

ihalede alt yüklenici iş deneyim belgesinde işin devamı sırasında ortaklık oranlarının değişmesi nedeniyle nevi itibarıyla verilen işin baştan sona yapılmadığının düşünüldüğü ayrıca yüklenici olarak ihalelere girerken verilen iş ortaklığı beyannamelerinde bile zorlayıcı bir sebep dışında ortaklık oranlarının değiştirilmediği düşünüldüğünde alt yükleniciler için işin devamı sırasında ortaklık oranlarının tek sözleşme üzerinden değiştirilerek alt

yüklenici iş deneyim belgesi verilebilirmi ? 1

Toplantı No	: 2021/021
Gündem No	: 16
Karar Tarihi	: 26.05.2021
Karar No	: 2021/MK-216

BAŞVURU SAHİBİ:

Refüj Organizasyon A.ş. – Atlas Maden Ürün. Otom. İnş. San. Ve Tic. Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Bölge Müdürlüğü-2.Bölge İzmir Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/337382 İhale Kayıt Numaralı “İzmir Ödemiş Beydağ Sulaması 2 Kısım Yapım İşİ” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Devlet Su İşleri 2. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/337382 ihale kayıt numaralı "İzmir Ödemiş Beydağ Sulaması 2 Kısım Yapım İşİ" ihalesine ilişkin olarak Refüj Org. A.Ş. – Atlas Maden Ürün. Otom. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 03.02.2021 tarihli ve 2021/UY.I-330 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Refüj Org. A.Ş. – Atlas Maden Ürün. Otom. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 16. İdare Mahkemesinin 24.03.2021 tarihli ve E:2021/352, K:2021/672 sayılı kararında "...Olayda, her ne kadar davacı iş ortaklığının ihaleye katılan isteklilerin tekliflerini, ihale ilanı, ihale dokümanına göre ihale tarihindeki mevzuata göre verdiği, bu nedenle ihale tarihinden sonra yürürlüğe giren Kurul'un 16.12.2020 tarihli ve 2020/DK.D-417 sayılı Kararının uyumsuzlukta uygulanması amacıyla belge talebinde bulunulmasının bağlı yetki içerisinde idari istikrar, hukuki güvenirlilik ilkelerine aykırı olduğu, kaldı ki, dayanağını yasadan alan yasaklayıcı, sınırlayıcı ya da engelleyici bir düzenleme olmadan iş deneyim belgesinin salt adi ortaklığa ait olması nedeni ile kabul edilmemesinin Anayasa 48'nci maddesinde güvence altına alınan "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti"ne aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak Kamu İhale Kurulunca yapılan inceleme sonucunda idareye şikâyet başvurusu ve sonrasında Kuruma yapılan itirazın şikâyet başvuru tarihi itibarıyla ihale komisyonu tarafından alınmış kesinleşen ihale komisyonu kararı bulunmadığı, başvuru sahibinin iddia konuları ile ilgili olarak idare tarafından 4734 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesi uyarınca tesis edilmiş kesin ve icrai nitelikte bir işlem bulunmadığı ve idareye yürütülmesi zorunlu bir idari işlem tesis edilmeden idareye (08.01.2021) ve Kuruma (19.01.2021) başvuruda bulunulduğu, dolayısıyla bu aşamada şikâyetle konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem bulunmaksızın yapılan başvurunun anılan Kanun'un 53'üncü maddesi çerçevesinde Kurumun görev alanında bulunmadığı gerekçesiyle başvurusu sahibinin söz konusu iddialarının 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince görev yönünden reddine karar verildiği görülmekte ise de, 4734 sayılı Kanun'un "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54'üncü maddesinde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli ve istekli olabileceklerin anılan Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceğinin düzenlendiği, mevzuatta sadece kesinleşen ihale kararına karşı şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceğine dair kısıtlayıcı/yasaklayıcı bir düzenlemenin bulunmadığı, davacı tarafından yapılan şikâyet başvurusu üzerine ilgili idarece anılan başvurunun "Kamu İhale Kurulu'nun 25/11/2020 tarihli ve 2020/UY.I-1948 sayılı kararı üzerine ihale sürecine geri döndüğü, ihale süreci devam etmekte olan bir işte verilen tüm belgelerin geçerli olup olmadığının kontrolünün ihale komisyonunun sorumluluğunda olduğu, bu sebeple iş ortaklığına verilen alt yüklenici iş deneyim belgesinin yapılan itirazlar üzerine geçerli bir belge olup olmadığının kontrol edilmesi gerektiği, söz konusu belge incelendiğinde bu belgenin Atlas+HNT iş ortaklığına verildiği ve işin yapımı sürecinde, iş ortaklığının taraflarının ortaklık oranlarının değiştiğinin görüldüğü, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin 47/3 maddesi dikkate alındığında alt yüklenici iş deneyim belgesinde işin devamı sırasında ortaklık oranlarının değişmesi nedeniyle, nevi itibarıyla verilen işin baştan sona yapılmadığının düşünüldüğü, ayrıca yüklenici olarak ihalelere girerken verilen iş ortaklığı beyannamelerinde bile zorlayıcı bir sebep dışında ortaklık oranlarının değiştirilmediği düşünüldüğünde, alt yükleniciler için işin devamı sırasında ortaklık oranlarının tek sözleşme üzerinden değiştirilerek, alt yüklenici iş deneyim belgesi verilmesinin de mevzuata aykırı olduğu sonucunun çıktığı, diğer yandan Kamu İhale Kurulu'nun 16/12/2020 tarihli ve 2020/DK.D-417 sayılı kararının alt yüklenici iş ortaklıklarına verilen iş deneyim belgelerinin geçersiz olduğuna ilişkin olduğu, söz konusu Kurul kararının geçmişe yönelik bir karar olmadığı, mevzuatın hatalı yorumlanması ile geçmişten beri düzenlenmiş olan belgelerin muteber belge olmadığını açıkladığı, bu nedenle ihale tarihinden sonra yürürlüğe giren anılan kararın uygulanmasının da mümkün olduğunun değerlendirildiği, şikâyet dilekçesinde belirtilen konuda hukuka aykırılık bulunmadığı" belirtilerek 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 11. fıkrasının (c) bendi ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin (c) bendi gereğince reddedildiği, bir başka deyişle Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 2. Bölge Müdürlüğü'nce söz konusu başvuruda yer alan iddiaların esaslı incelenerek davacı tarafından belirtilen konularda hukuka aykırılık bulunmadığına karar verildiği hususları dikkate alındığında davalı idarece anılan iddiaların esasının incelenmesi gerektiği, aksinin kabulünün Kanun'da zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen itirazın şikâyet başvurusunun işlevini yerine getiremeyen bir kurum olmasına ve kişilerin hak arama hürriyetinin kullanılmasının zorlaştırılmasına sebebiyet vereceği sonucuna varıldığından, dava konusu Kurul kararında bu iddia yönünden esasa girilmesi gerekirken görev yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." gerekçesiyle dava konusu işlemin kısmen iptaline 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 hükme 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 geçemeyeceği 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 03.02.2021 tarihli ve 2021/UY.I-330 sayılı kararında başvuru sahibin iddialarının görev yönünden reddedilen kısmına ilişkin değerlendirmelerin iptaline,
- 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin iddialarının görev yönünden reddedilen kısmının esasının incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.