

Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üst Yapı İşleri yürütmeyi durdurma kararı

Toplantı No	:	2012/022
Gündem No	:	105
Karar Tarihi	:	09.04.2012
Karar No	:	2012/MK-103
Sikayetçi:		
Hay Ma İnşaat Taah. Nak. Tic. Ltd. Şti.- Ziver İnşaat Taah. Mad. Turz. Paz. San. Tic. A.Ş.		
İhaleyi yapan idare:		
Karayolları Genel Müdürlüğü Elazığ 8.Bölge Müdürlüğü		
Gündem Konusu:		
05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4098 sayılı Kurul Kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada, Ankara 2. İdare Mahkemesince verilen 17.02.2012 tarih ve E:2011/2588 sayılı yürütmenin durdurulması kararına ilişkin işlem tesis edilmesi		
Karar:		

Karayolları Genel Müdürlüğü Elazığ 8. Bölge Müdürlüğü tarafından 28.09.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan ("Elazığ - Malatya) Ayrı - Pötürge - Nemrut Dağı Yolu Km 5+400 - 22+000 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üst Yapı İşleri" ihalesine ilişkin olarak Hay Ma İnşaat Taah. Nak. Tic. Ltd. Şti. - Ziver İnşaat Taah. Mad. Turz. Paz. San. Tic. A.Ş.'nin 25.10.2011 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 03.11.2011 tarihli yazısı ile reddi üzerine başvuru sahibinin 14.11.2011 tarih ve 4837Sayılı ile Kurum Kayıtlarına alınan 11.11.2011 tarihli dilekçe ile yaptığı itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4098 sayılı Kararı ile, "Başvurunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Ziver İnş. Taah. Mad. Tur. Paz. San. Tic. A.Ş., Hay Ma İnş. Taah. Nak. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul Kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 2. İdare Mahkemesinin 17.02.2012 tarih ve E:2011/2588 sayılı kararında,

"Karayolları Genel Müdürlüğü Elazığ 8. Bölge Müdürlüğü tarafından 28.09.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan ("Elazığ - Malatya) Ayrı - Pötürge - Nemrut Dağı Yolu Km 5+400 - 22+000 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üst Yapı İşleri" ihalesine ilişkin olarak davacıların söz konusu ihalede değerlendirme dışı bırakılması üzerine davacı kuruma yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4098 sayılı işleminin yürütülmesinin durdurulması ve iptali istenilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Tekliflerin Değerlendirilmesi" başlıklı 37. maddesinde, "İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili istektilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılmaması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz. Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36. maddeye göre ilk oturumda tespit edilen istektilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerinde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede istektilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlayan istektiler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirmede ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan istektilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, istektilerin ihale konusu işi yapabileceği kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen istektilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır." hükmü, "İhalelere Yönelik Başvurular" başlıklı 54. maddesinde, "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli ölabilecekler, bu Kanunla belirlenen şekli ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekebilir olarak;

a) ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işleme gidilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptalüne,
b) idare tarafından düzeltme yapılması yoluna gidilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,
c) Başvurunun süre, usul ve şekli kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanması olması veya şikâyetli konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilmesine veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine, karar verilir." hükmü yer almıştır.

Öte yandan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İsteklinin Organizasyon Tapısı ve Personel Durumuna İlişkin Belgeler" başlıklı 48. maddesinde, "(1) idarece yeterlik kriteri olarak anahtar teknik personele ilişkin belgelerin istenildiği hallerde, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetinde bulunduğu yerde kesintisiz şekilde ve işin niteliğine uygun olarak idarece öngörülen sayıda mühendis veya mimar çalışması ve bu durumun belgelenmesi şartı aranır.

(4) (Değişik: 16/07/2011-27996 R.G./7 md.) Anahtar teknik personelin ilgili meslek odasına kayıtlı olması zorunludur. Bu personelin mezuniyetinden itibaren geçecek süre en fazla beş yıl olarak öngörülebilir. Bu sürenin sağlandığı hususu mezuniyet belgesi ile, odaya kayıtlı olduğu hususu ilgili meslek odası üye kayıt belgesiyle, aday veya isteklinin bünyesinde çalıştığı hususu ise Sosyal Güvenlik Kurumu onaylı "İzmet Bildirimi" ile tevsik edilir. Anahtar teknik personel şartının aynı meslek alanına ilişkin farklı kişiler bildirilmek suretiyle karşılanması halinde, bu kişilerin tamamının mezuniyet belgelerinin sunulması zorunludur.

(5) (Değişik: 16/07/2011-27996 R.G./7 md.) Anahtar teknik personel olarak bildirilenlerden, başvuru veya ihale tarihi itibarıyla aday veya istekli bünyesinde çalışmakta olan mimar ve mühendisler, aday veya isteklinin bünyesinde çalıştıkları ve ihale konusu işte isteklinin anahtar teknik personeli olarak çalışacaklarına ilişkin yazılı beyanları zorunludur.

(6) (Değişik: 16/07/2011-27996 R.G./7 md.) 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 kişiye çalışmamalıdır.

(7) Yukarıda belirtilen niteliklere sahip gerçek kişi istektiler, şahıs şirketi ortakları, limited şirketlerde müdür/lük görevini yürüten ortaklar, anonim şirketlerin yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyeleri, maraflar müdür ve genel müdür ortakları, ortak girişimlerin iş gerçek kişi ortakları ve tüzel kişi ortaklarının yukarıda sayılan unvanları taşıyan gerçek kişi ortakları, anahtar teknik personel olarak bildirilmesi durumunda, isteklinin bünyesinde çalıştığına dair belge aranmaz. (Değişik:03/07/2009-2727 R.G./7 md.) Gerçek kişi istektiler hariç, bu kişilerin tüzel kişilikteki görev ve/yahut ortaklık süreleri, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından düzenlenen belge ile tevsik edilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Karayolları Genel Müdürlüğü Elazığ 8. Bölge Müdürlüğü tarafından 28.09.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan ("Elazığ - Malatya) Ayrı - Pötürge - Nemrut Dağı Yolu Km 5+400 - 22+000 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üst Yapı İşleri" ihalesine ilişkin olarak davacıların söz konusu ihalede değerlendirme dışı bırakılması üzerine davacı kuruma yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4098 sayılı Kararı ile, "Başvurunun reddine" karar verilmiştir.

İhale Komisyonunun 11.10.2011 tarihli kararı ile söz konusu ihalede değerlendirme dışı bırakılması üzerine, davacı iş ortaklığı tarafından 25.10.2011 tarihli dilekçe ile idareye şikâyet başvurusunda bulunulmuş, başvurunun Karayolları Genel Müdürlüğü 8. Bölge Müdürlüğü'nün 03.11.2011 tarihli kararı ile reddi üzerine, iş ortaklığı olarak teklif verdikleri ihalede özel ortak kurumunda olan Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi Ticaret A.Ş.'nin anahtar teknik personel olarak öngörülen kişilerin, anılan şirkette ortak olduğu, 19.12.2008 tarihinden itibaren aynı zamanda yönetim kurulu üyesi de olduğu ve bu durumun halen de devam ettiği, adı geçen kişinin İnşaat mühendisi ve aynı zamanda %51 hissesi şirket ortağı yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle anahtar teknik personel olarak bildirildiği, bu durumun ihaleden önceki bir yıldır korunduğunu belirlemek üzere de ŞMMW tarafından onaylı belge sunulmuş, sunulan belgenin arka sayfasında ortaklık durumunu teyid eden ticaret sicil gazetesinin onaylı suretinin fotokopisinin eklendiği, idarece bahse konu belgeler dikkate alınmadık tekliflerinin değerlendirilme dışı bırakıldığı, oysa, bahse konu belgedeki bilgilerin hem ŞMMW'den hem de Ticaret Sicil Memurluğundan sorularak teyit ettirilmesinin mümkün olduğu, bu nedenle, anahtar teknik personele ilişkin olarak belgelerin sunulması belgenin geçerli kabul edilmesini gerektirdiği iddialarıyla 11.11.2011 tarihinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, Kamu İhale Kurulu'nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY. II-4098 sayılı kararı ile de, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 48. maddesinin 7. fıkrasında hüküm altına alınan ve istekli bünyesinde çalıştığına dair belge aranmayacağı, söz konusu isteklinin, mevzuatta öngörülen şartları taşıdığına belgelenirken ancak yemelik olarak sunulan ve mevzuatta yapılan özel düzenleme ile verilen yetki çerçevesinde ŞMMW tarafından onaylı belgede, anahtar teknik personelin görev unvanının ve sürelerinin eksiksiz olarak ortaya konulması gerekmekte olup bu belgedeki bilgi eksikliklerinin teklifle birlikte sunulan diğer belgelerdeki bilgiler değerlendirilerek tamamlanması mümkün olmadığı, dolayısıyla, şikâyetçi iş ortaklığına anahtar teknik personel olarak gösterilen kişinin limited şirkette temsil yetkili müdür olan ortak, anonim şirkette ise anılan Yönetmelikte sayılan yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu üyesi görevlerinde bulunmuş, bu görevleri, ilk ilan tarihinden geriye doğru bir yıllık süre içerisinde kesintisiz olarak yürüttüğünü belirlemek üzere gerekmesine karşın, davacı iş ortaklığı tarafından sunulan ŞMMW tarafından düzenlenen bahse konu belgenin, bu bilgileri içermediğinden, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırı olarak belirtilerek 4734 sayılı Kanunun 54. maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği, bunun üzerine davacılar tarafından bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacıya yer alan Yönetmelik hükümlerinde de anlaşılabileceği üzere, limited şirketlerde temsil yetkili müdür/lük görevini yürüten ortakları, anonim şirketlerde ise yönetim kurulu üyelerinin, anahtar teknik personel olarak bildirilmesi durumunda, isteklinin bünyesinde çalıştığına dair belge aranmayacağı, ancak şirketteki görev ve/yahut ortaklık sürelerinin diğer bir ifade ile şirket bünyesinde çalıştığına dair belge sunulmasına gerek görülmemeyen göreve olduğunun ve tüzel kişilikteki görevinin ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca tüzel kişilerin ticari faaliyetinde bulunduğu yerde kesintisiz olarak yürütüldüğünü maddeye yetki verilen kişi veya kurumlarca düzenlenen belgelerle tevsik edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, Yönetmelik ekinde bu amaca yönelik, yani anahtar teknik personel olarak bildirilen kişinin şirketteki görevi ve ortaklık sürelerini gösteren belgenin nasıl düzenleneceği ilişkin standart form/belge düzenlenmiştir.

Uyumsuzluğa konu olayda ise, davacı iş ortaklığı tarafından söz konusu ihalede sunulan ve ŞMMW tarafından düzenlenen "anahtar teknik personelin ilk ilan tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca kesintisiz çalıştığına dair belgede", anahtar teknik personel olarak gösterilen Bedirhan Hayırlı'nın ihale ilan tarihinden önceki bir yıllık süre içerisinde Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi Ticaret A.Ş.'de kesintisiz olarak çalıştığını teyit edildiği, ayrıca bu belgenin arka yüzünde, 30.12.2008 tarihli ve 7217 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 372. sayfasının bir fotokopisinin eklendiği, bu fotokopinin ŞMMW tarafından onaylandığı, söz konusu ticaret sicil gazetesi örneğinde anahtar teknik personel olarak bildirilen Bedirhan Hayırlı'nın Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi Ticaret Limited Şirketinin sermayesinin %51'ine sahip ve şirket bünyesinde şirketi temsil yetkili teknik müdür olarak görev yaptığının açık bir şekilde yer aldığı görülmektedir.

Öte yandan, söz konusu ihalede özel ortak kurumunda olan Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi Ticaret A.Ş.'nin Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi Ticaret Limited Şirketi olarak faaliyet göstermekte iken hukuki yapısı ve ticaret unvanında değişikliğe gidildiği ve 06/04/2011 tarihli ve 7788 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde tescil ve ilan edilerek Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi Ticaret A.Ş. unvanıyla ticari faaliyete devam etmeye başladığı ve ayrıca limited şirketin sermayesinin %51'ine sahip ve temsil yetkili teknik müdür olan Bedirhan Hayırlı'nın aynı sermaye oranıyla anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olarak seçilerek tek başına şirketi temsil ve ilzama yetkili kılındığı, söz konusu ticaret sicil gazetesi örneğinin de dava konusu ihale kapsamında idareye sunulduğu görülmektedir.

Bu durumda, Karayolları Genel Müdürlüğü Elazığ 8. Bölge Müdürlüğü tarafından 28.09.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan ("Elazığ - Malatya) Ayrı - Pötürge - Nemrut Dağı Yolu Km 5+400 - 22+000 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üst Yapı İşleri" ihalesine ilişkin olarak davacıların söz konusu ihalede değerlendirme dışı bırakılması üzerine davacı kuruma yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4098 sayılı Kararı ile, "Başvurunun reddine" karar verilmiştir.

Anayasanın 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.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekte gerekte yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında ise; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin 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 Kurulu'nca işlem tesis edilmesi gerektiğinden,

Açıklanan nedenlerle,

1) Kamu İhale Kurulu'nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4098 sayılı Kararının iptaline,

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

Oybirliği ile karar verildi.

Kazım ÖZKAN Başkan V. II. Başkan		
Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi	Bahattin İŞİK Kurul Üyesi	Hakan GÜNAL Kurul Üyesi
Adem KAMALI Kurul Üyesi	Abdullah DÜNDAR Kurul Üyesi	Erkan DEMİRTAŞ Kurul Üyesi