk iddia açısından, itiraz edilen işlem niteliğindeki aşırı düşük teklif açıklamalarının daha önceden 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.1-1950 sayılı karar ile esastan karara bağlandı, bu aşamada yapılacak ek bir işlemin bulunmadığı, ayrıca Bölge İdare Mahkemesi kararı neticesinde de iddianın konusuz kaldığı anlaşıldığından bu yönüyle de başvurunun reddedilmesi gerektiği; ikinci iddia açısından, itiraz edilen işlem niteliğindeki iş hacmi belgelerinin daha önceden 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.1-1950 sayılı karar ile esastan karara bağlandı, ayrıca İdare Mahkemesi kararında da HMP İletişim İnş. Enerji Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti – Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının yeterlik kriterini sağladığı tespitinin yapıldığı, özel ortak Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından sunulan iki yıllık faturaların toplamının 1/3' ünün ortak girişimdeki hissesi oranında idare tarafından istenen değeri karşıladığı da görüldüğünden bu aşamada yapılacak ek bir işlemin bulunmadığı ve başvurunun reddedilmesi gerektiği; üçüncü iddia açısından ise, ön yeterlik ilânının 04.12.2009 tarihinde yayımlandığı, 25.12.2009 tarihinde ön yeterlik değerlendirilmesinin yapıldığı, tekliflerin verilmesi için davet tarihinin 14.01.2010 ve son teklif verme tarihinin 04.03.2010, başvuru sahibinin aşırı düşük açıklamalarını idareye sunduğu tarihin 22.03.2010 tarihi olduğu, yürütme durdurma kararının geçmişe şamil ettiği de göz önüne alındığında 30.07.2010 tarihli ve 27657 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ hükümleri dikkate alınmaksızın yukarıdaki tarihlere yürürlükte olan 22.8.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan açıklamaların dikkate alınarak ihalelerin sonuçlandırılması gerektiği, bu nedenle, anılan Kamu İhale Genel Tebliğinin 45.1.4 üncü maddesinde yer alan; "Aşırı düşük tekliflere İlişkin sorgulama teklifin tümü üzerinden olabileceği gibi, isteklinin teklifinde ihale komisyonu tarafından belirlenen bileşenler üzerinden de yapılabilir." açıklaması ile diğer Tebliğ açıklamaları uyarınca aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı tespitlerine yer verildiği görülmektedir.

Dava konusu işlemin, itirazın şikayet başvurusunda yer alan ilk iddia açısından başvurunun reddine ilişkin kısmı açısından yapılan değerlendirme sonucunda; Dairemizin 01.10.2013 tarih ve E:2011/3382, K:2013/2424 sayılı kararıyla, "İdare Mahkemesi'nce; dava konusu ihalenin 04.03.2010 tarihinde gerçekleştirildiğine ilişkin tespit yerinde görülmeyle birlikte, sunulan maliyet tespit raporlarının her birinin 04.03.2010 tarihi esas alındığında Kamu İhale Genel Tebliği'nin yukarıda yer verilen düzenlemelerine uygun olup olmadığı yolunda herhangi bir inceleme yapılmaksızın, maliyet tespit raporlarının tümünün 2009 yılının 3. veya 4. vergi dönemlerine ait olması gerektiği yolundaki gerekçeyle dayalı olarak hüküm kurulduğuna ilişkin olarak da görülmektedir.

Bu durum karşısında; dava konusu işlemin yargısal denetiminde, işlem tesisine dayanak olan mevzuata aykırılık iddialarının her birinin ayrı ayrı incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle dayalı olarak verilen temyiz konu kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır." gerekçesiyle Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 07.07.2011 tarih ve E:2010/1117, K:2011/1057 sayılı kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Bu itibarla; anılan bozma kararında yer alan gerekçe dikkate alındığında, İhale üzerinde bırakılan isteklinin aşırı düşük teklif açıklamalarının mevzuata uygun olmadığı iddiası yönünden başvurunun reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

İtirazın şikayet başvurusunda yer alan ikinci iddia açısından yapılan değerlendirme sonucunda ise; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 36. maddesinin 11. fıkrasında "iş ortaklığı olarak ihaleye katılan aday ve isteklilerde; iş hacmine ilişkin kriterlerin, her bir ortak tarafından iş ortaklığındaki hissesi oranında sağlanması zorunludur." kuralı yer aldığından, iş ortaklığı olarak ihaleye katılan aday ve isteklinin iş hacmine ilişkin iddiaların yer aldığı itirazın şikayet başvuruları üzerine Kurul'ca tüm ortaklara ilişkin belgelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

Bu noktada, HMP İletişim İnş. Enerji Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti – Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın teklifinin, pilot ortak HMP İletişim İnş. Enerji Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne ait iş hacmine ilişkin belgelerin mevzuata uygun olmadığından bahisle ihaleyi yapan idarece değerlendirme dışı bırakılması üzerine anılan iş ortaklığının başvurusu üzerine tesis edilen 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.1-1950 sayılı karar ile iş ortaklığının teklifinin değerlendirilme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığına karar verilmesi aşamasında ve Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin E:2010/1694 sayılı dosyasında görülen dava aşamasında, uyusmazlık konusu olmadığından, özel ortak Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne ait belgeler yönünden herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmadığı görüldüğünden, itiraz edilen işlem niteliğindeki iş hacmi belgelerinin daha önceden 05.07.2010 tarih ve 2010/UY.1-1950 sayılı karar ile esastan karara bağlandı, ayrıca İdare Mahkemesi kararında da HMP İletişim İnş. Enerji Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti – Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının yeterlik kriterini sağladığı tespitinin yapıldığı, özel ortak Makro-Tel İletişim İnş. Nakl. Enerj. Danş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından sunulan iki yıllık faturaların toplamının 1/3' ünün ortak girişimdeki hissesi oranında idare tarafından istenen değeri karşıladığı da görüldüğünden bu aşamada yapılacak ek bir işlemin bulunmadığı ileri sürülerek anılan iddia açısından başvurunun reddedilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Başvuruda yer alan son iddiaya gelince; 22.8.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin ihale tarihinde yürürlükte bulunan 45.1.4. maddesinde, "Aşırı düşük tekliflere ilişkin sorgulama teklifin tümü üzerinden olabileceği gibi, isteklinin teklifinde ihale komisyonu tarafından belirlenen bileşenler üzerinden de yapılabilir." açıklaması yer almakta iken; 30.07.2010 tarih ve 27657 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'de yer alan düzenlemeler sonucu Tebliğ'in aşırı düşük tekliflere ilişkin 45. maddesinde değişiklikler yapılarak anılan maddenin 45.1.2. alt maddesinde, "Sınır değer in altındaki teklif sahiplerinden yaklaşık maliyetin % 80'lik bölümünü oluşturan iş kalemleri/gruplarına ilişkin ayrıntılar yazılı olarak istenir." açıklamasına yer verilerek açıklama istenecek iş kalemleri miktarının %80 olarak belirlendiği görülmektedir.

30.07.2010 tarih ve 27657 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in Geçici 1. maddesinde ise; "Bu Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce İlanı veya duyurusu yapılmış olan yapım işi ihaleleri, ilânın veya duyurunun yapıldığı tarihte yürürlükte olan Kamu İhale Genel Tebliğinin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğine aykırı olmayan hükümlerine göre sonuçlandırılır," kuralına yer verilmiştir.

Bu hukuki durum karşısında; açıklama istenecek iş kalemi oranına ilişkin olarak anılan Tebliğ de yapılan değişiklik dikkate alınmaksızın, İhale ilan tarihinde (ve isteklilerden açıklama istendiği tarihte) yürürlükte olan Tebliğ düzenlemeleri dikkate alınarak istekli tarafından hazırlanıp idareye sunulan aşırı düşük teklif açıklamalarının yine aynı düzenlemeler dikkate alınarak değerlendirilmesi sonucu davacıların oluşturduğu iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında ve buna ilişkin iddia açısından yapılan başvurunun Kamu İhale Kurulu'na reddedilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Tüm bu hususların birlikte değerlendirilmesinden; itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemden hukuka uygunluk, davanın reddi yolunda hüküm kuran İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." şeklinde gerekçe belirtilerek temyiz isteminin kabulü ile Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin 11.10.2012 tarihli ve E:2011/3338, K:2012/1624 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilme üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 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 Kanununun 28/1 inci maddesinde; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmesizin işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan Kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle,

- 1- Kamu İhale Kurulunun 18.07.2011 tarihli ve 2011/UY.1-2406 sayılı kararının başvuru sahibinin 1 ve 2'nci iddialarına ilişkin kısmının iptali,
- 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin 1 ve 2'nci iddialarının yeniden esasının incelenmesine, Oybirliği ile karar verildi.