Vakıf Konutları Yapım İşi yürütmeyi durdurma kararı

Toplantı No	:	2009/031
Gündem No	:	20
Karar Tarihi	:	13.04.2009
Karar No	:	2009/MK-62

Şikayetçi:

İmsa-Bucaklar İnş. San. Tic. Ltd. Şti.

İhaleyi yapan idare:

Şanlıurfa Vakıflar Bölge Müdürlüğü

Gündem Konusu:

Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen 12.01.2009 tarih ve E.2008/2078 sayılı yürütmeyi durdurma kararının kaldırılmasına ilişkin Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 05.03.2009 tarih ve Y.D. İtiraz No: 2009/11019 sayılı kararına ilişkin işlem tesis edilmesi.

Karar:

Şanlıurfa Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından 17.07.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Şanlıurfa İli, Merkez, Paşabağı Mahallesi Vakıf Konutları Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak yapılan itirazen şikayet başvurusu üzerine alınan Kamu İhale Kurulu'nun 13.10.2008 tarih ve 2008/UY.I-4166 sayılı kararıyla; *"4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi gereğince düzeltici işlem tesis edilmesine,"* karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle İmsa-Bucaklar İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından dava açılması sonucunda, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 12.01.2009 tarih ve E.2008/2078 sayılı kararı ile;*"…Açıklanan nedenlerle, açıkça hukuka aykırı bulunan ve uygulanması halinde telafisi güç ya da imkansız zararlara sebep olacağı anlaşılan dava konusu işlemin 2577 sayılı Yasanın 27 nci maddesi uyarınca teminat alınmaksızın dava sonuna kadar yürütülmesinin durdurulmasına,"* karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararının uygulanmasını teminen Kamu İhale Kurulu'nun 02.03.2009 tarih ve 2009/MK-23 sayılı Kararı ile;

"I- Kamu İhale Kurulu'nun 13.10.2008 tarih ve 2008/UY.I-4166 sayılı Kararının iptaline,
2- Anılan Mahkeme kararı doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi uyarınca başvurunun uygun bulunmadığına, …" karar verilmiştir.

Ankara 7. İdare Mahkemesinin 12.01.2009 tarih ve E.2008/2078 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne dair kararına karşı Kurumca yapılan itiraz sonucunda Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 05.03.2009 tarih ve Y.D. İtiraz No: 2009/11019 sayılı kararı ile,

"…

Dava, Şanlıurfa Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından 17.7.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Şanlıurfa İli, Merkez, Paşabağı Mahallesi Vakıf Konutları Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak Kamu İhale Kurulunca alınan 13.10.2008 gün ve 2008/UY.I-4166 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesinde, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmü, 38.maddesinde de; "İhale komisyonu verilen teklifleri 37 nci maddeye göre değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. İhale komisyonu;

a)İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
b)Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
c)Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,
Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir" hükmü yer almıştır.
Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 65. maddesinde ise; "Teklifler değerlendirildikten sonra, tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanlar tespit edilir. İhale komisyonu bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde tekir sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. İhale komisyonu;

a)İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
b)Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
c)Teklif edilen yapım işinin özgünlüğü, hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir" kuralına yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Şanlıurfa Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından 17.7.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Şanlıurfa İli Merkez Paşabağı Mahallesi Vakıf Konutları Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak 11 firmanın teklif verdiği, ihalenin yaklaşık maliyetinin 7.549.872,77 YTL olarak belirlendiği, 5 adet isteklinin belgelerinin eksik olması nedeniyle tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, 2005 yılı Kamu İhale Genel Tebliği'nin XII. H bölümünde belirtilen esaslar çerçevesinde aşırı düşük teklif sınır değerinin 5.623.145,24 YTL olarak tespit edildiği, bu tutara göre 1 adet isteklinin teklifinin aşırı düşük teklif sınır değerinin altında kaldığının belirlenmesi üzerine 4734 sayılı Kanunun 38. maddesi gereğince açıklama istendiği, açıklama veren istekli tarafından yapılan açıklamaların yeterli görülmeyerek, sınır değerinin altında kalan isteklinin değerlendirmeye alınmaması, değerlendirmeye alınan istekliler arasında en düşük teklifin davacıya ait olması (5.649.000,00 YTL) nedeniyle ekonomik açıdan en avantajlı birinci teklif olarak belirlenmesine, 25.7.2008 tarihinde İhale Komisyonunca karar verildiği, 4734 sayılı Kanunun 38. Maddesi gereğince 5.259.124,52 YTL teklifle değerlendirme dışı bırakılan ODEL İnş. Taah. San. Tic. İth. Ve İhr. Ltd. Şti.'nin 15.8.2008 tarihinde şikayet başvurusunda bulunduğu, başvurusunun idarenin 20.8.2008 tarihli yazısı ile reddi üzerine 1.9.2008 tarihinde itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu, Kamu İhale Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, dava konusu 13.10.2008 gün ve 2008/UY.I-4165 sayılı kararla, 4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi gereğince düzeltici işlem tesis edilmesine oyçokluğuyla karar verilmesi üzerine, anılan kararın iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde aşırı düşük teklifler özel olarak düzenleme konusu yapılmış, Kanun'un genel gerekçesinde, işin yerine getirilmesine engel nitelikteki aşırı düşük tekliflerin reddedilmesine ilişkin özel bir düzenleme getirildiği, belirtilmiş, konuyu düzenleyen 38.madde gerekçesinde ise, Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak ve işin gerektiği şekilde yapılmasına imkan verecek sorumlu bir teklif hazırlanıp hazırlanmadığını tespit etmek üzere, ihale komisyonunun yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olduğunu belirlediği tekliflerl hemen reddetmek yerine, bu teklif sahiplerinden tekliflerinin bileşenleri ile ilgili olarak açıklama istemine ve bu açıklamalar çerçevesinde nihai değerlendirmesini yapmasına imkan tanındığı belirtilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin XII.H(a) maddesinde; ihale komisyonu; bir yapım işinin ihalesinde geçerli tekliflerl tespit ettikten sonra;
a)Yaklaşık maliyetin %120'sinin üzerindeki ve %40'ının altındaki, yani yaklaşık maliyetin=100 olan bir ihalede, 120'nin üzerindeki tekliflerle 40'ın altındaki tekliflerl dikkata almaksızın, diğer tekliflerin aritmetik ortalamasını bulur ve bu değeri yaklaşık maliyete bölmek suretiyle (C) değerini elde eder.
b)Eldeki tabloda (C) değerine karşılık gelen (K) değerini bulur.
c)Bu (K) değerini yaklaşık maliyetle çarpmak suretiyle sınır değeri tespit eder ve bu sınır değerin altındaki (yaklaşık maliyetin %40'ının altındakilerde dahil) tekliflerin sahiplerinden, teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.
Bileşenler, teklifin maliyet bileşenlerini, ayrıntılar ise bunlara ait fiyat analizlerini ifade ettiğinden,
a)Yapım yönteminin ekonomik olması,
b)Seçilen teknik çözümler veya yapım işinde kullanılacak avantajlı şartlar,
c)Teklif edilen yapım işinin özgünlüğü
Hususlarında istekliler tarafından belgelere dayalı olarak yapılan yazılı açıklamaları dikkate almak suretiyle değerlendirilir ve ihaleyi sonuçlandırır" kuralı öngörülmüştür.

Anılan düzenleme ile, ihaleye çıkan tüm idareler yönünden, işin yaklaşık maliyetinin belirlenmesi zorunluluğu gibi, bir de işin "yapılabilir ve düşük bedelinin" tesbiti zorunluluğu getirildiği ve yapılabilir-kabuledilebilir en düşük bedelin ne şekilde hesaplanacağının da yol ve yöntemlerinin belirlendiği görülmektedir. Anılan tebliğin açık düzenlemesi karşısında, aşırı düşük teklif sınırı önceden belirlenen genel ve mesnel ölçülere (tebliğ esaslarına) göre, idarece belirleneceğinden, bu konuda sübjektifliğin ortadan kaldırılması ve yapılabilir reel ve kabul edilebilir en düşük teklifin baştan belirlenmesi suretiyle, objektifliğin sağlanması amaçlanmıştır.

Yapım işlerinde, ihale komisyonu tarafından geçerli tekliflerl tespit edildikten sonra, tebliğdeki yönteme uygun olarak bir sınır değer tespit ederek bu sınır değerin altındaki tekliflerin sahiplerinden ayrıntılı açıklama istemeleri gerektiği açıktır.

Uyuşmazlık konusu olayda, teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına gerekçe gösterilen imalat kalemlerinin firmalarına maliyetlerin, fatura veya proforma fatura sunarak tevsik edildiği, ayrıca bazı imalat kalemlerinde idarece yaklaşık maliyet hesabında esas alınan miktarlardan fazla miktar öngörülmesinin teklifi aşırı düşük teklif olarak değerlendirilmesine gerekçe teşkil etmeyeceği gibi teklifin aşırı düşük olup olmadığına ilişkin değerlendirmede istekli lehine değerlendirilebilecek bir durum oluşturduğu, bunun yanında idarece yaklaşık maliyet hesabında öngörülen imalat miktarından daha az miktar öngörülen veya maliyeti toplam maliyet içerisinde çok küçük oranlara sahip bazı imalat kalemlerinde proje okumasından kaynaklanan hatalar nedeniyle bedel öngörülmeyen imalat kalemlerinin maliyetlerinin, idareden daha fazla imalat miktarı öngörülen diğer imalat kalemlerindeki fazla tutarla karşılanabilecek mertebede olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda sınır değerinin altında kaldığından bahisle değerlendirme dışı bırakılan firmanın teklif bileşenlerine ilişkin açıklamaları ve ihale komisyon kararında teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde şikayetçinin teklif bileşenlerine ilişkin açıklamalarının yeterli görülmeyerek 4734 sayılı Kanunun 38'nci maddesine göre aşırı düşük olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmasında isabet bulunmadığından; şikayetçinin teklifinin dikkate alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekçesiyle 4734 sayılı Kanunun 56'nıcı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi gereğince düzeltici işlem tesis edilmesine ilişkin 13.10.2008 gün ve 2008/UY.I-4166 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare itirazının kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 12.01.2009 gün ve E:2008/2078 sayılı kararının kaldırılmasına, davanın bu safhasında 2577 sayılı Yasa'nın 27'nci maddesinde öngörülen koşulların birlikte gerçekleşmediği gözetilerek yürütmenin durdurulması istemi hakkındaki davacı isteminin reddine …" karar verilmiştir.

T.C Anayasasının 138 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirmeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan; 2577 sayılı İdari yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 maddesinin 1 inci fıkrasında ise; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin 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.

Buna göre, Şanlıurfa Vakıflar Bölge Müdürlüğünce 17.07.2008 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan 2008/82601 ihale kayıt numaralı "Şanlıurfa İli, Merkez, Paşabağı Mahallesi Vakıf Konutları" ihalesine ilişkin olarak Kamu İhale Kurulunun 13.10.2008 gün ve 2008/UY.I-4166 sayılı Kararına yürütülmesinin durdurulmasına yönelik Ankara 7. İdare Mahkemesinin 12.01.2009 tarih ve E.2008/2078 sayılı kararının kaldırılmasına dair Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 05.03.2009 tarih ve Y.D. İtiraz No: 2009/11019 sayılı kararının uygulanması ve Kamu İhale Kurulunun 13.10.2008 gün ve 2008/UY.I-4166 sayılı Kararına göre işlem yapılmasının sağlanmasını teminen, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 12.01.2009 tarih ve E.2008/2078 sayılı kararı üzerine alınan Kamu İhale Kurulu'nun 02.03.2009 tarih ve 2009/MK.-23 sayılı kararının iptal edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

Kamu İhale Kurulu'nun 02.03.2009 tarih ve 2009/MK.-23 sayılı kararının iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.

Dr. Hasan GÜL **Başkan**		
Ali KAYA **II. Başkan**	**Ali Kemal AKKOÇ** **Kurul Üyesi**	**Hakan GÜRAL** **Kurul Üyesi**
Kazım ÖZKAN **Kurul Üyesi**	**Adem KARALI** **Kurul Üyesi**	**Abdullah DÜNDAR** **Kurul Üyesi**
Hicabi ECE **Kurul Üyesi**		