

ihaleden Yasaklama kararlarının niteliği gereği ihale işlemi dışında olduğu ve ihaleyi yapan idarelerin görev ve sorumluluğundadır

Toplantı No : 2019/054

Gündem No : 53

Karar Tarihi : 11.12.2019

Karar No : 2019/UY.I-1643

BAŞVURU SAHİBİ:

Demars İnşaat Turizm Tic. Ltd. Şti.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Milli Eğitim Bakanlığı İnşaat ve Emlak Dairesi Başkanlığı,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/326066 İhale Kayıt Numaralı “Ab Mali İmkân Kaps Frit Fonu Bünyesinde Kfw Yürütücülüğü ile Kriz Zamanlarında Herkes İçin Eğt Prj Çerçevesinde Gkas Eğt Alt Yapısını Dstk Amacı ile Gaziantep İlinde Toplam 5 Adet Betonarme Eğt Binasının Yapımı” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

Milli Eğitim Bakanlığı İnşaat ve Emlak Dairesi Başkanlığı tarafından 29.08.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Ab Mali İmkân Kaps Frit Fonu Bünyesinde Kfw Yürütücülüğü ile Kriz Zamanlarında Herkes İçin Eğt Prj Çerçevesinde Gkas Eğt Alt Yapısını Dstk Amacı ile Gaziantep İlinde Toplam 5 Adet Betonarme Eğt Binasının Yapımı” ihalesine ilişkin olarak Demars İnşaat Turizm Tic. Ltd. Şti. nin

12.11.2019 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 20.11.2019 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 29.11.2019 tarih ve 51231 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 29.11.2019 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2019/1525 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, ihaleye iş ortaklığı olarak katıldıkları, özel ortağın mevzuata aykırı davrandığı gerekçesi ile haklarında yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını ile karşı karşıya kaldıkları, ortak girişimde % 99 pay oranına sahip oldukları ve geçici teminat mektubunun kendileri tarafından verildiği, ihale mevzuatına göre ortak girişim ortaklarından birinin yasak fiil ve davranışı olması halinde diğer ortağın iştiraki söz konusu değilse sadece o ortağa müeyyide uygulanacağını belirtildiği, yasak fiil ve davranışı işleyen özel ortakları ile ortaklık yapısı, şirket merkezi adresi ve daha birçok konuda herhangi bir organik bağlarının olmadığı, kaldı ki eyleme iştirak ettiklerinin idare tarafından ispatlanmadan cezai yaptırım uygulandığı, ihale komisyon kararı ile aleyhlerine tesis edilen yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin kaldırılmasının gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasında;...

Ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya

tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları,

İstekli: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini,

İfade eder.” hükmü,

Aynı Kanunu’nun “İhaleye katılımıda yeterlik kuralları” başlıklı 10’uncu maddesinde, Kanun’un 11’inci maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılanların ihale dışı bırakılacağı hükme bağlanmış olup aynı Kanun’un “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,

Anılan 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 Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.” hükmü,

Aynı Kanun’un “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 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 bulunan 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 yrrlēe 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, gereēinin yapılması için bu durumu ilgili veya baēlı bulunulan bakanlıēa bildirmekle yükümlüdür.” hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliēi’nin “Yasaklama kararı vermeye yetkili makamlar ve idarelerce uyulması zorunlu hususlar” başlıklı 28.1.1’inci maddesinde “ ...28.1.1.3 Bu nedenle ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verecek bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşlarının;

...

c) 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanun uyarınca verilecek ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması halinde, yargı mercilerince verilecek her türlü kararın bir rneēinin bilgi için Kuruma gönderilmesi,

...

d) İhalelere katılmaktan yasaklama kararına karşı açılan davada yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilmesi durumunda kararın aslı veya onaylı rneēinin Kurumumuza sunulması halinde ilgili gerçek veya tüzel kişiler yasaklılar listesinden çıkarılacaktır. Ancak, mahkeme kararı uyarınca veya idari bir işlemlle ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının kaldırılması, deēiřtirilmesi veya düzeltilmesi hallerinde kararın yasaklama kararını veren idarelerce Resm Gazetede yayımlatılması,

...

Gerekmemektedir.” açıklaması,

Anılan 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 isteklilerin;

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,

Gerekmemektedir.

28.1.8.2. İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan istekliler 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.” açıklamaları,

Aynı Tebliğ’in “Teyit işlemleri” başlıklı 30.5’inci maddesinde “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 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 itibarıyla 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” açıklamaları,

İdari Şartname’nin “İhale konusu işe ilişkin bilgiler” başlıklı 2’nci maddesinde “2.1. İhale konusu işin

a) Adı: AB Mali İmkân Kaps FRİT Fonu Bünyesinde KfW Yürütücülüğü İle Kriz Zamanlarında Herkes İçin Eğt Prj Çerçevesinde GKAS Eğt Alt Yapısını Dstk Amacı ile Gaziantep ilinde toplam 5 adet Betonarme Eğt Binasının Yapımı

b) Yatırım proje no’su/kodu:-

c) Miktarı ve türü: Gaziantep ilinde 3 adet 32 derslikli, 2 adet 24 derslikli olmak üzere toplam 5 adet betonarme eğitim binasının yapım işidir.

AB Mali İmkân Kapsamında FRIT Fonu Bünyesinde KfW Yürütücülüğü İle Kriz Zamanlarında Herkes İçin Eğitim Projeleri Çerçevesinde Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin Eğitim Alt Yapısının Desteklenmesi Amacı ile Gaziantep ili Şahinbey ilçesi Bülbülzade ve Deniz Mahallelerinde 1er adet 24 derslikli, Şahinbey ilçesi Fidanlık mahallesinde 1 adet 32 derslikli, Nizip ilçesi Belkıs mahallesinde 1 adet 32 derslikli ve Şehitkamil ilçesi Karacaoğlan mahallesinde 1 adet 32 derslikli olmak üzere toplam 5 adet betonarme Eğitim Binasının ihale dokümanı ve ekinde yer alan proje ve teknik şartnameler doğrultusunda yapımının gerçekleştirilmesi işidir.

ç) Yapılacağı yer: Gaziantep” düzenlemesi,

Yukarıda yer verilen hükümlerden, haklarında yasaklılık kararı

bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağı anlaşılmaktadır.

Başvuruya konu ihale tarihinin 29.08.2019 olduğu, ihale işlem dosyasında yapılan incelemede, idare tarafından yukarıda aktarılan Tebliğ'in 30.5'inci maddesi gereği ihaleye katılan tüm isteklilerin ihale tarihi itibarıyla yasaklı olup olmadığının Kamu İhale Kurumundan teyit edildiği ve buna ilişkin teyit belgelerinin alındığı görülmüştür. Söz konusu belgelerden şikâyetle konu olan Demars İnş. Turz. Tic. Ltd. Şti.-Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının özel ortağı Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti.nin yetki verdiği Ali Haydar Ergezen'in ihale tarihi olan 29.08.2019 tarihi itibarıyla hakkında yasaklama kararı bulunduğu tespit edilmiştir.

Başvuru sahibinin iddiaları doğrultusunda Demars İnş. Turz. Tic. Ltd. Şti.-Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının teklif dosyası içinde sunduğu belgeler incelendiğinde teklif kapsamında;

Söz konusu İş Ortaklığında özel ortak olan Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti. tarafından Ali Haydar Ergezen'in tüzel kişilik adına ihalelere katılma ve diğer işlemler hususunda yetkili kılındığını gösteren Bakırköy 15. Noterliğinin 26.04.2019 tarihli vekâletnamesinin ve Ali Haydar Ergezen'e ait imza beyannamesinin sunulduğu, anılan İş Ortaklığına ait teklif mektubunun, Demars İnş. Turz. Tic. Ltd. Şti. adına Vedat Bayramoğlu tarafından ve Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti. adına vekil tayin edilen Ali Haydar Ergezen tarafından imzalandığı ve söz konusu kişiye ait imza beyannamesi ile teklif mektubunda yer alan imzaların örtüştüğü görülmüştür.

Demars İnş. Turz. Tic. Ltd. Şti.-Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının özel ortağı Sa-Fa Restorasyon San. İnş. Tic. Ltd. Şti.nin Ali Haydar Ergezen'i vekil tayin

ettiği, Ali Haydar Ergezen'in 27.09.2018-27.09.2019 tarihleri arasında tüm ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu anlaşılmış ve 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin (e) bendinde hükme bağlanan "11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak" fiilini oluşturduğu sonucuna varılmış olup, idarece gerçekleştirilen işlemlerde mevzuata aykırılık bulunmadığı ve başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Başvuru sahibi tarafından geçici teminatın iş ortaklığı adına kendileri tarafından verildiği ancak yasak fiilin diğer ortak tarafından gerçekleştirilmiş olması nedeniyle sundukları teminatın gelir kaydedilmemesi gerektiği iddia edilmektedir.

İsteklilerin ihaleye iş ortaklığı olarak katılmasının iş ortaklığı beyannamesi düzenlenmesi suretiyle gerçekleştirilebileceği ve bu durumda iş ortaklığı tarafından teklif mektubunu imzalayarak ihaleye teklif vermesi ile istekli konumuna geleceği, iş ortaklığı oluşturulurken ortakların belirlenmesindeki bütün karar ve sorumlulukların ortaklığı oluşturan taraflara ait olduğu, ihalede istenen geçici teminatın iş ortaklığının taraflarından biri veya birkaçı tarafından karşılanabileceği, sunulan geçici teminata ilişkin belgelerin, iş ortaklığını oluşturan hangi ortak tarafından karşılandığından bağımsız olarak isteklinin geçici teminatı haline geleceği anlaşılmaktadır.

İsteklinin iş ortaklığı olarak ihaleye katılım göstermesi halinde de gerekli yasaklılık teyit işlemleri idarece gerçekleştirilecek olup iş ortaklığını oluşturan taraflardan herhangi biri veya ihaleye katılan vekilinin yasaklı olması halinde de bu durumdaki istekliyi oluşturan iş ortaklığı taraflarının tümünün sorumluluğu bulunduğu ve geçici teminatın gelir kaydının gerektiği durumlarda da sunulan geçici teminatın iş ortaklığını oluşturan hangi tarafça karşılandığına bakılmaksızın gelir kaydının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11'inci maddesindeki "...Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan

istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir.” hükmüyle öngörüldüğü anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiası bu yönüyle de yerinde bulunmamıştır.

Diğerk taraftan 4734 sayılı Kanun’un 58’inci ve 4735 sayılı Kanunun 26’ncı maddelerinde, bu Kanunlarda sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen gerçek veya tüzel kişiler ile birlikte bu maddelerde sayılan ortakları veya ortaklıkları hakkında, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Yasaklama kararlarının niteliği gereği ihale işlemi dışında olduğu ve ihaleyi yapan idarelerin görev ve sorumluluğunda bir husus olduğu anlaşıldığından, Kurum’un görev alanında bulunmadığından başvuru sahibi isteklinin iddiasının yasaklılığın kaldırılması bakımından görev yönünden reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

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,