elektronik ihale teklifini sunmadan önce yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanması durumunun hüküm ve sonuç doğurduğu basiretli tacir sıfatını haiz olması gereken başvuru sahibinin teklif sunmadan önce yasaklı olduğunu öğrenmesinin mümkün olduğu ayrıca mevzuat içeriğinde yasaklı kişilerin tekrar yasaklanmasını engelleyen bir hüküm olmadığı hk

Toplantı No	: 2021/052
Gündem No	: 34
Karar Tarihi	: 29.12.2021
Karar No	: 2021/UH.I-2374

BAŞVURU SAHİBİ:
Celal Kubat Taşımacılık Turizm İnşaat Gıda Tarım Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Şanlıurfa Büyükşehir Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Daire Başkanlığı,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2021/532873 İhale Kayıt Numaralı "İş Makinesi Kiralama Hizmet Alımı İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Şanlıurfa Büyükşehir Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından 08.10.2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "İş Makinesi Kiralama Hizmet Alımı İşi" ihalesine ilişkin olarak Celal Kubat Taşımacılık Turizm İnşaat Gıda Tarım Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin 01.11.2021 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 04.11.2021 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 15.11.2021 tarih ve 53259 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 12.11.2021 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2021/1889 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, şikâyete konu ihaleye 08.10.2021 tarihinde saat 09.17'de EKAP üzerinden elektronik tekliflerini sundukları, teklif verme saati itibariyle EKAP üzerinden yasaklı olduklarına ilişkin bir bilgiye kendileri tarafından yapılan teyit sonunda ulaşamadıkları, ancak idare tarafından ihale saatinden sonra yapılan incelemede kendilerinin yasaklı olduğunun tespit edildiği, geçici teminatlarının gelir kaydedilerek haklarında ikinci bir yasaklama kararı daha verileceğinin kendilerine bildirildiği, idarenin kararının mevzuata uygun olmadığı, e-teklifin gönderilme saatinde EKAP üzerinden yapılacak teyitte kendilerinin yasaklı olmadığının görüleceği, bu durumda kendilerinin bir sorumluluğunun bulunmadığı, tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi gerektiği, ayrıca idarenin mevcut durumda tekliflerinin %3'ünden fazla oranda geçici teminatın gelir kaydedildiği, istikrar kazanmış kararlar gereği geçici teminatın yalnızca %3 lük kısmının gelir kaydedilebileceği, hali hazırda yasaklı olan bir isteklinin bir daha yasaklanması işleminin de mevzuata uygun olmadığı iddialarına yer verilmiştir.

A) Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11'inci maddesinde "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:
a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
…
Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir…" hükmü,

Aynı Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinde "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:
…
e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.
Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır." hükmü,
33'üncü maddesinde "…İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır…" hükmü,

58'inci maddesinde "17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.
Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.
İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.
Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.
İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği" başlıklı 28.1.5'inci maddesinde "28.1.5.1. 4734 sayılı Kanunun "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan "İhalelere katılmaktan yasaklama" kenar başlıklı 58 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında; "Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer" hükmü yer almıştır. Söz konusu madde hükmünde "en geç" şeklinde ifade edilen sürelerle ilgili olarak uygulamada tereddütler oluştuğu görüldüğünden aşağıdaki hususların açıklanmasına ihtiyaç duyulmuştur.
28.1.5.1.1 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin gerekçesinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle sürenin dolması halinde ceza verilemeyeceği göz önünde bulundurularak azami otuz günlük sürenin kırk beş güne çıkarıldığı belirtilmiştir.
1.
1.
1.
1.
1. Yasaklama işlemlerinin süresinde tamamlanarak yürürlüğe girmemesi halinde ilgili ve görevli kamu görevlileri hakkında disiplin ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilecektir." açıklaması,

Aynı Tebliğ'in "Teminatların gelir kaydedilmesi" başlıklı 28.1.8'inci maddesinde "28.1.8.1 İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında yasaklama kararı bulunan aday veya istekilerin;
1. İhaleye katılmaları halinde ihale dışı bırakılmaları ve geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi,
2. Bu durumlarının tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmış ancak ihale kararı ihale yetkilisince onaylanmamış olması durumunda, bu isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması ve geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi,
3. Bu durumlarının ihale kararı onaylandıktan sonra sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süre içinde anlaşılması durumunda ihale kararının iptali ile duruma göre kesin teminatın veya geçici teminatın gelir kaydedilmesi,
4. Bu durumlarının sözleşme yapıldıktan sonra anlaşılması halinde, sözleşmenin 4735 sayılı Kanunun 21 inci maddesi hükmü uyarınca feshedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi ile kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi,
Gerekmektedir.
28.1.8.2. İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan aday veya istekiler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayın tarihinden önce teklif vermiş olan istekiler açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 5812 sayılı Kanunla değişik 40 ıncı maddesinin son fıkrası gereğince ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin her ikisinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilecektir." açıklaması,

İdari Şartname'nin 2.1'inci maddesinde "İhale konusu işin/alımın;
a) Adı: İş Makinesi Kiralama Hizmet Alımı İşi
b) Türü: Hizmet alımı
c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
ç) Yatırım proje no'su (yapım işlerinde): Bu madde boş bırakılmıştır.
d) Kodu:
e) Miktarı:
13 İş Kaleminden oluşan İş Makinesi Kiralama Hizmet Alımı İşi Kısmi çalışma esasına dayalı" düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin 3.1'inci maddesinde "a) İhale kayıt numarası: 2021/532873
b) İhale usulü: Açık ihale.
c) İhale (son teklif verme) tarihi ve saati: 08.10.2021
Saat: 10:30" düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin 26.1'inci maddesinde "İstekliler teklif ettikleri bedelin % 3'ünden az olmamak üzere kendi belirleyecekleri tutarda geçici teminat vereceklerdir. Teklif edilen bedelin % 3'ünden az oranda geçici teminat veren isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılır." düzenlemesi yer almaktadır.

22.10.2021 tarihli ihale komisyonu kararının incelenmesi neticesinde şikâyete konu ihaleye 12 isteklinin katıldığı, idare tarafından yapılan yeterlik değerlendirilmesi sonucunda aralarında başvuru sahibinin de bulunduğu 6 isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmış olup ihalenin Aytem Temizlik Gıda Tekstil Sanayi İç v Dış Ticaret Limited Şirketi üzerinde bırakıldığı tespit edilmiştir.

Başvuru sahibinin değerlendirme dışı bırakılması işleminin gerekçesi incelendiğinde, ihale komisyonu tarafından ihale günü ihaleye katılan tüm istekilerin yasaklılık teyitlerinin yapıldığı, başvuru sahibi olan Celal Kubat Taşımacılık Turizm İnşaat Gıda Tarım Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin ihale günü olan 08.10.2021 tarihinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından ihalelere katılmaktan yasaklandığının tespit edildiği, Kanun'un 11, 17 ve 58'inci maddeleri gereğince başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, geçici teminatının gelir kaydedildiği ve haklarında yasaklama işlemlerinin başlatıldığı anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesinde haklarında yasaklama kararı bulunan isteklilerin ihaleye katılamayacakları, katılmaları durumunda tekliflerinin reddedilerek geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, aynı Kanun'un 17'nci maddesinde 11'inci maddede yer alan durumlarda olup ihaleye katılım sağlanmasının yasak fiil ve davranışlar içerisinde sayıldığı, 58'inci maddesinde 17'nci maddede sayılan yasak fiil ve davranışların tespiti halinde, söz konusu fiil ve davranışlarda bulunan istekiler hakkında kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılım yasağı kararının verileceği anlaşılmıştır.

Mevcut durumda, başvuru sahibinin elektronik teklifinin ihale günü olan 08.10.2021 tarihi saat 09.17'de EKAP üzerinden sunduğu, aynı tarihli Resmi Gazete içeriğinde de başvuru sahibi istekliye ilişkin yasaklama kararının yayınlandığı anlaşılmıştır.

Başvuru sahibinin elektronik teklifi sunduğu ve yasaklama kararının yayınlandığı günün aynı olması sebebiyle, yasaklama kararının yayınlandığı Resmi Gazete'nin yayın saati mevcut uyuşmazlığın çözümünde büyük önem arz etmekte olduğundan 06.12.2021 tarihli ve 21009 yazı ile Cumhurbaşkanlığı İdari ve Mali İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü'nden 08.10.2021 tarihli ve 31622 sayılı Resmi Gazete'nin yayın saati sorulmuş olup 09.12.2021 tarihli ve 54328 sayılı cevabı yazı içerisinde söz konusu Resmi Gazete'nin 08.10.2021 tarihinde 00.00 saatinde yayınlandığının ifade edildiği anlaşılmıştır.

Mevzuatın yukarıda yer alan hükümleri çerçevesinde, hakkında yasaklama işlemi başlatılan isteklilerin, yasaklama işlemleri Resmi Gazete'de yayımlanıncaya kadar geçen ortalama 45 günlük süreç içerisinde yasaklama işlemlerinden haberdar olduğu dikkate alındığında, ihalelere katılmadan önce yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanıp yayımlanmadığını günlük olarak takip etme sorumluluğunun ihaleye katılım sağlayan başvuru sahibine ait olduğu ve ihaleye teklif verilmeden önce günlük Resmi Gazete'ye bakılarak yasaklama kararının verilip verilmediğin tespiti sonrasında ihaleye teklif sunması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü'nün anılan yazısı içerisinde yer alan bilgilerden, başvuru sahibinin elektronik teklifini sunmadan önce yasaklama kararının Resmi Gazete'yayınlandıgı, yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanması durumunun hüküm ve sonuç doğurduğu, basiretli tacir sıfatını haiz olması gereken başvuru sahibinin teklif sunmadan önce yasaklı olduğunu öğrenmesinin mümkün olduğu, ayrıca mevzuat içeriğinde yasaklı kişilerin tekrar yasaklanmasını engelleyen bir hüküm olmadığı hususları göz önüne alındığında başvuru sahibinin bu konudaki iddialarının yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan başvuru sahibinin teklifi incelendiğinde, teklif bedelinin 7.968.000,00 TL olduğu, teklif bedelinin %3'ünün 239.040,00 TL'ye tekabül ettiği, ancak kendisinin 285.000,00 TL değerinde elektronik geçici teminat mektubu sunduğu anlaşılmış olup idarenin geçici teminatı herhangi bir ayrıştırmaya gitmeden gelir kaydettiği anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen Kanun'un 33'üncü maddesinin gerekçesinde geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkân tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla geçici teminatın teklif bedelinin %3'ünden fazla olan kısmı esasen; rekabetin, güvenirliğin, gizliliğin sağlanması ve ihalelerin sağlıklı şekilde gerçekleştirilmesi gibi amaçlara hizmet ettiği anlaşılmıştır. Bu bakımdan, teklif ettiği bedelin %3'ü oranında geçici teminat veren bir istekliyle, teklif ettiği bedelin %3'ünden fazla oranda geçici teminat veren bir isteklinin, geçici teminat alınmasının birincil amacı gereği teminatlarının gelir kaydedileceği hallerde farklı oranda yaptırıma maruz bırakılmasının 4734 sayılı Kanun'un "eşit muamelenin sağlanması" temel ilkesine aykırı olacağı, bu durumlarda isteklinin Kanun'un emredici hükmü gereği sunmakla yükümlü olduğu asgari geçici teminat tutarının gelir kaydedilmesi, kalan kısmının ise iade edilmesinin uygun olacağı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, başvuru sahibinin 285.000,00 TL'lik geçici teminatının teklif bedelinin %3'ü olan 239.040,00 TL'lik kısmının gelir kaydedilmesi, kalan kısmının iade edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Başvuru sahibinin iddiası, ihale komisyonunun işlemleri, ilgili Kanun hükümleri ile yukarıda yapılan hukuki tespitler bir arada değerlendirildiğinde, başvuru sahibinin teklif vermiş olduğu saat öncesinde yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayınlanmış olması nedeniyle anılan durumun Kanun'un 11'inci maddesinin a) bendi çerçevesinde ele alınması, teklifin değerlendirme dışı bırakılması işlemlerinde mevzuata aykırılık bulunmadığı ancak yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, geçici teminatın yalnızca %3 lük kısmını gelir kaydedilmesi, kalan kısmının başvuru sahibine iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

B) İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 18'inci maddesi yönünden yapılan inceleme sonucunda herhangi bir aykırılık tespit edilmemiştir.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, başvuru sahibinin 285.000,00 TL'lik geçici teminatının teklif bedelinin %3'ü olan 239.040,00 TL'lik kısmının gelir kaydedilmesi, kalan kısmının iade edilmesi gerektiği ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

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 (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.