

idareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almadığı görüldüğünden anılan iddianın usul yönünden incelenmeksizin reddedilmesi gerektiği, ayrıca bazı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği iddiasının tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin olduğu, başvuru sahibi tarafından ihaleye teklif verilmediği anlaşıldığından bu kısmın aynı zamanda ehliyet yönünden de reddedilmesi gerektiği” belirtilerek itirazen şikâyet

**başvurusunun reddedilmesinin
İdari Yargılama Usulü
Kanununun Düzenleyici işlemin
iptal edilmemiş olması, bu
düzenlemeye dayalı işlemin
iptaline engel olmaz” kuralı
yer almakta olup, bu kuralla
idari yargı mercilerine,
bireysel işlemlerin yargısal
denetiminde bu işlemlerin
dayanağı ikincil nitelikteki
düzenleyici işlemleri ihmâl
etme yetkisi tanınmıştır. Bu
kapsamda, 4734 sayılı Kanunun
*maddesinin ikinci fıkrasını
daraltması nedeniyle,
dayanağı kanuna aykırı olan
İhalelere Karşı Başvurular**

**Hakkında Yönetmeliğin
*maddesinin onuncu fıkrasının
ihmâl edilerek
Kanunun*maddesinin ikinci
fıkrası çerçevesinde inceleme
yapılması gerekmektedir**

Toplantı No	: 2020/923
Gündem No	: 24
Karar Tarihi	: 29.05.2020
Karar No	: 2020/MK-118

BASVURU SAHİBİ: Askar Global İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi
İHALEYİ YAPAN İDARE: Eyüpsultan Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü
BASVURUYA KONU İHALE: 2019/373703 İhale Kayıt Numaralı "Muhtelif Araç Kiralama Hizmet Alımı İşi" İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:
Eyüpsultan Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/373703 ihale kayıt numaralı "Muhtelif Araç Kiralama Hizmet Alımı İşi" ihalesine ilişkin olarak Askar Global İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1226 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.
Davacı Askar Global İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesinin 12.05.2020 tarihli E:2020/707, K:2020/916 sayılı kararında "Dava konusu işlemin 2. iddia yönünden incelenmesinden; davacı tarafından itirazen şikâyet başvurusunda özetle, "İhale konusu işin araç kiralama hizmet alımı işi olduğu, İhale ilanının 4.1.1.3'üncü maddesinde ve İdari Şartname'nin 7.1.(h) maddelerinde istenilen belgelerin araç kiralama alanında değil turizm alanında istigal eden bir firmanın sahip olması gereken belgeler olduğu, dolayısıyla istenilen belgelerin ihale konusu işle ilgili olmadığı, idarece belirlenen seyahat acentesi işletme belgesi herkes tarafından alınabilecek bir hizmet olduğu, bu hizmetin yüklenicisinin kendi araçları ile yapılabilceği, A grubu seyahat acentesi işletme belgesi olan bir kişiden tur, gezi vs hizmeti yüklenicisinin kendi araçlarına alabileceği, bu itibarla bu yeterlik şartının ancak idare tarafından tur hizmeti satın alınması durumunda söz konusu olabileceği, A grubu seyahat acentesi işletme belgesi istendiği, ancak birim fiyat teklif cetvelinin II. ara toplam bölümüm 30, 31, 32, 33'üncü satırlarında "gezi aracı" pozumun bulunduğu, bu hususların Kanun'un temel ilkelerine aykırı olduğu ve ihaleye katılımı engellediği" iddiası ileri sürülmektedir.
4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "İdareye şikâyet başvurusu" başlıklı 55. maddesinde, "Şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılması olması gereken tarafa izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar." kuralı yer almıştır.
Ihalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Sürelerle ilgili genel esaslar" başlıklı 7. maddesinde "(1) Süreler; a) İlane yönelik başvurularda ilk ilan tarihini, b) Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın EKAP üzerinden e-imza kullanılarak indirildiği tarihi, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ihale dokümanının teslim alındığı tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi, - izleyen günden itibaren başlar. (2) Tatil günleri sürelere dâhildir. Sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde, süre tatil günü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar. Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikâyet başvurusunun, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılması zorunludur." kuralına yer verilmiştir.
Bakılan uyumsuzlukta, davacının anılan iddiasının ilana yansyan hususlara ilişkin olduğu ve itirazen şikâyet başvurusunda dile getirilen iddianın, ilanın 4.1.1.3. maddesinde yer alan hususlar ile kendi malı olacak olan 4x4 kamyon ve mobil zabıta aracı ile ilgili iddiaların farkına varılması gerektiği tarihin, ilan tarihi olan 06.08.2019 tarihi olduğu, 4734 sayılı Kanunun 55. maddesine göre, anılan iddiaya ilişkin farkına varılma tarihlerini izleyen 10 gün içerisinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken davacı tarafından bu süreler geçtikten sonra başvuruda bulunulduğu (27.08.2019) anlaşıldığından, davacının anılan iddiası yönünden itirazen şikâyet başvurusunun süre yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.
Dava konusu işlemin 3. iddia yönünden incelenmesinden; davacı tarafından itirazen şikâyet başvurusunda özetle, "İhale İlanı'nda ve Teknik Şartname'de kendi malı araç listesinde 4x4 bir kamyon istendiği, aynı işi 4x2 bir kamyonunda yapabileceği, kendi malı olarak istenilen 4x4 kamyonun istekliler lehine fırsat eşitliğini engelleyici ve dolayısıyla rekabeti engelleyici bir kriter olarak belirlendiği,
Öte yandan, İhale İlanı'nda ve Teknik Şartname'de kendi malı araç listesinde istenilen mobil zabıta aracı olarak kiralınması istenilen aracın trafik tescilinde "mobil zabıta aracı olarak tescil edilmiş olması" kriterinin istenmesinin gerekli olmadığı, tescil sonradan belgelendirilebileceğinden istekliler için fırsat eşitliğini ortadan kaldıran ve rekabeti engelleyen bir düzenleme olduğu, dolayısıyla ihalenin iptal edilmesi gerektiği,
Bazı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği, bu hususun 29137 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına aykırı olduğu, dolayısıyla ihalenin iptal edilmesi gerektiği" iddiası ileri sürülmektedir.
Dosyanın incelenmesinden, davacının anılan iddiası yönünden "İdareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almadığı görüldüğünden anılan iddianın usul yönünden incelenmeksizin reddedilmesi gerektiği, ayrıca bazı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği iddiasının tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin olduğu, başvuru sahibi tarafından ihaleye teklif verilmediği anlaşıldığından bu kısım aynı zamanda ehliyet yönünden de reddedilmesi gerektiği" belirtilerek itirazen şikâyet başvurusunun reddedildiği anlaşılmaktadır.
4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54. maddesinin birinci fıkrasında, "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilirler." kuralına yer verilmiştir.
Aynı Kanunun "Kuruma itirazen şikâyet başvurusu" 56. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kurum, itirazen şikâyet başvurusularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açısından inceler." kuralına yer verilmiştir.
Ihalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların Şekil Unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemez" hükmüne yer verilmiştir.
2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava açma süresi" 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Düzenleyici işlemin iptal edilmiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz" kuralı yer almakta olup, bu kuralla idari yargı mercilerine, bireysel işlemlerin yargısal denetiminde bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda, 4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin ikinci fıkrasını daraltması nedeniyle, dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Karşı Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin onuncu fıkrasının ihmal edilerek Kanunun 56. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.
4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetle yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, Kanunda böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.
Bu durumda, davacının anılan iddiası yönünden itirazen şikâyet başvurusunun şekil yönünden reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.
Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanunun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde; aday, ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdıkları ortak girişimler; istekli, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi; istekli olabilecek ise, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişi ya da bunların oluşturdıkları ortak girişim olarak tanımlanmıştır.
Anılan Kanunun 4. maddesine 5812 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen tanımların gerekçesinde; ihale dokümanını satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koyanların da ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunmakla birlikte, bu hususun açıklığa kavuşturulmasını temin için, 4734 sayılı Kanunun 54, 55 ve 56. maddelerinde yapılan değişikliğe paralel olarak, Kanunun 4. maddesine "İstekli olabilecek" tanımının eklendiği belirtilmektedir.
Anılan Kanunun 54. maddesine 5812 sayılı Kanunun 2. maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesinde ise; "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile doküman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş olan istekli olabileceklerin de ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunduğ u hususu açıklığa kavuşturulmakta; şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğuna ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Bu düzenleme ile, esasen ihaleye katılım bakımından yeterli olmakla birlikte hukuka aykırı işlem veya eylem nedeniyle ihaleye katılmalarının engellendiğini ya da haksız bir değerlendirmeye tabi tutulduğunu iddia edenlerin başvuru hakkı güvence altına alınmaktadır." açıklamalarına yer verilmiştir.
Aktarılan kurallara ve Kanunun gerekçesine göre, 4734 sayılı Kanun ile ihale işlemlerinde, başvuru ehliyetine ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği ve bu kapsamda sadece aday, istekli veya istekli olabileceklerin, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranıldığı ya da zarara uğranılmamasının muhtemel olduğu iddiasıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularda bulunabileceği anlaşılmaktadır.
Bu bakımdan, şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, ihalelere teklif veren veya ön yeterlilik için başvuran gerçek ve tüzel kişilerle sınırlandırmak Kanunun belirtilen hükümlerinin amacına uygun bulunmamaktadır. İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya isteklilerin yanında, doküman satın almak suretiyle ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş olan istekli olabileceklerin de ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunduğu açıktır.
Bu durumda, dava konusu ihaleye teklif sunmakla birlikte, ihale dokümanını satın alan ve ihale konusu alanda faaliyette bulunan davacının istekli olabilecekler arasında bulunduğu, doküman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş olan davacının ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia ederek ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakkının bulunduğu açık olduğundan, davacının anılan iddiası yönünden itirazen şikâyet başvurusunun ehliyet yönünden reddedilmesinde de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.
Açıklanan nedenlerle, davacının 1 ve 2. iddiaları yönünden davanın reddine, davacının 3. iddiası yönünden dava konusu işlemin iptaline," gerekçesiyle dava konusu işlemin kısmen iptaline, kısmen reddine karar verilmiştir.
Kamu İhale Kurulu'nun 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1226 sayılı kararında 2'nci iddia (Mahkeme kararında 3'üncü iddia olarak ele alındığı anlaşılmıştır.) için "...kend i malı olması gereken 4x4 kamyon yerine 4x2 kamyon olması gerektiğine ve mobil zabıta aracının tescil edilmesine gerek olmadığına ilişkin iddiası ile bazı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği iddiasının idareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almadığı görüldüğünden anılan iddiaların usul yönünden incelenmeksizin reddedilmesi gerektiği." kararı verildiği, ancak bahse konu hususların Ankara 14. İdare Mahkemesi kararı uyarınca şikâyetin şekil yönünden reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı kararı verildiğ inden esasının incelenmesine geçilmesi gerekme k le birlikte bahse konu iddialardan kendi malı olması gereken 4x4 kamyon yerine 4x2 kamyon olması gerektiğine ve mobil zabıta aracının tescil edilmesine gerek olmadığına ilişkin iddiasının 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1226 sayılı karar ile ihale ilanına yansyan hususlar olduğu görüldüğünden iddiaların süre yönünden reddedilmesi gerektiği kararının verildiği, Ankara 14. İdare Mahkemesinin anılan kararında bu kısım yönünden hukuka aykırılık tespitinde bulunulmadığı (Mahkeme kararında 2'inci iddia olarak ele alınan kısım da şikâyet başvurusunun süre yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı kararı verilmiştir.) görüldüğünden iddianın ilgili kısmı için esasın incelenmesine geçilmesi gerek olmadığı, ancak "...bazı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği." kısmının 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1226 sayılı karar ile ehliyet yönünden de reddedildiği, akabinde Ankara 14. İdare Mahkemesince ilgili şikâyetin hem şekil hem de ehliyet yönünden reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı kararı verildiğ inden bahse konu iddianın esasının incelenmesine geçilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.
Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükm e bağlanmıştır.
Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.
Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.
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, 1- Kamu İhale Kurulunun 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1226 sayılı kararında 2'nci iddianın ehliyet ve şekil yönünden reddine ilişkin kısmının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin "...baz ı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği." iddiasının esasının incelenmesine,
Oybirliği ile karar verildi.