

mahkeme kararı doğrultusunda yapılan incelemede kendi malı araçlara ilişkin yeterlik kriterinin Teknik Şartname'den kaldırılması ancak İdari Şartname'den kaldırılmaması hk

Toplantı No : 2019/052

Gündem No : 49

Karar Tarihi : 28.11.2019

Karar No : 2019/UH.II-1548

BAŞVURU SAHİBİ:

Çalıkıran Turizm Taşımacılık Otomotiv San. ve Tic. A.Ş.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Havaalanı İşletme ve Havacılık Endüstrileri A.Ş. (HEAŞ),

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/186766 İhale Kayıt Numaralı "12 Ay Süreli Personel Servis" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

Havaalanı İşletme ve Havacılık Endüstrileri A.Ş. (HEAŞ) tarafından 12.06.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "12 Ay Süreli Personel Servis" ihalesine ilişkin olarak Çalıkıran Turizm Taşımacılık Otomotiv San. ve Tic. A.Ş.'nin 18.06.2019 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 20.06.2019 tarihli yazısı ile reddi

üzerine, başvuru sahibince 27.06.2019 tarih ve 26103 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 27.06.2019 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. 24.10.2019 tarih ve 2019/MK-306 sayılı kurul kararı gereğince yapılan incelemeye aşağıda yer verilmiştir.

Başvuruya ilişkin olarak 2019/653-01 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle,

Teklif dosyalarında İdari Şartname'de yeterlik kriteri olarak istenen 2016 model veya daha üst model en az 10 adet aracın kendi malı olduğunu gösteren belgelerin bulunmaması nedeni ile değerlendirme dışı bırakılmalarının yerinde olmadığı, 29.04.2019 tarihinde idareye sundukları dilekçe neticesinde idarece 13.05.2019 tarihinde zeyilnamenin yayınlandığı ve 10 adet öz mal araç şartının Teknik Şartname'den çıkarıldığı, neticede idarenin iradesinin bu haksız şartı kaldırmaya dönük olduğu, aksi ihtimalin isteklileri yanıltmaktan başka bir amaca hizmet etmediği, ihale dokümanında yer alan bu çelişki doğrultusunda tekliflerinin geçerli kabul edilmemesi durumunda kamunun zarara uğrayacağı, bu sebeplerle ihalenin kendi üzerlerinde bırakılması ya da ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklif tutarı ile yaklaşık maliyet arasındaki cüz'i fark dikkate alınarak yaklaşık maliyetin önceden öğrenilmiş olabileceği, ihalenin mevcut haliyle sonuçlandırılmasının kamu zararına sebebiyet verebileceği, ayrıca tek geçerli teklif olması nedeniyle rekabet şartlarının oluşmadığı, dolayısıyla ihalenin iptal edilmesi gerektiği,

İhale komisyonu tarafından taraflarının tüm sözlü taleplerine rağmen Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağı'nın düzenlenmediği, iddialarının kamera kayıtları ile sabit olduğu, Kurum

tarafından inceleme yapılması halinde ortaya çıkacağı, bu durumun saydamlık ilkesine aykırılık teşkil ettiği, bu sebeple ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

Başvuru sahibi tarafından 27.06.2019 tarih ve 26103 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 27.06.2019 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu ve anılan başvuru üzerine yapılan incelemede Kurul tarafından 24.07.2019 tarihli ve 2019/UH.II-845 sayılı kararın alındığı ve 1'inci iddia bakımından "...İhale ilanının 25.04.2019 tarihinde yayınlandığı, başvuru sahibinin aynı tarihte (25.04.2019) ihale dokümanını edindiği, bu tarihte yayınlanan ihale dokümanında İdari Şartname'nin 7.5.2'nci maddesinde "7.5.2. 2016 model veya daha üst model en az 10 aracın kendi malı olduğunu gösteren belgeleri, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41. maddesine uygun olarak teklif ekinde sunacaklardır." düzenlemesinin,

Teknik Şartname'nin 5.28'inci maddesinde "Yüklenicinin 2016 model ve üzeri en az 10 adet aracı kendi öz malı olacaktır. Bunlarla ilgili evrakların fotokopileri ihale dosyasına konulmalıdır. (Ruhsat veya Serbest Mali Müşavir Öz Mal Araç Tespit Tutanağı)" düzenlemesinin yer aldığı,

Başvuru sahibi tarafından 29.04.2019 tarihinde idareye sunulan dilekçe ile 10 adet öz mal araç şartının kaldırılması hususunda zeyilname talep edildiği, idare tarafından başvuru sahibinin talebinin uygun bulunmadığına ilişkin 03.05.2019 tarihli kararın alındığı ancak başvuru sahibine bu konuda herhangi bir bildirimin yapılmadığı,

İdare tarafından 13.05.2019 tarihinde ilk zeyilnamenin yayınlandığı ve zeyilname ile Teknik Şartnamede yer alan 5.28'inci maddenin kaldırıldığı ancak İdari Şartname'nin itirazın şikayete konu maddesinde herhangi bir değişiklik

yapılmadığı,

20.05.2019 tarihinde yayınlanan ikinci zeyilname ile ihale tarihinin ertelendiği ve Teknik Şartname'nin bazı maddelerinde değişiklik yapılmakla birlikte yine İdari Şartname'nin itirazen şikayete konu maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı,

İhaleye teklif sunan başvuru sahibi istekli Çalıkıran Turizm Taşımacılık Otomotiv San. ve Tic. A.Ş.'nin teklifinin İdari Şartname'de yer alan en az 10 adet aracın kendi malı olduğunu gösterir belge sunmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmıştır.

...

Anılan ihale dokümanı düzenlemelerine bakıldığında, ilk yayınlanan (25.04.2019) ihale dokümanında "2016 ve daha üst model en az 10 aracın kendi malı olduğunu gösteren belge" yeterlik kriterine hem İdari Şartnamede hem de Teknik Şartname'de yer verildiği, 13.05.2019 tarihinde yayınlanan zeyilname ile anılan kriterin Teknik Şartnameden kaldırıldığı ancak aynı kriterin İdari Şartnamede muhafaza edildiği anlaşıldığından geline aşamada anılan belgelerin ihalede yeterlik kriteri olduğu ve ihaleye teklif sunan isteklilerin 2016 ve daha üst model en az 10 adet aracın kendi malı olduğunu gösteren belgeleri teklif zarfında idareye sunmaları gerektiği anlaşılmıştır.

Bu çerçevede yapılan incelemede başvuru sahibi istekli tarafından teklif dosyası kapsamında 2016 ve daha üst model en az 10 adet aracın kendi malı olduğunu gösterir belge sunulmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibi isteklinin teklifinin İdari Şartname'nin 7.5.2'nci maddesinde yer alan yeterlik kriterini karşılayamadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Diğer yandan yaklaşık maliyetin ihale üzerinde bırakılan

istekli tarafından önceden öğrenilmiş olabileceği hususunun, ihale mevzuatının sınırları kapsamında idarece gönderilen ihale işlem dosyası üzerinden tespit edilebilmesinin imkan dahilinde olmadığı, ayrıca başvuru sahibi tarafından da itirazın şikâyet başvurusu kapsamında iddiasını destekleyecek somut bilgi ve belge sunulmadığı,

Kamu ihale mevzuatı uyarınca, ihalenin öngörülen yeterlik kriterlerini sağlayan ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli üzerinde bırakılacağı, bu bakımdan kamu yararının geçerli teklif sahibi istekliler bakımından söz konusu olduğu, daha düşük teklif fiyata sahip olsa dahi geçerli teklif sahibi olmayan bir istekli üzerinde ihalenin bırakılamayacağı, ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda ihalede tek geçerli teklif sahibi istekli kalmasının rekabetin oluşmadığı anlamına gelmeyeceği hususları bir arada değerlendirildiğinde başvuru sahibinin ihalenin iptal edilmesi gerektiği yönündeki iddiasının da reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

...

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

2'nci iddia bakımından ise "...Yapılan incelemede başvuru sahibinin iddia konusu ettiği hususun idareye yaptığı şikâyet başvurusunda yer almadığı anlaşıldığından, anılan iddianın usul yönünden incelenmeksizin reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Diğer yandan idare tarafından tarafımıza gönderilen yazılı bilgi ve belgeler üzerinden yapılan incelemede Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağı'nın düzenlendiği de tespit edilmiştir." gerekçesiyle itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Davacı Çalıkıran Turizm Taşımacılık Otomotiv San. ve Tic. A.Ş.

tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesinin 26.09.2019 tarihli E:2019/1600, K:2019/1739 sayılı kararında "1) İdari Şartname'de yeterlik kriteri olarak istenen, 2016 model veya daha üst model en az 10 adet aracın kendi malı olduğunu gösteren belgelerin teklif dosyalarında bulunmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmalarına ilişkin olarak;

...

Davacı şirket tarafından süresi içinde ihale dokümanına ilişkin şikayet başvurusunda bulunulduğu, idare tarafından alınan ve davacıya tebliğ edilmeyen 13.05.2019 tarihli karar ile davacının başvurusunun uygun bulunmadığına karar verilmiş olsa da, 13.05.2019 tarihli zeyilname ile Teknik Şartname'nin 5.28. maddesinde yer alan "Yüklenicinin 2016 model ve üzeri en az 10 adet aracı kendi öz malı olacaktır. Bunlarla ilgili evrakların fotokopileri ihale dosyasına konulmalıdır. (Ruhsat veya Serbest Mali Müşavir Öz Mal Araç Tespit Tutanağı)" düzenlemesinin kaldırılmış olmasına rağmen, İdari Şartname'nin 7.5.2. maddesinde bulunan, 2016 model veya daha üst model en az 10 aracın kendi malı olduğunu gösteren belgeleri, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41. maddesine uygun olarak teklif ekinde sunacaklardır." düzenlemesi ilişkin bir değişiklik yapılmadığı, bu hususa ilişkin bir açıklamada da bulunulmadığı, ihaleye katılan 4 istekliden, davacı ile birlikte iki isteklinin idari şartnamenin 7.5.2. maddesi uyarınca tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifi geçerli teklif kabul edilerek rekabetin oluşmadığı, kaynakların verimli kullanılmadığı, ihale üzerinde bırakılan istekli ile davacı şirketin sunduğu teklif miktarı arasında önemli fark olduğu, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41. maddesi uyarınca, makine, teçhizat ve ekipman için kendi malı olma şartının aranmamasının esas olduğu, idarelerin ihalelerde sağlamakla yükümlü olduğu rekabet, eşit muamele ve şeffaflık ilkeleri göz önünde bulundurularak, 2016 model ve üzeri en az

10 adet aracın kendi öz malı olacağı şartının teknik şartnameden zeyilname ile kaldırıldığı halde idari şartnamede korunmasının açıklığa kavuşturulması zorunlu iken, gerekli araştırma yapılmaksızın tesis edilen dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk görülmemiştir.

1) İhale komisyonu tarafından taraflarının tüm sözlü taleplerine rağmen Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağının düzenlenmediği, bu durumun saydamlık ilkesine aykırılık teşkil ettiği, bu sebeple ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddialarına ilişkin olarak;

...

Kurul kararında, başvuru sahibinin (davacının) söz konusu iddiasının idareye yaptığı şikayet başvurusunda yer almadığı belirtilerek incelenmeksizin reddine karar karar verildiği görülmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, kanunda böyle bir sınırlama yapılmadığı, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında yer alan tüm iddiaların incelenmesinin gerektiği, Kurul'un başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarını, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelemesi gerektiği, davacının söz konusu iddialarının esastan değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair Kurul kararının bu kısmında da hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu Kurul kararının iptaline..." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Mahkeme kararının uygulanmasını teminen Kurul tarafından 24.10.2019 tarih ve 2019/MK-306 sayılı kararın alındığı ve "1-Kamu İhale Kurulunun 24.07.2019 tarihli ve 2019/UH.II-845 sayılı kararının iptaline

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 1'inci iddia bakımından esasın yeniden incelenmesine, 2'nci iddia bakımından ise esasın incelenmesine geçilmesine," karar verildiği anlaşılmıştır.

Anılan Kurul kararının uygulanmasını teminen 07.11.2019 tarih ve 20223 sayılı yazı ile idareden "...ihale kapsamında kendi malı araçların sayısına ilişkin olarak belirlenen kriterin başlangıçta hem İdari hem de Teknik Şartname'de yer aldığı ancak zeyilname ile Teknik Şartname'de yer alan anılan kriterin kaldırılmakla birlikte aynı kriterin İdari Şartname'de varlığını devam ettirdiği anlaşılmıştır. Takdirinizi kendi malı araçların sayısına ilişkin kriterin İdari Şartname'de varlığını devam ettirmesi yönünde kullanma gerekçelerinizin tarafımıza bildirilmesi..." hususunda açıklama talep edilmiştir.

İdarenin 13.11.2019 tarih ve 1261 sayılı cevabi yazısında "Anılan takdir hakkı, bahsedilen yeterliğin başlangıçta hem İdari hem de Teknik Şartname'de düzenlenmekle birlikte, ihale dokümanının kesinleşmesi ve ihale ilanının yayımından sonra idaremize ulaşan 2018 yılı Sayıştay Denetim Raporunda (Ek-1) bu konuya ilişkin bulgu özerine değişikliğin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Anılan yeterliğin, edimin ifasına yönelik değil, ihaleye katılımda bir yeterlik olması sebebi ile mükerrer yazımların neden olabileceği çelişkilerin ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu ve 2018 yılı Sayıştay Denetim Raporunda da bu konunun bulgu olarak yer alması nedeniyle ve ayrıca Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği "İkinci Kısım İhaleye Katılımda Yeterlik Kriterleri ile Sözleşmenin Yürütülmesi Aşamasındaki Mesleki ve Teknik Yükümlülükler Yönelik Düzenlemeler" "Sözleşmenin Yürütülmesi Aşamasındaki Mesleki Ve Teknik Yükümlülükler Yönelik Düzenlemeler" "Madde 30- (1) Ön yeterlik şartnamesinde veya idari şartnamede yeterlik kriteri olarak belirlenmeyen, ancak sözleşmenin yürütülmesi aşamasında işin yerine getirilmesi için gerekli olduğu öngörülen mesleki ve teknik yükümlülükler Yönelik

düzenlemeler teknik şartnamede yer alır. Bu düzenlemelerde, işin niteliği ile bu Yönetmelik ve ilgili mevzuat hükümleri esas alınır. Bu yükümlülöklere ilişkin olarak yüklenici tarafından hangi belgelerin idareye sunulması gerektiğinin teknik şartnamede açıkça düzenlenmesi zorunludur.

(2) Bu Yönetmeliğın ilgili maddeleri uyarınca idarelerce belirlenmesi zorunlu olan mesleki ve teknik yeterlik kriterlerine ve bu kapsamda istenecek belgelere teknik şartnamede yer verilemez.” hükmü ile birlikte değeriendirilerek anılan yeterlik kriterine sadece ihale dokümanının İdari Şartname kısmının 7.maddesinde yer verilmek sureti ile doküman Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 30. maddesinin 2. fıkrasına uygun hale getirilmiştir. Ayrıca bu değışiklik 13.05.2019 tarih ve SAT-2019-151 sayılı zeyilname ile tüm istekli olabileceklere bildirilmiştir.” hususlarına yer verildiğii anlaşılmıştır.

Sayıştay Başkanlığı tarafından ihaleyi yapan idareye hitaben yazılan E.19001037 sayılı “2018 Yılı Denetim Sonuçları Hk.” konulu yazıda “...B) İdari ve Teknik Şartnamede en az 10 adet aracın yüklenicinin kendi Öz malı olacağına ilişkin hükümler yer almasına rağmen, fiilen çalışan araçlardan yalnızca 1 tanesinin Yükleniciye ait olduğı görölmüştür.

İdari Şartnamenin 7.5.2’nci maddesinde, isteklilerin 2013 model veya daha üst model en az 10 aracın kendi malı olduğunu gösteren belgeleri teklif ekinde sunacakları ifade edilmiştir. Yine, Teknik Şartnamenin “5-Hizmetin Yürütölme Şekli ve Şartları” başlıklı bölümünün 5.27’nci maddesinde ise yüklenicinin 2013 model ve üzeri en az 10 adet aracının kendi öz malı olacağı ve bunlarla ilgili evrak fotokopilerinin ihale dosyasına konulması gerektiğii (Ruhsat veya Serbest Mali Müşavir Özmal Araç Tespit Tutanağı) belirtilmiştir.

Ancak teklif ekinde sunulan ruhsatların tamamının yükleniciye ait olduğı görölmüş olmakla birlikte, fiilen çalışmakta olan servislere ilişkin ruhsatların yalnızca 1 tanesinin

yükleniciye ait olduğu görülmüştür. Bu durum İdari ve Teknik Şartname’de yer alan en az 10 adet aracın yüklenicinin kendi öz malı olması gerektiği hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, fiilen çalışan araçlardan yalnızca 1 tanesinin yüklenicinin kendi öz malı olmasının İdari ve Teknik Şartname hükümlerine aykırı olduğu düşünölmekte olup ihale sürecinde ve uygulamada ihale dokümanına riayet edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Kamu İdaresi Cevabında; özetle, bulgu konusu edilen alımlara ilişkin kontrol teşkilatlarına gerekli bilgilerin verildiği ve yeni dönem ihalelerinde bu duruma dikkat edileceği ifade edilmiştir...” değerlendirmesinin yer aldığı anlaşılmıştır.

Başvuru sahibinin birinci iddiası kapsamında anılan mahkeme kararı doğrultusunda yapılan incelemede kendi malı araçlara ilişkin yeterli kriterinin Teknik Şartname’den kaldırılması ancak İdari Şartname’den kaldırılmaması hususunun idarece sehven yapılmadığı, aksine bu kriterin İdari Şartname’de varlığının korunarak ihale aşamasında aranma iradesinin ortaya konulduğu, söz konusu değişikliğin 2018 yılı Sayıştay denetimlerinde saptanan bulgular üzerine yapıldığı anlaşılmış olup, geline aşamada isteklilerin ihale aşamasında kendi malı araçlara ilişkin belirlenen bu yeterli kriterini karşılaması gerektiği anlaşıldığından başvuru sahibinin bu yöndeki iddiasının reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Başvuru sahibinin ikinci iddiası kapsamında idare tarafından 12.06.2019 tarihinde (ihale tarihi) saat 14.30’da Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağı’nın düzenlendiği ve tutanağın ihale komisyonunun tüm üyeleri tarafından imzalandığı tespit edilmiştir. Ayrıca Kurum tarafından yapılacak incelemeler ihale işlem dosyası kapsamında yer alan belgeler üzerinden gerçekleştirilmektedir.

Yapılan tespit ve değerlendirme çerçevesinde başvuru sahibinin bu yöndeki iddiasının da reddedilmesi gerektiği 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 itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.