

ihalede sunulan demirbaş
defterinde plentin
kapasitesinin açıkça 240
ton/saat olarak belirtildiği,
bahsi geçen yazılarda
kapasitede bunun üzerinden
artırım yapıldığı
açıklamasına yer verildiği,
Kapasite Raporu'nun ekinde
yazan 20 ton/saat ibaresinin
ise plant adının yanına "ve"
bağlacı ile eklenen
teçhizatın yanında yazılı
olduğu dikkate alındığında,
bu ibarenin bütünüyle plentin
kapasitesine ilişkin olduğu
sonucuna ulaşamayacağı
(Danıştay Kararlı)

Toplantı No	: 2022/035
Gündem No	: 99
Karar Tarihi	: 07.07.2022
Karar No	: 2022/MK-239

BASVURU SAHİBİ:

Ezekar Yapı İnş. A.Ş.-Egecan Akaryakıt Tem. Nak. İnş. Tur. San. Tic. A.Ş. – Everest Mad. İnş. Nak. San. Ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı (Kamu İhale Kurulunun 13.10.2021 tarih toplantı no: 2021/042 dosya no 07.1558.0509.2021/24 sayılı kararı hk)

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2018/658124 İhale Kayıt Numaralı “Çeşmeli-Mersin-Tarsus Ve Tarsus-Pozantı Otoyolu İle Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Tarsus Doğu Kavşağı (Km:46+091) – Adana Kuzey Kavşağı (72+703) Arasında Muhtelif Kesimlerinin Ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 5. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/658124 ihale kayıt numaralı “Çeşmeli-Mersin-Tarsus ve Tarsus-Pozantı Otoyolu İle Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Tarsus Doğu Kavşağı (Km:46+091) – Adana Kuzey Kavşağı (72+703) Arasında Muhtelif Kesimlerinin Ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi” ihalesine ilişkin olarak, Ezekar Yapı İnş. A.Ş.-Egecan Akaryakıt Tem. Nak. İnş. Tur. San. Tic. A.Ş. – Everest Mad. İnş. Nak. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 27.10.2021 tarihli ve 2021/UY.II-1972 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Everest Mad. İnş. Nak. San. ve Tic. A.Ş. – Egecan Akaryakıt Tem. Nak. İnş. Tur. San. Tic. A.Ş. tarafından açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.02.2022 tarihli ve E:2021/2398, K:2022/452 sayılı kararı ile “_Yukarıda yer alan düzenleme gereğince, isteklilerin sanayi odası tarafından düzenlenmiş en az 240 ton/saat kapasiteli 1 adet asfalt plentinin kendi malı olmalarının istendiği anlaşılmaktadır.

Uyusmazlık konusu ihalede, Feza Taahhüt A.Ş. – Den-ka Yapı Onarım İnş. Maden. Akar. Nak. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı’na ait belgeler incelendiğinde, T.C. Ankara 57’nci Nöterliği tarafından düzenlenen 17.01.2019 tarihli ve 01584 sayılı “Düzenleme Şeklinde Tutanak Tespit Tutanağı”nın ve ekinde demirbaş defteri sayfasının, Feza Taahhüt A.Ş. adına Kırıkhan Ticaret ve Sanayi Odası tarafından düzenlenen 18.04.2018 tarihli, 15 sayılı ve geçerlilik süresi 19.04.2020 olan kapasite raporunun ve Marini Fayat Grup tarafından düzenlenen “Kapasite Bilgisi” başlıklı yazının bulunduğu, Marini Fayat Grup tarafından düzenlenen “Kapasite Bilgisi” başlıklı yazıda ise “_Firmanıza ait bulunan P-P130078 Seri Numaralı MARINI TOP TOWER 3000 Asfalt Plenti, ekli işletme şartlarında, 07.04.2018 tarihinde yapılan agregatör ve mikser modifikasyonları sonucu bir bec de 4000 kg malzeme karıştırabilmektedir, saatte 320 ton kapasitede asfalt üretebilmektedir ve toz tutuculudur. Bu asfalt plentinin imalat yeri Alfonsine/İtalya’dır ve buradan dünyaya satılmaktadır.” ifadelerinin yer aldığı, ancak, 18.04.2018 tarihli ve 15 sayılı kapasite raporu incelendiğinde ise, Tablo I’de “Marini Top Tower 3000 P Asfalt Plenti ve Polimer Modifiye Bitüm Tesisi (20 ton /saat)” ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

Bu haliyle, Feza Taah. A.Ş.’nin Marini Top Tower Marini Top Tower 3000 P asfalt plentine sahip olduğu, kapasitesinin (20 ton/saat) olarak gösterildiği, ancak Marini Fayat Grup tarafından gönderilen bilgilerde, ekli işletme şartlarında, agregatör ve mikser modifikasyonları sonucu bir bec de 4000 kg malzeme karıştırabildiği belirtilmiştir. Her ne kadar Marini Fayat Grup tarafından bahse konu asfalt plentinin modifiye edildiği belirtilmiş olsa da, 20 ton/saat olan bir kapasitenin idarece istenen 240 ton/saate çıkarılması olmasının açık ve net olarak ortaya konulmadığı görülmektedir.

Bu durumda, idare tarafından, idari şartnamenin 7.5.5’inci maddesi uyarınca, isteklilerin kendi malı olması istenen asfalt plentinin kapasitesinin 240 ton/saat olarak düzenlendiği göz önüne alındığında, isteklilerin ihale dokümanına uygun olarak, bu kapasitede asfalt plenti sunmaları gerekmekte olup, bu kapasitede asfalt plenti sunmadığı anlaşılan Feza Taah. A.Ş.’nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, bu husus dikkate alınmadan tesis edilen 27/10/2021 tarih ve 2021/UY.II-1972 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının dava konusu edilen 1 numaralı iddia bakımından yapılan inceleme neticesinde itirazın şikâyet başvurusunun yerinde olmadığına yönelik kısmında hukuka uyarlılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Söz konusu Mahkeme kararının yerine getirilmesini teminen alınan 20.04.2022 tarihli ve 2022/MK-135 sayılı Kurul kararı ile “1- Kamu İhale Kurulunun 27.10.2021 tarihli ve 2021/UY.II-1972 sayılı kararının 1’inci iddiası ile ilgili kısmının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Feza Taahhüt A.Ş.- Den-ka Yapı Onarım İnş. Maden. Akar. Nak. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı’nın teklifinin değerlendirme dışı bırakılması hususunda 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine.” karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararına ilişkin olarak Kurum tarafından temyiz yoluna başvurulmuş olup, yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 31.05.2022 tarihli ve E:2022/2089, K:2022/2384 sayılı kararında “_Dava konusu ihalede uyusmazlığın, müdahil şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının ihale kapsamında istenilen en az 240 ton/saat kapasiteli asfalt plentine sahip olmadığı ve bu hususta sunulan kapasite raporunun gerçeği yansıtmadığı, rapordakinin anılan isteklinin kendi plenti olmadığı, değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönündeki iddialardan kaynaklandığı görülmekte olup, bu noktada uyusmazlığın çözümü için bahsi geçen isteklinin ihale şartnamesinde yeterlik kriteri olarak istenilen Sanayi Odası tarafından düzenlenmiş geçerlilik tarihi uygun Kapasite Raporlu ve en az 240 ton/saat kapasiteli asfalt plenti bulunduğunu gösterir belgeleri teklifi kapsamında usulüne uygun şekilde tevsik edip etmediği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, müdahil Feza Taahhüt A.Ş. tarafından, ihale kapsamında istenilen plenti tevsik etmek üzere ibraz edilen Ankara 57. Nöterliği tarafından düzenlenmiş 17/01/2019 tarih ve 01584 sayılı “Düzenleme Şeklinde Tutanak Tespit Tutanağı”nın ekindeki demirbaş defteri sayfasının 5. sırasında “Marini Top Tower 3000 P” marka ve modelli 240 ton/saat kapasiteli asfalt plentinin yer aldığı, aynı zamanda anılan şirket adına Kırıkhan Ticaret ve Sanayi Odası tarafından düzenlenen ve geçerlilik süresi 19/04/2020 olan 18/04/2018 tarih ve 15 sayılı Kapasite Raporu’nun sunulduğu, plentin kapasite hesabına ilişkin olarak Rapor’un “Tablo: III KAPASİTE HESABI” başlıklı bölümünde, saatte 320 ton asfalt üretilmediğinin belirtildiği, üretici/ihtalatçı Marini Fayat Grup firması tarafından düzenlenen “Kapasite Bilgisi” başlıklı yazıda ise, “_Firmanıza ait bulunan P-P130078 Seri Numaralı MARINI TOP TOWER 3000 Asfalt Plenti, ekli işletme şartlarında, 07/04/2018 tarihinde yapılan agregatör ve mikser modifikasyonları sonucu bir bec de 4000 kg malzeme karıştırabilmektedir, saatte 320 ton kapasitede asfalt üretebilmektedir ve toz tutuculudur. Bu asfalt plentinin imalat yeri Alfonsine/İtalya’dır ve buradan dünyaya satılmaktadır.” bilgisine yer verildiği görülmektedir.

Müdahil şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının ihale kapsamında istenilen en az 240 ton/saat kapasiteli plente sahip olma şartının, anılan özellikleri taşıyan plentin demirbaş defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı sunulmak suretiyle tevsik edildiği, ayrıca bu plente ilişkin olarak müdahil Feza Taahhüt A.Ş. adına Kırıkhan Ticaret ve Sanayi Odası’nca düzenlenmiş Kapasite Raporu’nun da sunulduğu, sonuç olarak müdahil şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının en az 240 ton/saat kapasiteli asfalt plentine sahip olduğunu gösterir belgeleri teklifleri kapsamında usulüne uygun olarak tevsik ettiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Mahkemece, Kapasite Raporu’nun “Tablo: I MAKİNE VE TEÇHİZAT (FİRMAYA AİT)” başlıklı bölümünde, “Marini Top Tower 3000 P Asfalt Plenti ve Polimer Modifiye Bitüm Tesisi (20 ton/saat)” ibaresine yer verildiği, bu hâliyle, Feza Taah. A.Ş.’nin sahip olduğu “Marini Top Tower 3000 P” asfalt plentinin kapasitesinin (20 ton/saat) olarak gösterildiği, her ne kadar Marini Fayat Grup tarafından bahse konu asfalt plentinin modifiye edildiği belirtilmiş olsa da, 20 ton/saat olan bir kapasitenin idarece istenen 240 ton/saat’e çıkarılması olmasının açık ve net olarak ortaya konulmadığının görüldüğü belirtilmiş ise de, demirbaş defterinde plentin kapasitesinin açıkça 240 ton/saat olarak belirtildiği, bahsi geçen yazılarda kapasitede bunun üzerinden artırım yapıldığı açıklamasına yer verildiği, Kapasite Raporu’nun ekinde yazan 20 ton/saat ibaresinin ise plent adının yanına “ve” bağlacı ile eklenen “Polimer Modifiye Bitüm Tesisi” adlı teçhizatın yanında yazılı olduğu dikkate alındığında, bu ibarenin bütünüyle plentin kapasitesine ilişkin olduğu sonucuna ulaşılamayacağı açıktır.

Bu itibarla, müdahil şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının ihalede yeterlik kriteri olarak öngörülen kendi malı plente sahip olduğu ve buna ilişkin istenilen belgeleri teklifleri kapsamında usulünce tevsik ettiğinden bahisle davacılara da dahil olduğu iş ortaklığının bu konudaki iddiasının yerinde görülüyerek itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.” gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına, davanın reddine 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, mahkemeceye 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 günü 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 tebliği edildiği veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 20.04.2022 tarihli ve 2022/MK-135 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 27.10.2021 tarihli ve 2021/UY.II-1972 sayılı kararının hukuken geçerliliğini kordduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.