

ihalenin en yüksek teknik yeterlilik puanını alan ve en düşük teklif veren davacı şirketin üzerinde bırakıldığı, dolayısıyla söz konusu ihalede rekabet koşullarının oluşmadığından bahsedilemeyeceği, bununla birlikte 4734 sayılı Kanunun 20. maddesinde belirlenen, ihaleye davet edilebilecek asgari aday sayısının veya teklif veren asgari istekli sayısının üzerinde bir katılım olduğu, davacı şirketin sunmuş olduğu teklif tutarının yaklaşık maliyetin altında olduğu görüldüğünden,

kamu zararının da oluştuğundan söz etmek mümkün değildir.

ihalenin en yüksek teknik yeterlilik puanını alan ve en düşük teklif veren davacı şirketin üzerinde bırakıldığı, dolayısıyla söz konusu ihalede rekabet koşullarının oluşmadığından bahsedilemeyeceği, bununla birlikte 4734 sayılı Kanunun 20. maddesinde belirlenen, ihaleye davet edilebilecek asgari aday sayısının veya teklif veren asgari istekli sayısının üzerinde bir katılım olduğu, davacı şirketin sunmuş olduğu teklif tutarının yaklaşık maliyetin altında olduğu görüldüğünden, kamu zararının da oluştuğundan söz etmek mümkün değildir.

DOSYA NO : 641 - 04 - 12 - 107

KARAR NO:348

T.C.

ANKARA

11.İDARE MAHKEMESİ

DAVANIN ÖZETİ : Davacı tarafından, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Kadastro Daire Başkanlığı tarafından “belli istekliler arasında ihale” usulü ile gerçekleştirilen ve

davacı şirket üzerinde kalan “Bursa İli, 22A – 1. Grup Tapu ve Kadastro Modernizasyon Projesi Kapsamında Mekansal Bilgi Sisteminin Altyapısına Yönelik Harita Yapım İşi” ihalesinde yeterli rekabetin oluşmadığından bahisle, ihalenin iptal edilmesine ilişkin işlemin; ihalenin iptal gerekçesi olarak 4734 sayılı Kanunun 39. maddesi gösterilmekte ise de ihalenin aynı Kanunun 40. maddesi uyarınca iptal edilebileceği, ihale komisyonunun ihalenin en yüksek ihale puanı alan istekli üzerinde bırakılmasına karar vererek 40. madde uyarınca ihale yetkilisinin onayına sunduğu, ihale yetkilisine ihale komisyonu kararını onaylama veya ihaleyi iptal etme hususunda tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, ihalede rekabetin sağlandığını idarenin de kabul ettiği, ihale şartnamesine uygun olarak sonuçlandırılan ihalenin iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu, teklifinin yaklaşık maliyetin altında olduğu ve ihale puanı en yüksek olan firma oldukları ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : İhale komisyonunun kararının onay için ihale yetkilisine sunulduğu, bazı firmaların ihalenin yüksek fiyatlardan belli firmalar üzerinde kaldığını belirtmeleri üzerine idarece yapılan değerlendirme sonucunda rekabet şartlarını iyileştirme gereği ve kamu yararı göz önüne alınarak ihalenin 07.06.2011 tarihinde 4734 sayılı Kanunun 39.maddesine istinaden iptal edildiği, davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmadığı, zira zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmediği, gerek 4734 sayılı Kanunun 39. ve 40. maddesi ve gerekse de Danışmanlık Hizmetleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 67. ve 68. maddelerine idarenin ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, işlemin hukuka uygun olduğu belirterek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 11. İdare Mahkemesi’nce gereği görüldü:

Dava, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Kadastro Daire Başkanlığı tarafından “belli istekliler arasında ihale” usulü

ile gerçekleştirilen ve davacı şirket üzerinde kalan “Bursa İli, 22A – 1. Grup Tapu ve Kadastro Modernizasyon Projesi Kapsamında Mekansal Bilgi Sisteminin Altyapısına Yönelik Harita Yapım İşi” ihalesinde yeterli rekabetin oluşmadığından bahisle, ihalenin iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

ESAS NO : 2011/2494 KARAR NO =2012/646

4734 sayılı Kamu İhale Kanunıfnun “Temel İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında, “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit myameleyi, gvenirliğı, gizliliğı, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanınfa karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağılamakla sorumludur.”; “Belli İstekliler Arasında İhale Usulü” başlıklı 20. maddesinde, “Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değıerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiğı usuldür. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değıerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir.

10. maddeye uygun olarak belirlenen ve n yeterlik dokümanı ile n yeterlik ilanında belirtilen değıerlendirme kriterlerine göre adayların n yeterlik değıerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağılayamayanlar yeterli kabul edilmez. n yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alman belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak biidirilir.İşin niteliğine göre rekabeti

engellemeyecek şekilde 40. maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir. “Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali” başlıklı 39. maddesinde de, “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.”; “İhalenin Karara Kağlanması ve Onaylanması” başlıklı 40. maddesine ise, “37 ve 38 . maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde

bırakılır..... İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar.

Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret ünvanları, 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.....
”

hükümlerine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından “belli istekliler arasında ihale” usulü ile yapılan ve 28.12.2010 tarihinde önyeterlilik başvuru alan “Bursa İli, 22A – 1. Grup Tapu ve Kadastro Modernizasyon Projesi Kapsamında Mekansal Bilgi Sisteminin Altyapısına Yönelik Harita Yapım İşİ” ihalesine yönelik olarak ihaleyi yapan idareye toplam 28 adet başvuru zarfının teslim edildiği, önyeterlilik şartnamesi ve zeyilnameler doğrultusunda yapılan değerlendirme sonucunda 10 adayın asgari yeterlik koşullarını sağladığının tespit edilerek kısa listeye alındığı ve 30.3.2011 tarihine kadar teknik ve mali tekliflerinin

sunmalarının istenildiği, 4 adayın tekliflerini davalı idareye ilettiği, 5.5.2011 tarihinde ihale komisyonunca hazır bulunan istekliler önünde, önce isteklilerin ham teknik puanlarının duyurulduğu, 27.5.2011 tarihli ihale komisyonu kararı ile de, ihalenin; teknik değerlendirme sonucunda 95,17 puan alan ve yaklaşık maliyeti 1.472.157,27 TL olan ihalede 1.291.070,80 TL ile en düşük teklif sunan davacı şirketin teklifi en uygun teklif olarak değerlendirilerek ihalenin üzerinde bırakıldığı, ancak söz konusu ihalede önyeterlilik için başvuruda bulunan ve yapılan değerlendirmede başarısız bulunan bazı firmaların da aralarında bulunduğu firmalar tarafından çeşitli şikayet dilekçeleri ile başvuruda bulunularak, söz konusu işlere ait ihale sonuçları incelendiğinde, çok sayıda işin ihalesinde birkaç firmanın tüm firmalara nazaran daha yüksek fiyat vermelerine rağmen yapılan teknik değerlendirmede avantajlı duruma geldikleri, ihalelerin bu şekilde sonuçlandırılması durumunda kamu zararının oluşacağının ileri sürülmesi üzerine, ihale yetkilisinin 7.6.2011 tarihli oluru ile, 4734 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca davacı şirketin üzerinde kalan

ihale de dahil olmak üzere toplam 55 adet ihalenin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler ile idarenin savunması dikkate alındığında, ihalenin iptalinin 4734 sayılı Kanunun 40. maddesi uyarınca değil 39. madde uyarınca gerçekleştirildiği, 4734 sayılı Kanunun 40. maddesinde ihale komisyonu kararı üzerine ihale yetkilisinin beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya iptal edeceğinin hükme bağlandığı, dava konusu ihalede ise ihale komisyonunun kararından itibaren 5 iş günü içinde ihalenin iptal edilmemiş olduğu, ancak idarece açıkça 39. madde hükmünün uygulandığının belirtilmesi ve söz konusu maddede süreye ilişkin bir sınırlama getirilmemiş olması karşısında, ihale iptali kararının süresi içinde gerçekleştirildiği, öte yandan 39. madde uyarınca ihalenin iptaline idarece karar verileceği hüküm altına alındığı, dava konusu ihaleyi idari şartnameye göre Kadastro Daire Başkanlığı'nın gerçekleştirdiği, bu nedenle ihalenin iptaline karar veren Daire Başkanı'nın 39. Madde uyarınca ihalenin iptaline karar verme yetkisinin bulunduğu kanaatine varılmıştır.

O halde, uyuşmazlığın çözümü için 4734 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca ihalenin iptaline ilişkin kararın esas yönünden hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun 39. maddesi ile ihaleyi onaylayıp iptal etme hususunda idareye tanınan geniş takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı,' bu yetkinin Kanuna ve kamu yararına uygun olarak kullanılması ve ihalelerin yargı yerlerinde uyuşmazlık konusu edilmesi halinde, söz konusu takdir yetkisinin usule ve amaca uygun olarak kullanıldığının idarece somut bilgi ve belgelerle kanıtlanması gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu ihaleye ilişkin olarak davalı idare tarafından savunma dilekçesinde, ihale kararının onaylanmasından önce, gerek idarelere gerekse bağlı

oldukları Bayındırlık ve İskan Bakanlığı (644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olarak faaliyetlerini sürdürecektir.)'na 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde aranan koşulların yeterince sağlanamadığı yönünde yapılan başvurular üzerine yeniden yapılan değerlendirmede, rekabet şartlarının iyileştirilmesi adına takdir yetkisine istinaden ihalenin iptal edildiği belirtilmekle birlikte, yeniden yapılacak ihalede rekabet koşullarının nasıl ve ne şekilde arttırılacağına dair herhangi bir açıklama yapılmadığı, ihaleye emsal olabilecek daha önce ihalesi yapılan işlerin ortaya konulmadığı gibi, her ihaleye özgü şartlar ve koşullar belirlendiğinden, ihalenin de bu belirlenen koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği açık olup, iptal edilen ihalede 23 adet isteklinin ön yeterlilik değerlendirmesine tabi tutulduğu, yapılan değerlendirme sonucunda bunlardan 10 tanesinin ön yeterliliği geçtiği, daha sonra teklif sunan 8 firma arasında yapılan yeterlilik değerlendirmesi sonucunda ihalenin en yüksek teknik yeterlilik puanını alan ve en düşük teklif veren davacı şirketin üzerinde bırakıldığı, dolayısıyla söz konusu ihalede rekabet koşullarının oluşmadığından bahsedilemeyeceği, bununla birlikte 4734 sayılı Kanunun 20. maddesinde belirlenen, ihaleye davet edilebilecek asgari aday sayısının veya teklif veren asgari istekli sayısının üzerinde bir katılım olduğu, davacı şirketin sunmuş olduğu teklif tutarının yaklaşık maliyetin altında olduğu görüldüğünden, kamu zararının da oluştuğundan söz etmek mümkün değildir.

Öte yandan, Bakanlık Müfettişlerince söz konusu ihalenin de aralarında bulunduğu ihalelere yönelik olarak yapılan inceleme neticesinde düzenlenen 01.04.2011 tarih ve 2011/8 sayılı inceleme raporunda, " Tapu ve Kadastro Modernizasyon Projesi (TKMP) ihalelerinde, firma gözetme ve kayırma uygulaması yapıldığı, bir gün içerisinde 60 adet işin ihalesinin sığdırılmaya çalışıldığı, bundan amacın iş bitirmesi yüksek olan firmaların fazla iş almaları sağlanarak korunması ve kollanması olduğu, bu işlerin farklı tarihlerde ve daha düşük

sayılarda ihale edildiği takdirde her firmanın iş almasının sağlanacağı ve adaletli bir dağılım olacağı, ihalenin aynı gün içerisinde yapılması halinde iş bitirme belgesi küçük olan firmaların iş alamadığı, bu nedenle işin sağlıklı ve zamanında yapılmasının engellendiği ve rekabet koşullarının oluşmadığı, kişi ve firmalara özel uygulamalar yapıldığı iddialarının sübuta ermediği, Danışmanlık Hizmetleri Alım ihalelerinin doğası gereği teknik kapasitesi yüksek kurumsallaşmış yetkin firmaların ön plana çıkmasının normal olduğu, bir gün içerisinde 60 adet işin ihalesinin yapılması ile farklı zamanlarda yapılmasının istekliler açısından bir olumsuzluğa neden olmadığı, ihalelerin kayıt sıra numarasına göre değerlendirilmesi nedeniyle daha önce alınmış ihalelerden puan düşüldüğü, ihalenin ilan edilmesinden sonra yayımlanan Zeyilname-1 ve Zeyilname-2 ile Ön Yeterlilik ve İdari Şartnamelerinde rekabetin sağlanması ve tekelleşmenin önlenmesine yönelik iyileştirmeler yapıldığı” kanaatine yer verildiği görülmektedir.

Bu durumda; Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Kadastro Daire Başkanlığı tarafından “belli istekliler arasında ihale” usulü ile yapılan harita yapım işi ihalesine 4 isteklinin katıldığı, ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirilerek ihale üzerinde bırakılan davacı şirketin teklifinin yaklaşık maliyetten düşük olduğu, yaklaşık maliyetin hatalı olarak belirlendiğine dair herhangi bir iddia, bilgi ve belgenin de bulunmadığı hususları dikkate alındığında, rekabet şartlarının iyileştirilmesi gerektiğinden bahisle, herhangi bir somut sebep ortaya konulmaksızın, salt idarenin takdir yetkisine istinaden dava konusu ihalenin iptal edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 158,80 TL yargılama gideri ile A.A.Ü.T. uyarınca belirlenen 600,00 TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin karar kesinleştikten sonra davacıya iadesine, kararın

tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere, 07/05/2012 tarihinde gerekçede oyçokluğuyla esasta oybirliğiyle karar verildi.

AZLIK OYU: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 4.maddesinde, bu Kanunun uygulanmasında ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar "idare" olarak tanımlanmış, "ihale yetkilisi" ise, idarenin ihale ve harcama yetki|ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade edeceği, 39.maddesinde, ihale komisyonu kararı üzerine idarenin verilmiş bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, 40.maddesinde de, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya açıkça gerekçesini belirtmek suretiyle iptal edeceği hüküm altına alınmıştır.

6083 Sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 3.maddesinde ise Tapu Kadastro Genel Müdürünün, üst amir olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünü temsil edeceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıya alıntısı yapılan mevzuat hükümleri incelendiğinde "idare" ve "ihale yetkilisi" kavramlarının birbirlerinden farklı tanımlara sahip olduğu, yetkilerinin de ayrı ayrı maddelerde, düzenlenmiş bulunduğu, görülmekte olup, olayımızda ise, idarenin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, temsilcisinin Genel Müdür, ihale yetkilisinin ise Kadastro Dairesi Başkanı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla söz konusu Kanunun 39.maddesi uyarınca işlem tesis etme yetkisi Genel Müdürlüğü temsilen Tapu Kadastro Genel Müdürüne ait bulunmakta olup, dosyada mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davaya konu işlemin 4734 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca ihale yetkilisince gerçekleştirildiği, ancak 39. madde uyarınca ihaleyi iptal yetkisinin ihale yetkilisinde değil, ihaleyi gerçekleştiren kurum olan Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nü temsilen Genel

Mdrde olduğu, ihale yetkilisinin 40.madde uyarınca ve 5 gün içinde yetkisini kullanmak suretiyle işlem tesis edebileceği anlaşıldığından, ihale yetkilisince yetkisi dahilinde bulunmadığı halde ihalenin 4734 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca iptaline ilişkin tesis edilen işlemde yetki unsuru yönünden hukuka uygunluk bulunmadığından dava konusu işlemin bu gerekçeyle iptal edilmesi gerektiği dşnesiyle çoğunluk kararma gerekçe yönünden katılmıyorum.