

yeni bir komisyon kararı olarak ilk kesinleşen ihale kararının değiştirilmesinin, ihale yetkilisinin yetkisine ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder." şeklindeki hükmüne uygun olmadığından anılan iddiaya itibar edilmemiştir." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar

verilmiştir

Toplantı No	: 2015/015
Gündem No	: 22
Karar Tarihi	: 25.02.2015
Karar No	: 2015/MK-81

<u>Şikayetçi:</u>
Dehliz Yapı İnş.Gıda Turizm Tic.Ltd.Şti.
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
Msb Diyarbakır İnşaat Emlak Bölge Başkanlığı
<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>
26.06.2014 / 20030
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
2014/25621 İhale Kayıt Numaralı "70'inci Mknzptug4'Üncü Hdaklığı 500 Tonluk Su Deposu İnşaatı 70'inci Mknzptugkyrdclığı 3 Adet 200 Kişilik Bölük Er Pavyonu Tamamlama İnşaatı" İhalesi
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
<u>Karar:</u>

MSB Diyarbakır İnşaat Emlak Bölge Başkanlığı tarafından 02.04.2014 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “70’inci Mknz P.Tug 4’üncü HD A.K.lığı 500 Tontluk Su Deposu İnşaatı 70’inci Mknz. P. Tug K.Yrd.lığı 3 Adet 200 Kişilik Bölük Er Pavyonu Tamamlama İnşaatı” ihalesine ilişkin olarak Dehliz Yapı İnş. Gıda Turizm Tic. Ltd. Şti.nin 26.06.2014 tarih ve 20030 sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulunun 16.07.2014 tarih ve 2014/UY.I-2610 sayılı “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,” kararı verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Dehliz Yapı İnş. Gıda Tur. Tic. Ltd. Şti tarafından açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 27.11.2014 tarih ve E:2014/1248, K:2014/1551 sayılı kararı ile “4734 sayılı Kanun’un 36. maddesinde, ihaleye sunulan tekliflerin alınması ve açılmasından sonra isteklilerce sunulan belgelerin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatların usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilerek, belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan isteklilerin tutanakla tespit edileceği, ihale konusu işin yaklaşık maliyeti ile istekliler ve teklif bedellerinin açıklanacağı, 37. maddesinde, tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı tespit edilenden isteklilerin tekliflerinin değerlendirilme dışı bırakılarak geçerli tekliflerin ayrıntılı değerlendirilmesinin yapılacağı, bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilmek kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen Şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı yönünde yapılacak inceleme sonunda teklifi uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan tekliflerin değerlendirilme dışı bırakılacağı, 38. maddesinde, ihale komisyonunca verilen tekliflerin değerlendirilmesinden sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşın düşük olanların teklifleri reddedilmeden önce, uygun bir süre öngörülerek teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili ayrıntıların yazılı olarak isteneceği, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin tekliflerinin değerlendirilme dışı bırakılacağı, 40. maddesinde ise 37 ve 38’inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılarak hazırlanan gerekli kararın ihale yetkilisinin onayına sunulacağı, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde kararı onaylaması veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal etmesi gerektiği, ihalenin, kararın onaylanması halinde geçerli olacağı, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan Kanunun “Sözleşmeye davet” başlıklı 42. maddesinde ise, “41 inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifi tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. (...)” hükmü bulunmaktadır.

5018 sayılı Kanunun 58. maddesi gereği Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğüne hazırlanan ve 31.12.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan İç Kontrol ve Ön Mali Kontrolle İlişkin Usul ve Esasların “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde; “Ön Mali Kontrol: idarelerin gelir, gider, varlık ve yükümlülüklerine ilişkin mali karar ve işlemlerinin; idarenin bütçesi, bütçe tertibi, kullanılabılır ödenek tutan, harcama programı, finansman programı, merkezi yönetim bütçe kanunu ve diğer mali mevzuat hükümlerine uygunluğu ve kaynakların etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde kullanılması yönergiden yapılan kontrolünü ifade eder” denilmektedir.

Yine aynı Esasların “Kapsam” başlıklı 10. maddesinde ön mali kontrolün 3. maddede tanımlanan çerçevede harcama birimleri tarafından yapılan kontrollerden oluştuğu, ön mali kontrolün niteliği başlıklı 11. maddesinde ise; “ön mali kontrol sonucunda uygun görüş verilip verilmemesi, danışma ve önleyici niteliği haiz olup, mali karar ve işlemlerin harcama yetkilisi tarafından uygulanmasında bağlayıcı değildir” denilmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, MSB Diyarbakır İnşaat Emlak Bölge Başkanlığı tarafından 02.04.2014 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “70’inci Mknz P.Tug 4’üncü HD A.K.lığı 500 Tontluk Su Deposu İnşaatı 70’inci Mknz. P. Tug K.Yrd.lığı 3 Adet 200 Kişilik Bölük Er Pavyonu Tamamlama İnşaatı” ihalesine ilişkin olarak davacı şirketin 10.06.2014 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 13.06.2014 tarihli yazısı ile reddi üzerine, davacı şirketin 25.06.2014 tarihli itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, itirazın şikâyet dilekçesinde özetle, “MSB Diyarbakır İnşaat Emlak Bölge Başkanlığı tarafından 02.04.2014 tarihinde yapılan 2014/25621 İKN’li ihalede, kendilerinden istenilen aşırı düşük teklif açıklaması yazısında belirtilen imalat kısmı ve sayısının yanlış olduğuna ilişkin idarenin bilgilendirilmesi ile açıklama istenilen imalat kısımları ve sayısının idarece düzeltilildiği ve düzeltilen son duruma göre yapılan aşırı düşük teklif açıklamalarının idarece uygun görüldüğü ve kesinleşen ihale kararının kendilerine bildirildiği, ihaleye teklif sunan isteklilerden Tekinler Müh. İnş. Orman Ür. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti.nce kendileri tarafından yapılan aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun olmadığına ilişkin idareye yapılan şikâyetin idarece uygun bulunmadığı ve bu haliyle kesinleşen ihale kararı ile ihalenin kendileri üzerinde bırakıldığı, bu çerçevede 12.222,12 TL ihale karar pulu bedelinin MSB Tedarik Bölge Başkanlığına yatırıldığı, idare tarafından ihale işlem dosyasının ön mali kontrol için MSB’nın ilgili birimine gönderildiği, ön mali kontrole ihale işlem dosyasının bütün boyutları ile incelendiği, halbuki ön mali kontrole dosyanın hangi konular bakımından incelenmesi gerektiği, İç Kontrol ve Ön Mali Kontrolle ilişkin Usul ve Esasların 3’üncü maddesinde sayılarak belirtildiği ve bu kontrolün 10 gün içerisinde yapılması gerektiği, MSB Ön Mali Kontrol Birimi tarafından anılan kontrole ilişkin hem yetki hem de kontrol süresinin aşılması yapılan inceleme sonrasında düzenlenen raporun idareye gönderilmesi ile raporda yer alan tespitler üzerine ihale komisyonu tarafından alınan 05.06.2014 tarih ve 21-A sayılı düzeltici işlem tesis edilmiş komisyon kararının kendilerine bildirildiği, ihale komisyonları tarafından alınan kararların şikâyet, itirazın şikâyet veya idari yargıya dava edilmesi halinde yetkili komisyon ve kurullar tarafından alınan kararlar üzerine ancak düzeltici işlemin tesis edilebileceği, dolayısı ile Ön Mali Kontrol Birimleri tarafından düzenlenen raporlar üzerine düzeltici komisyon kararının alınamayacağı, yetki aşılması hukuka aykırı olarak düzenlenen ön mali kontrol raporu gerekçe gösterilerek tesis edilen idare işleminin iptal edilmesi gerektiği” iddialarına yer verildiği, başvurusun reddi üzerine bakılmakta olan davanın bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, MSB Diyarbakır İnşaat Emlak Bölge Başkanlığı tarafından 02.04.2014 tarihinde yapılan söz konusu ihalede, teklifi sınır değerin (2.704.776,32 TL) altında kalan davacı şirketin 08.04.2014 tarih ve 1221 sayılı yazısı ile 28.04.2014 tarihi mesai bitimine kadar idareye vermek üzere aşırı düşük teklif açıklaması istenildiği, davacı şirket tarafından idarece öngörülen süre içerisinde aşırı düşük teklif açıklamasında bulunulduğu, idareye verilen aşırı düşük teklif açıklamasının idarece uygun görüldüğü ve 09.05.2014 tarihinde kesinleşen 21 sayılı ihale komisyonu kararı ile ihalenin başvuru sahibi olan davacı şirket üzerine bırakıldığı, ihaleye teklif sunan isteklilerden Tekinler Müh. İnş. Orm. Ürün. Paz San.ve Tic. Ltd. Şti. tarafından 12.05.2014 tarihinde ihale üzerinde bırakılan isteklinin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığı gerekçesi ile idareye yapılan şikâyet başvurusunun idarenin 21.05.2014 tarihli kararı ile uygun bulunmadığı ve idarenin 13.05.2014 tarih ve 1789 sayılı yazı ile 12.222,12 TL ihale karar pulu bedelinin ihale üzerinde kalan istekliden tahsilî hususunda MSB Tedarik Bölge Başkanlığı Saymanlık Müdürlüğü’ne bildirildiği, ayrıca ihale süreci içerisinde yer alan ön mali kontrol için 23.05.2014 tarih ve 1921 sayılı yazı ile ihale işlem dosyasının MSB Maliye Dairesi Başkanlığı’na gönderildiği, MSB Maliye Dairesi Başkanlığı Mali Hizmetler birimi tarafından yapılan ön mali kontrole ilişkin 29.05.2014 tarih ve 2014/66 sayılı ile düzenlenen ön mali kontrol raporunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin değerlendirilme dışı bırakılmasına ilişkin raporda yer alan; (“...) en avantajlı teklif sahibi Dehliz Yapı İnş. Gıda Tur. Tic. Ltd Şti.nin aşırı düşük sorgulamasına cevaben sunmuş olduğu ELK-12 poz numaralı (...) iş kalemine ilişkin;

1) Delta Elektrik Elektronik İmalat San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından istekli adına düzenlenmiş proforma fatura sunduğu, ancak faturada meslek mensubu tarafından mevzuatı gereğince bulunması zorunlu beyana yer verilmediği, tutanakta isteklinin bilgileri kısmına “Delta Elektrik Elektronik İmalat San. ve Tic. Ltd. Şti.” yazıldığı ve tutanağın bu şirket kaşesi altında imzalandığı,

2) Proforma fatura dışında maliyet/satış tespit tutanağı (EK:0.7) sunulduğu, ancak, tutanakta isteklinin bilgileri kısmına “Delta Elektrik Elektronik İmalat San. ve Tic. Ltd. Şti.” yazıldığı ve tutanağın bu şirket kaşesi altında imzalandığı,

3) Ayrıca sunulan maliyet/satış tespit tutanağının (EK:0.7) dönemi kısmında sadece “2013” yazıldığı tespit edilmiştir. (...) Ayrıca söz konusu tutanağın ihale tarihine (02.04.2014) göre son geçici vergi beyanname dönemi olan “Ocak Şubat Mart” dönemine ait olmadığı, 2013 yılına ait olduğu tespit edildiğinden söz konusu isteklinin teklifinin değerlendirilme dışı bırakılması gerekmektedir.” tespitleri üzerine ihale komisyonunun 05.06.2014 tarih ve 21/A sayılı kararı ile davacı şirketin teklifinin değerlendirilme dışı bırakıldığı ve bu defa ihalenin Tekinler Müh. İnş. Orm. Ürün. Paz San.ve Tic. Ltd. Şti. üzerinde bırakıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıdaki mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, ihale sürecinde davacı şirketin değerlendirmede dışı kalmasına neden olan ön mali kontrol raporunun hazırlanmasında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa dayandığı, anılan Kanunun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan 2 yıl sonra uygulamaya konulduğu ve mali aları düzenleyen genel bir Kanun olduğu halde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ihale mevzuatını düzenleyen özel bir kanun olduğu tartışmasıdır.

Bu durumda, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanun gerği hazırlanan ön mali kontrol raporu danışma ve önleyici niteliğe haiz olup, mali karar ve işlemlerin harcama yetkilisi tarafından uygulanmasında bağlayıcı olmadığı gibi, ön mali kontrol sonucunda verilen görüş istinaden ihale komisyonunca tekliflerin yeniden değerlendirilebileceğine dair 4734 sayılı Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığının açık olduğu, ihale sonucunu değiştirecek şekilde düzeltici işlem belirlenmesi sonucunu doğuracak şekilde ihale komisyonunun daha önce aldığı kararı değiştirebilmesi ve tekrar ihale yetkilisinin onayına sunabilmesi anılan Kanunun 54. maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendine göre de mümkün olduğundan, bu şekilde yapılacak olan uygulamanın eşit muamele ve saydamlık ilkelerine de açıkça aykırılık oluşturmajından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, davalı idarenin ön mali kontrol raporu sonucunda ihale komisyonca yeni bir komisyon kararı alınarak kesinleşen ihale kararının değiştirilmesinin hukuka uygun olduğu iddiasına ilişkin olarak; ihale kararının ihale yetkilisince 09.05.2014 tarihinde onaylanan kesinleşmesinden 14 gün sonra ihale işlem dosyasının ön mali kontrol işlemi için 23.05.2014 tarihinde MSB Maliye Dairesi Başkanlığı Mali Hizmetler birimine gönderilmesi ve ilgili idari birimce de verilen 29.05.2014 tarihli görüş sonucunda yeni bir komisyon kararı alarak ilk kesinleşen ihale kararının değiştirilmesinin, ihale yetkilisinin yetkisine ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun’un 40. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.” şeklindeki hüküme uygun olmadığından anılan iddiaaya itibar edilmemiştir.” şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir

Anayasa’nın 138’üncü 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 hükmü bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28’inci maddesinin birinci fıkrasında, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin çekimlekşizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kuruluna işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Kurul İhale Kurulunun 30.06.2014 tarih ve 2014/UY.I-2610 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince, 09.05.2014 tarihinde kesinleşen 21 sayılı ihale komisyonu kararı esas alınmak üzere düzeltici işlem belirlenmesinde, Oybirliği ile karar verildi.

	Mahmut GÜRSSES Başkan		
Kazım ÖZKAN II. Başkan	Ahmet ÖZBAKIR Kurul Üyesi		Hasan KOCAĞÖZ Kurul Üyesi
Hamdi GÜLEÇ Kurul Üyesi	Mehmet AKSOY Kurul Üyesi		