

ihalede yeni imalatların proje değişikliği ve iş artışı kapsamında yapılmasının mümkün olduğu idarece fazladan yapılacağı belirtilen bu imalatların, %20 iş artış oranını geçeceğinin varsayıma dayandığı proje kapsamında belirlenen işlerin tamamına ihtiyaç duyulup duyulmayacağının dolayısıyla sözleşme konusu tutarın aşılıp aşılmayacağının da bu aşamada belli olmadığı yükleniciye sözleşme kapsamında ortaya çıkacak iş ve bunun gerçekleştirilmesi

sonucunda hak ediş esasına göre ödeme yapılacağı anlaşılmiş olup teklifler açılıp isteklilerin teklifleri görüldükten ve aradan yaklaşık 2,5 ay geçtikten sonra ihalenin karara bağlanması aşamasında hukuken geçerli kabul edilebilecek somut gerekçeler ortaya konulmadan tesis edilen ihalenin iptali işlemine karşı yapılan itirazen şikâyet başvurusunun reddine dair dava konusu işlemden hukuka uygunluk görülmemiştir Bu itibarla davanın reddi yönündeki İdare

**Mahkemesi kararında hukuki
isabet bulunmamaktadır
gerekçesiyle yürütmenin
Mahkeme kararının bozulmasına
karar verilmiştir**

Toplantı No	: 2020/017
Gündem No	: 100
Karar Tarihi	: 10.04.2020
Karar No	: 2020/MK-82

BASVURU SAHİBİ:

Orak Altyapı San. Ve Tic. A.Ş. – Nil Yapı Malzemeleri ve İnşaat Tic. A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları Genel Müdürlüğü 5. Bölge Müdürlüğü

BASVURUYA KONULU İHALE:

2018/658465 İhale Kayıt Numaralı "Tarsus-Adana-Gantep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – Gantep Doğu Kavş. (302+065), Gantep Doğu Kavş. (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında Ve Gantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin Ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/658465 ihale kayıt numaralı "Tarsus-Adana-Gantep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – G.antep Doğu Kavş. (302+065), Gantep Doğu Kavş. (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında Ve Gantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak, Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. – Nil Yapı Malzemeleri ve İnşaat Tic. A.Ş. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 08.05.2019 tarihli ve 2019/UY.I-582 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararına karşı açılan davada Ankara 15. İdare Mahkemesi tarafından verilen 04.10.2019 tarihli ve E:2019/1179/, K: K:2019/1510 sayılı kararda "davanın reddine" karar verilmesi üzerine davacı Orak Altyapı

Sanayi ve Ticaret A.Ş.- Nil Yapı Malzemeleri İnşaat Ticaret A.Ş. İş Ortaklığı tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 10.02.2020 tarih ve E:2019/4279, K:2020/308 sayılı

kararında "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında, "İdareler, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği,

Kamuyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." kuralına yer verilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un "Bütün tekliflerin

reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39. maddesinde, "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi hâlinde bu durum

bütün isteklere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklerin talepte bulunması hâlinde, ihalenin iptal edilme gerekliliğini

talep eden isteklere bildirir." kuralı yer almıştır. Anılan Kanun'un "İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesinde, 37 ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik

açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı, ihale komisyonunun gereçleri kararını belirleyerek ihale yetkilisinin onayına sunacağı, kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanlarının,

teklif edilen bedellerin, ihalenin tarihinin ve hangi istekli üzerine hangi gereçlerle yapıldığının, ihale yapılmamış ise nedenlerinin belirtileceği, ihale yetkilisinin, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü

içinde ihale kararını onaylayacağı veya gereğini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, ihalenin; kararın onaylanması hâlinde geçerli, iptal edilmesi hâlinde ise hükümsüz sayılacağı kurala bağlanmıştır.

Aktarılan kanunî düzenlemelere göre, ihale komisyonunca alınacak kararlarda ve bu kararların ihale yetkilisince onaylanmasında kamu yararı ve hizmet gerekliliği doğrultusunda takdir gerekliliği kullanılması gerektiği

açık olup, bu yetki kullanılırken hukuken geçerli seçenekler arasında tercihte bulunulması ve işlemin yapılıp yapılmaması noktasında makûl ve mesrû sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. İhale

işlemleri bakımından takdir yetkilisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ihale ilkelerinin gözlemlenmesi gerektiği gibi, idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idari istikrar gibi

ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen ve idarelerin yapacağı ihalelerde sağlamakla sorumlu olduğu rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve

kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin sağlanmaması durumunda ihalenin iptal edilebileceği açıktır. Süresi 1200 gün olan birim fiyat teklif usulünün uygulandığı üstyapı onarımına ilişkin uyuşmazlığa konu

ihalede 103 adet ihale dokümanı satın alındığı, ihaleye 34 teklif verildiği, yaklaşık maliyetin 417.663.743,00-TL olarak belirlendiği, davacılar tarafından ise 226.221.065,00-TL teklifte bulunduğu, buna göre

davacılar tarafından 191.442.678,00-TL tutarında (%45,8) kıyım yapıldığı, iptal edilen ihale konusu projenin ihaleye çıkılmadan önce fizibilite, etüt çalışmaları ve analizlerinin yapıldığı, idarece iptal edilen

yapım işine ilişkin olarak daha önce 07/05/2018, 09/05/2018 ve 28/06/2018 tarihli üç adet raporun alındığı, ihalenin idarece iptaline dayanak olarak gösterilen 03/04/2019 tarihli raporun sonuç ve öneriler kısmında

"İdarenin görüşü doğrultusunda ve trafik hacminin artması sebebi ile aşınma yenilenmesi yapılması halinde; mevcut 5 cm aşınma kazısı sonrası; 6 cm takviye binder + 4 cm TMA aşınma olacak şekilde teşkil edilecektir."

ve "Yeniden yapım olarak belirlenmiş olan kesimlerde aşağıda belirtilen üstyapı tabaka kalınlıkları uygulanmalıdır. Üst yapı 15 cm plentmiks alttemel, 20 cm plentmiks temel, 16 cm Bitümlü temel, 12 cm Binder, 4 cm

TMA aşınma olacak şekilde teşkil edilecektir." ibarelerine yer verilmiştir. Diğer taraftan, kesinleşen ihale dokümanına göre, üst yapı kaplama kalınlıklarının uygulamada değişmesi veya idarece istenilmesi hâlinde

belirlenen katsayılar ile çarpılarak fiyatlandırılacağı ve bu çerçevede üstyapı kalınlıklarının değişmesi gibi nedenlerle idare tarafından öngörülmemeyen imalatların ortaya çıkması durumunda bu kalemlerin ihale

üzerinde kalan ve kendisi ile sözleşme imzalanan yüklenicinin sorumluluğunda olduğu, idarenin bu gerekliliğinin ihalenin iptalini gerektirecek bir nitelik taşımadığı; öte yandan, 4735 sayılı Kamu

İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesi gereğince, yeni imalatların proje değişikliği ve iş artışı kapsamında yapılmasının mümkün olduğu, idarece fazladan yapılacağı belirtilen bu imalatların, %20 iş artışı oranını

geçeceği varsayımına dayandığı, proje kapsamında belirlenen işlerin tamamına ihtiyaç duyulup duyulmayacağına, dolayısıyla sözleşme konusu tutarın aşılıp aşılmayacağına da bu aşamada belli olmadığı, yüklenicinin

sözleşme kapsamında ortaya çıkacak iş ve bunun gerçekleştirilmesi sonucunda hak ediş esasına göre ödeme yapılacağı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, teklifler açılıp isteklilerin teklifleri görüldükten ve aradan yaklaşık 2,5 ay geçtikten sonra ihalenin karara bağlanması aşamasında hukuken geçerli kabul edilebilecek somut gereçler ortaya konulmadan

tesis edilen ihalenin iptali işlemine karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk görülmemiştir. Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki

isabet bulunmamaktadır." gereğince işin yürütülmesinin Mahkeme kararının bozulmasına 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 hükmü bağlanmıştır.

Ayrıca, 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 eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hükmü 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 Kurulunun 08.05.2019 tarihli ve 2019/UY.I-582 sayılı kararının iptaline,

2. Anılan Mahkeme kararında belirtilen gereçler doğrultusunda, idarenin ihalenin iptali kararının iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.