

ihaleyi yapan idarenin iş tamamlanmadan sözleşmenin tasfiye edilme riskini azaltmak için bu düzenlemeyi yaptığı, bu hâliyle de etkinlik, verimlilik ve teknik değer kriterlerinin sağlandığı görüldüğünden, bu iddiaya ilişkin itirazen şikâyet başvurusunun reddine dair Kurul kararında hukuka aykırılık, söz konusu Kurul kararının anılan iddiaya ilişkin kısmının iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararının bu kısmında ise hukukî isabet bulunmamaktadır (Danıştay Kararlı)

Gündem No	: 47
Karar Tarihi	: 16.03.2022
Karar No	: 2022/MK-93

<u>BAŞVURU SAHİBİ:</u> Turhanlar Petrol-Karo Ve İnş.Malz.San Ve Tic.Ltd.Şti
<u>İHALEYİ YAPAN İDARE:</u> Bursa Büyükşehir Belediyesi
<u>BAŞVURUYA KONU İHALE:</u> 2021/249241 İhale Kayıt Numaralı "İznik, Orhangazi Ve Gemlik İlçelerinde Asfalt Kaplama Ve Yama Yapılması" İhalesi
<u>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</u>
<u>KARAR:</u>

Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan 2021/249241 ihale kayıt numaralı "İznik, Orhangazi ve Gemlik İlçelerinde Asfalt Kaplama ve Yama Yapılması" ihalesine ilişkin olarak Turhanlar Petrol-Karo ve İnş. Malz. San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazzen şikâyet başvurusunda ve Kurulca alınan 30.06.2021 tarihli ve 2021/UY.I-1307 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Turhanlar Petrol-Karo ve İnş. Malz. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 15.10.2021 tarihli ve E:2021/1516, sayılı kararında yürütmenin durdurulmasına karar verildiği bu karar üzerine alınan Kamu İhale Kurulunun 11.11.2021 tarihli ve 2021/MK-432 sayılı kararı ile "... 1- Kamu İhale Kurulunun 30.06.2021 tarihli ve 2021/UY.I-1307 sayılı kararının 2'nci iddiası kapsamında yer alan puanlamaya ilişkin değerlendirmelerin ve 4'üncü ile ilgili kısmın iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline," karar verilmiştir.

Kurul tarafından anılan Mahkeme kararının temyizi üzerine verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 13/01/2022 tarihli ve E:2021/4918, K: 2022/63 sayılı kararında "...İdare Mahkemesi kararının yalnızca iptale ilişkin kısmı temyiz edildiğinden, temyiz incelemesi, itirazzen şikâyet başvurusuna konu ikinci ve dördüncü iddialar yönünden sınırlı olarak yapılmıştır.

Temyize konu Mahkeme kararının, itirazzen şikâyet başvurusundaki ikinci iddia yönünden itirazzen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının iptaline dair kısmının incelenmesi;

İhale dokümanı incelendiğinde, teklif fiyatı puanlamasının 40 tam puan üzerinden yapılacağı, bu kapsamda en düşük teklifi veren isteklinin 40 tam puan alacağı ve diğer isteklilerin bu kriter kapsamında alacakları puanların nasıl hesaplanacağını belirtildiği, fiyat dışı unsurların puanlamasının 60 tam puan üzerinden yapılacağı, bu kapsamda iş kalemleri bazında teklif fiyat nitelik puanlamasının 30 tam puan üzerinden yapılacağı, bu doğrultuda belirlenen her bir iş kalemi için istekli tarafından teklif edilen o iş kalemi tutarının isteklinin toplam teklif bedeline oranı; aynı iş kaleminin yaklaşık maliyetteki tutarının toplam yaklaşık maliyete oranının %70 – %110 aralığında (%70 ve %110 dahil) kalması durumunda her bir iş kalemi için tabloda yer alan puanların verileceği, isteklilerin teklif oranlarının %70 – %110 aralığının dışında kalması durumunda iş kalemleri/iş grupları için puan alamayacakları yönünde düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 53.3. maddesinde yer alan ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenmesi ile ilgili açıklamalar kapsamında, ihale konusu işi oluşturan bileşenler itibarıyla isteklinin teklifi ile yaklaşık maliyet yapısının birbiri ile uyumu gibi hususların fiyat dışı unsur olarak belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Anılan Tebliğ açıklamasında, fiyat dışı unsur olarak ihale konusu işi oluşturan bileşenler itibarıyla yaklaşık maliyetin yapısı ile istekli/isteklilerin tekliflerinin yapısının birbiri ile uyumunda bahsedilmekte olup, cümlede geçen "ihale konusu işi oluşturan bileşenler" ifadesinden yapım işini oluşturan "iş kalemleri'nin anlaşılması gerekmektedir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin söz konusu maddesinde yer alan düzenleme ile amaçlanan, 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen fiyat dışı unsurun, ihale konusu işin beklenen kaliteye uygun olarak gerçekleştirilmesini ve özellikle yapım işleri ihalelerinde işin erken tasfiye edilmesi suretiyle kaynakların verimli kullanılması ilkesinin muhtemel ihlallerini engelleyecek şekilde etkin kullanımını sağlamaktır. Bu bağlamda, yapım işi ihalelerinde bazı isteklilerin birim fiyat üzerinden teklif alınan iş kalemlerinden özellikle işin niteliği itibarıyla miktarı işin devamı sırasında büyük değişkenlik gösterebilecek olan kazı yapılması gibi alt yapıya ilişkin iş kalemlerinin birim fiyatını yaklaşık maliyete oranla çok yüksek, diğer iş kalemlerinin birim fiyatını ise çok düşük belirledikleri, bunun sonucunda ihalenin bu şekilde teklif veren isteklinin üzerinde kalması hâlinde, işin gerçekleştirilmesi aşamasında yüksek birim fiyat teklif edilen iş kalemlerindeki miktar artışı nedeniyle sözleşme bedelinin büyük kısmının bu iş kalemlerine karşılık olarak ödendiği, bu durumun sözleşme konusu iş kapsamında bazı imalatlar gerçekleştirilmeden işin tasfiye edilmesi sonucunu doğurduğu ve bu suretle kamu hizmetlerinin gecikmesine ve kaynakların verimli kullanılamamasına neden olduğu görüldüğünden, söz konusu Tebliğ düzenlemesi ile yaklaşık maliyet içerisindeki idarece belirlenen her bir iş kaleminin yaklaşık maliyetteki oranı ile isteklinin teklifindeki aynı iş kalemlerinin her birinin isteklinin teklif fiyatına oranının karşılaştırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Nitekim, 23/08/2013 tarih ve 28744 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 53.3.4. maddesinde yer alan "ya da ihale konusu işi oluşturan bileşenler itibarıyla isteklinin teklifi ile yaklaşık maliyet yapısının birbiri ile uyumu" ibaresinin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki Dairemizin 30/06/2015 tarih ve E:2014/4529, K:2015/2731 sayılı kararı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 04/11/2015 tarih ve E:2015/3300, K:2015/3869 sayılı kararıyla onanmıştır.

İtirazen şikâyet başvurusuna konu olan fiyat dışı unsur düzenlemesi incelendiğinde, ihale dokümanında belirtilen 14 adet iş kalemi için "istekli tarafından teklif edilen o iş kalemi tutarının isteklinin toplam teklif bedeline oranı; aynı iş kaleminin yaklaşık maliyetteki tutarının toplam yaklaşık maliyet oranının %70 – %110 aralığında (%70 ve %110 dahil) kalması" durumunda isteklilere puan verileceğinin öngörüldüğü, bu düzenlemeyle, isteklinin, ihaleyi yapan idarece belirlenen pozlardaki fiyat ağırlığının aynı iş için yaklaşık maliyetteki oranlamaya yaklaşması hâlinde fiyat dışı unsur puanı verileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, değerlendirmede teklifteki oranla yaklaşık maliyetteki oran karşılaştırılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu düzenlemenin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 53.3. maddesinde yer alan açıklama ve bu maddenin genel gerekçesinde belirtilen hususlarla uyumlu olduğu, ihaleyi yapan idarenin işi tamamlanmadan sözleşmenin tasfiye edilme riskini azaltmak için bu düzenlemeyi yaptığı, bu hâliyle de etkinlik, verimlilik ve teknik değer kriterlerinin sağlandığı görüldüğünden, bu iddiaya ilişkin itirazzen şikâyet başvurusunun reddine dair Kurul kararında hukuka aykırılık, söz konusu Kurul kararının anılan iddiaya ilişkin kısmının iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararının bu kısmında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Temyize konu Mahkeme kararının, itirazzen şikâyet başvurusundaki dördüncü iddia yönünden itirazzen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının iptaline dair kısmının incelenmesi;

İhaleyle ilişkin Teknik Şartname'nin "İmalat Uygulama Esasları" başlıklı 20. maddesinde "...20.6. İdare ihtiyaç duyulması hâlinde Büyükşehir Belediyesi sınırları dahilindeki diğer ilçelerde iş yaptırabilir, yapılacak işlerde ilave nakliye bedeli verilmeyecektir." düzenlemesi yer almaktadır.

İhale dokümanında, ihale konusu işin yapılacağı yerlerin Bursa ilindeki İznik, Orhangazi ve Gemlik ilçeleri olduğu, ihale dokümanı kapsamında yer alan mahal listesinde işin yapılacağı ilçelerdeki mahalle, sokak ve caddelere yer verildiği anlaşılmakla birlikte, Teknik Şartname'nin dava konusu 20. maddesinde yapılan düzenleme ile ihaleyi yapan idarece ihtiyaç duyulması hâlinde Bursa Büyükşehir Belediyesi sınırları dahilindeki diğer ilçelerde de iş yaptırılabilceği ve yapılacak işlerde ilave nakliye bedeli verilmeyeceğine ilişkin düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Kurumu'nun 22/06/2021 tarih ve E.2021/10752 sayılı yazısıyla, Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı'ndan dava konusu düzenlemenin hangi gerekçeler doğrultusunda yapıldığı hususu sorulmuş; anılan Belediye'ce verilen 28/06/2021 tarihli cevabı yazıda, "Büyükşehir sınırları içerisinde bulunan özellikle ihale dosyasında belirtilen ilçeler haricinde diğer ilçelerimizi merkezle bağlayan Büyükşehir'in sorumluluğundaki yollarımızda önceden öngörülmemen doğal afetler yaşanabilmektedir. Tabi ki her şekilde kurumumuzun araç ve gereçleri ile gerekli acil müdahaleler yapılmaktadır. Ancak Belediye ekiplerinin acil ihtiyaç duyulan durumlarda olaya müdahalede yetersiz kalması durumunda bitişik ilçelerde faaliyet gösteren yüklenici firmalar destek amaçlı kullanılmaktadır. Analizlerin içinde nakliye ödemeleri olduğundan dolayı ilave nakliye ödemedene kaçınmak amacı ile, ayrıca sözleşme imzalandıktan sonra yüklenici firmalar diğer ilçelerde yapılan ilave işler için ilave nakliye talep etmemesi için, tamamen kamu menfaatleri düşünülmüştür." ifadelerine yer verilmiştir.

Ayrıca bu ihtiyaçların hiçbir zaman ortaya çıkmayabileceği gibi, çıksa bile ihmal edilebilecek bir değere denk geleceği ve yapılacak imalatın toplam ihale bedeli içinde çok küçü miktarlarda olacağı düşünülmektedir. İdare tarafından önceden öngörülmemen yol çökmesi, heyelan vb. doğal afet durumlarında trafik akışını engelleyen ve acil müdahale gerektiren durumlar göz önüne alınarak bu madde düşünülmüştür." ifadelerine yer verilmiştir.

İhale konusu işe ait birim fiyat teklif cetveli standart formu incelendiğinde, iş kapsamında yaptırılacak imalatlar için ayrıca nakliye ödenmesine ilişkin iş kalemi oluşturulması yerine nakliye giderlerinin ilgili iş kalemlerinin fiyatına dahil olacak şekilde oluşturulduğu ve istekliler tarafından iş kalemlerine ilişkin maliyet çalışmasının nakliye dahil olacak şekilde hesaplanmasını istenildiği, davaya konu Teknik Şartname düzenlemesinde ihtiyaç duyulması hâlinde İznik, Orhangazi ve Gemlik ilçeleri dışında Bursa Büyükşehir Belediyesi sınırları dahilindeki diğer ilçelerde de imalat yapılabilceği ve bu imalatlar için ilave nakliye bedeli ödenmeyeceği belirtilmiş olmakla birlikte, bu işlerin ihaleyi yapan idarece gönderilen gerekçeli görüş yazısında belirtildiği üzere öngörülmemen durumlara (doğal afetler) özgü olarak, Belediye ekiplerinin acil ihtiyaç duyulan durumlarda olaya müdahalede yetersiz kalması durumlarına münhasır olarak anlaşılması gerektiğinden bu iddiaya ilişkin itirazzen şikâyet başvurusunun reddine dair Kurul kararında hukuka aykırılık, söz konusu Kurul kararının anılan iddiaya ilişkin kısmının iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararının bu kısmında ise hukuki isabet bulunmamaktadır" gerekçesiyle 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 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 11.11.2021 tarihli ve 2021/MK-432 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 30.06.2021 tarihli ve 2021/UY.I-1307 sayılı Kurul kararının hukukun geçiriliğini koruduğuna,

Objirliği ile karar verildi.