

ihalede hesaplamada kullanılan birim fiyatların ilan ve ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan birim fiyatlardan çok daha yüksek alındığı iddiasına ilişkin olarak yapılan incelemede söz konusu iddianın aksine yeniden çıkılan ihalede kullanılan birim fiyatların iptal edilen ihaleye ait yaklaşık maliyet hesap cetvelinde yer verilen * adet iş kaleminin * ünde daha düşük birim fiyatların kullanıldığı ve yaklaşık maliyette oluşan artışın metrajlarda oluşan farklardan

kaynaklandığı hk

Toplantı No : 2020/022

Gündem No : 68

Karar Tarihi : 22.05.2020

Karar No : 2020/UY.I-942

BAŞVURU SAHİBİ:

Nil Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş.-Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. İş Ortallığı,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

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

KURUMCA YAPILAN İNCELEME:

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından 24.01.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Tarsus-Adana-Gantep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – Gantep Doğru Kavş. (302+065), Gantep Doğru Kavş. (00+000) – 9. Bölge Sınırı (41+500) Arasında ve Gantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşİ" ihalesine ilişkin olarak Nil Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş.-Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. İş Ortallığı tarafından 27.04.2020 tarih ve 19146 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 27.04.2020 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2020/750 sayılı şikâyet dosyası

kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi:

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; 09.04.2019 tarihli ihale komisyonu kararıyla ihalenin iptaline karar verildiği, anılan ihale komisyonu kararına karşı itirazen şikayet başvurusunda bulunulduğu ve Kamu İhale Kurulu'nun 08.05.2019 tarihli ve 2019/UY.I-582 sayılı kararıyla itirazen şikayet başvurusunun reddine karar verildiği, anılan Kurul kararına karşı açılan davada Ankara 15. İdare Mahkemesi tarafından "davanın reddine" karar verildiği ve söz konusu karara karşı yapılan temyiz başvurusu sonucunda 10.04.2020 tarihli ve 2020/MK-82 sayılı Kurul Kararında belirtildiği üzere Danıştay Onüçüncü Dairesinin E:2019/4279, K:2020/380 sayılı kararı ile "mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline" karar verildiği, ancak 22.04.2020 tarihli ihale komisyonu kararıyla ihalenin yeniden iptaline karar verildiği,

Danıştay'ın iptal kararında belirtilen gerekçede, birim fiyat üzerinden ihale edilen işlerde, 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 hakediş esasına göre ödeme yapılacağı belirtilerek, teklifler alınıp, isteklilerin teklifleri görüldükten sonra ihale süreci devam ederken yasal iş artışının üzerinde iş artışı olacağı gerekçesiyle ihalenin iptal edilmesinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile bağdaşmayacağı ve hukuka açıkça aykırı olduğunun ifade edildiği, Danıştay kararındaki bu gerekçeler doğrultusunda, ikinci iptal kararının hukuka aykırılık teşkil ettiği,

İptal kararındaki gerekçenin hukuka uygun olmadığına idarece de bilindiği ve gerçeklerle ilgisi olmayan can ve mal

güvenliği gibi bir iddiayı da ortaya attığı, ancak bu gerekçenin hiçbir doğruluk payı olmadığı, bizzat idarenin kendi uygulaması ile rahatlıkla anlaşılabileceği, idarenin ilk ihaleyi tüm süreci sona ermiş ve sonuçlanma aşamasında hukuka aykırı şekilde iptal ederek, yolun daha iyi hale getirilmesine yönelik hizmeti geciktirirken ve söz konusu olmayan can ve mal güvenliği gerekçesinin, dayanaksız bir biçimde sadece sebep olarak görünsün diye kararına eklediği, bu mantıkla idarenin, bütçe ve yatırım öncelikleri nedeniyle yapmadığı veya ertelediği her iş için can ve mal güvenliğinin tehdit edildiği sonucuna varılması gerektiği, bunun mümkün olamayacağının her türlü izahtan vareste olduğu, bu sebeplerle, soyut şekilde ifade olunan can ve mal güvenliği gerekçesine itibar edilmesinin mümkün olmadığı, ayrıca idarenin yeni yaklaşık maliyet ile iptal edilen işin birim fiyatlarının çarpımı sonucu ulaştığını iddia ettiği % 45,23 oranının da tamamen afaki olduğu, somut ve teknik hiçbir dayanağının olmadığı, hesaplamada kullanılan birim fiyatların, ilanın ve ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan birim fiyatlardan çok daha yüksek alındığı iddialarına yer verilmiştir.

İptal gerekçeleri ile sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39'uncu maddesinde "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlölük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir." hükmü,

Anılan Kanun'un "İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40'inci maddesinde "37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.

Bu Kanunun 63 üncü maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir.

İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır...” hükmü,

Aynı Kanun’un “Kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi” başlıklı 41’inci maddesinde “İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil olmak üzere,

ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir.

İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır...” hükmü,

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Sözleşme kapsamında yaptırılabilir ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi” başlıklı 24’üncü maddesinde “Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20’sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40 ‘a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80’inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu

durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir." hükmü,

İhale ilan tarihinde yürürlükte bulunan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Projelerin uygulanması" başlıklı 12'nci maddesinde "(1)Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır.

(2) Birim fiyatlı işlerin, onaylı uygulama projesi hazırlanmamış kısımlarına idarenin izni olmadan başlanamaz. Aksine bir davranışın sorumluluğu yükleniciye aittir.

(3) Projelerin zemine uygulanması sırasında meydana gelen hataların sorumluluğu ve hataların neden olduğu zararlar ve giderler yükleniciye ait olup, bunun sonucu olarak meydana gelen hatalı işin bedeli de yükleniciye ödenmez.

(4) İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkansız olduğu hallerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır.

(5) İdarenin veya yapı denetim görevlisinin yazılı bir tebliği olmaksızın yüklenici, projelerde herhangi bir değişiklik yaptığı takdirde sorumluluk kendisine ait olup bu gibi

değişiklikler nedeniyle bir hak iddiasında bulunamaz.

(6) İşlerin devamı sırasında yüklenici, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebliğin sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya bildirim konusunun fen ve sanat kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 14 üncü madde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlem yapılır.” düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin “Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti” başlıklı 22'nci maddesinde ise “(1) 12'inci maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkroda belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir.

(2) Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

a) Yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.

ç) Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.

(3) İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.

ç) İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçleri.

(4) Yeni fiyat yüklenici ile birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek düzenlenen tutanak idarenin onayına sunulur ve otuz gün zarfında idarece onaylanarak geçerli olur. Yeni fiyat tespitinde yüklenici ile uyuşulamaz ise, taraflarca anlaşmazlık tutanağı düzenlenir ve anlaşmazlık idare tarafından on gün içerisinde Bayındırlık Kuruluna intikal ettirilir. Bayındırlık Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın iki tarafça kabulü zorunludur. Yüklenici, fiyat uyuşmazlığı hakkındaki Bayındırlık Kurulunun kararını beklemeden idare tarafından tespit edilmiş fiyat üzerinden işe devam etmek zorundadır.

(5) Yeni fiyatın hesabında, ikinci fıkranın (a) bendine göre, teklif analiz ile kıyaslanarak bulunan analizin kullanılması halinde, bu analizin temsil ettiği iş kalemi miktarı ile yeni tespit edilecek iş kalemi miktarının rayiçlere ve genel giderlere tesiri dikkate alınır.

6) İdare istediği taktirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörüleemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir işi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.” düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca birim fiyat teklif üzerinden sözleşmesi imzalanan işlerde, süre hariç olmak üzere sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde %20 oranında iş artışı yapılabileceği, işin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği, ilgili Şartname düzenlemeleri uyarınca proje vb. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkânsız olduğu hallerde, idarece projelerde değişiklik yapabileceği belirtilmiş olup, ihale dokümanında yer almayan yeni iş kalemlerinin oluşması durumunda bu kalemlerin bedellerinin ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bilgilere yer verildiği anlaşılmaktadır.

İdari Şartname'nin “İhale konusu işe ilişkin bilgiler” başlıklı 2'nci maddesinde “2.1. İhale konusu işin a)Adı:Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Bahçe Kavşağı (198+100) – Gaziantep Doğu Kavşağı (302+065), Gaziantep Doğu Kavşağı (00+000) – 9. Bölge sınırı (41+500) Arasında ve Gaziantep Çevre Otoyolunda Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İş

b) Yatırım proje no'su/kodu:2012E040870

c) Miktarı (fiziki) ve türü:

4.179.280 m2 bitümlü sıcak karışım yapılması, 865.270 m3 yarma ve yan ariyet kazısı yapılması ve kullanılması ve Birim Fiyat Teklif Cetvelinde belirtilen cins ve miktarda muhtelif işlerin yapılması yapım işi

Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.

ç) Yapılacağı yer: Osmaniye-Gaziantep” düzenlemesi,

Anılan Şartname’nin “Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesi” başlıklı 34’üncü maddesinde “34.1. İhale komisyonu kararı üzerine İdare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez.

34.2. İhalenin iptal edilmesi halinde, bu durum bütün isteklilere gerekçesiyle birlikte derhal bildirilir.” düzenlemesi,

Anılan Şartname’nin “İhale kararının onaylanması veya iptali” başlıklı 37’nci maddesinde “37.1. İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı Kurumdan teyit edilerek buna ilişkin belge ihale kararına eklenir.

37.2. Yapılan teyit işlemi sonucunda; her iki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.

37.3. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

37.4. İhale; kararın ihale yetkilisince onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır.” düzenlemesi,

Aynı Şartname’nin “Kesinleşen ihale kararının bildirilmesi” başlıklı 38’inci maddesinde “38.1. Kesinleşen ihale kararı, ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil, ihaleye teklif veren bütün isteklilere, 36.2. maddesi uyarınca alınan ihale

komisyonu kararı ile birlikte bildirilir.

38.2. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır.

38.3. İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren on gün geçmedikçe sözleşme imzalanmayacaktır.” düzenlemesi bulunmaktadır.

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/658465 ihale kayıt numaralı “Tarsus-Adana-Gantep Otoyolunun Bahçe Kavş. (198+100) – G.antepe 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 Onüçüncü Dairesi’nin 10.02.2020 tarih ve E:2019/4279, K:2020/380 sayılı kararında “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Temel ilkeler” başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında, “İdareler, bu Kanun’a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu 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 isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması hâlinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere 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 gerekçeli kararını belirleyerek ihale yetkilisinin onayına sunacağı, kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanlarının, teklif edilen bedellerin, ihalenin tarihinin ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığının, ihale yapılmamış ise nedenlerinin belirtileceği, ihale yetkilisinin, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini 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 gerekleri doğrultusunda takdir yetkisinin kullanılması gerektiği açık olup, bu yetki kullanılırken hukuken geçerli seçenekler arasından tercihte bulunulması ve işlemin yapılıp yapılmaması noktasında makûl ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yer alan temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi, idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idarî istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir. 4734 sayılı Kanun’un 5. maddesinde belirtilen ve idarelerin yapılacak ihalelerde sağlamakla sorumlu olduğu rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin

sağlanamaması 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 bulunulduğu, buna göre davacılar tarafından 191.442.678,00-TL tutarında (%45,8) kırım 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 öngörülemeyen imalatların ortaya çıkması durumunda bu kalemlerin ihale üzerinde kalan ve kendisi ile sözleşme imzalanan yükleniciye yaptırılabilmesi dikkate alındığında, idarenin bu gerekçelerinin 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 artış oranını geçeceğinin varsayımına dayandığı, proje kapsamında belirlenen işlerin tamamına ihtiyaç duyulup

duyulmayacağıının, dolayısıyla sözleşme konusu tutarın aşılıp aşılmayacağıının da bu aşamada belli olmadığı, yükleniciye sözleşme kapsamında ortaya çıkacak iş ve bunun gerçekleştirilmesi sonucunda hakediş 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 gerekçeler ortaya konulmadan tesis edilen ihalenin iptali işlemine karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir. Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Anılan Danıştay kararı üzerine alınan 10.04.2020 tarihli ve 2020/MK-82 sayılı Kurul kararıyla “1-Kamu İhale Kurulunun 08.05.2019 tarihli ve 2019/UY.I-582 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, idarenin ihalenin iptali kararının iptaline,” karar verilmiştir.

22.04.2020 tarihli ihalenin iptali kararında “24.01.2019 tarihinde yapılan 2018/658465 ihale kayıt numaralı ihale, 09.04.2019 tarihinde İhale Komisyonu kararı ile iptal edilmiştir. Ancak gelişen süreçte 31.10.2019 tarih ve 2019/449599 ihale kayıt numaralı yeni ihale yapılırken idarenin ihtiyaçları doğrultusunda yeni yaklaşık maliyet hazırlanmıştır.

Kamu ihale Kurulu’nun 10.04.2020 tarih 2020/MK-82 sayılı kararı çerçevesinde konu incelendiğinde; yeni yaklaşık maliyet metrajları iptal edilen işe ait birim fiyatlar ile hesaplandığında iptal edilen işin %45,23 nispetinde keşif artışı ihtiyacı olduğu hesapla sabittir.

Bu artış oranının birim fiyatlı işlerdeki iş artış oranı olan

%20'nin üzerinde olduğu, dolayısıyla 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"ndeki miktarlar ile işin bitirilemeyeceği, bu süreçte erişime kontrollü karayolu olan otoyollarda trafik can ve mal güvenliğinin sağlanamayacağı anlaşılmaktadır.

İşletmeler Başmühendisliği tarafından yapılan tespit ve değerlendirmelere göre işin niteliği ve miktarında değışiklik olacağı ve oluşacak değışikliklerin iş artışıyla karşılanabilecek düzeyde olmaması nedeniyle, ihalenin iptalini gerektirecek nitelik ve büyüklükte olması nedeniyle süreci devam eden bu işe ait ihalenin iptali ihale yetkilisinin onayına sunulmuştur." ifadelerine yer verildiği görülmüştür.

22.04.2020 tarihli ihale komisyonu kararından 04.01.2019 tarihinde yapılan 2018/658465 ihale kayıt numaralı ihalenin, 09.04.2019 tarihinde ihale komisyonu kararı ile iptal edildiği, ancak gelişen süreçte 31.10.2019 tarih ve 2019/449599 ihale kayıt numaralı yeni ihale yapılırken idarenin ihtiyaçları doğrultusunda yeniden yaklaşık maliyetin hazırlandığı, Kamu ihale Kurulu'nun 10.04.2020 tarih ve 2020/MK-82 sayılı kararı çerçevesinde yeni yaklaşık maliyet metrajlar dikkate alınarak iptal edilen 2018/658465 ihale kayıt numaralı ihaleye ait birim fiyatlar ile hesaplandığında iptal edilen işin %45,23 nispetinde keşif artışı ihtiyacı olduğu bu artış oranının birim fiyatlı işlerdeki iş artışı oranı olan %20'nin üzerinde olduğu, dolayısıyla, söz konusu ihaledeki miktarlar ile işin bitirilemeyeceği, bu süreçte erişime kontrollü karayolu olan otoyollarda trafik can ve mal güvenliğinin sağlanamayacağı anlaşıldığından, İşletmeler Başmühendisliği tarafından yapılan tespit ve değerlendirmelere göre işin niteliği ve miktarında değışiklik olacağı ve oluşacak değışikliklerin iş artışıyla karşılanabilecek düzeyde olmaması nedeniyle ihalenin iptaline karar verildiği

anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri doğrultusunda yapılan incelemede, idarece gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde, söz konusu ihaleye ait hesaplanan ilk yaklaşık maliyetin 417.663.743,69 TL olduğu ve söz konusu ihalenin iptal edilmesi üzerine çıkılan 2019/449599 ihale kayıt numaralı ihaleye ait yaklaşık maliyetin ise 549.613.291,74 TL olduğu anlaşılmış olup, idarece yeni metrajlar ile iptal edilen ihaleye ait birim fiyatlar ile çarpılmak üzere oluşturulan karşılaştırılmalı yaklaşık maliyet hesap cetveline göre oluşan yaklaşık maliyetin ise 606.585.817,22 TL olarak hesaplandığı görülmüştür.

İdarece gönderilen 05.05.2020 tarihli ve E.99072 sayılı yazı ekinde gönderilen belgeler incelendiğinde oluşan yeni metrajlarla iptal edilen ihaleye ait yaklaşık maliyet birim fiyatlarının kullanılması durumunda oluşan yaklaşık maliyetin %45,23 oranında daha fazla olduğu anlaşılmaktadır.

Netice itibarıyla, anılan Danıştay Onüçüncü Dairesi kararında ihalenin iptal kararına dayanak somut gerekçelerin ortaya konulamadığı ve iş artışına ilişkin imalatların sözleşme imzalanan yükleniciye yaptırılabilmesi ifade edilmekle birlikte idare tarafından alınan ilk ihalenin iptali kararı sonrasında söz konusu yapım işine ilişkin ihtiyacın karşılanabilmesi amacıyla yeniden yaklaşık maliyet çalışması yapılmak suretiyle 2019/449599 ihale kayıt numaralı ihaleye çıkıldığı, yeni çıkılan ihaleye esas metrajlar ile iptal edilen ihalede kullanılan birim fiyatların çarpılması sonucu ortaya çıkan maliyetin % 45,23 mertebesinde yüksek olduğunun hesaplandığı, yeni çıkılan ihaleye ilişkin metrajlar ile yapılan hesaplamalar ile sonuca ulaşıldığı dolayısıyla ihalenin iptaline ilişkin idarece hesaplanan metrajlara göre yaklaşık maliyetteki artışın 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'da hüküm altına alınan %20'lik iş artışı oranı ile karşılanamayacağı gerekçesinin gerekli somut dayanaklar gösterilerek ortaya konulduğu anlaşıldığından

idarece tesis edilen ihalenin iptali yönündeki işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı anlaşılmıştır.

Diğer taraftan başvuru sahibinin hesaplamada kullanılan birim fiyatların, ilanın ve ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan birim fiyatlardan çok daha yüksek alındığı iddiasına ilişkin olarak yapılan incelemede, söz konusu iddianın aksine yeniden çıkılan ihalede kullanılan birim fiyatların iptal edilen ihaleye ait yaklaşık maliyet hesap cetvelinde yer verilen 45 adet iş kaleminin 44'ünde daha düşük birim fiyatların kullanıldığı ve yaklaşık maliyette oluşan artışın metrajlarda oluşan farklardan kaynaklandığı anlaşılmış olup, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39'uncu maddesinde yer alan "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir." hükmü çerçevesinde idareye tanınan yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullanılmadığı anlaşıldığından ihalenin iptaline ilişkin idarece tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.