

isteklinin EKAP'ta kayıtlı olan bilgi ve belgelerinden, ortaklık ve ortaklık oranlarına ilişkin bilgilerin Yeterlik Bilgileri Tablosu'nda beyan edilen bilgilerle uyumlu olduğu, EKAP üzerinde ortaklara ilişkin bilgilere dayanak teşkil eden pay defterinin ve bir adet karar defteri örneğinin de yer aldığı fakat söz konusu pay defteri ve yönetim kurulu karar defteri incelendiğinde, pay defterindeki ortaklık oranları ile yeterlik bilgileri tablosundaki

oranları aynı olsalar da söz konusu yönetim kurulu karar defteri incelendiğinde bu defterde yer alan kararın şirketin ortaklık durumuna ilişkin olmadığı ve pay defterinde yer alan ortaklık oranlarına dayanak olabilecek başka bir yönetim kurulu kararının da EKAP sistemine yüklenmediği, başka bir ifade ile teklifte beyan edilen ve EKAP'ta kayıtlı pay defterinde yer alan ortaklık yapısına dayanak teşkil eden yönetim kurulu kararı defterinin EKAP sisteminde yüklü olmadığı, bu nedenle

dava konusu Kurulu kararının hukuka uygun olduğu hk (Danıştay K)

EKAP'ta kayıtlı olan bilgi ve belgelerinden, ortaklık ve ortaklık oranlarına ilişkin bilgilerin Yeterlik Bilgileri Tablosu'nda beyan edilen bilgilerle uyumlu olduğu

T.C.

D A N I ř T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2023/899

Karar No:2023/2144

TEMYİZ EDENLER : I- (DAVALI) ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

II- (DAVALI YANINDA MÜDAHİLLER)

1- ... Akaryakıt Turizm Nakliyat Madencilik

Sanayi ve Ticaret A.ř.

2- ... Madencilik ve Turizm

Sanayi Ticaret A.ř.

VEKİLİ : Av. ...

KARşI TARAF (DAVACILAR) : 1- ... Ticaret ve Sanayi A. ř.

2- ... Sanayi ve Ticaret Ltd. şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: DSI Genel Müdürlüğü'nce 21/07/2022 tarihinde, açık ihale usûlü ile gerçekleştirilen "Gümüşhane

– Şiran Akbulak Göleti İkmali” ihalesine iş ortaklığı olarak katılan davacı şirketlerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin 23/11/2022 tarih ve 2022/UY.II-1437 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmektedir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi’nce verilen kararda; 4734 sayılı Kanun uyarınca itirazın şikâyet başvurularının, idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içerisinde yapılması gerektiği, dava dışı ortaklığa 17/10/2022 tarihinde bildirilen şikâyet başvurusunun reddine dair işleme karşı en geç 27/10/2022 tarihine kadar başvuru yapılması gerektiği, ancak davalı idarece de yapılan incelemede dava dosyasına sunulan bilgi ve belgelere göre dava dışı ortaklık tarafından 28/10/2022 tarihinde, öngörülen süre geçtikten sonra başvuru yapıldığı, hak düşürücü nitelikte olan başvuru süresi geçildikten sonra yapılan itirazın şikâyet başvurusu kapsamında davalı idarece başvurunun süresi içerisinde yapılmamış olmasına bağlı olarak başvurunun reddi gerektiği, bu durumda, dava dışı ortaklık tarafından davalı idareye yapılan itirazın şikâyet başvurusunun kabul edilerek davacıların iş ortaklığı teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin olarak düzeltici işlem tesis edilmesine dair Kurul kararında mevzuata uygunluk bulunmamaktadır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, itirazın şikâyet başvurusunun süresinde olduğu, ilgililer tarafından 27/10/2022 tarihinde başvuru yapıldığı fakat başvuru için gerekli bilgi ve belgeleri sisteme yüklemelerine rağmen yaptıkları ödemenin sistemde gözükmemesinden dolayı başvurunun tamamlanamadığı, 27/10/2022 tarihinde telefon ile EKAP etkileşim merkezine yapılan başvuru ile bu hususun iletildiği, bu kapsamda başvurunun 28/10/2022 tarihinde söz konusu teknik sorun giderilerek başvuru işleminin tamamlandığı, bu hususun Ön İnceleme Dairesi Başkanlığı’na

iletilmesi üzerine başvurunun esastan incelendiği, işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürölmektedir.

Müdahiller tarafından, 27/10/2022 tarihinde itirazın şikayet başvurusunda bulundukları hususunun sabit olduğu, Elektronik İhale Daire Başkanlığı'nın ... tarih ve ... sayılı yazısının bu yönde olduğu, esas bakımından ise davacı iş ortaklığı teklifi kapsamında beyan edilen ortaklık durumunu gösterir pay defterinin EKAP sistemine yüklendiği fakat bunun dayanağı yönetim kurulu kararının yüklenmediği, bu durumun belge eksikliği olduğu ve teklifin değerdendirme dışı bırakılması sebebi olduğu sabittir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmöl ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği göröşöldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY:

DSİ Genel Müdürlüğü tarafından 21/07/2022 tarihinde açık ihale usölü ile "Gümüşhane – Şiran Akbulak Göleti İkmali" ihalesi gerçekleştirilmiş, ihaleye katılan davacıların oluşturduğu iş ortaklığı tarafından sunulan teklif en avantajlı teklif olarak belirlenmiştir.

Bunun üzerine davalı idare yanında müdahil şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığı tarafından 06/10/2022 tarihinde davacılar tarafından oluşturulan ortaklıkta yer alan şirketlere ilişkin yetkili kişilerce teklif sunulmadığı iddiasını da içeren şikayet başvurusu yapılmış, ihaleyi

yapan idare tarafından ise şikayet başvurusu reddedilmiştir. Bunun üzerine müdahil şirketler tarafından itirazen şikayet başvurusunda bulunulmuş, bu başvuru üzerine yapılan inceleme sonucunda davacı ortaklıktaki ... A. Ş.'ye ait temsil yetkisinde sorun olduğundan tekliflerin yetkili kişilerce hazırlanmadığından bahisle davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde düzeltici işlem tesis edilmesine dair 23/11/2022 tarih ve 2022/UY.II-1437 sayılı Kurul kararı verilmiştir.

Bunun üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Aday veya isteklinin mesleki faaliyetini sürdürdüğünü ve teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgeler" başlıklı 38. maddesinin 5. fıkrasında EKAP'a kayıtlı olan anonim şirketlerin (tek ortaklı şirketler hariç) ortaklar ve ortaklık oranlarının kaydı kapsamında, beyan edilen kişilere ilişkin pay defteri ile dayanağı yönetim kurulu karar defterinin ilgili kısımlarını EKAP'a kaydetmeleri ve son başvuru veya ihale tarihinden ve sözleşme imzalamadan önce güncellemeleri zorunlu olduğu kurala bağlanmıştır.

Uyuşmazlık konusu İdari Şartname'nin "İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri" başlıklı 7. maddesinde: "7.1. İsteklilerin ihaleye katılabilmeleri için aşağıda sayılan belgeler ve yeterlik kriterleri ile fiyat dışı unsurlara ilişkin bilgileri e-teklifleri kapsamında beyan etmeleri gerekmektedir.

a) Teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren bilgiler;

...

2) Tüzel kişilerde; isteklilerin yönetimindeki görevliler ile, ilgisine göre, ortaklar ve ortaklık oranlarına (halka arz edilen hisseler hariç)/üyelerine/kurucularına ilişkin bilgiler idarece EKAP'tan alınır..." düzenlemesi; "Tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 31. maddesinde ise "...37.3. İhale dokümanında belirtilen geçici teminat mektubu, katılım belgeleri ve yeterlik kriterleri ile fiyat dışı unsurlara ve

istenilmişse teknik şartnameye cevaplar ve açıklamalara ilişkin değerlendirme, istekliler tarafından beyan edilen bilgi ve belgelerden; EKAP veya diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfası üzerinden sorgulanarak temin veya teyit edilebilenler için, sorgulama sonucunda elde edilen bilgiler; belirtilen yöntemle temin veya teyit edilemeyenler için ise beyan edilen bilgiler esas alınarak yapılır. Yeterlik sertifikası üzerinden yeterlik tespiti yapılan ihalelerde ise, ihale dokümanında belirtilen katılım belgeleri ve yeterlik kriterleri ile fiyat dışı unsurlara ilişkin değerlendirme, yeterlik sertifikası kapsamındaki geçerlik süresi dolan belgeler dahil yeterlik sertifikası üzerindeki bilgiler; yeterlik sertifikası üzerinden değerlendirme yapılamayan her belge veya kriter için ise yeterlik bilgileri tablosunda istekliler tarafından beyan edilen bilgi ve belgeler esas alınarak yapılır.” düzenlemesi yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Her ne kadar temyize konusu İdare Mahkemesi kararında müdahiller tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusunun süresinde olmadığı, bu nedenle incelenmesine olanak bulunmadığından bahisle iptal kararı verilmiş ise de davalı Kurum tarafından sunulan temyiz dilekçesi ekinde yer alan ... tarih ve ... sayılı Elektronik İhale Dairesi Başkanlığı yazısında EKAP’tan kaynaklanan teknik sorun nedeniyle müdahillere ait 27/10/2022 tarihli itirazın şikayet başvurusunun tamamlanamadığı belirtildiği ve bu hususa ilişkin olarak ayrıca telefon görüşme kayıtlarının ve ekran görüntülerinin sunulduğu görülmektedir.

Bu nedenle söz konusu itirazın şikayet başvurusunun, bu başvuru için son gün olan 27/10/2022 tarihinde yapıldığı, 27/10/2022 tarihinde telefon ile EKAP etkileşim merkezine yapılan arama ile bu hususun iletildiği, söz konusu teknik sorunun 28/10/2022 tarihinde giderilmesi üzerine başvuru işleminin tamamlandığı, bu hususun Ön

İnceleme Dairesi Başkanlığı'na iletilmesi üzerine başvurunun esastan incelendiği anlaşıldığından İdare Mahkemesi tarafından aksi yöndeki gerekçeyle verilen kararın kararın hukuka uygun olmadığı ve dava konusu Kurul kararının esası bakımından incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuat gereği, isteklilerin ihaleye katılabilmeleri için e-teklifleri kapsamında beyan edeceği bilgiler kapsamında, tüzel kişilerde; isteklilerin yönetimindeki görevliler ile ortaklar ve ortaklık oranlarına (halka arz edilen hisseler hariç)/üyelerine/ kurucularına ilişkin bilgilerin idarece EKAP'tan alınması gerekmekte olup, isteklinin çok ortaklı bir anonim şirketi olması durumunda teklifinde ortak olarak beyan ettiği kişilere ilişkin pay defteri ile dayanağı yönetim kurulu karar defterinin ilgili kısımlarını EKAP'a kaydetmesi ve bu bilgileri son başvuru veya ihale tarihinden ve sözleşme imzalamadan önce güncellemesi zorunludur.

İhale üzerinde bırakılan iş ortaklığının özel ortak statüsündeki davacı tarafından sunulan Yeterlik Bilgileri Tablosu'nun "Ortaklar/Üyeler/Kurucular ile Yöneticilere Ait Bilgiler" kısmında; ..., 7.0 ..., 8.0 ve H..., 85.0 oranında hisseye sahip olduğunun, "Yöneticilere Ait Bilgiler" kısmında ise Hatice Nurdan Küçükçelesi'nin imza yetkili yönetici olduğunun beyan edildiği görülmüştür.

Söz konusu isteklinin EKAP'ta kayıtlı olan bilgi ve belgelerinden, ortaklık ve ortaklık oranlarına ilişkin bilgilerin Yeterlik Bilgileri Tablosu'nda beyan edilen bilgilerle uyumlu olduğu, EKAP üzerinde ortaklara ilişkin bilgilere dayanak teşkil eden pay defterinin ve bir adet karar defteri örneğinin de yer aldığı fakat söz konusu pay defteri ve yönetim kurulu karar defteri incelendiğinde, pay defterindeki ortaklık oranları ile yeterlik bilgileri tablosundaki oranları aynı olsalar da söz konusu yönetim kurulu karar defteri incelendiğinde bu defterde yer alan kararın şirketin ortaklık durumuna ilişkin olmadığı ve pay defterinde yer alan ortaklık oranlarına dayanak olabilecek başka bir yönetim kurulu kararının da EKAP sistemine

yüklenmediği, başka bir ifade ile teklifte beyan edilen ve EKAP'ta kayıtlı pay defterinde yer alan ortaklık yapısına dayanak teşkil eden yönetim kurulu kararı defterinin EKAP sisteminde yüklü olmadığı, bu nedenle dava konusu Kurul kararının hukuka uygun olduğu anlaşılmıştır.

Bu itibarla, müdahiller tarafından süresinde yapılan ve davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılması istemiyle yapılan itirazın şikâyet başvurusunun kabulüne ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının ve davalı yanında müdahillerin temyiz istemlerinin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. DAVANIN REDDİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Toplam ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacılardan alınarak davalı idareye verilmesine,
6. Toplam ...-TL müdahil yargılama giderinin davacılardan alınarak davalı yanında müdahillere verilmesine,
7. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine,
8. Temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL tutarındaki yürütmenin durdurulması harçlarının istemleri hâlinde davalı idareye ve davalı yanında müdahillere ayrı ayrı iadesine,
9. Müdahiller tarafından ilk derece aşamasında müdahale başvurusu aşamasında verilen fakat bu hususta karar verilmediğinden dolayı kullanılmayan toplam ...-TL harcın müdahillere iadesine,
10. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

11. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 03/05/2023 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

Kişilerin haklarını kullanabilmeleri için öncelikle bu hakların neler olduğunu ve bunları ne şekilde kullanabileceklerini bilmeleri gerekir. Vatandaşa yasal mevzuatla tanınan hakların ve yüklenen yükümlülüklerin neler olduğunun sarîh bir şekilde gösterilmesi ve açıklanması da hukuk devletinin bir gereğidir. İdarenin eksik ve yanlış açıklamalarla sebep olduğu hatalı bilginin ve bu şekilde yol açtığı kamu kusurunun yükü ve cezası vatandaşa yüklenemez.

4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinde idarelerin bu Kanun'a göre yapacağı ihalelerde saydamlık ve rekabeti sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu yükümlülük aday, istekli veya istekli olabileceklerin kimlerle, hangi şartlarda ve ne şekilde rekabet edeceklerini öngörebilir durumda ve sürprizlere kapalı olmalarını da gerektirir.

İhale dokümanı bir nev'i ihalenin anayasası mahiyetinde olup, tüm ihale süreci bu metinler doğrultusunda yürütülmektedir. Hâl böyleyken, söz konusu dokümanların ihale sürecinin ve sonraki aşamaların nasıl işleyeceğine ilişkin hiçbir gri veya muğlak alan bırakmayacak şekilde açık, anlaşılır ve net kurallar içermesi gerektiği de açıktır. Bu anlamda, ihaleye katılım için gerekli olan belgelerin neler olduğu hususunun da yasal mevzuatı en iyi şekilde bilmesi gereken idare tarafından ilgili ihale dokümanına açık bir şekilde dercedilmesi gerektiği izâhtan vârestedir.

Dava dosyası incelendiğinde, İdari Şartname'nin 7.1. maddesinde ortaklık bilgilerinin EKAP üzerinden temin edileceği belirtilmiş ise de, pay defterinin ekinde sunulması gereken belgelere ilişkin açık bir direktifin bulunmadığı görülmektedir. Davacının da pay defterinin

EKAP'a yüklü olduğu, ortaklık yapısının ve oranlarının buradan açıkça görülebildiği, oysa dava konusu Kurul kararında ihale dokümanında belirtilmeyen bir koşulun arandığı ve pay defteri ekinde ortaklık yapısına ilişkin yönetim kurulu kararının ibraz edilmediği gerekçesiyle davacının ve davacıyla birlikte başka beş isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı görölmektedir.

Kamu ihalelerine iştirak eden ve bu alanda tecrübesi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin ihale mevzuatına belli bir düzeye kadar vâkıf olmaları gerektiği açıktır. Ancak, hukukçuların dahî uzun fikir teatîleri ile ancak sonuçlandırabildikleri ve hatta çözümlenmekte kimi zaman acze düştükleri hususların aday, istekli ve istekli olabilecek kişiler tarafından bir çırpıda çözümlenmesini beklemek hak ve adalet duyguları ile bağdaşmamaktadır. İsteklilerden beklenen yüksek hukukçu olmaları değil, yalnızca mesleklerinin icrası için gereken makûl bir hukuk bilgisine sahip olmalarıdır. İhale süreçlerinin usulüne uygun yürümesi ve herhangi bir hak kaybının oluşmaması da idarenin açık, net ve anlaşılır bir kurallar bütününe teşekkül ettirmesine bağlıdır.

Söz konusu durumun temelde idarenin ihale dokümanında yeterli açıklamayı yapmamış olmasından kaynaklandığı, dokümandaki söz konusu eksik belirlemenin rekabet imkânlarını kısıtlamanın yanı sıra, isteklilerin de mağduriyetine sebep olduğu anlaşılmaktadır.

Netice itibarıyla, davacının ihale dokümanında belirtilen koşullara uygun olarak teklifini sunduğu, sunulan belgelerden ortaklık oranlarının açık şekilde anlaşılabilirdiği; teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hem rekabet, hem de saydamlık ilkelerini ihlâl ettiği, ihale dokümanında hiçbir şekilde belirtilmemiş bir yükümlülüğün isteklilerce derin bir hukukî mütalaa ile keşfedilip yerine getirilmesini beklemenin hakkaniyet duygusuna aykırı olduğu dikkate alındığında dava konusu işlemden hukuka uygunluk bulunmadığından, Mahkeme kararının izah edilen bu gerekçe ile onanmasına karar verilmesi gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum.