

2886 sayılı Kanunun 2'nci maddesinde öngörülen ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle sözleşmenin tescilinin mümkün olmadığı hk.

Kararın Çeşidi : Daireler Kurulu Kararı

Kararın Konusu: Sözleşme Tescili ile İlgili Kararlar

Kararın Numarası : 1094/1

Kararın Tarihi : 19.06.2002 ÖZET: İhalede, bazı firmalara düşük puan verilerek yeterlik belgesi alamamalarına neden olunması, bazı firmalara da yüksek puan vererek yeterlik belgesi almalarının sağlanması ve 2001 yılı Kriterleri Tebliği hükümlerine aykırı olarak bunların gerekçelerinin belirtilmemesi, 2886 sayılı Kanunun 2'nci maddesinde öngörülen ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle sözleşmenin tescilinin mümkün olmadığı hk.....Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile MüteahhitLtd. Şti. arasında bağitlanan keşif bedelli “..... Mezarlığı Parselasyonu ve Mezarlık İçi Yol, Tretuvar ve Lahit Mezar Yapım İşİ”ne ilişkin sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine konu 2.Dairede görüşölüp red kararı verilmiş olup, Dairesince bu karara itiraz edilerek konunun Daireler Kurulunda görüşölerek sözleşmenin tescili talep edilmiştir.

Dosya üzerinde yapılan incelemede;

..... Büyükşehir Belediye Başkanlığınca “Ümraniye Hekimbaşı Mezarlığı Parselasyonu ile Mezarlık İçi Yol, Tretuvar ve Lahit Mezar Yapım” işinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 36'ncı

maddesi hükmü uyarınca kapalı teklif usulü ile ihaleye çıkarıldığı, ihaleye 73 firmanın katıldığı, 24.05.2001 tarihinde yapılan ihaleye teklifleri değerlendirmeye alınarak ihaleye katılmaya hak kazanan 39 firma arasından en uygun teklifi veren Ltd. Şti.'ne %35,95 tenzilatla ve TL bedelle işin ihale edildiği anlaşılmıştır.

Bu konuda 2'nci Dairece verilip red işlemine esas tutulan kararda özetle;

Söz konusu işe ait yeterlik komisyonunun; ihaleye girecek isteklilerin durumlarını değerlendirmesi sırasında; 2001 Yılında Girişilecek Yapım İhalelerinde Uygun Bedelin Tercihinde Kullanılacak Kriterler Hakkında Tebliğin 3'üncü maddesinde "Yeterlik Komisyonları, ihaleye katılmaya hak kazanamayanlar için gerekçe göstermek ve bunları kararlarında belirtmek zorundadırlar." şeklinde yer alan hükme rağmen mali ve teknik durumu iyi olan, halen taahhüdündeki iş miktarından, iş deneyimi ve yapmış olduğu benzer işlerden tam puan alan isteklilere, iş durumu ve tutumu faktöründen 0,1 veya 2 puan verilmek suretiyle yeterlik belgesi alamamalarına neden olunması, bunun aksine mali gücü en zayıf olan, iş deneyimi daha az olan bazı firmalara da daha yüksek puan verilerek yeterlik belgesi almalarının sağlanması ve 2001 yılı Kriterleri Tebliği hükümlerine aykırı olarak bunların açıklayıcı gerekçelerinin de belirtilmemesi, 2886 sayılı kanunun 2'nci maddesindeki, "ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır" ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden sözleşmenin tescilinin mümkün olmadığına, karar verilmiştir.

Bu tespitlerden sonra yapılan görüşmeler sırasında söz alan Üye'ın; ihalesi 24.05.2001 tarihinde gerçekleştirilen sözleşme, 05.07.2001 tarihinde noterlikçe tasdik edildikten sonra tescil için Sayıştaya gönderilmiştir. Sözleşmenin incelenmesinden sonra, 832 sayılı Sayıştay Kanununun 1260 sayılı Kanunla değişik 32'nci maddesi uyarınca mevzuata uygun bulunmayan konuların açıklanması 13.07.2001 tarih ve 01/1142 sayılı yazıyla istenmiş, Büyükşehir Belediye

Başkanlığının 25.07.2001 tarih ve 377/1875 sayılı cevabi yazısına binaen denetçisinin yazdığı müzekkere üzerine, 2'nci Dairece verilen 17.8.2001 tarih ve D:2/2001-7155/11142 sayılı Kararla Büyükşehir Belediyesinin açıklamaları yeterli görülmemeyerek sözleşme tescil edilmemiştir. Bundan sonra Büyükşehir Belediyesi yaklaşık 10 ay geçtikten sonra 06.06.2002 tarihli itiraz dilekçesiyle sözleşmenin Daireler Kurulunda görüşülerek karara bağlanmasını talep etmektedir.

832 sayılı Sayıştay Kanununun 30'uncu maddesinde sözleşmelerin bağıt tarihinden itibaren üç gün içinde tescil için Sayıştaya gönderilme zorunluluğu getirilmiş ve aynı Kanunun değişik 37'nci maddesine göre de Sayıştaya tescil için gönderilen sözleşmelerin inceleme süresinin en çok 15 gün olabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine aynı Kanunun değişik 32'nci maddesinde ise vize ve tescilde uygulanacak usul belirtilmekle birlikte tescil edilmeme hallerinde yapılacak itirazların sürelerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu çerçevede, söz konusu 32'nci maddeyle düzenlemesi yapılan itiraz hakkı, kanuni bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanılmasında süre yönünden her hangi bir kayıt bulunmaması bu hakkın kullanılmasının sınırsız olduğu anlamına gelmemelidir. Sözleşmelerin incelenmesinde belirlenen sürelerin son derece sınırlı tutulduğu bir yerde itiraz süresinin de makul bir süreyi aşmaması objektif hukukun gereğidir.

Sayıştayın 832 sayılı Sayıştay Kanununun 32'nci maddesinde belirlenen usullere göre sözleşmeleri tescil için incelemesi, idari nitelikte bir karardır. Anılan maddede itiraz sürelerine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte idari tasarruflarda itiraz süresi 60 gündür. İlgili Dairenin itiraz dilekçesinden de anlaşılacağı üzere 10 ay gibi uzun bir zaman geçtikten sonra Daireler Kuruluna tescil için talepte bulunmaktadır. Bu süre yukarıda belirttiğimiz gibi makul olmaktan uzak olup bu nedenle sözleşmenin usulden reddi gerekir, şeklindeki önerisi üzerine yapılan görüşmeler

sonucunda;

Sayıştay Daireler Kurulunun sözleşmeleri red veya tescil yönünden incelemesi idari nitelikte kararlar olmakla birlikte bu kararlar nevi şahsına münhasır olup, düzenlemesi 832 sayılı Sayıştay Kanununun 32'nci maddesiyle yapılmıştır. Bu maddede belirtilen hallerde sözleşmelerin tescil edilmemesi halinde yapılacak itirazlara ilişkin sürelerle ilgili bir kayıt bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, 832 sayılı Kanunun bahse konu 32'nci maddesi hükmü uyarınca, sözleşmeyle ilgili itirazın geç yapılmasının sözleşmenin incelenmesine engel olmadığına, çoğunlukla,

Karar verildikten sonra söz alan Üye'ın; ihale konusu işin 2001 yılı ödeneği 1.062.500.000.000 Lira, 2002 yılı ödeneği ise 643.500.000.000 Liradır. Sözleşmenin Dairece reddedilmesinden sonra İdarenin sözleşmenin Daireler Kurulunda tekrar görüşülmesini isteme hakkını çok geç kullanması sonucu 2001 yılında işe fiilen başlama imkanı kalmamıştır. Bu durumda 2001 yılı için öngörülen ödeneğin kullanılma olanağı da ortadan kalktığından 2002 yılı için öngörülen ödenek miktarıyla söz konusu işin gerçekleştirilme olanağı hiç yoktur. Sözleşme dosyası eklerinde 2002 yılı ve müteakip yıllar için yeterli ödenek konulduğuna dair bir kayıt da bulunmamaktadır. Hal böyle olunca mevcut ödenek revize edilmedikçe sözleşmenin reddi gerekir, şeklindeki önerisi üzerine yapılan görüşmeler sonucunda;

İhale konusu işin süresi 400 gün olup, iş başladığı tarih ne olursa olsun yıllara sari niteliktedir. Öte yandan Belediye Bütçe ve Muhasebe Usulü Tüzüğü'nün "Gelecek Yıllara Geçici Yüklenme" başlıklı 23'üncü maddesinde belediyelerin, yapım işlerinde yılları bütçelerindeki ödeneklerin yarısını geçmemek üzere ve meclis kararıyla gelecek yıllara geçici yüklenmelere girebilecekleri;

"Gelecek Yılları Kapsayan Yüklenmelere Girişilmesi" başlıklı 24'üncü maddesinde de birden çok takvim yılına sirayet eden

büyük inşaat ve imalatlar için yüklenmelere girişilmesinin, harcanacak miktarın yılları bütçesine konulmak ve bu inşaat ve imalatların miktar ve niteliğinin bütçe kararnamesinde belirtilmek suretiyle belediye meclisince izin verilmesine bağlı olduğu, hüküm altına alınmıştır.

Madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere belediyeler yılları bütçelerine gerekli ödeneği koymadıkça ve meclislerinden de anılan izni almadıkça gelecek yıllara geçici yüklenmelere girişemeyeceklerinden ve bu konunun da sözleşmenin tescil yönünden incelenmesiyle doğrudan ilgisi bulunmadığından sözleşmenin esasa geçilerek görüşülebileceğine, çoğunlukla,

Karar verildikten sonra esasa geçilerek yapılan görüşmeler sonucunda;

2001 Yılında Girişilecek Yapım İhalelerinde Uygun Bedelin Tercihinde Kullanılacak Kriterler Hakkında Tebliğin 3'üncü maddesinde;

"Alt Sınır Puanı 75 puandır. Ancak özel önemi olan işlerde alt sınır puanı, ilgili veya bağlı bulunulan Bakan olur'u ile 95 puana kadar arttırılabilir. Belirlenen alt sınır puanı şartnamede gösterilir." hükmü yer almaktadır.

Büyükşehir Belediye Başkanından,

".....arazinin engebeli olması, eğimli olması, arazide dik boğazların bulunması nedeni ile parselasyon çalışmaları esnasında mezarlık adaları oluşturulurken, arazide kademeli olarak set inşası gerekmektedir.

Bunun için belli hesaba ve yönteme göre istinat, ihata duvarları yapılarak arazinin ıslahı gerekmektedir.

Bu nedenle benzer imalat konusunda deneyim gerekmektedir. Özel önemi ve niteliği olan pilot uygulamasının şartnamesinde belirtilen alt sınır puanının (93) doksanüç olarak belirlenmesi olurlarınıza arz ederim."

denilerek 22/3/2001 tarihinde olur alınmış ve alt sınır puanı 93 olarak tespit edilmiştir.

Ancak İhale konusu iş incelendiğinde istinat, ihata ve lahit mezar yapımına ilişkin olup, özelliği gerektirecek bir inşaat niteliğinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda kriterlere ilişkin Tebliğ hükümleri gereğince alt sınır puanının 93 olmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.

Yeterlik Belgesi Komisyonunun, isteklilerin değerlendirildiği kriterlerin her birine ait puan miktarları ise,

“ A- İnşaatı süresinde bitirebilme durumu 40 puan

a- Kullanılmamış nakit kredisi 16 puan,

b- Kullanılmamış teminat kredisi 12 puan,

c- Halen taahhüdündeki iş miktarı 12 puan.

B- İş Deneyimi 60 puan

a- İsteklinin faaliyet süresi 6 puan,

b- Yapmış olduğu benzer işler 45 puan,

c- İş durumu ve tutumu 9 puan.”

şeklindedir.

Kriterlerin her biri için öngörülen bu puanlara göre, faaliyet süresi 10 yıldan fazla olan bir firma “iş durumu ve tutumu” için öngörülen 9 puan hesaba katılmadan, bütün kriterlerden tam puan aldığı takdirde alabileceği en yüksek puan 91 olmaktadır. Bu durumda isteklilerin yeterlik alabilmeleri için iş durumu ve tutumundan alacakları puan önem arz etmektedir. Yeterlik komisyonu kararında firmalar itibariyle gösterilen puanlara esas teşkil eden puanlamaları gösterir ayrıntılı cetvelde, iş durumu ve tutumu bölümünde firmalara 0-8 arası puanlar verilmiştir. İdarenin takdir hakkını kullandığı bu uygulamada bu puanlama nedeniyle diğer puanları toplamı son

derece iyi olan firmaların bazıları ihale dışı kalırken, diğer puanları yeterince iyi olmayan bazı firmalar ise bu sayede ihaleye katılmaya hak kazanmıştır. Ancak idare bu puanlamayı yaparken yeterli açıklamaları da sunmamıştır. Halbuki; 2001/1 Sıra No.lu Devlet İhaleleri Genelgesinin II/A bölümünün “Yeterlik Belgesi Komisyonları” başlıklı 8’inci maddesinde;

“Yeterlik komisyonlarının eleme nedenleri, ayrıntılı ve açıkça anlaşılır biçimde karara yazılmalı, dayanağı belgeler de vize dosyalarına konulmalıdır.”, “Yeterlik komisyonları, objektif olarak değerlendirmelerini anılan Tebliğde belirtilen kriterlere dayandırmak ve bu kriterlere göre durumu uygun olan isteklilere yeterlik vermek zorundadır. Kararlarda yeterlik verilmeme gerekçelerinin açık ve ayrıntılı olarak belirtilmesi, belgelerin usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle yeterlik verilmemiş ise usulüne uygun bulunmayan belgelerin onaylı birer örneklerinin ihale işlem dosyalarına konularak Bakanlığımıza gönderilmesi gerekmektedir.” hükümleri yer almaktadır.

Ayrıca, 2001 yılında Girişilecek Yapım İhalelerinde Uygun Bedelin Tercihinde Kullanılacak Kriterler Hakkında Tebliğin 3’üncü maddesinde; “Yeterlik komisyonları, ihaleye katılmaya hak kazanamayanlar için gerekçe göstermek ve bunları kararlarında belirtmek zorundadırlar. Gerekçeye esas belgelerin onaylı örnekleri, ihale işlem dosyasında korunur.” denilmekte,

Yine aynı Tebliğin 3’üncü maddesinin “İş durumu ve tutumu: 15 puan” başlıklı 3’üncü alt bendinde de;

“İsteklinin iş durumu ve tutumu, genel durumuna bağlı olarak, gerekçesi belirtilmek suretiyle, bu kritere ayrılan puanın %0 ile %100’ü arasında bir oranla idarelerce değerlendirilir.” hükmüne yer verilmektedir.

Bu hükümlerle amaçlanan, ihaleye katılacakların yeterli olup olmadıklarının tespitinde, mümkün olduğunca objektif

kriterleri ortaya koymak ve subjektif uygulamalara mahal vermemektedir. Bu durumda yeterliğin tespitinde, idarenin takdir hakkını kullanırken Tebliğle öngörülen kriterlerin bertaraf edilmemesi beklenir. Halbuki ihale konusu olayda kriterlerin tamı tamına uygulanması halinde mali ve teknik durumu iyi olan bir firmanın ham puanı 91 puanı aşmamaktadır. İhalede yeterlik puanı 93 olduğuna göre bir isteklinin ihaleyi üstlenmede yeterliğinin tespitinde idarenin takdir hakkı esas olmaktadır. Diğer bir deyişle bir firmanın yeterliğinin tespitinde idarenin takdir hakkına taalluk eden kısım, isteklinin ihaleye girip girememesini belirleyebilmektedir. Durum böyle bile olsa İdare, isteklinin yeterli olup olmadığını tespit ederken objektif kriterleri esas almalı, ayrıca da bunu açıklamalıdır. Nitekim yukarıda ilgili hükümlerinin yer aldığı 2001 yılı Devlet İhaleleri Genelgesinin II/A Bölümü 8'inci maddesinde yeterlik komisyonlarının eleme nedenlerinin ayrıntılı ve açık olması öngörülmüş ve bunlara ilişkin belgelerin vize dosyalarına konulması hüküm altına alınmış; yine 2001 yılında Girişilecek Yapım İhalelerinde Uygun Bedelin Tercihinde Kullanılacak Kriterler Hakkında Tebliğ'in 3'üncü maddesinde, yeterlik komisyonlarının, ihaleye katılmaya hak kazanamayanlar için gerekçe göstermek ve bunları kararlarında belirtmek zorunda oldukları ve gerekçeye esas belgelerin onaylı örneklerinin ihale işlem dosyasında korunacağı belirtilerek ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanmasının temininde yeterlik belgesi verilmemesine ilişkin gerekçelerin önemi vurgulanmıştır. Hal böyle olunca idarenin takdir hakkını kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uygun hareket ettiğinin en önemli göstergesi sayılan bu gerekçelerin sunulması, ihalenin rekabete açık ve anlaşılır olmasının temini için bir zorunluluktur. Bu bağlamda Yeterlik Belge Komisyonu Kararında görüleceği üzere yeterlik verilmeyen firmalarla ilgili olarak "alt sınırın altında kaldığı için yeterlik verilmedi" şeklindeki ifadeyi açık ve ayrıntılı bir gerekçe kabul etmek mümkün değildir. Komisyonu bu sonuca götüren ise, puanlamaların yapıldığı ayrıntı cetvelleridir. Ancak yukarıda

da belirttiğimiz gibi idarenin takdir hakkına taalluk eden bu kısım, bazı firmaların ihale dışı kalmasına neden olurken bazısının da ihaleye girmesini sağlamış, üstelik bu puanlamanın neye göre yapıldığına ilişkin olarak firmalar itibariyle açıklamaya da yer verilmemiştir.

34 firmanın elendiği ihaleyle ilgili olarak itiraz dilekçesinde ise “.....çeşitli sebeplerden dolayı alt sınır puanının altında kalan bazı isteklilere yeterlik verilmemiş olması, bunun sebepsiz olduğunu göstermez, hepsinin makul sebepleri vardır.” denilmekle birlikte sadece 13 firmaya ilişkin açıklama getirilmiş, bu firmalardan iki tanesinin daha önce yaptıkları işlerde gerekli ihtimam ve özeni göstermediklerine ilişkin açıklayıcı belgeler gönderilmiştir. Diğer 11 firmanın ise taahhüt durum bildirisini vermedikleri ya da üzerlerindeki işleri beyan etmedikleri belirtilmiştir. Ancak söz konusu taahhüt durum bildirisi ihaleye hiç alınmamayı gerektiren belge niteliğindedir. Diğer bir deyişle bu belgeyi ibraz etmeyen isteklilerin yeterlik belge komisyonunca yapılan puanlamada hiç dikkate alınmamaları gerekirdi.

Sonuç olarak anılan ihalede, bazı firmalara düşük puan vererek yeterlik belgesi alamamasına neden olunması, bazı firmalara da yüksek puan vererek yeterlik belgesi almasının sağlanması ve 2001 yılı Kriterleri Tebliği hükümlerine aykırı olarak bunların gerekçelerinin belirtilmemesi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 2’nci maddesinde öngörülen ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden sözleşmenin tescilinin mümkün bulunmadığına, çoğunlukla;

Karar verildi.