

ihaleye teklif sunmamakla 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**

Toplantı No	: 2020/023
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. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.1-1226 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın 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 İşlemin 2. İddia yönünden incelenmesinden; davacı tarafından itirazın şikâyet başvurusunda özetle, "İhale konusu için araç kiralama hizmet alımı işi olduğu, İhale İlanının 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 yüklenicinin kendi araçları ile yapılabilceği, A grubu seyahat acentesi işletme belgesi olan bir kişiden tur, gezi vs hizmeti yüklenicinin 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 birin fiyat teklifinin II. ara toptam bölümün 30, 31, 32, 33'üncü sıralarında "gezi aracı" pozunun bulunduğu, bu hususların Kanun'un temel ilkelerine aykırı olduğu ve İhaleye Katılıma Engellediği" iddiası ileri sürülmüştür.

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 gereken tarihi 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 yansımaya diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar." kuralı yer almıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Sürelerle ilgili genel esaslar" başlıklı 7. maddesinde "(1) Süreler;

a) İlana yönelik başvurularda ilk ilan tarihini,
b) Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımaya hükümleri için dokümanın EKAP üzerinden e-İmza kullanılarak indirildiği tarihi, belli istekler 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 gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar. Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikâyet başvurularının, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılması zorunludur." kuralına yer verilmiştir.

Bakılan uyuşmazlıkta, davacının anılan iddiasının ilana yansımaya hususlara ilişkin olduğu ve itirazın 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 gereken davacı tarafından bu süreler geçtikten sonra başvuruda bulunulduğu (27.08.2019) anlaşıldığından, davacının anılan iddiası yönünden itirazın şikâyet başvurusunun süre yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin 3. iddia yönünden incelenmesinden; davacı tarafından itirazın 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 istekleri lehine fırsat eşitliğini engelleyici ve dolayısıyla rekabeti engelleyici bir kriter olarak belirtildiği,

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 20137 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına aykırı olduğu, dolayısıyla ihalenin iptal edilmesi gerektiği" iddiası ileri sürülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, davacının anılan iddiası yönünden "idareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almadığı görüldüğünden anılan iddianın usul yönünden incelenmesinin 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 itirazın 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 kullarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler." kuralına yer verilmiştir.

Aynı Kanunun "Kuruma itirazın şikâyet başvurusu" 56. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kurum, itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit mamele ilkesinin ihlâl edilmediği açılabilir incelemeler." kuralına yer verilmiştir.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların Şekil Unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazın şikâyet başvurusuna konu edilemez" hükmüne yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava açma süresi" 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Düzenleyici işlemin iptal edilmemesi, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz" kuralı yer almakta olup, bu kural ile 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 fıkrasını çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetin yer alan iddiaların anlaşılacağı, Kanunda böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının anılan iddiası yönünden itirazın 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 oluşturdukları 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 oluşturdukları ortak girişim olarak tanımlanmıştır.

Anılan Kanunun 4. maddesine 5812 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen tanımların gereğince; ihale dokümanını satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymaları da ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunmakta birlikte, bu hususun açıklığa kavuşturulmasının 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 gereğince 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 bulunduğu hususu açıklığa kavuşturulmakta; şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğuna ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Bu düzenleme ile, esasen ihaleye katılma hakkının yerli olmakla birlikte hukuka aykırı işlem veya eylem nedeniyle ihaleye katılımların engellendiğini ya da haksız bir değerlendirilmeye tabi tutulduğunu iddia edenlerin başvuru hakkı güvence altına alınmaktadır." açıklamalarına yer verilmiştir.

Aktarılan kurallara ve Kanunun gereğince 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 uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel olduğu iddiasıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunabileceği anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, ihalelere teklif veren veya ön yeterlilik için başvuran gerçek ve tüzel kişilerle sınırlanarak 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 itirazın 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," gereğinceyle dava konusu işlemin kısmen iptaline, kısmen reddine karar verilmiştir.

Kamu İhale Kurulu'nun 26.09.2019 tarihli ve 2019/UH.1-1226 sayılı kararında 2'nci iddia (Mahkeme kararında 3'üncü iddia olarak ele alındığı anlaşılmıştır.) için "..."kendi 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 incelenmesinin reddedilmesi gerektiği." kararı verildiği, ancak bahse konu hususların Ankara 14. İdare Mahkemesi kararı uyarınca şikâyetin şekil yönünden reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı kararı verildiğinden esasının incelenmesine geçilmesi gerekirken 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.1-1226 sayılı karar ile ihale ilanına yansımaya 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'nci 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.1-1226 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 verildiğinden 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 hükmüne bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmesiz işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın devletin 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.1-1226 sayılı kararında 2'nci iddianın ehliyet ve şekil yönünden reddine ilişkin kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin "...bazı araçların aylık kira bedellerinin kasko bedelinin %2 tutarını aşacak şekilde fiyat teklifi verildiği..." iddiasının esasının incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.