

vadesi geçmiş borcu bulunmadığına dair eklenen belgenin ihale ilan tarihi itibarıyla kiraların ödendiğini belgelendirmediğinden bahisle davacının teklifi değerlendirme dışı bırakılmış ise de davacı şirketin sunmuş olduğu tevsike konu belgenin, ihalenin ilk ilan veya davet tarihini ve hatta daha ileri bir tarihi kapsadığı, dolayısıyla belgenin istenilen süreden eksik olmayıp, tam aksine, davacı şirketin lehine olacak şekilde, istenilenden daha

fazlasını içerdiği, kaldı ki bu yönde bir tereddüt hasıl olması durumunda, esasa etkili bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği açık olan bu hususun, ilgili finansal kiralama kurumundan ilk ilan veya davet tarihindeki borç durumunun teyit edilebileceği ve bu yolla tereddütün giderilebileceği düşünüldüğünde, daha kapsamlı olan tevsike konu belgenin içeriği gerekçe gösterilerek, davacı Şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında hukuka uyarlık

görülmemiştir

Toplantı No	: 2020/031
Gündem No	: 29
Karar Tarihi	: 08.07.2020
Karar No	: 2020/MK-146

BAŞVURU SAHİBİ:

Nil Yapı Malzemelerine İnşaat Ticaret Anonim Şirketi- OrakAltyapı San.ve Tic.A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları Genel Müdürlüğü 5. Bölge Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/449599 İhale Kayıt Numaralı "Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Bahçe Kavşağı – Gaziantep Doğu Kavşağı , Gaziantep Doğu Kavşağı – 9 Bölge Sınırı Arasında Ve Gaziantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin Ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/449599 ihale kayıt numaralı "Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Bahçe Kavşağı-Gaziantep Doğu Kavşağı, Gaziantep Doğu Kavşağı-9. Bölge Sınırı Arasında ve Gaziantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı İşi" ihalesine ilişkin olarak, Nil Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş. – Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 26.02.2020 tarihli ve 2020/UY.I-437 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Nil Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş. – Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan dava sonucunda alınan Ankara 9. İdare Mahkemesinin 10.06.2020 tarihli ve E:2020/876 sayılı kararında "...Dava konusu 26.02.2020 tarih ve 2020/UY.I-437 sayılı işlemin, davacı tarafından ileri sürülen iddialar yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

B) (dava dilekçesinde

1) eşit muamele ilkesi kapsamındaki değerlendirme neticesinde davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısım yönünden; 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Kurum tarafından inceleme" başlıklı 18. maddesinin 2. fıkrasında "Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır." hükmü yer almaktadır.

Dava konusu işlemden, eşit muamele ilkesi kapsamında yapılan değerlendirme neticesinde, davacılar tarafından sunulan, SMMM raporunun esas alınması durumunda, plentinin kapasite raporlu olma şartının sağlanmadığı, finansal kiralamaya ilişkin belgelerin esas alınması durumunda ise ihalenin ilan tarihine kadar olan kiralaların ödendiğinin belgelenmesi şartının sağlanmadığı, dolayısıyla her iki durumda da yeterlik kriterinin karşılanmadığından bahisle davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilmiştir.

Davacılar tarafından sunulan teklif zarfında; ilgili makina ve ekipmanın Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'nin defter kayıtlarında mevcut olduğuna dair, (asfalt finişeri için istenilen elektronik duygargalı olma şartı hariç) idarece talep edilen teknik özelliklerin karşılandığını ve asfalt plentinin kapasitesinin 240 ton/saat olduğunu da gösteren SMMM raporunun; Benninghoven Eco 3000 marka/model asfalt plentinin kapasitesinin 240 ton/saat olduğunu gösteren, diğer makineler bakımından da idarece talep edilen teknik özelliklerin karşılandığını gösteren teknik belgeler ile multiplex duygarga faturasının ve asfalt kazıma makinası alış faturasının; Garanti Finansal Kiralama A.Ş. tarafından düzenlenmiş, 30.10.2019 olan yazı tarihi itibarıyla yazıya konu sözleşmeler bakımından Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'nin vadesi geçmiş borcu bulunmadığına dair belgenin, belgeye konu 70398 ve 70544 numaralı sözleşmelerin, sözleşmelere konu makinalara ilişkin proforma faturaların, ödeme belgelerinin ve faturaların; Garanti Finansal Kiralama A.Ş.'den 06.10.2017 – 08.11.2019 tarihleri aralığında kiralandığı, 320 ton/saat kapasiteli ve Benninghoven marka olduğu belirtilen asfalt plentine ilişkin 20.07.2020 geçerlilik tarihli Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'ye ait kapasite raporunun sunulduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda aktarılan hususlar çerçevesinde; SMMM raporunda belirtilen asfalt plentinin kapasitesinin 240 ton/saat olduğu göz önüne alındığında, 320 ton/saat kapasiteli asfalt plentine ilişkin kapasite raporunun SMMM raporundaki plente ait olmadığı, bu itibarla SMMM raporunda beyan edilen asfalt plentinin dikkate alınması durumunda, bu plente ilişkin kapasite raporunun sunulmadığı sonucunun ortaya çıktığı; bununla birlikte yukarıda aktarılan Yönetmelik hükmü çerçevesinde, finansal kiralama yoluyla edinilmiş tesis, makina, teçhizat ve ekipmanın, kira sözleşmesinin sunulması ve ihalenin ilan tarihine kadar olan kiralalarının ödendiğinin belgelenmesi şartı ile isteklinin kendi malı sayıldığı, bu kapsamda istekli tarafından sunulan finansal kiralamaya ilişkin belgelerin uygun bulunması ve kapasite raporunun da finansal kiralamaya konu asfalt plentine ilişkin olması koşuluyla, isteklinin asfalt plentine yönelik yeterlik kriterini karşıladığı sonucuna varılabileceği anlaşılmaktadır.

Bu doğrultuda finansal kiralamaya ilişkin belgeler incelendiğinde; Garanti Finansal Kiralama A.Ş. tarafından düzenlenmiş, 30.10.2019 olan yazı tarihi itibarıyla yazıya konu sözleşmeler bakımından Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'nin vadesi geçmiş borcu bulunmadığına dair eklenen belgenin, 02.10.2019 olan ihale ilan tarihi itibarıyla kiralaların ödendiğini belgelenmediğinden bahisle davacının teklifi değerlendirme dışı bırakılmış ise de; davacı şirketin sunmuş olduğu tevsike konu belgenin, ihalenin ilk ilan veya davet tarihini ve hatta daha ileri bir tarih olan 30.10.2019 tarihini kapsadığı, dolayısıyla belgenin istenilen süreden eksik olmayıp, tam aksine, davacı şirketin lehine olacak şekilde, istenilenden daha fazlasını içerdiği, kaldı ki bu yönde bir tereddüt hasıl olması durumunda, esasa etkili bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği açık olan bu hususun, ilgili finansal kiralama kurumunun ilk ilan veya davet tarihindeki borç durumunun teyit edilebileceği ve bu yolla tereddütün giderilebileceği düşünüldüğünde, daha kapsamlı olan tevsike konu belgenin içeriği gerekçe gösterilerek, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına hukuka uyarlık görülmemiştir.

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 07.05.2019 tarih ve E:2019/543, K:2019/1575 sayılı kararı da bu yöndedir.

Öte yandan, kısmen hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin uygulanması halinde davacı açısından telafisi güç zararlara sebep olabileceği açıktır. Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin eşit muamele ilkesi kapsamındaki değerlendirme neticesinde davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısım yönünden hukuka aykırılığı açık olması sebebiyle; uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 Sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına, dava konusu işlemin kalan kısmının yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine..." 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 hükmüne bağlanmıştır.

Öte yandan, 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 geçemeyeceği 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 Kurulu'nun 26.02.2020 tarihli ve 2020/UY.I-437 sayılı kararının, Nil Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş. – Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmının iptaline,

2) Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Nil Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş. – Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi'nin finansal kiralamaya ilişkin olarak sunduğu belgeler bakımından idare nezdinde tereddüt oluşması halinde, bu hususun belgelerdeki bilgi eksikliği kapsamında değerlendirilmesini teminen 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.