

Kamu İhale Kurulu'nun Verdiği Çelişkili Uyuşmazlık Kararları Üzerine Bir Araştırma

Dr. Yük. Müh. Hüseyin Gencer

Gencer Müh.&Müş.&Eğt.&Dnş.

Bağdat Cad. Gedik İş Merkezi B Blok 162/28 Maltepe-İstanbul

Tel: (0216) 399 64 98

E-Posta: gencerhuseyin@hotmail.com

Öz

Bu çalışmada, Kamu İhale Kurulunun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten bu güne kadar geçen süreçte itirazın şikâyet başvurularına ilişkin verdiği kararlar incelenmiştir. Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğine göre ihaleye katılmak için gerekli belgelerde, standart formların doldurulmasında, teklif mektubundaki teklifin geçerlik süresinin belirlenmesinde, ekonomik ve mali yeterlik kriteri için istenilen isteklilerin bilânçosunun değerlendirilmesinde, anahtar teknik personelin deneyim süresinin belirlenmesinde, mühendis ve mimarların diplomalarının iş deneyim belgesi olarak değerlendirilmesinde ihale komisyonlarının verdikleri kararlara karşı yapılan itirazın şikâyetleri değerlendirmede verdikleri çelişkili kararlar saptanmıştır. Bu kararlara karşı idari yargıya yapılan başvurularda yargı kararlarının mevcut yönetmeliklerin bazı maddelerinin de hukuka aykırı olduğu da saptanmıştır.

Anahtar sözcükler: Kamu İhale Kurulu, itirazın şikâyet, ekonomik ve mali yeterlik kriteri, iş deneyimi, standart formlar, uyuşmazlık kararları

Giriş

4734 sayılı Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kurumu, bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir.

Bu Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak Kurumun görev ve yetkilerinden biri de; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmaktır. Kamu İhale Kurulunun Kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden bugüne dek verdiği kararlar incelenerek aynı konuda verdiği çelişkili kararlar saptanmıştır.

Kamu İhale Kurulu Tarafından Verilen Çelişkili Kararlar

1- İşyerinin görülmesi:

İşyerinin görülmesi ile ilgili olarak; teklif mektubunda, teklif mektubunun kanunen taşınması zorunlu hususlarından olan “İdarenizce/...../..... tarihinde ihalesi yapılacak olan işine ait ihale dokümanını okuduk, inceledik ve aynen kabul ettik. İşin yapılacağı yeri ve çevresini gördük, mahallin özelliklerini ve zemin şartlarını tetkik ettik, herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmadan bütün şartları kabul ediyoruz.” Hükmü ve İdari Şartnamenin 13. maddesinde de;

“Madde 13- İşin Yapılacağı Yerin Görülmesi

13.1-İşin yapılacağı yeri ve çevresini gezmek, inceleme yapmak; teklifini hazırlamak ve taahhüde girmek için gerekli olabilecek tüm bilgileri temin etmek isteklinin sorumluluğundadır. İşyeri ve çevresinin görülmesiyle ilgili bütün masraflar isteklilere aittir.

13.2-İstekli, işin yapılacağı yeri ve çevresini gezmekle; işyerinin şekline ve mahiyetine, iklim şartlarına, işin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekli çalışmaların ve kullanılacak malzemelerin miktar ve türü ile işyerine ulaşım ve şantiye kurmak için gerekli hususlarda maliyet ve zaman bakımından bilgi edinmiş; teklifini etkileyebilecek riskler, olağanüstü durumlar ve benzeri diğer unsurlara ilişkin gerekli her türlü bilgiyi almış sayılır.

13.3-İdare, istekli veya temsilcilerinden işin yapılacağı yerin görülmesiyle ilgili bir talep geldiğinde, bu kişilerin işin gerçekleştirileceği yapıya ve/veya araziye girmesi için gerekli izni verecektir.

13.4-Tekliflerin değerlendirilmesinde, isteklinin işin yapılacağı yeri incelediği ve teklifini buna göre hazırladığı kabul edilir.” Hükmü bulunmaktadır.

Bu bilgilere rağmen Kamu İhale Kurulu verdiği KİK 2005/UH.Z-375 sayılı kararında; “...İdari şartnamenin “İşin Yapılacağı Yerin Görülmesi” başlıklı 13 üncü maddesinde; 13.5.-İstekli idarenin (Hastane Baştabipliğinin) görevlendirileceği kişiler aracılığıyla ihaleden önceki son çalışma günü çalışma saati bitimine kadar isteklinin teklif vermeye yetkili veya özel olarak iş yeri görme ile yetkilendirilmiş vekâletnamesi olan personeli tarafından işyeri görme belgesi alınacaktır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan maddenin ilk dört bendi Hizmet Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin eki Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname hükümlerine paralel olarak düzenlenmiştir. 13.5. nolu bentte ise idare, isteklilerin işyeri görme belgesi almasını zorunlu tutmuştur. Şartnamede yer alan düzenleme çerçevesinde isteklilerin işyeri görme belgesi alması zorunlu olduğundan ve ihale dosyası içinde şikâyetçinin işyeri görme belgesinin yer almadığı görüldüğünden, bu hususun teklifinin uygun bulunmama gerekçelerinden biri olarak değerlendirilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.” denilmiştir. Ancak bu karardan üç ay sonra yayınlanan 2005 Kamu İhale Genel Tebliğinde; “İşyerinin Görülmesi” hususunda ise; “İhalelere ilişkin olarak Kuruma yapılan idari başvurulardan bazı idarelerin, isteklilerden işyeri görme belgesi alma ve bu belgeyi teklif veya başvuru zarfları dâhilinde sunmalarını istedikleri, bu belgeyi vermeyen isteklilerin tekliflerini değerlendirmeye almadıkları görülmüştür. Bilindiği gibi, ihaleye katılım için isteklilerce verilmesi gereken belgeler ilgili uygulama yönetmeliklerinde düzenlenmiştir. Bu belgeler arasında işyeri görme belgesi bulunmamaktadır. Ayrıca, tip idari şartnamelerde bulunan “İşin Yapılacağı Yerin Görülmesi” başlıklı maddelerdeki düzenlemeler, işyerinin görülmesi, teklif hazırlamak ve taahhüde girmek için gerekli

olabilecek tüm bilgileri temin sorumluluğunun isteklide olduğunu, işyerinin görülmesine ilişkin olarak istekli veya temsilcilerinden gelen taleplerin idarelerce karşılanmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, işyerinin görülmesine ilişkin taleplerin karşılanması, ancak idari şartnamelerde, işyeri görme belgesi alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir.” Denilmiştir. Bu Tebliğ ile KİK’in 2005/UH.Z-375 sayılı kararı çelişmektedir. Ancak yanlış verilen karar bu Tebliğ ile düzeltilmiştir.

2- Vergi Borcu:

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin 48. maddesinin (d) bendinde ve İdari Şartnamenin 10. maddesinin (d) bendinde; “Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.”ın ihale dışı bırakılacağı hükmü bulunmaktadır. Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin 48. maddesinde de; “İsteklinin ilgili vergi dairesinden aldığı vergi borcu olmadığına dair belgede nakil olduğunun belirtilmesi durumunda, kayıtlı olduğu bir önceki vergi dairesinden de vergi borcu olmadığına dair belge alınarak idareye ibraz edilmesi gerekmektedir.” Denilmektedir.

Kamu İhale Kurulu verdiği KİK 2006/UH.Z-594 sayılı kararında; “...ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi Turizm ile Turizm ve Seyahat Ltd. Şti. oluşturduğu ortak girişimin pilot ortağı Turizmin de çevre temizlik vergisi borcu bulunduğu Belediye Başkanlığının yazısı ile tespit edilmiştir. Türk vergi sisteminde vergi çeşitleri arasında bir öncelik ayrımı yapılmadığı gibi 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin (d) bendi gereğince belirli bir vergi belirtilmeksizin genel olarak ve sadece “vergi borcu” ifadesine yer verilmiş olması dikkate alındığında, Kanunun lafzı ve amacından “vergi borcu” ifadesinin kapsamına herhangi bir vergi ayırımına gidilmeksizin tüm vergilerin girdiğinin kabul edilmesi yasal bir zorunluluktur. Bu durumda, istekli sıfatı ortak girişime ait olduğundan Kamu İhale Kanununun yukarıda anılan 10 uncu maddesinin 3/d bendi gereğince 2. sıradaki ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi Turizm ile Turizm ve Seyahat Ltd. Şti.’nin oluşturduğu ortak girişimin de ihale dışı bırakılması gerekmektedir.” Şeklinde karar verilmiştir. KİK 2006/UH.Z-1132 sayılı kararında bu defa; “ihale üzerinde bırakılan firmanın her ne kadar ihale tarihi itibarıyla 2004-2005 yıllarına ait kesinleşmiş Çevre Temizlik Vergisi bulunmakta ise de, bu verginin yukarıda ifade edilen vergi borcu kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmadığından şikayetçinin iddiası yerinde görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin (c) bendi gereğince itirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına, Oyçokluğu ile karar verildi.” denilerek çevre vergisinin kesinleşmiş vergi borcu kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir. Bu konuda geçerli olan karar son karardır.

3- Tekliflerin geçerlik süresi:

İdari Şartnamenin 25. maddesinde;

“Madde 25- Tekliflerin Geçerlilik Süresi

25.1-Tekliflerin geçerlilik süresi, ihale tarihinden itibaren en az..... takvim günü olmalıdır. Bu süreden daha kısa süre geçerli olduğu belirtilen teklif mektupları değerlendirmeye alınmayacaktır.” Denilmektedir.

Tekliflerin geçerlik süresi ile ilgili olarak teklif mektubu standart formunda da; “ 2- Teklifimiz, ihale tarihinden itibaren..... [rakam ve yazı ile].... takvim günü geçerlidir.” Denilmektedir.

Kamu İhale Kurulu verdiği KİK 2005 UH.Z-15 sayılı kararında ise; “.. *“Teklifimiz ihale tarihinden 120 (Yüzyirmi)” ibaresinin kullanıldığı ve teklifin geçerlik süresinin takvim günü olarak belirtilmediği tespit edilmiştir. Anılan ifade dolayısıyla teklif geçerlik süresi ile ilgili net olarak ne tür bir zaman diliminin kast edildiğinin anlaşılacağı, ilerde sözleşme aşamasında herhangi bir karışıklığa meydan verilmemesi açısından söz konusu teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğinden, bu yöndeki iddia yerinde bulunmuştur.”* Şeklinde değerlendirme yapılmıştır. Kamu İhale Kurulu bu kararında “*itibaren*” kelimesinin yazılmamasını teklifin esasını değiştirecek nitelikte bir hata olarak değerlendirmiştir.

KİK 2005/UY.Z-11 sayılı kararında da; ” *Teklif mektubundaki geçerlik süresi; “Teklifimiz ihale tarihinden 60 (doksan) takvim günü geçerlidir.” İbaresini hatalı ve usulüne uygun olmadığı açıktır.”*denilmiştir. Kamu İhale Kurulu bu kararında da hem “*itibaren*” kelimesinin yazılmamasını hem de teklif geçerlik süresinin rakam ve yazı ile farklı yazılmasını teklifin esasını değiştirecek nitelikte bir hata olarak değerlendirmiştir.

Ancak KİK 2005/UH.Z-1625 sayılı kararında bu defa: “.. *SETUR – VISİTUR ortak girişiminin, ihaleye sunduğu teklif mektubunun, teklif geçerlilik süresinin yazı ve rakamla birbirine uygun olmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmıştır. Ancak, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63 üncü maddesi gereğince, teklif edilen bedelin yazı ve rakamla birbirine uygun olması gerektiği, teklif geçerlilik süresi için böyle bir zorunluluğun bulunmadığı ve yazı ile belirtilen altmış günlük, rakam ile belirtilen 30 günlük sürelerin, idari şartnamenin aradığı en az 30 günlük teklif geçerlilik süresini karşıladığı, bu nedenle teklif mektubunun geçerli kabul edilerek anılan firmanın değerlendirmeye alınması gerektiği anlaşılmıştır.”* Denilmiştir. Birbiri ile çelişen bu kararlardan KİK'nun görüşünün en son verdiği karar doğrultusunda olacağı değerlendirilmektedir.

4- Geçici teminat mektubu:

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin Teminatlar ile ilgili 61.. maddesinde; “ *Teminat mektubu verilmesi halinde, bu teminat mektuplarının kapsam ve şeklinin, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan standart formlara uygun olması zorunludur. (standart formlar KİK029.0/Y, KİK029.1/Y, KİK029.2/Y).* Bu esaslara aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektupları geçerli kabul edilmez.” Denilmektedir.

Kamu İhale Kurulunun verdiği KİK 2005/UY.Z 1272 (RG:28.08.2005 tarih) sayılı kararında; “*B- Şikayete konu ihalede iddia konularıyla bağlantılı olarak yapılan inceleme sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir: Şikayetçi tarafından teklifi kapsamında sunulan geçici teminat mektubunun içerik ve şekil itibarıyla halen yürürlükte bulunan standart forma uygun olmadığı, söz konusu mektubun 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle yürürlükten kaldırılan forma uygun olarak düzenlendiği tespit edilmiştir. 4734 sayılı Kanununun 37 nci maddesi gereğince, usule uygun düzenlenmemiş olan geçici teminat mektubunu sunan şikayetçinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekirken, bu yönde bir işlem tesis edilmeyerek adı geçen isteklinin teklifinin değerlendirmeye alınması, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Açıklanan nedenlerle; 1) Tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline,”* şeklinde karar verilmiştir.

Ancak KİK 2006/UY.Z-173 sayılı kararında; “Başvuru sahibinin teklifi ekinde sunduğu geçici teminat mektubu Yeni Türk Lirası üzerinden düzenlenmiş ve son satırında “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı Yeni Türk Lirası olarak tarafınıza ödenecektir.” ibaresi yer almaktadır. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Standart Geçici Teminat Mektubu Formunun 2 numaralı dip notunda; “Teminat mektubunun Türk parası dışında bir para birimi üzerinden düzenlenmesi halinde, teminat mektubunun sonuna “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı.....[İlgili Yabancı Para Birimi] olarak tarafınıza ödenecektir.” paragrafına yer verilecek, ancak, teminat mektubu yabancı para birimi üzerinden düzenlenmekle birlikte, idarenin mali mevzuatı gereği ancak Türk parası cinsinden tahsilatın yapılabilirdiği durumlarda ise, bu paragrafın yerine “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı tazmin tarihinde geçerli Merkez Bankası döviz satış kuru üzerinden ödenecektir.” düzenlemesi yer almaktadır. Dip notta anlaşılabileceği üzere başvuru sahibinin geçici teminat mektubunun sonunda yer alan “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı Yeni Türk Lirası olarak tarafınıza ödenecektir.” ibaresi, geçici teminat mektubunun Türk parası dışında düzenlenmesi halinde yer verilmesi gereken bir ibaredir. Başvuru sahibinin ihalede vermiş olduğu geçici teminat mektubu, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan standart forma uygundur. Ancak teminat mektubuna dip notta belirtilen yabancı para cinsinden düzenlenecek geçici teminat mektubu için eklenmesi gereken ibare fazladan eklenmiştir. Bununla birlikte başvuru sahibinin sunduğu geçici teminat mektubu Türk parası üzerinden düzenlenmiştir ve teminat mektubunun tazmini halinde Türk parası dışında tazmin edilme olanağı da bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu teminat mektubunda yer verilen “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı Yeni Türk Lirası olarak tarafınıza ödenecektir.” düzenlemesinin geçici teminat mektubunun tazminine engel değildir. Kaldı ki söz konusu geçici teminat mektubunu düzenleyen banka şubesi de 07.12.2005 tarihli yazı ile “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı Yeni Türk Lirası olarak tarafınıza ödenecektir.” ibaresinin geçici teminat mektubunun geçerliliğini etkilemediğini beyan etmiştir.” Denilmiştir.

5- Yerli istekli olduğuna dair belge:

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “Yerli istekliler” ile ilgili 6. maddesinde; “Yerli istekli sayılabilmek için; gerçek kişiler Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduklarına dair nüfus cüzdanı suretini, tüzel kişiler ise Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulduklarını gösteren belgeleri ihaleye başvuru belgeleri ile birlikte sunarlar.

Tüzel kişi isteklilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kuruldukları;

a) Şirketlerde; şirket merkezinin bulunduğu yeri gösterir ticaret sicil gazetesi veya ilgili ticaret sicil memurluğunca verilen belge, ile tevsik edilir. Hükmü bulunmaktadır.

Kamu İhale Kurulunun gerçek kişi isteklilerin yerli istekli olduğuna dair sunması gereken belge ile ilgili olarak verdiği KİK 2005/UY.Z-1290 sayılı kararında; “.... yerli istekli olduğuna dair nüfus cüzdanı suretini teklif dosyasına sunmadığı için teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı tespit edilmiştir. Şikayetçinin teklif dosyasında sunduğu Konya Ticaret Odasınının 09.05.2005 tarih ve 42017 sayılı Yerli istekli belgesinden ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinden adı geçen T.C. vatandaşı olduğu anlaşılmakta ise

de, anılan Yönetmeliğin 6 ncı maddesine göre ibrazı istenilen belgelerden olan nüfus cüzdanı suretinin teklif dosyasında bulunmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır..” Denilmektedir. KİK 2006/UY.Z-957 sayılı kararında da; “Başvuru sahibinin teklif mektubu ve ekleri incelendiğinde, sunmuş olduğu belgeler arasında yer alan Kulu Noterliği tarafından düzenlenen 18.10.2005 tarihli imza beyannamesinin başvuranın A09 seri 70064 sicil numaralı nüfus hüviyet cüzdanına göre düzenlendiği, dolayısıyla bu belgede şahsın kimlik bilgilerinin bulunduğu, bu bilgilerin fotokopisi sunulan nüfus cüzdan örneğindeki bilgilerle uyumlu olduğu ve bu belgenin adı geçen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduğunu tevsik ettiği, ayrıca dosyasında yerli istekli olmadığına dair şüphe uyandıracak herhangi bir verinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda başvuranın yerli istekli olduğuna dair nüfus cüzdan fotokopisinin Noter onaylı olmaması veya ‘aslı idarece görülmüştür’ kaşesini taşıyamaması gerekçesiyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına dair idare işleminde mevzuata uygunluk bulunmamaktadır..” Denilmiştir.

6- İş hacmini gösteren belgeler:

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde; “ihalenin yapıldığı yıldan önceki son üç yıla ait isteklinin toplam cirosunu gösteren gelir tablosunun ve taahhüdü altındaki ve bitirdiği yapım işi miktarını gösteren hakediş raporları veya benzeri belgelerin her ikisinin idarelerce istenilmesi, isteklilerin ise bu iki belgeden birini sunmaları zorunludur.” Hükmü bulunmaktadır. Bu çerçevede verilen KİK 2005 UY.Z-2056 sayılı kararında; “sunulan belgelerde 2002 ve 2003 yılı cirosunun bulunmadığı ancak 2004 yılındaki bilanço bilgileri istenen koşulları sağlamaktadır. İdari şartnamede istenilen belgeleri sunmadığından değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.” Denilmiştir.

Ancak KİK 2006 UY.Z-1828 sayılı kararında bu defa; “..İhale işlem dosyasının incelenmesi sonucunda; başvuru sahibinin iş hacmine ilişkin olarak sadece 2005 yılına ait toplam ciro bilgisini sunduğu, 2003 ve 2004 yıllarına ait ciro bilgilerine yer verilmediği, başvuru sahibi Müh. Müş. İnş. Tem. Petr. San. ve Tic. Ltd Şti.’nin 11.11.2004 tarihinde ilgili Ticaret ve Sanayi Odasına kaydolunduğu görülmüştür. Şikâyetçi firmanın 2004 yılı Kasım ayında kurulduğu, bu itibarla 2004 ve öncesi yıllara ilişkin cirosunun mevcut olamayacağı, teklif zarfı kapsamında sunulan 2005 yılı cirosuna ait bedelin, 2003 ve 2004 yılları “sıfır” kabul edilse dahi, ihalede aranan asgari yeterlik kriterini sağladığı, dolayısıyla başvuru sahibine ait teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının yerinde olmadığı anlaşılmıştır.” Şeklinde karar vermişlerdir.

7- Mezuniyet belgelerinin iş deneyim tutarı hesabı:

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde; “Kendi meslekleri ile ilgili faaliyetlerini sürdürmeleri şartıyla iş deneyim belgesi yerine mezuniyet belgelerini sunan mühendis ve mimarların, aldıkları akademik eğitime göre ehliyetli oldukları görev alanı ile sınırlı yapım işlerinin ihalelerinde, mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl 4734 sayılı Kanunun 62 ncı maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen tutar kadar dikkate alınır ve bu kişilerden mezuniyet belgelerinin değerlendirmeye alınmasını talep etmeleri halinde Kanunun 10 uncu maddesindeki iş deneyimine ilişkin mesleki ve teknik yeterlik şartı aranmaz.

Denetim veya yönetim görevlerinde bulunmayan mühendis veya mimar isteklilerin mezuniyetlerine binaen ihaleye girmesinde bunların gerçek kişi olmaları şartı aranır. Hangi mühendislik veya mimarlık bölümlerinin ihale konusu iş veya benzer işe denk sayılacağıın ilan ve ihale dokümanında belirtilmesi zorunludur. Bu kişiler ihaleyi yapacak idareye mezuniyet belgeleriyle birlikte kamuda veya özel sektörde mesleklerini icra ettiklerini tevsik eden meslek odası kaydı veya hizmet çizelgelerini verirler.” Denilmektedir. Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğine göre iş deneyim tutarı; mezuniyetten sonra geçen yıl ile 4374 sayılı Kanunun 62 inci maddesinin (h) bendinde belirtilen tutar çarpılarak hesaplanacaktır. Ancak mezuniyet yılı ile meslek odasına üye kayıt tarihi veya kamuda işe giriş tarihi aynı yıl olmayabilir. Bu durumda da Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğine göre iş deneyim tutarının hesaplanmasında mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl denildiğinden yine mezuniyet yılı baz alınacak demektir Nitekim. Kamu İhale Kurulunun KİK/2004-UK.Z-486 sayılı kararında da mezuniyetten sonra geçen yıl; ihalenin yapıldığı yıldan mezuniyet yılı çıkarılarak hesaplanmıştır. Ayrıca KİK 2006/ UY.Z-725 sayılı kararında da; “ *Başvuru sahibi tarafından idareye teklif ekinde; “İş Deneyim Belgesi” yerine 14.02.1991 tarihinde alınan mezuniyet belgesinin sunulduğu, ancak idarece mezuniyet tarihi yerine fiilen işe başlanıldığı 24.07.2001 tarihli büro tescil belgesi tarihinin geçerli kabul edilerek teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmıştır. Söz konusu mezuniyet belgesinin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 55 inci maddesinin (c) bendinde yer alan hüküm doğrultusunda mezuniyet tarihi olan 14.02.1991 tarihinden itibaren değerlendirilmesi gerektiği, ayrıca mezuniyet belgesi ekinde meslek odası oda kayıt belgesi yerine serbest müşavirlik büro tescil belgesinin sunulduğu, bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi (b) bendinde, idari şartnamenin 7.3.1 inci maddesinde yer alan mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin hüküm doğrultusunda başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırı olduğu anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle; 1)Tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline,”* şeklinde karar verilmiştir. Bu kararlar doğrultusunda örnek bir uygulama yapılacak olursa;

Örnek:

İnşaat mühendisi

Mezuniyet tarihi: 15.07.1999

Meslek odası üye kayıt tarihi: 15.03.2000

İhale yılı: 2007

4734 sayılı Kanunun 62/h bendi 2006 yılı güncellenmiş tutarı: 115.525,-YTL

Mezuniyetten sonra geçen yıl= 2007–1999=8 yıl

İş deneyim tutarı= 115.525,-* 8= 924.200,-YTL

Bu inşaat mühendisi diploması ile 2007 yılına güncellenmiş 924.200,-YTL'lik iş deneyim belgesine sahip demektir.

Ancak KİK 2006/UY.Z-2182 sayılı kararında; “*Başvuru sahibinin iş deneyim belgesi olarak 30.09.1987 yılında İstanbul Teknik Üniversitesi Sakarya Mühendislik Fakültesinden mezun olduğuna ilişkin “Bitirme Belgesi” ve ekinde 06.02.1988 yılında inşaat mühendisler odası Kadıköy temsilciliğine kayıtlı olduğuna dair oda kayıt belgesinin teklif ekinde sunulduğu, ancak inşaat mühendisler odasına kayıt tarihinden bu yana geçen sürelerin güncellenmesi sonucunda iş deneyiminin 1.863.648,00.-YTL olduğu, söz konusu ihaleye verilen teklifin ise 1.965.875,76.-YTL olduğu, bu nedenle idari şartnamenin 7.3.1 nci maddesinde ve ilanın 4.3.1 nci maddesinde yer alan “..... ihale konusu iş veya benzer işlerle ilgili deneyimini gösteren ve teklif edilen bedelin*

%100 oranından az olmamak üzere tek sözleşmeye ilişkin deneyim belgesi” düzenlemeyi karşılamadığı,...” şeklinde karar verilmiştir. Bu kararın hem Yönetmeliğe hem de bu güne kadar verilen kararlara aykırı olduğu düşüncesindeyim.

8- Anahtar teknik personelin isteklinin bünyesinde bulunma süresi :

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde; “Asgari yeterlik kriteri olarak anahtar teknik personel öngörülmesi halinde, ilgilinin en az beş yıl deneyimli mimar veya mühendis olması yeterlidir. Ancak, bu kişilerin ihale tarihinden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibarıyla isteklinin bünyesinde bulunuyor olması şartlarının aranması zorunludur. Özel sektörde geçen deneyim süresi ilgili meslek odası üye kayıt süresini gösteren belgeyle, kamuda geçen deneyim süresi hizmet çizelgesi ve/veya meslek odası üye kayıt belgesiyle; isteklinin bünyesinde bulunuyor olduğu hususu ise, ilgili adına prim ödendiğini veya ilgilinin işe alındığını gösteren sosyal güvenlik kurumu onaylı belgeler ile tevsik edilir (Standart Form KİK039.0/Y).” Denilmektedir.

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğine göre; halen isteklinin bünyesinde çalışan asgari 5 yıllık deneyimli mimar veya mühendisin şu kadar süredir isteklinin bünyesinde çalışıyor olmak şeklinde bir asgari şart belirlenmesi, teknik personelin mimar veya mühendis yerine tekniker ve/veya teknisyen olarak belirlenmesi Yönetmeliğe aykırı düşmektedir. Nitekim KİK 2004/UY.Z-1737 sayılı kararında; “ ihale ilanının 4.3.2 maddesi (a) bendinde ve İdari Şartnamenin isteklinin 7.3.6 maddesi (a) bendinde “İsteklinin en az 5 yıl deneyimli, ihale tarihinden en az iki ay önce işe alınmış ve ihale tarihi itibarı ile isteklinin bünyesinde çalışıyor bulunan 3 adet anahtar teknik personel bulundurulması zorunludur.” düzenlemesi bulunmaktadır. İhale komisyonunun başvuru sahibinin teklifinde sunmuş olduğu anahtar teknik personelin en az 2 ay önce işe alındığını gösteren Sosyal Güvenlik Kurumu onaylı belgenin istenen şartı sağlamadığı gerekçesiyle, isteklinin teklifini değerlendirme dışı bıraktığı anlaşılmıştır.

..... İdare tarafından istenen personelin ihale tarihinden en az iki ay önce işe alınmış olması şartının aranması şeklinde yapılan düzenlemenin mevzuata aykırılık teşkil ettiği düşünüldüğünden başvuru sahibinin bu yöndeki iddiası yerinde görülmüştür.” Şeklinde değerlendirilmiştir.

Ancak KİK 2005/UY.Z-1407 sayılı kararında; “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 41 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, asgari yeterlilik kriteri olarak anahtar teknik personel öngörülmesi halinde, bu personelin en az 5 yıl deneyimli mühendis veya mimar olması, ihale tarihinden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibarıyla istekli bünyesinde çalışıyor olmasının yeterli olmasına rağmen, ihaleyi yapan idarece istekliler tarafından anahtar teknik personel olarak gösterilen personelin benzer işte 10 yıl deneyimli olması şartının aranmasının usulsüz olduğu iddiasına ilişkin olarak; anılan Yönetmelik hükmündeki düzenlemenin deneyim için aranacak en az süreyi düzenlediği dolayısıyla idari şartnamede yer alan 10 yıllık deneyim süresinin mevzuata aykırı olmadığı anlaşılmıştır.” Denilmektedir. Ayrıca KİK 2005/UY.Z-1499 sayılı kararda da: “...şirket bünyesinde çalıştırılan anahtar teknik personelin; Proje müdürü için, Su Uygulamalarında çalışmış olduğunu belgelemesi zorunludur.” düzenlemeye rağmen, teklif ekinde anahtar teknik personel olarak bildirilen inşaat mühendisi’ nun “Su Uygulamalarında çalışmış olduğuna” ilişkin belgeleri teklifi kapsamında sunmadığı, 23.05.2005 tarihli yazı ile bilgi eksikliği kapsamında değerlendirilen söz konusu eksik belgeleri tamamlamasının istenildiği, adı geçen istekli tarafından

söz konusu belgelerin tamamlandığı, ihale dokümanı ile istenilen ve sunulması zorunlu belgeleri tam ve eksiksiz olarak sunmayan ihale üzerinde kalan isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerekirken adı geçen istekli üzerinde ihalenin bırakılmasında kamu ihale mevzuatına uyarlık bulunmamaktadır.” Denilmiştir.

Kamu İhale Kurulunca verilen bu çelişkili kararlar üzerine 2005 Kamu İhale Genel Tebliğinde bu konuya bir açıklık getirilmiştir. Tebliğe göre; “...İdarelerce, anahtar teknik personele ilişkin olarak deneyim süresi öngörülürken, ayrıca belli bir süre benzer işte çalışmış olma koşuluna da yer verildiği, beş yıldan daha fazla deneyimli mimar veya mühendis olma koşulunun öngörüldüğü ve bazı durumlarda da bu personele ilişkin olarak lisansüstü eğitim yapmış olma hususunun arandığı görülmüştür. Bu hususlara ilişkin olarak, Yönetmelikte yapılan değişiklik uyarınca, idarelerce anahtar teknik personele ilişkin olarak deneyim süresi öngörülürken, belli bir süre benzer işte çalışma ve lisansüstü eğitim yapmış olma koşulunun aranmaması gerekmektedir. Ayrıca, bu personelin beş yıl deneyimli olması yeterli olup, beş yıldan fazla deneyimli olma şartının istenmesi mümkün bulunmamaktadır.” Denilmiştir.

9- Anahtar teknik personelin deneyim süresi hesabı:

Kamu İhale Kurulunun anahtar teknik personelin deneyim süresinin hesaplanması ile ilgili verdiği 2004/UK-Z-1049 sayılı kararında; anahtar teknik personelin asgari beş yıllık deneyim süresi, kıst olarak yani ay ve gün hesabı yapılarak değil, ihalenin ilan edildiği yıldan meslek odasına kayıt olunduğu yıl çıkarılarak hesaplanmıştır.

İhalenin ilan edildiği yıl ile ihalenin yapıldığı yıl farklı olabilir. Bu durumda ihalenin ilan edildiği yıl baz alınacak demektir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Yönetmeliğe göre anahtar teknik personelin hangi tarih itibarıyla asgari beş yıl deneyimli olacağı sorusunun cevabı da Yönetmelikte verilmektedir. Yönetmeliğe göre, anahtar teknik personelin ihaleden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibarıyla isteklinin bünyesinde çalışıyor bulunması şartı arandığından ihale tarihi itibarıyla asgari beş yıl deneyimli olacak demektir. Yönetmeliğe göre deneyim süresi, ilgili meslek odası kayıt süresini gösteren belge ile tevsik edildiğinden ihale tarihi ile ilgili meslek odasına kayıt tarihi arasındaki sürenin asgari beş yıl olması gerekir. Bu asgari beş yıllık sürede, kıst (ay ve gün) olarak ihale tarihinden meslek odası üye kayıt tarihinin çıkarılması ile hesaplanmalıdır. Çıkan süre beş yıldan fazla ise bu teknik personel anahtar teknik personel olarak kabul edilmelidir. On yıllık bir mühendis, kamu ve/veya özel sektöre taahhütte bulunan bir yüklenicinin bünyesinde on yıldır şantiye şefi olarak mesleğini icra ettiği halde, meslek odasına kayıt olmadığından veya beş yılı doldurmadığından bu mühendis anahtar teknik personel olarak kabul edilmez iken, 30.12. 2000 tarihinde mezun olup 31.12.2000 tarihinde meslek odasına kayıt yaptıran bir mühendis, 2.01.2005 tarihinde yani 4 yıl 2 günlük mühendis asgari beş yıllık deneyimli mühendis olarak kabul edilmektedir. Bunun da anlamı son sınıfta iken deneyim süresi başlamış demektir. Değil son sınıftaki deneyimini, mezun olmuş bir mühendisi bile sırf meslek odasına kayıt yaptırmadı diye deneyimli saymayan bir Yönetmeliğin, deneyim süresinin son sınıf öğrencisi iken başlatılması Yönetmeliğe tamamen aykırı düşmektedir. Bundan dolayı deneyim süresi hesabının ay ve gün olarak yapılması gerektiği kanısındayım. Nitekim KİK 2006/UY.Z-1472 sayılı kararında; “...Sonuç olarak, anahtar teknik personelin deneyim süresinin hesabına ilişkin 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesine uygun sağlıklı bir tespitin, ancak; oda kayıt tarihinden ihale tarihine kadar geçen bütün sürelerin (ay, gün, yıl) dikkate alınarak yapılacak bir hesaplama sonucunda elde

edilebileceği aşikardır. Bu durumda, şikayete konu ihalede, ihale tarihinden, Turan K.'nin meslek odasına kayıt tarihi çıkarıldığında (16.03.2006-07.11.2001) ilgilinin meslek odasına kayıt tarihinin üzerinden dört yıl, dört ay, dokuz gün geçtiği ve Turan K.'nin deneyim süresinin İdari Şartnamede ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde istenen en az beş yıllık deneyim süresi şartını karşılamadığı, dolayısıyla başvuru sahibinin idarece değerlendirme dışı bırakılmasının doğru olduğu ve iddianın doğru olmadığı anlaşılmıştır.” Denilerek bu yanlış uygulamadan ancak iki yıl sonra dönülmüştür.

10- İvedilik ve kamu yararı kararının bildirilmesi:

İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 13 ncü maddesinde, idareye yapılan şikayet başvurusu sonuçlandırılmadıkça veya ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi ihale yetkilisince onaylanmadıkça sözleşme imzalanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu karar, sözleşmenin imzalanmasından en az 7 gün önce şikayette bulunana ulaşacak şekilde bildirilir. Bu karara karşı, bildiri izleyen 3 gün içinde Kuruma itiraz şikayet başvurusunda bulunulabilir. 3 gün geçtikten sonra kamu yararı ve ivedilik kararının iptali için itiraz şikayet başvurusunda bulunulduğu takdirde Kamu İhale Kurulu bu başvuruyu süre yönünden reddedebilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır. Bu 7 günlük sürenin hesaplanması hususunda KİK 2006/UH.Z-387 sayılı kararında; “Başvuru dosyasının incelenmesinden; şikayetçinin 19.12.2005 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunması üzerine, 21.12.2005 tarihinde idarece ihale işlemlerine devam edilerek sözleşmenin imzalanması kararının alındığı, idarenin bu kararının 21.12.2005 tarih ve 2005/2039 sayılı yazı ile 27.12.2005 tarihinde şikayetçiye tebliğ edildiği, idarenin kararına karşı şikayetçinin yasal süresi içerisinde 28.12.2005 tarihinde Kuruma itiraz şikayet başvurusunda bulunduğu, Kurul tarafından alınan 02.01.2006 tarih ve 2005/UH.Z-77 sayılı Kararla ihale yetkilisince ihale sürecinin devamına yönelik olarak alınan kararın iptal edildiği, söz konusu Kurul Kararının 03.01.2006 tarihinde idareye telgrafla bildirildiği, idarenin 03.01.2006 tarihinde telgrafla bildirim yapılmadan önce sözleşmeyi imzaladığı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle; 1) Başvurunun reddine, 2) 4734 sayılı Kanundaki usul ve sürelerle uyularak sözleşmeye bağlanan ihale ile ilgili olarak herhangi bir iptal kararı alınması mümkün olmadığından, incelenen ihalede yukarıda tespit edilen mevzuata aykırı ihale işlemlerinin değerlendirilmek, gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesine, Oyçokluğu ile karar verildi.” Denilmektedir. Halbuki 04.09.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan “İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Tebliğ” de “..şikayet sunulduktan sonra ihale yetkilisince ihale konusu işin ivediliği ve gerçekleşmesinde kamu yararı bulunması nedeniyle ihale sürecinin devamına karar verildiği hallerde, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi günlük sürenin dolmasını müteakip sözleşme imzalanabilecektir. Ancak, bu karara karşı Kuruma itiraz şikayet başvurusunda bulunulması halinde Kurumca itiraz sonuçlandırılıp karar bildirilinceye kadar sözleşme imzalanamayacaktır.

Bu nedenle, idareye bir şikayet başvurusunda bulunulması halinde, idarelerin sözleşme imzalamadan önce bu başvuruya ilişkin almış oldukları kararın başvuru sahibine tebliğini müteakip Kuruma itiraz şikayet başvurusunda bulunulup bulunulmadığını Kurumun www.kik.gov.tr adresinden “şikayet sorgulama” bölümünden öğrenmeleri gerekmektedir.” Hükümü bulunmaktadır. Ayrıca Borçlar Kanununun 76 ncı maddesi uyarınca da gün hesabında yazının tebliğ edildiği günün hesaba katılmaması

gerekmektedir. Verilen kararda 7 gün dolmadan sözleşme imzalanmıştır. Dolayısıyla idarenin söz konusu işlemi anılan Kanun hükmüne aykırıdır. Kamu İhale Kurulu hem süre hesabını yanlış uygulayarak hem de Tebliğe aykırı hareket ederek yüklenicinin hak kaybına sebep olmuştur.

11- Kesinleşmiş Sosyal Güvenlik Prim Borcu

İhalelere katılmak için gerekli belgelerden biri de İdari Şartnamenin 7.1 maddesinin (d) bendinde istenilen 10. madde taahhünamesidir. Bu taahhüname; “1) [İşin adı] işine istekli olarak [katılıyorum/katılıyoruz]. Bu taahhünamenin imza tarihi itibarıyla, 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde belirtilen durumlarda [olmadığımı/olmadığımızı] beyan [ediyorum/ediyoruz]. Bu durumda değişiklik olması halinde, idareye derhal bildirmeyi kabul ve taahhüt [ediyorum/ediyoruz].

2) İhalenin [üzerimde/üzerimizde] kalması halinde sözleşmenin imzalanmasından önce, ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda [olmadığıma/olmadığımızı] ilişkin belgeleri vermeyi kabul ve taahhüt [ediyorum/ediyoruz].

3) Aksi takdirde geçici teminatın gelir kaydedilmesini ve [hakkımda/hakkımızda] Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen müeyyidenin uygulanmasını kabul [ediyorum/ediyoruz].” Denilmektedir.

İhale üzerinde kalan istekli ihale tarihi itibarıyla örneğin; kesinleşen prim borcu olmadığına dair belgeyi sunamaması halinde sözleşme imzalanmayarak ihale dışı bırakılmakta ve geçici teminatı gelir kaydedilerek bir yıl ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verilmektedir. Ancak Danıştay 13. Dairesi, Ankara Deniz İkmal Komutanlığı'nın 367 bin 400 YTL'lik kumaş ihalesini kazandığı halde prim borcu olduğu için bu ihaleyi kaybeden ve bir yıl süreyle tüm ihalelerden de yasaklanan şirketi Kamu İhale Kurumu karşısında açtığı davada haklı buldu. Kamu İhale Kurumu'nun temyiz talebi üzerine dava Danıştay 13. Dairesi'nce incelendi. Danıştay, şirkete bir yıl ihale yasağını "hukuka aykırı" diye iptal eden Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin kararını oybirliği ile onadı. Bunun üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından 03.05.2007 tarih ve 26511 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan değişiklikle; “ 2 - İkincil mevzuat çalışmaları tamamlanuncaya kadar idarelerin; 5615 sayılı Kanunla getirilen hükümlere uygun olarak; gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunanlar ile ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgeleri sözleşme imzalanmadan önce vermeyen istekli hakkında yasaklama işlemi uygulanmaksızın geçici teminatlarının gelir kaydedilerek ihale dışı bırakılmaları gerektiğine, 3 - Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasına; Oybirliği ile karar verildi.” Denilerek yargı kararına uyulmuştur. Ancak hukuka aykırı olan bu taahhünameden o tarihe kadar ceza olarak hak kaybına uğramış çok sayıda yüklenici bulunmaktadır.

12- İhale Dışı Bırakılacak ve İhaleye Katılamayacaklar Kapsamında Olunmadığına İlişkin Taahhütname.

İhalelere katılmak için gerekli belgelerden biri de İdari Şartnamenin 7.1 maddesinin (d) bendinde istenilen 10. madde taahhünamesidir. Bu taahhüname; “1) [İşin adı] işine istekli olarak [katılıyorum/katılıyoruz]. Bu taahhünamenin imza tarihi itibarıyla, 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde belirtilen durumlarda [olmadığımı/olmadığımızı] beyan

[ediyorum/ediyoruz]. Bu durumda değişiklik olması halinde, idareye derhal bildirmeyi kabul ve taahhüt [ediyorum/ediyoruz].

2) İhalenin [üzerimde/üzerimizde] kalması halinde sözleşmenin imzalanmasından önce, ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda [olmadığıma/olmadığımızı] ilişkin belgeleri vermeyi kabul ve taahhüt [ediyorum/ediyoruz].

3) Aksi takdirde geçici teminatın gelir kaydedilmesini ve [hakkımda/hakkımızda] Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen müeyyidenin uygulanmasını kabul [ediyorum/ediyoruz].” Denilmektedir. Bu taahhütnamelerin standart forma uygun olması gerekir. Nitekim KİK 2006/UY.Z-468 sayılı kararında; “... İnş. İth. İhr. Yat. Tic. Ltd. Şti. tarafından sunulan “Teklif Verme Aşamasında İhale Dışı Bırakılacak ve İhaleye Katılamayacak Olanlar Kapsamında Olunmadığına İlişkin Taahhütnamenin” 2 nci maddesi; “İhalenin üzerimde kalması halinde sözleşmenin imzalanmasından önce 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığıma ilişkin belgeleri vermeyi kabul ve taahhüt ediyorum.” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu taahhütnamenin, “İhalenin üzerimde kalması halinde sözleşmenin imzalanmasından önce, ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığıma ilişkin belgeleri vermeyi kabul ve taahhüt ediyorum.” ibaresini içermesi gerekmektedir. Anılan isteklinin bu nedenle ihale dışı bırakılması gerekirken, aksi yönde gerçekleştirilen idare işlemi mevzuata uygun bulunmamaktadır. 2..... tarafından sunulan “Teklif Verme Aşamasında İhale Dışı Bırakılacak ve İhaleye Katılamayacak Olanlar Kapsamında Olunmadığına İlişkin Taahhütnamenin” 2 nci maddesinin de “İhale tarihi itibarıyla” ibaresini taşımadığı ve böylece standart forma uygun olmadığı anlaşılmıştır. Bu isteklinin de belirtilen nedenle ihale dışı bırakılması gerekmektedir.” Denilmiştir. KİK/UY.Z-2614 sayılı kararında; “...Teklif dosyasında sunulan 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ile ilgili taahhütnamede “ihale tarihi itibarıyla” ifadesinin eksik olduğu, bu nedenle taahhütnamenin standart forma aykırı olduğu tespit edildiğinden, belge eksiklikleri nedeniyle Özbil İnşaat Ltd. Şti.’nin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği halde ikinci en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin mevzuata aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

2) Teklifi değerlendirmeye alınanİnşaat-N. G. ve Ortakları firmasının sunduğu 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ile ilgili taahhütnamede “ihale tarihi itibarıyla” ifadesinin eksik olduğu, bu nedenle taahhütnamenin standart forma aykırı olduğu tespit edilmiş, bu isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği sonucuna varılmıştır.” Denilmiştir. Aynı kararda verilen karşı oy gerekçesinde; “Kararda, ihalede ikinci en avantajlı teklif olarak belirlenen ... İnşaat Ltd. Şti. ile İnşaat-N. G. ve Ortakları firmasının teklifleri kapsamında sunmuş oldukları 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ile ilgili taahhütnamelerde (Standart Form- KİK027.0/Y) “ihale tarihi itibarıyla” ifadesinin eksik olması değerlendirme dışı bırakılma nedeni sayılmıştır.

Söz konusu standart form 08/06/2004 tarihli Yönetmelik değişikliği ile getirilmiş, 22/06/2005 tarihli değişiklikle ise standart formun ikinci fıkrasına isteklilerin ihale dışı bırakılma sebeplerini taşımadıklarına ilişkin belgeleri “ihale tarihi itibarıyla” durumlarını gösterir biçimde sunmalarına açıklık getirmek amacıyla “ihale tarihi itibarıyla” ifadesi eklenmiştir. Dolayısıyla iki standart form arasındaki fark bu ifadeyle sınırlıdır. İhalelerde eski standart formun sunulmasının taşıdığı bahse konu ifade eksikliği dolayısıyla, isteklinin bu belgeleri ihale tarihi itibarıyla durumunu gösterir biçimde sunma zorunluluğu açısından zafiyet oluşturacağı gibi bir düşünce akla gelebilirse de, bu düşüncenin yerinde olmadığı aynı hususu düzenleyen idari

şartnamenin 42 nci maddesindeki hükümden açıkça anlaşılmaktadır. Zira Şartnamenin söz konusu maddesinde;

“İhale üzerinde kalan istekli, ihale tarihi itibarıyla bu Şartnamenin 10 uncu maddesinin (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri ve kesin teminatı 40.3 üncü maddedeki süre içinde vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilecektir.”

Denilmek suretiyle isteklinin bu belgeleri “ihale tarihi itibarıyla” durumunu göstermek üzere sunacağı tereddüde meydan vermeyecek biçimde kurala bağlanmış durumdadır.

İhale dokümanının bir bütün olduğu, isteklinin teklif mektubunda “ihale dokümanını okuduk, inceledik ve aynen kabul ettik. İşin yapılacağı yeri ve çevresini gördük, mahallin özelliklerini ve zemin şartlarını tetkik ettik, herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmadan bütün şartları kabul ediyoruz.” İfadesiyle dokümandaki tüm hükümleri kabullenerek teklif verdiği gerçeği dikkate alındığında eski standart formdaki eksikliğin idari şartnamedeki açıklık karşısında önemini ve anlamını yitirdiği görülmektedir.” Denilmiştir. Başka bir karşı oy gerekçesinde de; “İhaleye teklif veren isteklilerin vermeleri gereken belgelerden birisi “İhale Dışı Bırakılacak ve İhaleye Katılamayacak Olanlar Kapsamında Olunmadığına İlişkin Taahhütname”dir.

Bu taahhütnameye ilişkin standart formda, taahhüdün “**imza tarihi**” itibarıyla verilmesi öngörürken Kamu İhale Kurumunca, taahhüdün “**ihale tarihi**” itibarıyla verilmesi yolunda standart formda değişikliğe gidilmiştir. Ancak bazen idareler hazırladıkları dokümanlara eski formu koymakta, bazen istekliler eski formu kullanmakta olup, salt bu nedenle ihalelerden değerlendirme dışı kalanların sayısında zaman içinde bir azalma olmamış, ekonomik açıdan en avantajlı fiyat teklifini sunan bir çok isteklinin teklifi yalnızca bu nedenle değerlendirilmemektedir.

Bu gibi durumlarda;

1.Yöntem: Eğer söz konusu taahhütname “**imza tarihi**” ibaresini içeriyor, taahhütnamede imza tarihi yer alıyorsa ve bu tarih “**ihale tarihi**” ile aynı ise maksadın hasıl olduğundan hareketle bu taahhütnameyi doğrudan geçerli kabul etmek gerekmektedir.

2.Yöntem: Eğer söz konusu taahhütname “**imza tarihi**” ibaresini taşıyor ancak taahhütnamede imza tarihi yoksa veya ihale tarihinden önceki bir tarihi belirtiyorsa bunu bilgi eksikliği kapsamında değerlendirilerek 4734 sayılı kanununun 37.maddesi uyarınca bu eksikliğin giderilmesinin istenmesi yoluna gidilmelidir.

Somut ihalede ise Gene İnş.-Nurettin Güngören ve Ort. isimli isteklinin verdiği taahhütname “**imza tarihi**” ibaresini içermekte ancak taahhütnamenin imzalandığı tarih ile ihale tarihi aynı olduğundan, bu taahhütnamelerin geçerli kabul edilmesinde kamu ihale mevzuatına aykırılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu teklif geçerlidir.” Denilmiştir. Başka bir karşı oy gerekçesinde, “Kurumca resen tespit edilen hususlar arasında yer alan 4734 sayılı Kanununun 10. maddesi ile ilgili verilen taahhütnamede standart formda yer alan “ihale tarihi” ibaresine yer verilmemesi nedeniyle bazı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yolundaki tespit ise bu taahhütnameelerde “imza tarihi” ibaresinin yer alması, imza tarihinde ihale tarihiyle

aynı olması nedeniyle sonuca etkili bir husus olmadığından yerinde değildir.” Denilmiştir. Ancak çoğunluk kararı ile “*ihale tarihi itibarıyla*” ifadesinin eksik olması değerlendirme dışı bırakılma nedeni sayılmıştır. Bu karar doğrultusunda verilmiş onlarca karar bulunmaktadır. Ancak yeni Kamu İhale Kurulu tarafından verilen KİK 2007/UY.Z-2497 sayılı kararda ise; “*Başvuru sahibinin sunduğu taahhütnamenin ikinci paragrafında “ihale tarihi itibarıyla” ibaresi bulunmamakla birlikte, söz konusu taahhütnamenin birinci maddesinde başvuru sahibinin imza tarihi itibarıyla, 4734 sayılı kanunun 10 uncu maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığını beyan etmesi, imza tarihinin ise aynı zamanda ihale tarihi olması, dolayısıyla başvuru sahibinin imza tarihi itibarıyla maddede belirtilen durumlarda olmadığını beyan etmesinin bu beyanın aynı zamanda ihale tarihi itibarıyla de geçerli olması sonucunu doğurmaktadır.*” Denilerek eski Kurul Kararlarına zıt karar verilmiştir.

Sonuç ve Öneriler

Kamu İhale Kurulu verdiği bu çelişkili kararlarla yüklenicilerin hak kaybına uğramalarına sebep olmuştur. Her ne kadar Kamu İhale Kurulu kararları idari yargıya açıksa da atı alan Üsküdar’ı geçtikten sonra gelen adalet başka bir deyişle geciken adalet, adalet değildir. Bundan dolayı Kamu İhale Kurulu karar verirken son derece titiz davranmalıdır. Kamu İhale Kurulunda kararlar salt çoğunlukla değil en az iki farklı çoğunlukla alınmalıdır. Uygulama Yönetmelikleri ve Tebliğler açık, uyumlu, tereddüde meydan vermeyecek biçimde hazırlanmalıdır. Kamu İhale Kurumunun hazırladığı Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde yapılacak değişikliklerle ihalelerin şeffaf, ihtilafa meydan vermeyecek biçimde anlaşılır, hukuka uygun olarak yapılması sağlanabilecektir. Böylelikle uyuşmazlıkların azalarak kamu yatırım projelerinin programlanan sürede, en ekonomik maliyetle ve de istenilen kalitede tamamlanması, bu projelerden elde edilecek sosyal faydanın kamuya zamanında sunulması sağlanacak ve de iş ve ihale düzeninin hakça ve de amacına uygun kılınacağı değerlendirilmektedir.

Kaynaklar

Bakanlar Kurulu, (2002), Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete Tarih/Sayı: 22.01.2002/24658, Ankara.

Bakanlar Kurulu, (2002), Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Resmi Gazete Tarih/Sayı: 22.01.2002/24658, Ankara.

Hürriyet Gazetesi, 5/12/2006 tarih

Gencer, H., (2003), “Yapım İşleri İhalelerinde Sözleşme Usulleri ve Yapılması Gereken Değişiklikler” Mali Hukuk, Sayı: 107, Sh.: 48-56, Denetim Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara.

Gencer, H., (2005), “Kamu İhale Kanununa Göre Yapılan Yapım İşleri İhalelerindeki Uyuşmazlıklar ve Uyuşmazlık Kararları Üzerine Bir Araştırma”, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 3. Yapı İşletmesi Kongresi, Sh.:453-464, 29/30Eylül 2005, Sabancı Kültür Merkezi, Konak-İzmir.

Kamu İhale Kurumu, (2002), Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği, Resmi Gazete, Ankara.

Kamu İhale Kurumu, (2002), Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Resmi Gazete, Ankara.

Kamu İhale Kurumu, (2002), Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Resmi Gazete, Ankara.

www.kik.gov.tr. Uyuşmazlık Kararları

www.kik.gov.tr. Kamu İhale Genel Tebliđi

