İhale tarihi öncesinde İhalelere katılmaktan yasaklı olduğu bu durumdaki tüzel kişiliğin ortak edilmesinin İhale tarihinden sonra ancak İhale süreci devam ederken gerçekleştirilmesi nedeniyle İhale tarihi itibarı ile yasaklı olduğu halde İhaleye katılımamaz

Toplantı No	: 2023/057
Gündem No	: 21
Karar Tarihi	: 22.11.2023
Karar No	: 2023/UY.I-1452

BAŞVURU SAHİBİ:
Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
İzmir Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2023/475400 İhale Kayıt Numaralı “Torbalı, Çiğli, Dikili ve Seferihisar İlçeleri İçin Spor Salonu Yapım İşi” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
İzmir Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü tarafından 12.06.2023 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Torbalı, Çiğli, Dikili ve Seferihisar İlçeleri İçin Spor Salonu Yapım İşi” ihalesine ilişkin olarak Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının 06.11.2023 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 07.11.2023 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 09.11.2023 tarih ve 116322 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 09.11.2023 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2023/1252 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, kısmi teklife açık olarak gerçekleştirilen ihalenin başvuruya konu 1’inci ve 2’nci kısımlarına ilişkin idare tarafından EKAP üzerinden gönderilen 03.11.2023 tarihli yazıda 05.09.2023 tarihli ihale komisyonu kararının ihale yetkilisince onaylanmasından önce yapılan yasaklılık teyidi neticesinde kendilerinin yasaklı olmadığı, ancak hakkında 1 yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin 08.09.2023 tarihinde ihale sürecine dahil edilmesi nedeniyle kendileri ile 16.10.2023 tarihi itibarıyla sözleşme imzalama şartlarının kaybedildiği, dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 11’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki hüküm gereğince geçici teminatlarının gelir kaydedildiği ve haklarında anılan Kanun’un 58’inci maddesindeki hükme göre işlem tesis edilmesine karar verildiğinin belirtildiği, ancak idarece verilen geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararının hukuka aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği, şöyle ki; ihale tarihi 12.06.2023 itibarıyla kendilerinin pilot ortağı ve özel ortağı ile özel ortağın hisselerinin tamamına sahip olan Mazhar Altundere hakkında ihalelere katılmaktan yasaklı olduklarına ilişkin verilen bir kararının bulunmadığı, özel ortağın hisselerinin %51’lik kısmının ihale tarihinden sonraki bir tarih olan 06.09.2023 tarihinde Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne devredildiği, dolayısıyla özel ortağın söz konusu pay devrinin yapıldığı tarihten sonra yapılacak olan ihalelere katılması halinde yaptırım uygulanması gerektiği, ancak idare tarafından bu durum göz ardı edilerek kendilerine yönelik ihale tarihinden önce verilen bir yasaklama kararının bulunduğu ve buna rağmen başvuru konusu ihaleye katılım sağlandığı yönünde ihale mevzuatına aykırı bir değerlendirmenin yapıldığı ve anılan Kanun’un ilgili maddesindeki hüküm gereğince geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

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,

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 Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.” hükmü,

Aynı Kanun’un “İhalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlıklı 40’ıncı maddesinde “… İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.” hükmü,

Bahse konu Kanun’un “Sözleşmeye davet” başlıklı 42’nci maddesinde “… Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi zorunludur…” hükmü,

Söz konusu 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 bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik 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 “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,
Gerekmektedir.
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.” açıklaması,
Anılan Tebliğ’in “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,

İdari Şartname’nin “İhale konusu işe/alıma ilişkin bilgiler” başlıklı 2’nci maddesinde “2.1. İhale konusu işin/alımın;
a) Adı: Torbalı, Çiğli, Dikili ve Seferihisar İlçeleri için Spor Salonu Yapım İşi
b) Türü: Yapım işleri
c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
ç) Yatırım proje no’su (yapım işlerinde):
d) Kodu:
e) Miktarı:
1. KISIM: 127 KALEM İNŞAAT, 332 KALEM MEKANİK VE 229 KALEM ELEKTRİK İŞİ İMALATLARI İŞ KALEMİ BULUNMAKTADIR.
2. KISIM: 128 KALEM İNŞAAT, 331 KALEM MEKANİK VE 229 KALEM ELEKTRİK İŞİ İMALATLARI İŞ KALEMİ BULUNMAKTADIR.
3. KISIM: 156 KALEM İNŞAAT, 286 KALEM MEKANİK VE 261 KALEM ELEKTRİK İŞİ İMALATLARI İŞ KALEMİ BULUNMAKTADIR.
4. KISIM: 154 KALEM İNŞAAT, 285 KALEM MEKANİK VE 261 KALEM ELEKTRİK İŞİ İMALATLARI İŞ KALEMİ BULUNMAKTADIR.
Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.
f) İşin yapılacağı/malın teslim edileceği yer: 1. KISIM: TORBALI İLÇE SPOR SALONU, 2. KISIM: ÇİĞLİ İLÇE SPOR SALONU, 3. KISIM: DİKİLİ İLÇE SPOR SALONU, 4. KISIM: SEFERİHİSAR İLÇE SPOR SALONU” düzenlemesi,

Anılan Şartname’nin “İhaleye katılamayacak olanlar” başlıklı 9’uncu maddesinde “9.1. 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde ihaleye katılamayacağı belirtilenler ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) bendinin (8) numaralı alt bendi gereğince alınacak Bakanlar Kurulu Kararları ile belirlenen yabancı ülkelerin istekliler doğrudan veya dolaylı ya da alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılamazlar.
9.2. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.
9.3. Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmaması kaydıyla, kamu davası açılanlara ilişkin olarak Kanunun 59 uncu maddesinde yer verilen özel düzenleme veya özel kanunlarda yer verilen düzenlemeler nedeniyle ihalelere katılamayacak durumda olduğu halde ihalelere katılan istekliler sadece ihale dışı bırakılır. Bu durumda olanlar hakkında ayrıca 4734 sayılı Kanunun 11 inci ve 58 inci maddelerinde yer alan idari yaptırımlar uygulanmaz.” düzenlemesi yer almaktadır.
İdarece gönderilen ihale işlem dosyası incelendiğinde, başvuruya konu ihalede EKAP üzerinden 12 adet ihale dokümanının indirildiği ve 12.06.2023 tarihinde kısmi teklife açık olarak yapılan ihalenin itirazen şikayet başvurusuna konu edilen 1’inci ve 2’nci kısımlarına 2’şer isteklinin e-teklif verdiği, ihale komisyonunca tekliflerin değerlendirilmesi neticesinde; Yaşar Konut İnş. San. ve Tic. A.Ş. tarafından e-geçici teminatın sunulmaması nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, başvuru sahibi Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının yeterlik bilgileri tablosunda beyan ettiği bilgi ve belgelerin teyit edilmesi amacıyla EKAP üzerinden yapılan tebligat ile söz konusu belgelerin ekleriyle birlikte sunulmasının talep edildiği, anılan isteklinin pilot ortağı Fuat Altundere tarafından sunulan yılsonu bilançosu ve toplam cirosunu gösteren gelir tablosu belgelerinin ihale mevzuatına uygun düzenlendiği, ancak özel ortak Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. tarafından yılsonu bilançosu ve toplam cirosunu gösteren gelir tablosu belgelerinin sunulmaması nedeniyle anılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedildiği, söz konusu ihalede geçerli teklif kalmadığı gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verildiği ve buna ilişkin ihale komisyonu kararının 17.07.2023 tarihinde onaylandığı,

Bu karar üzerine Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından idareye şikayet başvurusunda bulunulduğu, idarenin şikayet başvurusunu reddi üzerine 11.08.2023 tarihinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulduğu, yapılan inceleme neticesinde alınan 23.08.2023 tarih ve 2023/UY.I-1147 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında “…Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının teklifinin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.
… 4734 sayılı Kanunun 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,” karar verildiği,

İdare tarafından anılan karar gereklerini yerine getirmek üzere alınan 05.09.2023 tarihli ihale komisyonu kararı ile ihalenin bahse konu kısımlarının Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı üzerine bırakıldığı,

Anılan iş ortaklığı hakkında sözleşmenin imzalanmasından önce idarece yapılan yasaklılık teyidinde özel ortak Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti.nin hisselerinin %51’lik kısmının devredildiği Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında 1 yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunduğunun tespit edilmesi nedeniyle anılan iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, Yaşar Konut İnş. San. ve Tic. A.Ş.nin teklifinin ise e-geçici teminatının uygun olmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakıldığı, söz konusu ihalede geçerli teklif kalmadığı gerekçesiyle ihalenin her iki kısmının iptaline karar verildiği ve buna ilişkin ihale komisyonu kararının 02.11.2023 tarihinde onaylandığı anlaşılmıştır.
Başvuru sahibi Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından sunulan iş ortaklığı beyannamesine göre, iş ortaklığının pilot ortağının Fuat Altundere (%93), özel ortağının ise Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. (%7) olduğu,

Başvuruya konu edilen ihalenin 1’inci ve 2’nci kısımlarına ilişkin ihale komisyonunca tekliflerin değerlendirilmesi neticesinde; söz konusu kısımların Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı üzerine bırakıldığı, buna ilişkin ihale komisyonu kararının 05.09.2023 tarihinde onaylandığı,

06.09.2023 tarih ve 10908 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nin 156’ncı sayfasında yer alan bilgilere göre, Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin hisselerinin tamamının anılan iş ortaklığının pilot ortağı Fuat Altundere’ye devredildiği,

08.09.2023 tarih ve 10910 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nin 1279’uncu sayfasında yer alan bilgilere göre, anılan iş ortaklığının özel ortağı Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti.nin %51 oranındaki ortaklık payının Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne devredildiği,
06.06.2023 tarih ve 32213 sayılı Resmi Gazete’nin 223’üncü sayfasında yer alan bilgilere göre, Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na muhalefet edilmesi nedeniyle Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verildiği,

İhale komisyonu tarafından alınan 05.09.2023 tarihli ihale komisyonu kararının akabinde idare tarafından anılan iş ortaklığına EKAP üzerinden gönderilen 04.10.2023 tarihli yazıda iş ortaklığının uhdesinde bırakılan kısımlara yönelik ihale tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 10’uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c),(d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda bulunulmadığına dair belgeler ile %6 oranında kesin teminatı vermek ve diğer yasal yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle ihale konusu işe ilişkin sözleşmelerin imzalanması gerektiğinin belirtildiği,

Sözleşmenin imzalanması süreci içerisinde idarece 16.10.2023 tarihinde yasaklılık teyidinin yapıldığı, söz konusu teyit işlemi neticesinde, özel ortağın %51 oranında ortaklık payına sahip olan Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklı olduğunun anlaşıldığı, akabinde 02.11.2023 tarihli ihale komisyonu kararının alındığı, söz konusu kararda, 16.10.2023 tarihi itibarıyla anılan iş ortaklığı ile sözleşme imzalama şartlarının kaybedildiği, iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, ihalenin bahse konu kısımlarının geçerli teklif bulunmaması nedeniyle iptal edilmesine karar verildiği ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 11’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki hüküm gereğince bahse konu iş ortaklığının geçici teminatının gelir kaydedildiği ve haklarında anılan Kanun’un 58’inci maddesindeki hükme göre işlem tesis edilmesine karar verildiği tespit edilmiştir.

Yukarıda aktarılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinden, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya Mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihaleye katılmaları halinde ihale dışı bırakılacakları ve geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanun’un dördüncü kısmındaki hükümlerin uygulanacağı, yasaklama kararının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği, verilen bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği,

Kamu İhale Genel Tebliği’nin 30.5.2’nci maddesinde yer alan açıklamalara göre, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 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 ettirilmesi gerektiğinin ifade edildiği, bununla birlikte 11’inci maddede ihalelere katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmamalarının sağlanmasının da amaçlandığı dikkate alındığında, ihale tarihi itibarıyla ihaleye katılan tüm isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının sorgulanması ve teyit edilmesinin zorunlu olduğu, bu sebeple, başvuru veya ihale tarihi itibarıyla tüm aday ve istekliler için, ihale kararının ihale yetkilisince onaylanmasından 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 olmadığının sorgulanması ve Kurumdan teyit ettirilmesinin gerektiği,

Yasaklılık teyidi yapılırken aday ve istekliler ile bunların şahıs şirketi olmaları halinde tüm ortakları, sermaye şirketi olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortakları ve hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortakları ile başvuru veya teklifi ya da sözleşmeyi imzalayan, diğer bir ifade ile ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının sorgulanması ve Kurumdan teyit ettirilmesinin gerektiği,

Yapılan teyit işlemi neticesinde; başvuru veya ihale tarihi itibariyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklılık kararı bulunan aday ve isteklilerin 4734 sayılı Kanunun 11’inci maddesi gereğince ihale dışı bırakılacağı, geçici teminatının gelir kaydedileceği ve anılan Kanun’un 17’nci maddesinin atıfta bulunduğu 58’inci maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararının tesis edileceği, ayrıca yasaklama kararının başvuru veya ihale tarihinden sonra tesis edildiğinin tespit edilmesi halinde ise anılan Tebliğ’in 28.1.8.2’nci maddesi gereğince işlemde bulunulması gerektiği,

Kamu İhale Genel Tebliği’nin 28.1.8.2’nci maddesinde yer alan açıklamalara göre, ihale 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 Gazetede yayım tarihinden önce teklif vermiş olan istekliler açısından 28.1.8.1’inci maddesindeki açıklamaların uygulanamayacağı, bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edileceği anlaşılmaktadır.

Başvuruya konu ihalenin 12.06.2023 tarihinde yapıldığı, Fuat Altundere – Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının pilot ortağı ve özel ortağı ile özel ortağın hisselerinin tamamına sahip olan Mazhar Altundere hakkında ihale tarihinde, ihale komisyonu kararının ihale yetkilisince onaylanmasından önce ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadıklarının sorgulandığı, sorgulama neticesinde, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklı olduklarına ilişkin verilen bir kararın bulunmadığı ve bu duruma yönelik Kamu İhale Kurumu teyidinin alındığı,

İhale süreci içerisinde öncelikle Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin hisselerinin tamamının 06.09.2023 tarihinde iş ortaklığının pilot ortağı konumundaki Fuat Altundere tarafından devralındığı, akabinde 08.09.2023 tarihinde özel ortak Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti.nin hisselerinin %51’lik kısmının Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne devredildiği, 06.06.2023 tarih ve 32213 sayılı Resmi Gazete’nin 223’üncü sayfasında yer alan bilgilere göre, iş ortaklığının özel ortağının hisselerinin %51’lik kısmının devredildiği Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na muhalefet edilmesi nedeniyle Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verildiği,

İdare tarafından 16.10.2023 tarihinde iş ortaklığının ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığına ilişkin yapılan sorgulama ve akabinde Kurumdan alınan teyit neticesinde Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin 06.06.2023 tarihinden 06.06.2024 tarihine kadar 1 yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklı olduğunun tespit edildiği,

Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklama kararının 06.06.2023 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak aleniyet kazandığı ve bu hususa ilişkin olarak anılan Kanun ile yasaklılık sicil kayıtlarının Kamu İhale Kurumu tarafından tutulduğu, gerçek/tüzel kişi bilgileri kullanılmak suretiyle tüm kişiler tarafından yasaklılık sorgulamasının yapılabildiği Kurumun internet adresi üzerinden bu kayıtlara ulaşılabildiği, anılan özel ortağın hisse devrine ilişkin işlemlerin gerçekleştirildiği tarih olan 08.09.2023 tarihinde de hisselerin devredildiği Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında verilmiş olan ihalelere katılmaktan yasaklı kararı olduğuna ilişkin bilgiye tüm kişilerin erişim imkanının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, anılan Kanun’un 11’inci maddesinin (a) bendinde idarelerce veya Mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamayacakları, ihaleye katılmaları halinde ise ihale dışı bırakılacakları ve geçici teminatlarının gelir kaydedileceğinin hüküm altına alındığı, ihale sürecinde yukarıda açıklandığı üzere üç aşamada yasaklılık sorgulamasının yapılması gerektiği, bu sorgulamalarda ihale tarihi itibarı ile yasaklı oldukları tespit edilenlerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı ve geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, haklarında verilen yasaklama kararının ihale tarihinden sonra olması halinde ise bu isteklilerin sadece tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı, belirtilen üç aşamadan biri olan sözleşme imzalanacağı tarihte de yasaklılık sorgulaması yapılması gerektiği, bu sorgulama sonucunda yasaklılık kaydına ulaşılması halinde yasaklılığın başlangıç tarihinin önem arz edeceği, başlangıç tarihinin ihale tarihinden önce olması halinde ise Kanun’da öngörülen yaptırımların uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Başvuruya konu ihalede, 05.09.2023 tarihli ihale komisyonu kararı ile ihale üzerinde bırakılan iş ortaklığının özel ortağı tarafından sözleşmeye davet sürecinde ortaklık yapısında değişikliğe gidildiği, 08.09.2023 tarihinde yapılan söz konusu değişiklik ile tüzel kişiliğin % 51’lik hissesinin Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne devredildiği, sözleşme öncesinde belirtilen hisse devri nedeniyle mevzuat gereği anılan özel ortağın % 51 hissesine sahip ortağının yasaklılık teyidinin alınması gerektiği, idare tarafından 16.10.2023 tarihinde yapılan sorgulama neticesinde Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin yasaklılık kaydı bulunduğunun tespit edildiği, yasaklılık kararının “06.06.2023 tarihinden 06.06.2024 tarihine kadar 1 yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklı” şeklinde olduğu, ihale tarihinin 12.06.2023 olduğu dikkate alındığında anılan tüzel kişiliğin yasaklılık başlangıç tarihinin ihale tarihinden önce olduğu ve ihale tarihi itibarı ile ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu,

Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin ihalenin yapıldığı tarihten önce ihalelere katılmaktan yasaklı olduğunun Resmi Gazete’de yayımlanarak aleniyet kazandığı ve Kamu İhale Kurumu tarafından tutulan yasaklılık sicil kayıtlarına ilişkin internet adresi üzerinden de yasaklılık kaydına ilişkin bilgilere ulaşılabildiği, buna rağmen idare ile sözleşme imzalanmasından önce ihalelere katılmaktan yasaklı durumdaki Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne iş ortaklığının özel ortağının % 51 hissesinin devredildiği, anılan tüzel kişiliğin hisse devri işlemleri neticesinde Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında yasaklılık teyidi alınması gerektiğinin açık olduğu, bu sorgulama neticesinde ihale tarihinden önce yasaklı olduğu tespit edilen Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin anılan iş ortaklığının özel ortağının hakim hisse sahibi durumunda olması nedeniyle ihaleye teklif veren isteklinin ihale tarihinde yasaklı olduğu sonucunu doğurduğu göz önüne alındığında ihale tarihi itibarı ile yasaklı olanların doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamayacağı, bu yasağa rağmen ihaleye katılanların ise tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceğine ilişkin Kanun hükmü doğrultusunda idarece tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bahse konu özel ortak hisselerinde yapılan değişikliklerin Ticaret Sicil Gazetesi’nde tescil ve ilan edildiği, bu haliyle şirketin ortaklık yapısının değiştirildiği, ihale sürecindeki söz konusu değişiklikte öncelikle Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin hisselerinin tamamının 06.09.2023 tarihinde iş ortaklığının pilot ortağı konumundaki Fuat Altundere tarafından devralındığı, akabinde 08.09.2023 tarihinde Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne iş ortaklığının özel ortağı konumundaki Aldar Müh. Mim. İnş. Tem. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti.nin % 51 hissesinin devredildiği, dolayısıyla özel ortak hisselerinde yapılan devir işlemi ile ihalelere katılmaktan yasaklı durumda olduğunun bilindiği değerlendirilen Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.ne hisse devredildiği, bu işlemler ile sözleşme imzalanmasına ilişkin yükümlülük ve sözleşmenin imzalanmaması halinde uygulanacak yaptırımların farkında olunarak hareket edilmesinin istekliler tarafından ihale süreçlerinde gerçekleştirilecek muvazaalı işlemler ile sözleşme imzalanmasına ilişkin yükümlülükler yerine getirilmemesine rağmen bu yola başvuranların Kanunda öngörülen herhangi bir yaptırıma uğramamasına sebebiyet vereceği açıktır. Bu yöntemi kullanarak sözleşme yapılması yükümlülüğüne uyulmamasına ilişkin fiil ve eylemlerin yaptırımsız şekilde bırakılmasının ise Kanun’un temel ilkelerine uygun olmayacağı, özel ortağın % 51 hisseleri devredilen Yuday İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin ihale tarihi öncesinde ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu, bu durumdaki tüzel kişiliğin ortak edilmesinin ihale tarihinden sonra ancak ihale süreci devam ederken gerçekleştirilmesi nedeniyle ihale tarihi itibarı ile yasaklı olduğu halde ihaleye katılım sağlandığı ve bu durumun Kanun’un 11/a maddesine aykırı olduğu anlaşılmış olup başvuru sahibinin iddialarının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 53’üncü maddesinin (j) fıkrasının 9’uncu alt bendinde “Başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması halinde, Kurul kararı ile 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, iddialarının tamamında haklı bulunmadığı anlaşıldığından başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesi için Kanunun 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 sonucuna varılmıştır.

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.