

İsteklinin ihale konusu alanda faaliyet gösterme şartı varmıdır1?

kişilerin **ihale** sürecinde hak arama özgürlüğünün bir parçasını teşkil etmesinden dolayı, bazı hususlarda ayrıca açıklama yapılmasına gerek duyulmaktadır.

Öncelikle **ihale** veya ön yeterlik dokümanı satın alma şartı ile birlikte, ilgili ihale alanında faaliyet gösterme şartının bileşiminden oluşan istekli olabilecek sıfatında, ihale veya ön yeterlik dokümanı satın alınırken, ihale konusu alanda faaliyet gösterildiğine ilişkin bir belgenin aranmaması uygulamanın mantığına uygundur.

Bunun ilk sebebi, kişilerin EKAP üzerinden de ihale veya ön yeterlik dokümanı satın alabilmelerine ilişkin imkânlarının olmasıdır.

Çalışmamızda daha sonra belirtileceği üzere kişiler, ihale veya ön yeterlik dokümanını sadece idarelerden değil;

EKAP üzerinden indirme suretiyle satın alabilmekte olduğundan, satın alma anında bu şartın var olup olmadığının değerlendirilmesi oldukça güçtür.

Ayrıca ihale veya ön yeterlik dokümanı satın alan kişilerin ilgili ihaleye katılımları söz konusu olduğunda, faaliyet gösterdikleri alanda teklif sunacak kişiler olması zorunludur.

Bu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediği de tekliflerin ve ön yeterlik değerlendirilmesi aşamasında, idareler tarafından tespit edilecektir

–Kamu İhale Kurulunun bir kararına esas olayda, ihale komisyonunca ihale tarihi olan 12.12.2017 tarihine kadar şirketin faaliyet alanının herhangi bir değişikliğe uğramadan

devam ettiğinin tespit edildiği ve 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde göre, istekli olabilecek sıfatını kazanmak için ihale konusu alanda faaliyet gösterilmesi,

dolayısıyla ihaleye teklif vermek isteyen kişi ya da kuruluşların evleviyetle bu şartı sağlamaları gerektiğinden bahisle başvuru sahibi iş ortaklığının teklifi, **ihale konusu** alanda **faaliyette** bulunmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bu uyuşmazlık hakkında Kurulun verdiği kararda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun tüzel kişilik ve ehliyetin düzenlendiği madde 125/2 hükmü ile ticaret şirketlerinin,

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği düzenlemesi karşısında, ticaret şirketlerinin ana sözleşmelerinde yer almayan faaliyet konuları dışında da bütün haklardan yararlanıp, borçlar üstlenebilmeleri bakımından 6102 sayılı Kanun açısından herhangi bir engelin kalmadığı belirtilmiştir.

Durum bu olmakla birlikte, kararın devamında 4734 sayılı Kanun'un, 6102 sayılı Kanun'a göre özel kanun niteliği taşıdığı,

4734 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince, istekli olabilecek sıfatını kazanmak için dahi ihale konusu alanda faaliyet gösterilmesi gerektiği hususu dikkate alındığında, ihaleye teklif vererek istekli sıfatını kazanan kişi ya da ortak girişimlerin öncelikle bu şartı sağlamaları gerektiği ve dolayısıyla istekli olabilecekler için geçerli olan ihale konusu alanda faaliyet gösterilmesi şartının isteklilerce de öncelikle sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

Bu açıklamaları içeren kararda, başvuru sahibi iş ortaklığının pilot ortağının ihale tarihi itibarıyla istekli olabilecek sıfatını ve dolayısıyla bunu takiben de ihaleye teklif verilerek istekli sıfatını haiz olabilmesi için, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen ihale konusu alanda faaliyet

gösterilmesi şartının yerine getirilmediği anlaşıldığından, idarece adı geçen isteklinin bu gerekçe ile teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

Bkz.: Kamu İhale Kurulu, 04.04.2018 Tarihli ve 2018/UY.II-734 No.lu Uyuşmazlık Kararı. Benzer karar için ayrıca bkz.: Kamu İhale Kurulu, 28.09.2016 Tarihli ve 2016/UY.I-2396 No.lu Uyuşmazlık Kararı.

Ancak henüz ilgili ihaleye teklif sunmamış ya da ön yeterlik başvurusu yapmamış olan kişiler için, herhangi değerlendirilmenin yapılması mümkün olmadığı ve bu sebeple kişilerin, ihalenin konusu alanında faaliyet gösterip göstermedikleri tespit edilemeyeceğinden, idarî başvuru yollarına başvuruda bulunabileceklerden biri olan istekli olabilecek sıfatının şartlarının taşınıp taşınmadığının belgelenmesi gerekecektir

Kamu İhale Kurulunun bir kararında, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile getirilen değişiklikle, ilana ve ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunacak gerçek veya tüzel kişilerin, ihale konusu alanda faaliyette bulunup bulunmadığının tespiti için, şikâyet dilekçesi ekine ihale konusu alanda faaliyet gösterildiğine ilişkin belgenin eklenmesi zorunluluğunun getirilmiş olduğu;

bu düzenlemenin yapılmasındaki asıl amacın ise ihale dokümanına başvuruda bulunacak gerçek veya tüzel kişinin başvuru ehliyetini haiz olup olmadığının tespit edilmesi olduğu belirtilmiştir

Bkz.: Kamu İhale Kurulu, 19.12.2017 Tarihli ve 2017/UH.II-3427 No.lu Uyuşmazlık Kararı