

itirazen şikayete konu Teknik Şartname maddesinde, yüklenici ile idare arasında imzalanacak marka listesine ilişkin açıklamalara yer verilen düzenlemenin İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun aktarılan hükmüne aykırılık teşkil ettiği düzenlemede idare ile yüklenici arasında en az 3 en fazla 5 markanın belirtildiği bir marka listesinin oluşturulacağı ve yüklenicinin de bu marka listesine kesinlikle uymak zorunda olduğunun ifade edildiği, mevcut düzenlemenin yüklenici tarafından ihale

**konusu işin dokümana uygun
olarak yerine getirilmesinde
hareket serbestisini
kısıtlayıcı nitelikte olduğu,
ihale dokümanında ihale
konusu işte kullanılacak olan
malzemelerin özelliklerinin
ve evsafının belirli olduğu,
bunun dışında sözleşme
aşamasında ayrıca bir marka
listesi belirlemek suretiyle
ihale konusu işin usulüne
uygun olarak yerine
getirilmesinin
sınırlandırılmasının
aktarılan kanun hükmüne
aykırılık teşkil edeceği,
ayrıca somut düzenleme**

kapsamında sözleşmenin
uygulanması aşamasında
uyuşmazlık çıkabileceği gibi
sözleşmenin imzalanması
aşamasında idare ile
yüklenici arasında marka
listesi konusunda
anlaşılammaması durumunun da
belirsizlik içerdiği dikkate
alındığında itirazın şikayete
konu Teknik Şartname
düzenlemesinin mevzuata
aykırı olarak düzenlenmesi hk

Toplantı No	: 2023/021
Gündem No	: 20
Karar Tarihi	: 29.03.2023
Karar No	: 2023/00-II-537

BAŞVURU SAHİDİ:

Hayat Organizasyon ve Danışmanlık Sanayi Ticaret Limited Şirketi,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Metro İstanbul Sanayi ve Ticaret A.Ş.,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2022/1428088 İhale Kayıt Numaralı "Malzemeli Yemek Pişirme Servis Etme ve Servis Sonrası Hizmetleri Alımı İşİ" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

Metro İstanbul Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından 28.02.2023 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Malzemeli Yemek Pişirme Servis Etme ve Servis Sonrası Hizmetleri Alımı İşİ" ihalesine ilişkin olarak Hayat Organizasyon ve Danışmanlık Sanayi Ticaret Limited Şirketinin 21.02.2023 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 10.03.2023 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 06.03.2023 tarih ve 82669 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 06.03.2023 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2023/365 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, Teknik Şartname'nin "Yüklenici Firmanın Yükümlülükleri" başlıklı "F" maddesinde yer alan "... F.6.IDARE, sözleşme imzalanması sırasında yemeklerde ve sunumda kullanılacak TSE belgeli, 1. sınıf ürünlerden, en az üç (3), en çok beş (5) markanın belirttiği bir marka listesi hazırlayacaktır. İDARE ve YÜKLENİCİ arasında bu marka listesi hususunda mutabakat yapılarak oluşturulan liste imza altına alınacaktır. YÜKLENİCİ bu marka listesine kesinlikle uymak zorundadır." düzenlemesinin mevzuata aykırı olduğu, şöyle ki söz konusu maddede belirtilen evrakların sözleşmenin imzalanması aşamasında sunulacak evraklar arasında yer almadığı, diğer taraftan söz konusu düzenlemenin sözleşme aşamasında yükleniciyi bağlayıcı nitelikte olduğu, ülkenizde TSE belgeli birçok ürün olmasına rağmen en az 3 en çok 5 markanın belirlenmesinin yükleniciyi ticari olarak dezavantajlı bir düzenele olup tedarik zincirinde yaşanan sıkıntılar, temin güçlüğü vb. nedenlerle mutabık kalınan ürünlere uygulanması durumlarında yüklenicinin karşılaşacağı cezal durumların da belirsiz olduğu, söz konusu hususların mevzuata aykırı olduğu iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılma yeterlik kuralları" başlıklı 10'uncu maddesinde "- Aşağıda belirtilen durumlardaki istektiler ihale dışı bırakılır: 1. İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
2. İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
3. Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.
4. Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.
5. İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.
6. İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.
7. İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.
8. Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermemeyi veya yanlışlığı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.
9. 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.
10. 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen.

Kurum, dördüncü fıkranın; (c) bendi ile ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının uygun görüşünü alarak sosyal güvenlik primi borcunun kapsamı ve tutarını; (d) bendi ile ilgili olarak, Gelir İdaresi Başkanlığının uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamına girecek

Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermemeyi veya yanlışlığı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen. Kurum tarafından belirlenen, Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevkif eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir." hükümü,

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde "Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenmez. Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulamasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulamasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmü yer almaktadır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalanmaması" başlıklı 68'inci maddesinde "(1) İhale üzerinde kalan isteklinin son başvuru ve/veya ihale tarihinde Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadıkça dair bilgi ve/veya belgeleri veya kesin teminatı vermemesi ya da sözleşme imzalanmaması durumunda, Kanunun 44 üncü maddesi hükümlerine göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının, ihale yetkilisine uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi isteklikle sözleşme imzalanabilir." hükmü yer almaktadır.

İdari Şartname'nin "İhale konusu işe/alıma ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde "

2.1. İhale konusu işin/alımın;

a) Adı: Malzemeli Yemek Pişirme, Servis Etme ve Servis Sonrası Hizmetlerin Alımı İhalesi İşİ

b) Türü: Hizmet alımı

c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

ç) Yatırım proje no'su (yapım işlerinde): Bu maddede boş bırakılmıştır.

d) Kodu:

e) Miktarı: Teknik Şartnamede detayları belirtilen iş süresince toplam 569.350 adet malzemeli yemek pişirme, teknik şartnamede tanımlandığı şekilde üç(3) farklı tipte toplam 2.000 adet kahvaltılık alınması işidir.

Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.

f) İşin yapılacağı/malın teslim edileceği yer: İhale konusu işin yapılma yeri İstanbul geneline yayılmış İdare tesisleridir. Hizmetin ifa edileceği İdare tesislerinin listesi ve her bir tesisin lokasyonu Teknik Şartnamenin ekinde belirlenmiştir." düzenlemesi,

Teknik Şartname'nin "Yüklenici Firmanın Yükümlülükleri" başlıklı "F" maddesinde "-F.6- İDARE, sözleşme imzalanması sırasında yemeklerde ve sunumda kullanılacak TSE belgeli, 1. sınıf ürünlerden, en az üç (3), en çok beş (5) markanın belirttiği bir marka listesi hazırlayacaktır. İDARE ve YÜKLENİCİ arasında bu marka listesi hususunda mutabakat yapılarak oluşturulan liste imza altına alınacaktır. YÜKLENİCİ bu marka listesine kesinlikle uymak zorundadır. -" düzenlemesi yer almaktadır.

İhale dokümanı kapsamında gerçekleştirilen incelemede, itirazen şikâyetle konu Teknik Şartname düzenlemesinde ihaleye katılacak olan istektilerden sözleşmenin imzalanması aşamasında herhangi bir belge sunulmasının istenmediği, anılan düzenlemede bu anlamda gelebilecek herhangi bir ifadenin de yer almadığı, kaldı ki bahse konu düzenlemenin "Yüklenici firmanın yükümlülükleri" başlıklı maddesinde düzenlendiği anlaşılmış olup başvuru sahibinin iddiasının bu yönüyle uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

Diğer taraftan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulamasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip oldukları, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanunun yorum ve uygulamasında da bu prensibin göz önünde bulundurulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede bakıldığında, itirazen şikâyetle konu Teknik Şartname maddesinde, yüklenici ile idare arasında imzalanacak marka listesine ilişkin açıklamalara yer verilen düzenlemenin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun atarılın hükümüne aykırılık teşkil ettiği, şöyle ki, iddia konusu düzenlemede idare ile yüklenici arasında en az 3 en fazla 5 markanın belirtildiği bir marka listesinin oluşturulacağı ve yüklenicinin de bu marka listesine kesinlikle uymak zorunda olduğunun ifade edildiği, mevcut düzenlemenin yüklenici tarafından ihale konusu işin dokümana uygun olarak yerine getirilmesinde hareket serbestisini kısıtlayıcı nitelikte olduğu, ihale dokümanında ihale konusu işte kullanılacak olan malzemelerin özelliklerinin ve evsafının belirlendiği olduğu, bunun dışında sözleşme aşamasında ayrıca bir marka listesi belirlemek suretiyle ihale konusu işin usulüne uygun olarak yerine getirilmesinin sınırlandırılmasının atarılın kanun hükümüne aykırılık teşkil ettiği, ayrıca somut düzenleme kapsamında sözleşmenin uygulanması aşamasında uygulanacak çizilebileceği gibi sözleşmenin imzalanması aşamasında idare ile yüklenici arasında marka listesi konusunda anlaşılmasının durumunun da belirsizlik içermiştir dikkate alındığında itirazen şikâyetle konu Teknik Şartname düzenlemesinin mevzuata aykırı olarak düzenlendiği anlaşılmış olup başvuru sahibinin iddiasının bu yönüyle uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin idare ile giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmemektedir.

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 (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Öybirliği ile karar verildi.