

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ihale tarihi, sözleşme tarihi, iş deneyim belgesi belge tutarı, güncelleme

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

2016/1514 E. , 2018/1228 K.

- Yapım İşleri **ihale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, **ihale** tarihi, sözleşme tarihi, iş deneyim belgesi belge tutarı, güncelleme

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2016/1514

Karar No : 2018/1228

Davacılar :

Vekili :

Davalı :

Vekili :

Davanın Özeti : Yapım İşleri **ihale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile Kamu **ihale** Kurulu'nun 23.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-871 sayılı kararının; 4734 sayılı

Kamu **ihale** Kanunu'nda isteklilerin yeterliliğine ilişkin değerlendirmelerin **ihale** tarihi esas alınarak yapıldığı, Kanun'un sistematığında isteklilerce verilecek tekliflerin **ihale** dokümanında belirtilen süreye kadar geçerli olduğu, istekliler tarafından, **ihale** tarihinden itibaren tekliflerin kaç gün geçerli olacağı hususu ile piyasa koşulları dikkate alınarak teklif fiyatının oluşturulduğu, kanun koyucu tarafından bu durum gözetilerek teklif fiyatının sözleşme süresince geçerliliğini/güncelliğini koruması amacıyla **ihale** tarihindeki koşullar dikkate alınarak sözleşme süresince yükleniciye fiyat farkı ödenmesinin öngörüldüğü, fiyat farkı kararnamesinde, fiyat farkı ödenmesine ilişkin hesaplamalarda temel endeks olarak **ihale** tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeksin esas alındığı, koruma altına alınan fiyatın **ihale** tarihindeki teklif fiyatı olduğu, sözleşmenin imzalandığı tarihteki fiyat olmadığı; Yönetmeliğin 49. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca yapılan güncellemede, keşfe esas birim fiyatlar üzerinden tenzilat yapılarak **ihale** edilen işlerde, sözleşmenin imzalandığı yılın değil, sözleşmeye esas birim fiyatların, keşfin ait olduğu yıldan bir önceki yılın aralık ayına ait endeksin temel endeks olarak esas alınmasının birim fiyatların olduğu ayı işaret etmesinden kaynaklandığı; **ihale** tarihinde belirlenen fiyatlara göre **ihale** edilen teklif birim fiyat ve götürü bedel işlerde ise, **ihale** tarihi yerine sözleşme tarihinin esas alınmasının hukuka aykırı olduğu, Yönetmelik düzenlemesinin sözleşmenin **ihale**den hemen sonra imzalanacağı düşüncesiyle yapıldığı; Kurul kararına konu iş deneyim belgesinde yer alan belge tutarının, **ihale**nin yapıldığı tarihteki geçerli fiyatlara göre belirlendiği, iş deneyim belgesinde yer alan belge tutarının, sözleşme imzalandığı tarihteki güncel tutar olmadığı, **ihale** tarihinde verilen teklif fiyatı olduğu, güncellemenin de teklif fiyatın geçerli olduğu **ihale** tarihi esas alınarak yapılmasının hakkaniyete uygun olacağı, iş deneyim belgesine konu **ihale**de ilk sözleşmenin başka istekli ile imzalandığı, bu nedenle bu istekli adına düzenlenecek iş deneyim belgesinde de sözleşme tarihinin esas alınacağı, iki

yıl sonra kendileriyle sözleşme imzalandığı için yine sözleşme tarihinin esas alınması hâlinde ise, aynı **ihale** sürecine teklif vermiş isteklilerin iş deneyim belgelerinin güncellenmesinde hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkacağı, aynı koşullarda verilen tekliflerde daha önce sözleşmesi imzalanan yüklenicinin, iş deneyim belgesinin güncellenmesinde, daha sonra sözleşme imzalayan yükleniciye göre avantajlı duruma geleceği, aynı hukuki durumdaki isteklilerin aynı hukuki rejime sahip olmasının eşitlik ilkesinin gereği olduğu; Karayolları Genel Müdürlüğü Program İzleme Dairesi Başkanlığı'nca 30.11.2015 tarihinde gerçekleştirilen "Silifke-Mut-3. Bölge Hd. (2. Kısım) Yolu Km: 16+700 – 69+850 Arası Kesiminin Yapımı" **ihale**sine ilişkin **ihale** dokümanlarının satın alındığı, **ihale**de istekli sıfatının kazanıldığı, **ihale**ye teklif verildiğinden ehliyetli oldukları ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu Yönetmelik düzenlemesine ilişkin olarak, 4734 sayılı Kamu **ihale**Kanunu'nda mesleki ve teknik yeterlik kriterleri arasında sayılan iş deneyim belgelerinin ne şekilde güncelleneceği hususunda açık bir hükme yer verilmediğinden Kanun'dan kaynaklanan yetki uyarınca Yapım İşleri **ihale**leri Uygulama Yönetmeliği'nde dava konusu düzenlemeye yer verildiği, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, iş deneyim belgelerinin düzenlenmesi koşulu olarak, "tek bir bedel içeren sözleşmeye dayalı" olarak deneyim konusu işin gerçekleştirilmesinin arandığı, iş deneyim belgelerinde yapılan işin tutarı üzerinden öngörülen belge tutarlarının deneyim dayanağı olan sözleşme tarihi dikkate alınarak güncellenmesi gerektiği, mesleki ve teknik yeterlik kriteri, bedel içeren bir sözleşmeye dayalı olarak düzenlenen belgelere ilişkin olduğundan, güncellemesinin de sözleşme tarihi baz alınarak yapılması gerektiği, teklif edilen bedele bağlı olarak mevzuatta düzenlenen deneyime ilişkin yeterlik kriterinin sağlanmasında, tutar olarak gerçek durumu yansıtan deneyimin ortaya konulması için sözleşmenin imzalandığı tarihin dikkate alınmasının Kanun'un amacına ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olacağı, sözleşme imzalanana kadar yüklenici

tarafından herhangi bir işin gerçekleştirilmediği, davacının iddiasının kabulü hâlinde, **ihale** tarihi ile sözleşmenin imzalandığı tarih arasında gerçekleştirilmemiş bir işin güncellenmesi durumunda, iş tutarı bazında gerçekleştirilen deneyimden daha fazla tutarda işin gerçekleştirildiği gibi bir sonucun ortaya çıkacağı, tekliflerin geçerlik süresine kadar geçerli olduğu, bu tarihten sonra isteklinin rızası hilâfına sözleşme imzalanmayacağı, teklif geçerlik süresinin Kanun'da objektif bir düzenleme ile hükme bağlandığı, **ihale** sürecinin uzaması hâlinde teklif geçerlilik süresinin dokümanda öngörülen süre kadar isteklinin kabulü hâlinde uzayabileceği, bu uygulamaya istinaden imzalanan sözleşmede yer alan tutarın güncellenmesinde hakkaniyete aykırı bir durum bulunmadığı, davacının iddiası sonucu kamuya taahhüt edilen işlerle, özel sektöre taahhüt edilen işler açısından farklı uygulamalara yol açılacağı; fiyat farkı uygulamasının iş deneyim belge tutarlarının güncellenmesine dayanak teşkil etmeyeceği, fiyat farkı uygulamasının iş deneyim tutarına dâhil edilmediği, iş deneyim tutarının hakedişteki sözleşme fiyatları ile yapılan tutar olarak ele alınması gerektiği, bu tutarın güncellenmesinin de **ihale** tarihinin değil, sözleşme tarihinin baz alınarak yapılması gerektiği; dava konusu Kurul kararına ilişkin olarak, davacıların oluşturduğu iş ortaklığı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunda 1. iddia bakımından yapılan değerlendirme sonucunda, iş ortaklığının değerlendirme dışı bırakılmasının yerinde olduğu, 2. iddia bakımından ise, iş ortaklığının değerlendirme dışı bırakılması yerinde olduğundan ve isteklinin ekonomik açıdan 1. veya 2. teklif sahibi olma ihtimali de bulunmadığından, hak kaybına veya zarara uğramasının söz konusu olmadığı anlaşıldığından ehliyet yönünden reddi gerektiği, dava konusu işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi ...'nın Düşüncesi : Yapım İşleri **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile Kamu **İhale** Kurulu'nun 23.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-871 sayılı

kararının iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Danıştay Savcısı ...'nın Düşüncesi : Dava, Kamu **İhale** Kurulu'nun 23.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-871 sayılı kararı ile anılan işlemin dayanağı niteliğindeki Yapım İşleri **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin 49. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın 124. maddesi gereği Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarabileceği açıktır. Yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıları yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla düzenleyebilir. Kamu idaresi tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı da bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kamu **İhale** Kanunu'nun 53. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinde nun, bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu belirtilmiş, (b) fıkrasının 2. alt bendinde, " Bu Kanuna ve Kamu **İhale** Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart **ihale** dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek " 'nun görev ve yetkileri arasında sayılmış; Kurumun, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu **İhale** Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart **ihale** dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurumun yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı, standart **ihale** dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Yapım İşleri **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin dava konusu

edilen 49/1-(b) maddesinde; iş deneyimini gösteren belgelerde yazılı tutarlar güncellenirken; “Anahtar teslimi götürü bedel veya teklif birim fiyat ya da karma teklif üzerinden sözleşmeye bağlanan işlere ilişkin iş deneyim belgeleri; sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait (Değişik:RG-7/6/2014-29023, Geçerlilik:1/2/2014) endeksin, ilk ilan veya davet tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait endekse oranlanması suretiyle bulunan katsayı üzerinden güncellenir.” düzenlemesi getirilmiş olup; 4734 sayılı Kamu **ihale** Kanunu’nun “**ihale**ye Katılımda Yeterlik Kuralları” başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrasının (b)/2. bendinde, mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için, istekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen **ihale** konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak istenilecek belgeler sayılmış, mesleki ve teknik yeterlik kriteri, bedel içeren bir sözleşmeye dayalı olarak düzenlenen belgelere dayandırıldığından, güncellemelerin de sözleşme ve sözleşme tarihi baz alınarak yapılması gerekeceği gibi, **ihale** tarihi ile sözleşmenin imzalandığı tarih arasında geçen ve yüklenici tarafından herhangi bir iş gerçekleştirilmemiş olan sürenin bu **ihale**ye dair iş deneyiminden sayılması sonucunu doğuracak olmasının kabulüne imkan bulunmadığından, teklif edilen birim fiyat ya da karma teklif üzerinden sözleşmeye bağlanan işlere ilişkin iş deneyim belgeleri güncellenirken sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait endeksin esas alınmak suretiyle hesaplanmasına ilişkin dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Kamu **ihale** Kurulu’nun dava konusu edilen 23.03.2016 sayılı ve 2016/UY.1-871 sayılı kararına gelince: Karayolları Genel Müdürlüğü Program ve İzleme Dairesi Başkanlığı tarafından 30.11.2015 tarihinde açık **ihale** usulü ile gerçekleştirilen “Silifke – Mut – 3.Bölge Hd. (2. Kısım) Yolu Km: 16+700 – 69+850 Arası Kesiminin Yapım” **ihale**sine ilişkin olarak ... Şti. İş Ortaklığı’nın 28.01.2016 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 29.01.2016 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 08.02.2016 tarih ve 8061 sayı ile

Kurum kayıtlarına alınan 08.02.2016 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu ve bu başvuruda; 1) İdarece özel ortaklarına ait iş deneyim belge tutarı yetersiz olduğu gerekçesiyle tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı ancak idare tarafından iş deneyim belge tutarının güncellenmesi işleminin hatalı yapıldığı, özel ortakları .. Ltd. Şti.nin iş deneyimini tevsik üzere sunmuş olduğu iş bitirme belgesine konu işin **ihale**sinin 07.10.2008 tarihinde yapıldığı ancak şikâyet ve dava sürecinden ötürü sözleşmenin 17.03.2010 tarihinde imzalanabildiği, idare tarafından söz konusu belge güncellenirken sözleşme tarihi esas alınarak güncellenmenin gerçekleştirilmesine karşın sözleşmenin uygulanması aşamasında hakedişler ödenirken yükleniciye fiyat farkı ödendiği ve fiyat farkının sözleşme tarihine göre değil **ihale** tarihine göre hesaplandığı, bu çerçevede özel ortaklarına ait iş deneyim belgesi güncellenirken sözleşme tarihinin değil **ihale** tarihinin esas alınması gerektiği, 2) ..İnşaat'ın teklifinin önce geçerli teklif olarak kabul edilerek teklif zarfının açıldığı ve teklif fiyatının okunduğu, daha sonra tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında **ihale** dökümanı almadığı gerekçesiyle anılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, söz konusu işlemin sınır değeri değiştirmeye yönelik mevzuata aykırı bir işlem olduğu iddialarına yer verildiği; buna karşılık olarak dava konusu işlem ile; 30.11.2015 tarihinde yapılan **ihale**ye 40 isteklinin katıldığı, idare tarafından başvuru sahibi ... Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın teklifinin özel ortağa ait iş deneyim belge tutarı yetersiz olduğu gerekçesiyle,Taah. A.Ş.nin teklifinin ise **ihale**dökümanı satın almadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı ve **ihale**nin idarece hesaplanan sınır değer üzerinde en düşük fiyat teklifi sunan ... Ltd. Şti. – ...A.Ş. İş Ortaklığı üzerinde bırakıldığı, ...ic. A.Ş.nin ise ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlendiği, **ihale** dokümanın yukarıda aktarılan düzenlemelerinden isteklilerin teklif edilen bedelin % 80'inden az olmamak üzere, **ihale** konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimlerini

gösteren belgeleri sunmaları gerektiği, iş ortaklıklarında pilot ortağın istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 80'ini, diğer ortakların her birinin ise istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 20'sini sağlaması gerektiği anlaşılmış olup bu çerçevede teklif tutarı 296.714.241,92 TL olan başvuru sahibi -...Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın sağlaması gereken iş deneyim belge tutarının toplamının en az 237.371.393,54 TL olduğu, pilot ortağın () sağlaması gereken iş deneyim belge tutarının en az 189.897.114,83 TL, özel ortağın (...Tic. Ltd. Şti.) sağlaması gereken iş deneyim belge tutarının ise en az 47.474.278,71 TL olması gerektiği, yapılan incelemede başvuru sahibi iş ortaklığının özel ortağı ... Tic. Ltd. Şti.nin iş deneyimini tevsik etmek üzere Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından 26.02.2013 tarihinde düzenlenen iş bitirme belgesini sunduğu, söz konusu belgeye konu işin sözleşme tarihinin 17.03.2010, belge tutarının 31.103.094,96 TL olduğu, idare tarafından anılan belge tutarının belgeye konu işin sözleşme tarihi esas alınarak güncellendiği, güncellenen belge tutarının 47.033.726,91 TL olarak hesaplandığı ve söz konusu tutar ... Ltd. Şti. tarafından sağlanması gereken asgari tutardan düşük olduğu gerekçesiyle başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı , yapılan tespitler çerçevesinde idarece güncelleme işleminin sözleşme tarihi esas alınarak yapılmasının mevzuata uygun olduğu anlaşılmış olup başvuru sahibinin konuya ilişkin iddiası yerinde bulunmadığı, **ihale**lere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Başvuru ehliyeti" başlıklı 5'inci maddesinde "(1) **ihale** sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden; a) İstekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya **ihale** dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya **ihale** ilanında veya ön yeterlik ve/veya **ihale** dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar, b) Adaylar; belli istekliler arasında **ihale** usulü ile yapılan **ihale**lerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve

eylemler; belli istekliler arasında **ihale** usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı **ihale**lerinde ise kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ayrıca **ihale** daveti ve/veya **ihale** dokümanının gönderilmesi, **ihale** dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar, c) İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve **ihale**nin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler, hakkında başvuruda bulunabilir.” hükmü yer aldığı, **ihale** sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekliler, yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve **ihale**nin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabilecekler, ancak yapılan değerlendirme sonucunda idarece başvuru sahibi ...Şti. İş Ortaklığı'nın teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işleminin yerinde olduğu ayrıca 2'nci iddiasında haklı olduğu tespit edilse dahi anılan isteklinin **ihale**de ekonomik açıdan en avantajlı birinci veya ikinci teklif sahibi istekli olma ihtimalinin bulunmadığı anlaşıldığından hak kaybına veya zarara uğramasının söz konusu olmadığı, bu çerçevede başvuru sahibinin ikinci iddiasına yönelik olarak başvurusunun 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince ehliyet yönünden reddedilmesi gerektiği gerekçesiyle itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği anlaşılmakta olup; dava konusu Kamu **İhale** Kurulu kararında yukarıda anılan mevzuat hükümlerine ve hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise dava konusu işlemleri kusurlandırıcı mahiyette görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten

sonra gereği görüşüldü:

Dava, Yapım İşleri **ihale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile Kamu **ihale** Kurulu'nun 23.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-871 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu **ihale** Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları **ihale**lerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu; 5. maddesinde, idarelerin, bu Kanun'a göre yapılacak **ihale**lerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu; 53. maddesinin (a) bendinde, 'nun, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu; (b) bendinin (2) no'lu alt bendinde, 'nun, bu Kanun'a ve Kamu **ihale** Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart **ihale** dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek konusunda görevli ve yetkili olduğu; Kurum'un, Kurul kararıyla bu Kanun'un ve Kamu **ihale** Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart **ihale** dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul ve Kurum'un, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar olarak kullanacağı; standart **ihale** dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulacağı kurala bağlanmıştıdır.

Aktarılan Kanun hükümleri uyarınca, 'nun, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu, 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanun'un uygulanması konusunda genel düzenleyici işlemler yapma yetkisini haiz olduğu açık olmakla birlikte, Kurum tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan düzenlemelerin kamu **ihale** mevzuatının amacına ve temel ilkelerine aykırı olmaması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, **ihale**ye katılacak isteklilerden, meslekî ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenebilecek belgeler sayılmış; anılan bendin (2) no'lu alt bendinde, "İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen **ihale** konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak; a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler, b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler, c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler, d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler, e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler" in mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için istenebileceği belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin genel gerekçesinde, mevcut uygulamada Kanun'da yer almaması nedeniyle şeffaf olarak uygulanmadığı gerekçesi ile uluslararası alanda eleştiri konusu edilen **ihale**lere katılımında yeterlik kriterlerinin ayrıntılı olarak düzenlendiği, işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin **ihale**lere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerin ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan bilgi ve belgelerin sayıldığı; aynı maddenin (b) bendinin 2 no'lu alt bendi ile üçüncü fıkraya 5812 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle

getirilen değişiklik gerekçesinde, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yapılması öngörülen değişiklikle; gerçekleştirilen, denetlenen ve yönetilen işlerle ilgili iş deneyimine ilişkin olarak, işin gerçekleşme dönemi esası yerine işin bitim tarihinin son beş veya son onbeş yıl içinde olması esasının getirildiği, yapım ve yapımla ilgili hizmet alımları dışında denetleme ve yönetme faaliyetlerinin iş deneyiminde kullanılmaması esasının benimsendiği, denetim ve yönetim faaliyetleri nedeniyle edinilecek belgelerin değerlendirilme esaslarında değişiklik yapılarak iş deneyim belgeleri bakımından daha adil bir durum oluşturulmasının ve denetim ve yönetim faaliyetlerindeki belgelerin düzenlenmesi ve değerlendirilmesi esaslarında, iş deneyim belgeleri bakımından uygulamada ortaya çıkan ve rekabet ortamını bozan sonuçların kaldırılması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.

Bu bağlamda, kanun koyucunun, **ihale**ye katılımda yeterlik kriteri olarak öngörülen mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi amacıyla sunulacak iş deneyim belgelerinin değerlendirilmesi esaslarının hakkaniyete uygun olmasını ve iş deneyim belgeleri bakımından rekabet ilkesinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Karayolları Genel Müdürlüğü Program İzleme Dairesi Başkanlığı'nca 30.11.2015 tarihinde gerçekleştirilen "Silifke-Mut-3. Bölge Hd. (2. Kısım) Yolu Km: 16+700 – 69+850 Arası Kesiminin Yapımı" **ihale**sine ilişkin olarak davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığı tarafından, **ihale**yi gerçekleştiren idarece özel ortağa ait iş deneyim belge tutarının yetersiz olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldıkları, ancak iş deneyim belge tutarının güncellenmesi işleminin hatalı yapıldığı, özel ortak tarafından iş deneyimini tevsik etmek üzere sunulan iş bitirme belgesine konu işe ait **ihale**nin 07.10.2008 tarihinde yapıldığı, şikâyet ve dava sürecinden kaynaklı olarak sözleşmenin 17.03.2010 tarihinde imzalanabildiği, **ihale**yi gerçekleştiren idarece söz konusu belgenin güncellemesinin sözleşme tarihi esas alınarak gerçekleştirilmesine karşın sözleşmenin uygulanması aşamasında hakedişler ödenirken

yükleniciye fiyat farkı ödendiği ve fiyat farkının sözleşme tarihine göre değil, **ihale** tarihine göre hesaplandığı, bu çerçevede özel ortağa ait iş deneyim belgesi güncellemesinde de, sözleşme tarihinin değil, **ihale** tarihinin esas alınması gerektiği; ... İnşaat A.Ş.'nin teklifinin önce geçerli teklif olarak kabul edilerek teklif zarfının açıldığı ve teklif fiyatının okunduğu, daha sonra ise tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında **ihale** dokümanı almadığı gerekçesiyle anılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığından, söz konusu işlemin sınır değeri değiştirmeye yönelik mevzuata aykırı bir işlem olduğu iddialarıyla yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu **İhale** Kurulu'nca; başvuru sahibinin 1. iddiasına ilişkin olarak: Başvuru sahibi iş ortaklığının özel ortağı ... San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin iş deneyimini tevsik etmek üzere Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından 26.02.2013 tarihinde düzenlenen iş bitirme belgesinin sunulduğu, söz konusu belgeye konu işin sözleşme tarihinin 17.03.2010, belge tutarının 31.103.094,96.-TL olduğu, idare tarafından anılan belge tutarının, belgeye konu işin sözleşme tarihi esas alınarak güncellendiği, güncellenen belge tutarının 47.033.726,91.-TL olarak hesaplandığı ve söz konusu tutarın ... San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından sağlanması gereken asgari tutardan düşük olduğu gerekçesiyle başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığına anlaşıldığı, her ne kadar başvuru sahibi tarafından idarece yapılan güncelleme işleminin hatalı yapıldığı, güncellenen, belge konusu işin sözleşme tarihine göre değil, **ihale** tarihine göre hesaplanması gerektiği iddia edilmekteyse de Yapım İşleri **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin 49. maddesinde, "...Anahtar teslimi götürü bedel veya teklif birim fiyat ya da karma teklif üzerinden sözleşmeye bağlanan işlere ilişkin iş deneyim belgeleri; sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait endeksin, ilk ilan veya davet tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait endekse oranlanması suretiyle bulunan katsayı üzerinden güncellenir..." hükmüne yer verilmiş olduğundan, bu çerçevede iddia konusu belgenin güncelleme işleminin sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait

endeksin, ilk ilan tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait endekse oranlanması suretiyle gerçekleştirileceği, yapılan tespitler çerçevesinde idarece güncelleme işleminin sözleşme tarihi esas alınarak yapılmasının mevzuata uygun olduğu anlaşıldığından, başvuru sahibinin bu konuya ilişkin iddiasının yerinde bulunmadığı; başvuru sahibinin 2. iddiasına ilişkin olarak: **ihale**yi gerçekleştiren idarenin, başvuru sahibi ...Müş. A.Ş. – ... San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işleminin yerinde olduğu, isteklinin 2. iddiasında haklı olduğu tespit edilse dahi anılan isteklinin **ihale**de ekonomik açıdan en avantajlı birinci veya ikinci teklif sahibi olma ihtimalinin de bulunmadığı anlaşıldığından hak kaybına veya zarara uğramasının söz konusu olmadığı, bu çerçevede başvuru sahibinin ikinci iddiasına yönelik olarak başvurusunun ehliyet yönünden reddedilmesi gerektiği sonucuna varıldığından, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi üzerine, bu kararın ve dayanağı düzenleyici işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Davacı şirketlerden ... San. ve Tic. Ltd. Şti. adına düzenlenen 26.02.2013 tarih ve 07530 sayılı "İş Deneyim Belgesi (Yüklenici- İş Bitirme)"nin incelenmesinden, söz konusu iş deneyim belgesinin, her türlü fiyat farkları ve KDV hariç, varsa **ihale** indirimi yapılmış sözleşmedeki bedelin yazılacağı (8) nolu satırında, ilk sözleşme bedelinin 25.925.909,14.-TL; ilk sözleşme bedelindeki varsa yasal artışlar dâhil (her türlü fiyat farkları ve KDV hariç, varsa **ihale** indirimi yapılmış) toplam sözleşme bedelinin yazılacağı (9) nolu satırında, toplam sözleşme bedelinin 31.108.630,06.-TL; (11) nolu satırında, sözleşme tarihinin 17.03.2010; (14) nolu satırında ise, belge tutarının 31.103.094,96.-TL (2008 yılı birim fiyatlarıyla) olduğu, bu durumda, söz konusu iş deneyim belgesinin, toplam sözleşme bedelinin 2008 yılı birim fiyatları esas alınarak ve sözleşme bedellerine fiyat farkları yansıtılmadan düzenlendiği görülmüştür.

Yönetmeliğin 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, iş deneyim belgelerine, fiilen gerçekleştirilen, denetlenen

veya yönetilen işlerin tutarı olarak, devam eden veya geçici kabulü yapılmış iş veya görevle ilgili tutarların güncelleştirmeye tâbi tutulmadan yazılacağı, bu tutarın, yurt içinde anahtar teslim götürü bedel veya teklif birim fiyat ya da karma teklif alınmak suretiyle sözleşmeye bağlanan işlerde, fiyat farkları hariç , varsa yasal keşif artışları dâhil hakedişteki sözleşme fiyatları ile yapılan işin tutarı üzerinden belirleneceği kurala bağlandığından, iş deneyim belgelerinde yazılı tutarların güncelleştirmeye tâbi tutulmadan ve fiyat farkı hariç tutularak düzenleneceği kuşkusuzdur.

Yönetmeliğin 49. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu (b) bendinde ise, iş deneyimini gösteren belgelerde yazılı tutarların, anahtar teslimi götürü bedel veya teklif birim fiyat ya da karma teklif üzerinden sözleşmeye bağlanan işlere ilişkin iş deneyim belgelerinin; sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait endeksin, ilk ilan veya davet tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait endekse oranlanması suretiyle bulunan katsayı üzerinden güncelleneceği belirtilmiştir.

Yönetmelik maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, iş deneyim belgesine konu tutarın, güncelleştirmeye tâbi tutulmadan ve fiyat farkından arî olarak tespit edileceği; iş deneyim belgesi güncellenmesinin ise, anılan madde uyarınca tespit edilen tutarın sözleşme tarihinden bir önceki aya ait endeksin esas alınarak yapılacağı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, Yönetmelikte iş deneyim belgelerinin güncellemeye tâbi tutulacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiğinden, iş deneyim tutarınının, herhangi bir güncelleştirmeye tâbi tutulmaksızın ve anılan tutara fiyat farkı uygulanmaksızın tespit edileceği belirtilmiştir. Ancak, 4734 sayılı Kanun uyarınca, **ihale** sürecindeki hukuka aykırı işlem ve eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği, şikâyet ve itirazın şikâyet

başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolları olduğu ve şikâyet ile Kurum tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebileceğinden, idarelerce gerçekleştirilecek **ihale**lerde, anılan kişilerce bu yollara başvurulması sonucu tesis edilen işlemler neticesinde veyahut yargı kararlarının uygulanması sonucunda **ihale** üzerinde bırakılan isteklilerin değişebileceği ve sözleşme imzalama aşamasının da **ihale** tarihinden sonra öngörülemez bir sürede gerçekleşebileceği açıktır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'un gerekçesi ve **ihale**lerde esas alınan temel ilkeler ile Yönetmeliğin 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birlikte değerlendirilmesinden, kanun koyucu tarafından iş deneyim belgelerinin değerlendirilmesinde adil bir durum oluşturularak rekabet ilkesinin sağlanmasının amaçlandığı dikkate alındığında, iş deneyim belge tutarının, güncellemeye tâbi tutulmadan ve fiyat farkı hariç olarak tespit edilmesi gerektiği, buna karşın Yönetmeliğin dava konusu düzenlemesi uyarınca iş deneyim belgelerinin güncellenmesinde, iş deneyim belgesine konu işin sözleşme tarihinden önceki ayın esas alındığı, bu durumun ise, iş deneyim belgesine konu işin sözleşme imzalama tarihine kadar güncellemeye tâbi tutulmaması sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, **ihale** tarihindeki birim fiyatlara göre teklif sunan isteklilerle, her bir **ihale**de, başvuru yollarına başvurulup başvurulmamasına veyahut yargı yoluna gidilip gidilmemesine göre değişkenlik gösterecek bir süreden sonra sözleşme imzalanması durumunda, iş deneyim belgesinin güncellenmesinde, sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait endeksin esas alınmasının, istekliden kaynaklanmayan bir süreç nedeniyle istekli bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı sonucuna varıldığından, Yönetmeliğin 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Dava konusu 23.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-871 sayılı Kamu **ihale** Kurulu kararına gelince:

Davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının itirazın şikâyet başvurusundaki 1. iddiası bakımından; söz konusu

kararın dayanağı düzenleyici işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığından, belirtilen düzenleyici işleme dayanılarak, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının özel ortağı ... San. ve Tic. Ltd. Şti. adına düzenlenmiş "İş Deneyim Belgesi" tutarının güncellenmesinin, Yapım İşleri **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin 49. maddesi uyarınca iddia konusu belgenin güncelleme işleminin sözleşmenin yapıldığı aydan bir önceki aya ait endeksin, ilk ilan tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait endekse oranlanması suretiyle gerçekleştirileceği, **ihale**yi gerçekleştiren idarece güncelleme işleminin sözleşme tarihi esas alınarak yapılmasının mevzuata uygun olduğu ve iddianın yerinde bulunmadığı gerekçesiyle itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kararın bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının itirazın şikâyet başvurusundaki 2. iddia bakımından; **İhale**lere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuru Ehliyeti" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, **ihale** sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden isteklilerin, yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve **ihale**nin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabileceği kurala bağlanmıştır.

Olayda, davacı şirketler tarafından, **ihale** dokümanı satın alınarak **ihale**ye teklif verildiği, dolayısıyla istekli sıfatını haiz olduğu, uyuşmazlık konusu **ihale**nin üzerinde kalma ihtimali olup olmadığına bakılmaksızın **ihale** sürecindeki işlemlere yönelik olarak şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, bu kapsamda **ihale** süreci ile ilgili olarak itirazın şikâyet başvuru ehliyetinin bulunduğu, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunda yer verilen 2. iddiasının esasının incelenmesi gerektiği anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının başvurusunun ehliyet yönünden reddine ilişkin kısmında da hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yapım İşleri **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 49. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile Kamu **İhale** Kurulu'nun 23.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-871 sayılı kararının İPTALİNE; ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 258,40.-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.980,00.-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacılara verilmesine, posta giderleri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacılara iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 02.04.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye