İhalede yaklaşık maliyetin yanlış hesaplandığına ilişkin bir başka ihalenin yaklaşık maliyetine göre değerlendirilmesine yönelik iddianın ise, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in yukarıda aktarılan hükmü gereği, birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvurulamayacağı

Toplantı No	: 2023/054
Gündem No	: 12
Karar Tarihi	: 01.11.2023
Karar No	: 2023/UH.II-1370

BAŞVURU SAHİBİ:
Tadeks Kurumsal Hizmetler A.Ş.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Edirne Huzurevi Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2023/1016569 İhale Kayıt Numaralı "Edirne Huzurevi Müdürlüğü Malzeme Dahil Mamul Yemek Alımı, Dağıtımı Ve Servis Hizmeti" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Edirne Huzurevi Müdürlüğü tarafından 27.09.2023 tarihinde pazarlık usulü ile gerçekleştirilen "Edirne Huzurevi Müdürlüğü Malzeme Dahil Mamul Yemek Alımı, Dağıtımı ve Servis Hizmeti" ihalesine ilişkin olarak Tadeks Kurumsal Hizmetler A.Ş.nin 04.10.2023 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 05.10.2023 tarihli yazısı ile üzerine, başvuru sahibince 16.10.2023 tarih ve 112614 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 16.10.2023 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2023/1160 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle,

1) Efe Yönetim Yemek A.Ş.'nin temsilcisi Ümit Güngör hakkında kamu ihaleleri ile ilgili İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iddianame hazırlandığı ve bu iddianamenin 17.04.2023 tarihinde kabul edildiğine dair duyum aldıkları, bu iddianın araştırılarak Efe Yönetim Yemek A.Ş.'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği,

2) Tekliflerinin yaklaşık maliyetin üzerinde olduğu gerekçesi ile değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırı olduğu, yaklaşık maliyetin günümüz ekonomik şartlarına uygun olmadığı, 03.08.2023 tarihinde ihalesi yapılan 2023/777029 ihale kayıt numaralı aynı konulu ihalenin yaklaşık maliyetinin daha sonra yapılan ihaleye göre daha yüksek olduğu, söz konusu hataların giderilerek tekliflerinin kabul edilmesinin gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

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

1) Başvuru sahibinin 1'inci iddiasına ilişkin olarak:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında, "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." hükmü,
Aynı Kanun'un "İsteklilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Teyit işlemleri" başlıklı 30.5'inci maddesinde "30.5.1 4734 sayılı Kanunun 40'ıncı maddesinin sekizinci fıkrasında, ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan önce idarelerin, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını Kurumdan teyit ederek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorunda oldukları belirtilmiştir. Buna göre teyit belgesi alınmaması halinde ihale sürecinin tamamlanması mümkün olmayacaktır.
30.5.2 4734 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesinde, sadece ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin, 42 nci maddesinde de sadece ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığının Kurumdan teyit ettirilmesinden söz edilmiş ise de, 11 inci maddede ihalelere katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmamalarının sağlanmasının amaçlandığı dikkate alındığında, ihale tarihi itibariyle ihaleye katılan tüm isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının sorgulanması ve teyit edilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple:
I- Başvuru veya ihale tarihi itibariyle tüm aday ve istekliler için, ihale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce ihale üzerinde kalan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi için, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ise sadece ihale üzerinde kalan istekli için ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve Kurumdan teyit ettirilecektir,
II- Yasaklılık teyidi yapılırken aday ve istekliler ile bunların şahıs şirketi olmaları halinde tüm ortakları, sermaye şirketi olmaları halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortakları ve hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortakları ile başvuru veya teklifi ya da sözleşmeyi imzalayan, başka bir ifade ile ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin de ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve Kurumdan teyit ettirilecektir,
III- Bu çerçevede yapılan teyit işlemi sonucunda;
a) Başvuru veya ihale tarihi itibariyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklı kararı bulunan aday ve istekliler 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesi gereğince ihale dışı bırakılacak, geçici teminatı gelir kaydedilecek ve anılan Kanunun 17 nci maddesinin atıfta bulunduğu 58 inci madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı tesis edilecektir. Yasaklama kararının başvuru veya ihale tarihinden sonra tesis edildiğinin tespiti halinde ise 28.1.8.2 maddesi gereğince işlemde bulunulacaktır.
b) 4734 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda ihale üzerinde bırakılan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci isteklinin ikisinin de yasaklı olduğunun tespiti durumunda ihalenin iptaline, anılan Kanunun 42 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verilecektir.
c) Aday ve isteklilerin şahıs şirketi olmaları halinde ortaklarından herhangi birinin, sermaye şirketi olmaları halinde sermayelerinin yarısından fazlasına sahip ortakları veya hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortaklarının veya ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin başvuru veya ihale tarihi itibariyle yasaklı olduğunun tespit edilmesi halinde, yukarıda belirtilen müeyyideler dışında ayrıca 58 inci madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı tesis edilecektir." açıklaması bulunmaktadır.

Yukarıda aktarılan Kanun hükümlerinden ve Tebliğ açıklamalarından; ihale tarihi itibariyle ihaleye katılan tüm isteklilerin, ihalenin ihale yetkilisi tarafından onaylanmasından önce ise ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ise, sadece ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihalelere katılmaktan, yasaklı olup olmadığının sorgulanması ve teyit edilmesinin zorunlu olduğu, isteklilerinin sermaye şirketi olmaları halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortakları ve hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortakları ile başvuru veya teklifi ya da sözleşmeyi imzalayan, başka bir ifade ile ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin de ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Elektronik ortamda gerçekleştirilen şikâyete konu ihalede, idare tarafından ihaleye teklif veren isteklilere ilişkin EKAP üzerinden yasaklılık teyidinin yapıldığı, yasaklılık teyitlerine ihale işlem dosyasında yer verildiği ve yasaklılık teyitlerinde ihale tarihi itibariyle ve ihalenin ihale yetkilisi tarafından onaylanmasından önce herhangi bir yasaklılık kaydının bulunmadığı anılan şirket ve temsilcisinin hakkında kamu davası açıldığına dair bir bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca EKAP üzerinden yapılan sorgulamada da anılan isteklilerin yasaklılık kaydının olmadığı ve haklarında Kuruma intikal etmiş kamu davası açıldığına dair bir kaydın bulunmadığı tespit edilmiştir.

İdare tarafından ihale üzerinde bırakılan istekliye yönelik ihale tarihi itibarıyla ve ihale komisyonu kararı onaylanmadan önce olmak üzere yasaklılık teyitlerinin yapıldığı ve yapılan sorgulamada da herhangi bir aktif kayda rastlanılmadığı görülmüştür. Başvuru sahibinin itirazen şikâyet dilekçesi incelendiğinde ise; ihale üzerinde bırakılan istekli hakkında açılmış kamu davasına ilişkin somut bir dosya numarasının belirtilmediği, söz konusu davaya ilişkin somut bir bilgiye de yer verilmediği görülmüş olup, ayrıca anılan istekli bakımından EKAP üzerinde, hakkında açılmış bir kamu davası kaydı bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibinin söz konusu iddiaları bakımından ayrıca bir araştırma yapılarak ilave bilgi ve belge istenilmesine gerek olmadığı anlaşılmış olup, başvuru sahibinin iddialarının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

2) Başvuru sahibinin 2'nci iddiasına ilişkin olarak:

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8 inci maddesinde, "(9) Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından aynı ihaleye veya birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler" başlıklı 16.3'üncü maddesinde, "16.3.1. Yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilip edilemeyeceği hususunda tereddütler olduğu anlaşılmaktadır. İhale komisyonu;
a) Yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen her hangi bir husus olup olmadığını,
b) Yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellemenin doğru yapılıp yapılmadığını,
c) Verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtıp yansıtmadığını,
Sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese eder ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak, teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ihalenin iptaline karar vermek hususunda takdir yetkisine sahiptir.
16.3.2. Yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir. Bu durumda sorumluluk idareye aittir." açıklaması yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre, idarelerce gerçekleştirilecek ihalelerde sunulan tekliflerin yaklaşık maliyetin üzerinde bulunması durumunda, ihale komisyonlarınca aktarılan Tebliğ açıklamasına göre belirtilen sorgulama konuları esas alınarak tekliflerin değerlendirileceği, ayrıca yaklaşık maliyet güncel olmakla birlikte idarece bu maliyetin üzerinde ihaleye sunulan tekliflerin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idare ödeneğinin yeterli bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında tekliflerin, kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebileceği, bu hususun belirtilen gerekçeler bakımından ihaleyi yapan idarenin sorumluluğunda ve takdirinde olduğu, bu nedenle yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilmemesinin idarenin takdiri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden başvurunun bu hususa ilişkin kısmının yerinde olmadığı,

Diğer taraftan, yaklaşık maliyetin yanlış hesaplandığına ilişkin bir başka ihalenin yaklaşık maliyetine göre değerlendirilmesine yönelik iddianın ise, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in yukarıda aktarılan hükmü gereği, birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvurulamayacağı anlaşıldığından bu iddianın da yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

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

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

B) İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 18'inci maddesinin ikinci fıkrası yönünden yapılan incelemede herhangi bir aykırılık tespit edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.