

idare tarafından bu gider
yaklaşık maliyet hesabında
dahil edilmedi ise yaklaşık
maliyetin eksik hesaplandığı
hk

Toplantı No	: 2020/055
Gündem No	: 57
Karar Tarihi	: 08.12.2020
Karar No	: 2020/MK-306

BASVURU SAHİBİ:

Ak Grup Sosyal Hizmetler Gıda Temizlik Ve İnşaat Sanayi Ticaret Limited Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Bölge Müdürlüğü-1.Bölge İstanbul Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Karayolları Genel Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2019/520675 İhale Kayıt Numaralı "Karayolları 1 Bölge Müdürlüğü İstanbul(Çamlıca) – Düzce(Gümüşova) Arasındaki Otoyol Bakım İşletme Şefliklerinin İhtiyacı Olan Sürücüsü Dahil Küçük Kurtarıcı Ve Kamyonetler İle Sürücüsü Ve Yardımcısı Dahil Vinçli Kamyonların Çalıştırılması" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 1. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/520675 ihale kayıt numaralı "Karayolları 1. Bölge Müdürlüğü İstanbul(Çamlıca) – Düzce(Gümüşova) Arasındaki Otoyol Bakım İşletme Şefliklerinin İhtiyacı Olan Sürücüsü Dahil Küçük Kurtarıcı ve Yardımcısı Dahil Vinçli Kamyonların Çalıştırılması" ihalesine ilişkin olarak Ak Grup Sosyal Hizmetler Gıda Tem. ve İnş. San. Tic. Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 26.12.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1757 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazden şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Ak Grup Sosyal Hizmetler Gıda Tem. ve İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 18.03.2020 tarihli ve E:2020/261, K:2020/646 sayılı kararında itirazden şikâyet başvurusunun birinci iddiasına yönelik olarak "...ihalelere ilişkin İdari veya Teknik Şartnamelerde çalıştırılacak personelin İş Kanunu'nı aykırı olarak günlük 11 saati aşacak şekilde çalışma yapacağına dair düzenlemelerin yapılamayacağı, dava konusu ihalede 12 saatlik ekip çalışmasıdır her ekipte 1 adet sürücü çalıştırılmasının öngörüldüğü, dolayısıyla anılan sürücünün İş Kanunu'nda belirtilen günlük en çok 11 saat çalışma süresini aşacağı, aşan süreye ilişkin her türlü mesai ve diğer kanuni alacakların yükleniciye ait olacağı belirtilmesinin hukuka uygun olmadığı kanaatine varıldığından, davalı idarece itirazden şikâyet başvurusunun birinci iddiasının ihale dokümanında yer alan düzenlemelerin ihale konusu işte çıkışacak personelin günlük çalışma süresinin İş Kanunu'nda belirtilen günlük 11 saatlik yasal sınırı aşacak şekilde düzenlendiği, bir işçiyi yılda 270 saatten fazla mesai yaptırılmayacağı ve haftalık çalışma saatinin 45 saati geçmeyeceği" kısmı yönünden şikâyetin reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır gerekçesiyle kararın ilgili kısmının iptaline,

İtirazen şikâyet başvurusunda yer alan beşinci iddianın makine teknikeri giderine ilişkin olarak "yaklaşık maliyet hesabında idare tarafından gider olarak öngörülmedi ise de yaklaşık maliyet hesabının eksik yapıldığı" kısmı yönünden ise, "...4734 sayılı Kanun ile ihale işlemlerinde, başvuru ehliyetine ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği ve bu kapsamda sadece aday, istekli veya istekli olabileceklerin, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı ya da zarara uğranılmasının muhtemel olduğu iddiasıyla şikâyet ve itirazden şikâyet başvurularında bulunabileceği anlaşıldığı bu bakımdan şikâyet ve itirazden şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri ihalelere teklif veren veya ön yeterlik için başvuran gerçek ve tüzel kişilerle sınırlandırmanın Kanun'un belirtilen hükümlerinin amacına uygun bulunmadığı, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday ve istektilerinin yanında, doküman satın almak sureti ile ihale sürecine katılma istek ve kullanma hakları bulunduğu açık olduğu, bu durumda, dava konusu ihaleye teklif sunmakla birlikte, ihale dokümanının satın alan ve ihale konusu alanda faaliyette bulunan davacı şirketin istekli olabilecekler arasında bulunduğu, doküman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş olan davacının ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia ederek ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakkının bulunduğu açık olduğu, her ne kadar şikâyet tarihi itibarıyla davacının yaklaşık maliyeti bilmediği sabit olsa da dava konusu ihaleye katılım iradesi gösteren davacının teklif sunması durumunda söz konusu iddiası yönünden zarara uğramasının muhtemel olduğu, mevzuatın da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekli olabileceklerin ihalelere yönelik başvurma hakkını kullanabileceğini öngörmesi karşısında, davalı idarece itirazden şikâyet başvurusunda beşinci iddiasının bu kısmı bakımından reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle beşinci iddianın ilgili kısmının iptaline,

İtirazen şikâyet başvurusunda yer alan altıncı iddianın köprü ücretleri ve otoyol geçiş ücretlerinin giderleri ile ilgili olarak "idare tarafından bu gider yaklaşık maliyet hesabında dahil edilmedi ise yaklaşık maliyetin eksik hesaplandığı" kısmı yönünden ise, "...4734 sayılı Kanun ile ihale işlemlerinde, başvuru ehliyetine ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği ve bu kapsamda sadece aday, istekli veya istekli olabileceklerin, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı ya da zarara uğranılmasının muhtemel olduğu iddiasıyla şikâyet ve itirazden şikâyet başvurularında bulunabileceği anlaşıldığı bu bakımdan şikâyet ve itirazden şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri ihalelere teklif veren veya ön yeterlik için başvuran gerçek ve tüzel kişilerle sınırlandırmanın Kanun'un belirtilen hükümlerinin amacına uygun bulunmadığı, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday ve istektilerinin yanında, doküman satın almak sureti ile ihale sürecine katılma istek ve kullanma hakları bulunduğu açık olduğu, bu durumda, dava konusu ihaleye teklif sunmakla birlikte, ihale dokümanının satın alan ve ihale konusu alanda faaliyette bulunan davacı şirketin istekli olabilecekler arasında bulunduğu, doküman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş olan davacının ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia ederek ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakkının bulunduğu açık olduğu, her ne kadar şikâyet tarihi itibarıyla davacının yaklaşık maliyeti bilmediği sabit olsa da dava konusu ihaleye katılım iradesi gösteren davacının teklif sunması durumunda söz konusu iddiası yönünden zarara uğramasının muhtemel olduğu, mevzuatın da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekli olabileceklerin ihalelere yönelik başvurma hakkını kullanabileceğini öngörmesi karşısında, davalı idarece itirazden şikâyet başvurusunda altıncı iddiasının bu kısmı bakımından reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle altıncı iddianın ilgili kısmının iptaline,

İtirazen şikâyet başvurusunda yer alan yedinci iddiaya ilişkin olarak "...ihale dokümanında akıllı telefon ve en az 4 GB internete sahip mobil hat istenmekle birlikte, kaç adet istendiğinin sayı olarak belirtilmediği, hatların kaç dakikalık konuşma süresi içermesi gerektiğine ilişkin de dokümanda bir düzenleme yapılmadığı, bu hususların istektilerin teklif fiyatlarını oluşturmada tereddüt yarattığı ve ihalelerin saydamlığı ilkesini ihlal ettiği kanaatine varıldığından, davalı idarece itirazden şikâyet başvurusunda yedinci iddia yönüyle reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle iptaline,

İtirazen şikâyet başvurusunda yer alan onbirinci iddiaya ilişkin olarak "...4734 sayılı Kanun ile ihale işlemlerinde, başvuru ehliyetine ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği ve bu kapsamda sadece aday, istekli veya istekli olabileceklerin, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı ya da zarara uğranılmasının muhtemel olduğu iddiasıyla şikâyet ve itirazden şikâyet başvurularında bulunabileceği anlaşıldığı bu bakımdan şikâyet ve itirazden şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri ihalelere teklif veren veya ön yeterlik için başvuran gerçek ve tüzel kişilerle sınırlandırmanın Kanun'un belirtilen hükümlerinin amacına uygun bulunmadığı, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday ve istektilerinin yanında, doküman satın almak sureti ile ihale sürecine katılma istek ve kullanma hakları bulunduğu açık olduğu, bu durumda, dava konusu ihaleye teklif sunmakla birlikte, ihale dokümanının satın alan ve ihale konusu alanda faaliyette bulunan davacı şirketin istekli olabilecekler arasında bulunduğu, doküman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş olan davacının ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia ederek ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakkının bulunduğu açık olduğu, her ne kadar şikâyet tarihi itibarıyla davacının yaklaşık maliyeti bilmediği sabit olsa da dava konusu ihaleye katılım iradesi gösteren davacının teklif sunması durumunda söz konusu iddiası yönünden zarara uğramasının muhtemel olduğu, mevzuatın da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekli olabileceklerin ihalelere yönelik başvurma hakkını kullanabileceğini öngörmesi karşısında, davalı idarece itirazden şikâyet başvurusunun onbirinci iddiasının bu kısmı bakımından reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle iptaline karar verildiği görülmüştür.

Anılan mahkeme kararının uygulanmasını teminen, Kamu İhale Kurulunun 17.06.2020 tarihli ve 2020/MK-134 sayılı kararı ile;

"1-Kamu İhale Kurulunun 26.12.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1757 sayılı kararının birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onbirinci iddialar ile ilgili kısmının iptaline, 2-Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda beşinci, altıncı ve onbirinci iddialar ile ilgili olarak esasın incelenmesi gerekmele birlikte, birinci, altıncı ve yedinci iddia ile ilgili olarak ihalenin iptali gerektiğinden esasın incelenmesine gerek bulunmadığına, 3- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline" karar verilmiştir.

Temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 20.10.2020 tarihli ve E:2020/1754, K:2020/2645 sayılı kararında;

"...

2. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 18/03/2020 tarih ve E:2020/261, K:2020/646 sayılı kararının 5. ve 11. iddialar ile 6. iddianın "köprü ücretleri ve otoyol geçiş ücretlerinin yaklaşık maliyet hesabında idare tarafından gider olarak öngörülmedi ise de yaklaşık maliyet hesabının eksik yapıldığı" kısmı yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmı ile davacı ve davalı lehine hükmedilen vekâlet ücretine ilişkin kısmının ONANMASINA, 3. Davalının temyiz isteminin kısmen kabulüne, 4. Temyiz konu Mahkeme kararının 1. ve 7. iddialar ile 6. iddianın "Özel Teknik Şartname'nin 8. maddesinin (h) alt bendi ile vinçli kamyonların ve kayar kasalı küçük kurtarıcının çalıştırılmasına ait Teknik Şartname'nin 6. maddesinin (b) bendinde ve birim fiyat tarifi köprü ücretleri ve otoyol geçiş ücretlerinin yükleniciye ait olduğunu belirttiği, ancak geçiş sayı ve ücretlerine yer verilmediği, araç sayıları dikkate alındığında bu hususun önemli bir maliyet kalemi olduğu" kısmı yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. Maddesi uyarınca BOZULMASINA, bu kısım yönünden DAVANIN REDDİNE..." karar verilmiştir.

Özetle, Danıştay kararında ilk derece mahkemesinin itirazden şikâyet başvurusunun ehliyet yönünden reddine ilişkin bozma kararının onandığı, ilk derece mahkemesinin bu kararının 17.06.2020 tarihli ve 2020/MK-134 sayılı karar ile uygulanarak ihalenin iptaline karar verildiği anlaşılmış, bu hususta başka bir işlem tesisine gerek bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Öte yandan, aynı kararda Danıştay Onüçüncü Dairesi tarafından, ilk derece mahkemesinin 1. ve 7. iddialar ile kısmen 6. iddia bakımından iptal kararının bozulmasına hükmedildiği görülmüştür.

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.

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 eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçmeyeceği 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 Kurulunun 17.06.2020 tarihli ve 2020/MK-134 sayılı kararının 1. ve 7. iddialara konu kısmı ile 6. iddiadaki "Özel Teknik Şartname'nin 8. maddesinin (h) alt bendi ile vinçli kamyonların ve kayar kasalı küçük kurtarıcının çalıştırılmasına ait Teknik Şartname'nin 6. maddesinin (b) bendinde ve birim fiyat tarifi köprü ücretleri ve otoyol geçiş ücretlerinin yükleniciye ait olduğunu belirtildiği, ancak geçiş sayı ve ücretlerine yer verilmediği, araç sayıları dikkate alındığında bu hususun önemli bir maliyet kalemi olduğu" şeklindeki kısmının iptaline,

2- Aynı kararın, 5. ve 11. iddia konusu kısımları ile 6. iddianın "idare tarafından bu gider yaklaşık maliyet hesabında dahil edilmedi ise yaklaşık maliyetin eksik hesaplandığı" kısmının geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.