

pazarlık usulü (21/b) ile gerçekleştirilen ihale sözleşmenin uygulanması aşamasında ihtiyaç duyulması halinde proje değişikliği yapılabileceği ve itirazen şikâyete konu iddianın da isteklilerin eşit şartlar altında yarışarak ihaleye teklif sunmalarını etkileyecek bir duruma ilişkin olmadığı

Toplantı No	: 2023/061
Gündem No	: 33
Karar Tarihi	: 20.12.2023
Karar No	: 2023/UY.II-1575

BASVURU SAHİBİ:
Çekaya İnşaat Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti. – Aziz Karadoğan İş Ortaklığı,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Malatya Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı,

BASVURUYA KONU İHALE:
2023/1207170 İhale Kayıt Numaralı "Malatya İli Yeşilyurt İlçesi Kaynarca Mahallesi 24 Derslik Ortaokul İmal İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Malatya Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı tarafından 07.11.2023 tarihinde pazarlık usulü (21/b) ile gerçekleştirilen "Malatya İli Yeşilyurt İlçesi Kaynarca Mahallesi 24 Derslik Ortaokul İmal İşi" ihalesine ilişkin olarak Çekaya İnşaat Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti. – Aziz Karadoğan İş Ortaklığı'nın 13.11.2023 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 20.11.2023 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 27.11.2023 tarih ve 18990 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 27.11.2023 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2023/1322 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, projede esas alınan kotlar (su basman, çevre saha, çevre duvar, temel, tabii zemin) ile işin yapılacağı mahalledeki fiziki durum örtüşmediği, bina temel kazısı yapılarken yoğun çıkan sudan dolayı temelin 0,80 cm eksik kazıldığı, bu durundan dolayı da kotların 0,80 cm yükseldiği ancak idarenin hazırlanmış olduğu projede kot yükselmesinin dikkate alınmadığı, projede yanlış belirlenen kotlardan dolayı ihaleye gerçekleştirilecek hesaplamalara dayalı olarak işin devam etmemiştir, yaklaşık maliyet ile yapılan sınır değer hesabının da aktarılan sebeple yanlış olduğu ve projedeki hatadan dolayı ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydıkları, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. ..." hükmü yer almaktadır.

Anılan Kanun'un 62'nci maddesinde "... Yapım işlerinde arsa temin edildikten, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlerini tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılmaz. İhale konusu yapının işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenmediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde arazi ve zemin etüt çalışmaları yapılması zorunludur. ..."

- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinde "(1) Yaklaşık maliyet hesabına esas miktarların tespiti için öncelikle aşağıda yer alan çalışmaların yapılması gereklidir:
- Arazi ve zemin etüdünün yapılması; uygulama projesi üzerinden anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde arazi ve zemin etüt çalışmalarının; ön ve/veya kesin proje üzerinden birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde ise, mümkün olan arazi ve zemin etüt çalışmalarının yapılması zorunludur.
 - Proje zorunluluğu; bina işlerinde uygulama projesi, diğer işlerin uygulama projesi yapılabilmek kısımları için uygulama projesi, uygulamaya kısımları için kesin proje; doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan işler ile ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenmediği durumlarda ise ön ve/veya kesin projenin hazırlanması ve yaklaşık maliyetin söz konusu projelere dayanarak hesaplanması gerekir.
 - Metal listesi hazırlanması; ön, kesin veya uygulama projelerine dayalı olarak, işin bünyesindeki imalat kalemlerinin adını ve yapılacağı yerleri gösteren ve yaklaşık maliyetin hazırlanmasına esas teşkil eden mahal listeleri hazırlanır.
 - Metraj listelerinin hazırlanması; ihale konusu işe ait proje ve mahal listelerindeki ölçü ve tariflere göre işin bünyesine giren imalatların hangi kısımda ve ne miktarda yapılacağından belirlenmesi amacıyla; anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde iş kalemi ve/veya iş grubu, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde iş kaleminin adını, yapım şartlarını, ölçü yeri ve şeklini, birimini, birim fiyata dahil ve hariç unsurları ihtilafta meydana veremeyecek biçimde teknik olarak açıklayan birim fiyat tarifleri hazırlar.
 - Anahtar teslimi götürü bedel işlerde; uygulama projeleri ve mahal listelerine dayalı olarak imalat iş kalemleri veya iş gruplarının teknik tarif ve özellikleri belirtilir." hükmü yer almaktadır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 12'nci maddesinde " (1) Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanmış idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır.

(4) İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje v.b. teknik belgelerde, değişiklik yapılması için tamamlanmasını fiilen imkansıza olduğu hallerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir. Uygulama projelerinde değişiklik yapılması, 22'nci maddede yer alan esaslar göe önünde bulundurulacak hesaplanacak bedel karşılığında, yükleniciden de istenebilir. Yüklenici, işlerin devam sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesi veya değiştirilmesi veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri için süresini etkileyecek nitelikte işe yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır.

(6) İşlerin devamı sırasında yüklenici, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebliğin sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya sonat kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 14 üncü maddde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlen yapılır." düzenlenmesi,

Anılan Şartname'nin 22'nci maddesinde "(1) 12 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştirildiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görenek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21'inci maddede göre sözleşme kapsamında yapılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilir. Bu şekilde hesaplanacak ilave işlerin bedelleri; birim fiyat sözleşmelerde yeni birim fiyatlar üzerinden, anahtar teslim götürü bedel sözleşmelerde ise yeni birim fiyatlar üzerinden hesaplanacak artış tutarına göre belirlenecek ilerleme yüzdeleri esas alınarak yükleniciye ödenir.

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

İhale konusu işin Malatya İli Yeşilyurt İlçesi Kaynarca Mahallesi 24 derslikli ortaokul yapımı imal inşaatına ilişkin olduğu, idare tarafından 4734 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine uygun olarak uygulama projesi hazırlandığı ve anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihaleye çıkıldığı anlaşılmıştır.

Uyusuzluk konusunu ise uygulama projesinde esas alınan kotların yanlış belirlenmesi sebebiyle imalatlara yönelik miktarlar hatalı olduğundan, yaklaşık maliyet ve dolayısıyla da sınır değerin hatalı hesaplanması sonucunun ortaya çıktığı ve proje hatasından dolayı ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddiası oluşturulmaktadır.

Yapım işi ihalelerinde kullanılacak projelerin hazırlanması ve uygulanması ile ilgili olarak kamu ihale mevzuatında detaylı düzenlemeler yer verilmiş ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde de bu projelerde bir hatanın olması veya sözleşmenin uygulanması aşamasında bir proje değişikliğine ihtiyaç duyulması halinde yapılması gereken işlemlerin neler olduğu açıklanmıştır.

İdare tarafından ihale konusu iş için uygulama projesinin hazırlandığı ve ihale dokümanı kapsamında bu projenin doküman indiren istekçilere verildiği dolayısıyla, ihaleye teklif sunacak istekçilerin eşit şartlar altında, aynı proje esas alınarak tekliflerini hazırladıkları dikkate alındığında, iddia edildiği üzere projedeki kotlar yanlış belirlenmiş olsa da bu durum istekçilerin eşit şartlarda teklif hazırlayarak sunmasına engel olmayacağı anlaşılmıştır.

Yukarıda aktarılan Yapım işleri Genel Şartnamesi'nin 12'nci maddesinin dördüncü fıkrası sözleşme aşamasında proje değişikliği yapılmadan işin tamamlanmayacağına ilişkin anlaşılması durumuna ilişkin olup, projede değişiklik yapılmasının şartları bu fıkrada açıklanmıştır. Dolayısıyla, itirazen şikâyetle konu ihaleye ait projede iddia edildiği üzere kotların yanlış belirlendiğinin sözleşmenin uygulanması aşamasında tespit edilmesi halinde de gerekli proje değişikliklerinin yapılması mümkündür.

Açıklanan sebeplerle, sözleşmenin uygulanması aşamasında ihtiyaç duyulması halinde proje değişikliği yapılabileceği ve itirazen şikâyetle konu iddianın da istekçilerin eşit şartlar altında yarışarak ihaleye teklif sunmalarını etkileyecek bir duruma ilişkin olmadığı hususları bir arada dikkate alındığında, başvuru sahibinin iddiasında haklı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendinde "Başvuru sahibinin iddialarının tamamdanda haklı bulunması halinde, Kurul kararı ile itirazen şikâyet başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesine karar verilir. Kurul kararının başvuru sahibine bildirilmesini izleyen otuz gün içinde başvuru sahibinin Kuruma yazılı talebi üzerine, bu talep tarihini izleyen otuz gün içinde Kurum tarafından itirazen şikâyet başvuru bedelinin iadesi yapılır ve son ödeme tarihine kadar geçen süre için faiz izlenmez. Diğer hallerde başvuru bedeli iade edilmez. Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda esase edilmez." hükmü yer almaktadır.

Aktarılan Kanun hükmüne göre, başvuru sahibinin itirazen şikâyetle konu iddialarının tamamdanda haklı bulunması halinde başvuru bedeli iadesinin söz konusu olabileceği dikkate alındığında, yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler neticesinde, başvuru sahibinin, iddiasında haklı bulunmadığı anlaşıldığından başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesi için Kanunun öngördüğü şekilde "başvuru sahibinin iddialarının tamamdanda haklı bulunması" koşulunun gerçekleştirilmediği, dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendi hükmü gereğince başvuru bedelinin iadesinin mümkün bulunmadığı anlaşılmıştır.

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 itirazen şikâyet başvurusunun reddine,

Öybirliği ile karar verildi.