

iş deneyim belgesinin
yüklenicisi olan ortak
girişim üyelerinin
konsorsiyum sözleşmesinde
işin ayrı ayrı kısımlarını
taahhüt ettikleri, bu nedenle
iş ortaklığı olarak
değerlendirilmelerinin mümkün
olmadığı, böyle bir
değerlendirme yapılması
hâlinde elektromanyetik
işlerini taahhüt etmeyen
ortakların anılan kalemlere
ilişkin de deneyim
kazanacaklarının kabulü
anlamına geleceği ve bu
durumun deneyim belgelerinin
fiilen yapılan iş

karşılığında verilmesine ilişkin kurala aykırılık teşkil edeceği hususu da göz önüne alındığında; Genel Müdürlüğü tarafından faturalarla da belgelendirilerek işin fiilen gerçekleştirilen miktarları esas alınmak suretiyle düzenlenen iş deneyim belgesinde mevzuata aykırılık, anılan belgenin mevzuata uygun olmadığından bahisle davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının değerlendirme dışı bırakılması üzerine yaptıkları itirazen şikâyet

başvurusunun reddine ilişkin işlemde ise hukuka uygunluk bulunmamaktadır...” denilerek Mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2015/076
Gündem No	: 79
Karar Tarihi	: 30.12.2015
Karar No	: 2015/MK-531

<u>Sikayetçi:</u>
Unitek İnş.San.Ve Tic.A.Ş. -Tur İnş.Hafr.Nak.Ve Tic.Ltd.Şti.
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü
<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>
04.09.2014 / 28807
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
2013/54548 İhale Kayıt Numaralı “Tepeköy-Selçuk Arası 2.Hat Yapım İşi” İhalesi
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
<u>Karar:</u>

Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından 13.08.2013 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2013/54548 ihale kayıt numaralı "Tepeköy-Selçuk Arası 2.Hat Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak Unitek İnş. San.ve Tic. A.Ş. -Tur İnş. Hafr. Nak. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının 21.08.2014tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 29.08.2014 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 04.09.2014 tarih ve 28807 sayılı Kurum kayıtlarına alınan 04.09.2014 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 19.09.2014 tarihli ve 2014/UY.II-3226 sayılı karar ile; "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Unitek İnş. San.ve Tic. A.Ş.-Tur İnş. Hafr. Nak. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyile açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 25.02.2015 tarih ve E:2014/2125, K:2015/298 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmesi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 13. Dairesinin 05.10.2015 tarih ve E:2015/1939, K:2015/3295 sayılı kararında;

"...Dosyanın incelenmesinden; TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından 13.08.2013 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Tepeköy-Selçuk Arası 2. Hat Yapım İşi" ihalesine iş ortaklığı olarak katılan davacı şirketlerden pilot ortak olan Unitek İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Unitek A.Ş.) tarafından teklif dosyası kapsamında sunulan ve TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nce 28.04.2013 tarih ve 15732 sayılı ile düzenlenip devam eden ve iş artışı olan işlere ilişkin iş yönetme belgesi niteliğindeki iş deneyim belgesinin verildiği; anılan belgede işin adının "Ankara-İstanbul Demiryolu Hattı Rehabilitasyon Projesi Köseköy-Vezirhan Arası(Kesimi) Yapım İşleri" ilgilinin adı soyadının "Mustafa Kemal Ünüer"; ilgilinin görev unvanının Genel Müdür; aynı sıfat ve görev unvanı ile diğer çalışanların 2; ilk sözleşme bedelinin 659.999.966,31 \$; toplam sözleşme bedelinin 923.999.952,83 \$; toplam sözleşme bedeli içerisinde konsorsiyum ortağının taahhüt ettiği kısmın 612.784.425,40 \$; gerçekleştirilen iş tutarının 613.410.378,59 \$; sözleşme tarihinin 28/11/2006; ilgilinin görevi sırasında gerçekleşen tutarın 613.410.378,59 \$; işin toplam sözleşme bedeline göre nakdi/fiziki gerçekleşme oranının % 100 nakdi; işin toplam sözleşme bedeline göre gerçekleşme oranının %80'e ulaştığı tarihin 31/12/2011; ilgilinin görevi sırasında işin ilk sözleşme bedeline göre nakdi / fiziki gerçekleşme oranının %92,94 nakdi; ilgilinin unvanına göre hissesine düşen belge tutarının 306.705189,30 \$ olduğuna ilişkin bilgilerin yer aldığı; dava konusu ihalede 05.08.2014 tarih ve 2 nolu ihale komisyonu kararı ile anılan iş deneyim belgesinin 13.01.2014 tarih ve 2014/UY.III-258 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında mevzuata uygun olmadığına karar verildiğinden bahisle davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının değerlendirme dışı bırakıldığı, bunun üzerine yaptıkları itirazen şikâyet başvurusunun; 13.01.2014 tarih ve 2014/UY.III-258 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında, "Her ne kadar ortak girişimin konsorsiyum olduğu beyan edilmişse de, işe ilişkin konsorsiyum sözleşmesinde China Rail Construction Corporation (CRCC), Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin birlikte inşaat işleri" (A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7) kısmını taahhüt ettikleri, China Rail Construction Corporation (CRCC) ve China National Machinery Import&Export Corporation (CMC)'nin birlikte "elektromanyetik işleri" (B1, B2, B3) taahhüt ettikleri, her ne kadar China Rail Construction Corporation tarafından "inşaat işleri" (A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7) de dâhil olmak üzere işin tamamı taahhüt edilmiş olsa da idare tarafından hazırlanan iş deneyim belgesi ve gönderilen beyanda bu firma tarafından gerçekleştirilen kısma ilişkin bir belirlene yapılmadığı görülmüştür. Konsorsiyumlarda işin tamamının bir yüklenici tarafından taahhüt edilemeyeceği, işin tümüne ilişkin ortaklık oranı belirtilemeyeceği, ancak konsorsiyum sözleşmesinde ortak girişimin üyelerinin işin tamamına ilişkin hisse oranının belirtildiği anlaşılmıştır. Yapılan tespitler doğrultusunda ortak girişim ortaklarının taahhüt ettikleri ve gerçekleştirdikleri iş miktarlarının belirlenemeyeceği, dolayısıyla anılan ortak girişim ortakları için konsorsiyum olarak değerlendirme yapılmak suretiyle Yapım işi İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesinin yedinci fıkrası uyarınca iş deneyim belgesi düzenlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Toplam sözleşme bedelinin %80'i tamamlanmayan (\$923.999.952,83 X 0,8 = 739.199.962,264) işte Yönetmelik'in diğer hükümlerine göre de iş deneyim belgesi düzenlenemeyeceği anlaşılmıştır. Dolayısıyla ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin İdari Şartnamenin 7.5.'inci maddesine uygun olarak iş deneyim belgesi verilmemiş olması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir." gerekçesiyle iş deneyim belgesi mevzuata uygun bulunmadığından, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık olmadığından bahisle reddine ilişkin 19.09.2014 tarih ve 2014/UY.II-3226 sayılı dava konusu kararın alındığı, bunun üzerine davacı şirketler tarafından bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu iş deneyim belgesine konu işe ilişkin idari şartname ile işin sözleşmesinde, işin (A) inşaat ile (B) elektromanyetik işlerinden oluştuğu, inşaat işlerinin temel olarak altyapı ve üstyapı işleri; elektromanyetik işlerinin ise elektrifikasyon, sinyalizasyon ve telekomünikasyon işlerine ayrıldığı; konsorsiyum sözleşmesinde ise, inşaat işleri ve elektromanyetik işlerin harflendirildiği ve ortakların her birinin karşısına harf olarak hangi işle ilgili olacaklarının yazıldığı, buna göre ortaklardan China Rail Construction Corporation (CRCC), Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin birlikte "inşaat işleri" (A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7) kısmını, China Rail Construction Corporation (CRCC) ve China National Machinery Import&Export Corporation (CMC)'nin birlikte "elektromanyetik işleri" (B1, B2, B3) kısmını taahhüt ettikleri görülmektedir.

Dava konusu iş deneyim belgesi, davalı idare tarafından iş deneyim belgesini düzenleyen idareden alınan cevabi yazı ile Dairemizin 10.06.2015 tarih ve E:2015/1091 sayılı ara kararına verilen cevaptan ise, Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin birlikte inşaat altyapı işleri (A1, A2, A3, A4, A6, A7) kısmını, China Rail Construction Corporation (CRCC)'nin inşaat üstyapı işleri (A5) ile elektromanyetik işlerinin elektrifikasyon ve sinyalizasyon kısmını (B1, B2), China National Machinery Import & Export Corporation (CMC)'nin ise elektromanyetik işlerinden telekomünikasyon kısmını (B3) taahhüt ettiğinin ve fiilen yaptığının belirtildiği ve bu durum esas alınarak tanzim edilen faturaların ibraz edildiği anlaşılmıştır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanun'da yer alan konsorsiyum ortak girişimi türünün 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4964 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile getirildiği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde konsorsiyuma ilişkin düzenlemelerin ise cüzi bir kısmına 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikte yer verildiği, bununla birlikte esasen 22.06.2005 tarih ve 25853 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişikliklerle konsorsiyumların katılabilirliği ihalelere ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin getirildiği görülmüştür.

Bu itibarla, dava konusu iş deneyim belgesinin yüklenicisi olan ortak girişim üyelerinin konsorsiyum sözleşmesinde işin ayrı ayrı kısımlarını taahhüt ettikleri, bu nedenle iş ortaklığı olarak değerlendirilmelerinin mümkün olmadığı, böyle bir değerlendirme yapılması hâlinde elektromanyetik işlerini taahhüt etmeyen ortakların anılan kalemlere ilişkin de deneyim kazanacaklarının kabulü anlamına geleceği ve bu durumun deneyim belgelerinin fiilen yapılan iş karşılığında verilmesine ilişkin kurala aykırılık teşkil edeceği hususu da göz önüne alındığında; TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından faturalarla da belgelendirilerek işin fiilen gerçekleştirilen miktarları esas alınmak suretiyle düzenlenen iş deneyim belgesinde mevzuata aykırılık, anılan belgenin mevzuata uygun olmadığından bahisle davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının değerlendirme dışı bırakılması üzerine yaptıkları itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemler hukuka uygunluk bulunmamaktadır.." denilerek Mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin 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 eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Açıklanan nedenlerle, anılan Kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerektiğinden,

1- Kamu İhale Kurulunun 19.09.2014 tarihli ve 2014/UY.II-3226 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.

Mahmut GÜRSES Başkan		
Kazım ÖZKAN II. Başkan	Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi	Mehmet Zeki ADLI Kurul Üyesi
Hamdi GÜLEÇ Kurul Üyesi	Dr. Mehmet AKSOY Kurul Üyesi	