

İhalede İstekliler tarafından teklif kapsamında kendi malı araçlar için sunulan belgelerin sunuluş şekline uygun olarak sunulması

Toplantı No : 2020/034

Gündem No : 23

Karar Tarihi : 29.07.2020

Karar No : 2020/MK-172

BAŞVURU SAHİBİ:

A.Turan Yol Yapı İnşaat Maden Taahhüt Turizm Tekstil Nakliye Tarım Orman Ürünleri San. Ve Tic. Ltd. Şti. – Baş-Ka İnşaat Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Bölge Müdürlüğü-13.Bölge Antalya Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Karayolları Genel Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2018/643900 İhale Kayıt Numaralı “(Gölhisar-Altınyayla)Ayr-Çameli 2Bl Hd Yolu (Takriben Km : 00+000-16+000 Arası) Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Bsk Üstyapı İşleri İnşaatı İşi” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 13.Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/643900 ihale kayıt numaralı "(Gölhisar-Altınyayla)Ayr-Çameli 2Bl Hd Yolu (Takriben Km: 00+000-16+000 Arası) Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Bsk Üstyapı İşleri İnşaatı İşİ" ihalesine ilişkin olarak A.Turan Yol Yapı İnşaat Maden Taahhüt Turizm Tekstil Nakliye Tarım Orman Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti. – Baş-Ka İnşaat Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 03.07.2019 tarihli ve 2019/UY.II-778 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı A.Turan Yol Yapı İnş. Mad. Taah. Tur. Teks. Nak. Tarım Orman Ür. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Baş-Ka İnş. Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının 2'nci iddia ile 3'üncü iddiasına ilişkin değerlendirmelerin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 09.10.2019 tarihli ve E: 2019/1690, K: 2019/2239 sayılı kararında "...2. İddia Yönünden:...4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yukarıda yer verilen hükümleri ile tesis, makine,

teçhizat ve diğ er ekipman için kendi malı olma şartının aranmamasının esas olduğu, ancak idar i şartnamede kendi malı olması istenen tesis, makine, teçhizat ve diğ er ekipmana yönelik düzenleme yapılmışsa isteklilerin teklif dosyası kapsamında bunlara yönelik belgeleri sunmalarının zorunlu olduğu düzenlemesi getirilmiş, anılan Kanununun 53. maddesi uyarınca ihdas olunan Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin yukarıda metnine yer verilen 31. maddesinde, yapım işi ihalelerinde idareler tarafından istenecek belgelerin nasıl düzenleneceği hususu düzenlenmiş, yine aynı Yönetmeliğın 41. maddesinde ise özel olarak "Makine, teçhizat ve diğ er ekipmana ilişkin belgeler" in düzenlenme şekli ile ilgili olarak ayrı bir düzenleme getirilmiş, isteklilerin kendi malı olma şartı getirilen tesis, makine, teçhizat ve diğ er ekipmanı ruhsat, demirbaş veya amortisman defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı ya da yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya serbest muhasebeci raporu ile tevsik edilebileceği, geçici ithalle getirilmiş veya finansal kiralama yoluyla edinilmiş tesis, makine, teçhizat ve ekipmanın kira sözleşmesinin sunulması ve ihalenin ilk ilan veya davet tarihine kadar olan kiralarının ödendiğinin belgelenmesi şartı ile adayın veya isteklinin kendi malı sayılacağı anlaşılmaktadır.

Finansal kiralama sözleşmeleri, her iki taraf için de borç doğuran sözleşmelerdir. Kiralayan, maliki olduğu malın kullanımını kiracıya bırakmak, kiracı ise kira bedelini ödemek zorundadır. Finansal kiralama sözleşmesinin imzalanmasıyla sözleşme konusu malın zilyetliği kiracıya bırakılmaktadır. Finansal kiralama sözleşmelerinin geçerliği için noterde düzenlenmesi gerekmemekte, mevzuat gereği adi yazılı şekilde yapılması sözleşmenin geçerliği için yeterli görülmektedir. Finansal kiralama sözleşmelerinde de, taraflar sözleşme  zg rl ğu ilkesi çerçevesinde istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulan

sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme yetkisine sahiptirler.

Her ne kadar davalı idarece davacıya ait finansal kiralamaya konu makine ve teçhizatlara ilişkin belgelerin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 31. maddesi uyarınca noter onaylı olarak sunulmadığından bahisle davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka aykırı olmadığı belirtilmiş ise de aynı yönetmeliğin 41. maddesinde finansal kiralama yoluyla edinilmiş tesis, makine, teçhizat ve ekipmanın, kira sözleşmesinin sunulması ve ihalenin ilk ilan veya davet tarihine kadar olan kiralarının ödendiğinin belgelenmesi şartı ile adayın veya isteklinin kendi malı sayılacağı ve adayın veya isteklinin kendi malı olan tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman; ruhsat, demirbaş veya amortisman defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı ya da yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya serbest muhasebeci raporu ile tevsik edileceği hükme bağlanmış olup, dava dosyasındaki bilgi ve belgeler incelendiğinde davacı tarafından teklifinde sunulan ve finansal kiralama yoluyla edinilmiş olan makine ve teçhizatlara ilişkin Serbest Muhasebeci Mali Müşavir onaylı kira sözleşmelerinin ve ihale tarihine kadar olan kira bedellerinin ödendiğine dair belgelerin sunulduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41. maddesi uyarınca finansal kiralama yoluyla edinilmiş bir malın, aday veya isteklinin kendi malı sayılabilmesi için, ihalede söz konusu tesis, makine, teçhizat ve ekipmana ait kira sözleşmesinin Serbest Muhasebeci Mali Müşavir onaylı sunulmasının ve söz konusu finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan ve ihalenin ilk ilan veya davet tarihine kadar olan doğmuş kira borçlarının ödendiğinin belgelenmesi yeterli

olup aksi yönde alınan Kamu İhale Kurulu Kararının bu hususa ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

3.İddia Yönünden: ..Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 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 veya zarara uğranılmasının muhtemel olduğu iddiasıyla Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet veya itirazın şikâyet başvurularında bulunabileceği açıktır.

Bu durumda; dava konusu ihaleye istekli olarak katılan ve mali teklif sunan davacı şirketin ihale sürecinde ve ihale işlemlerinde istekli sıfatına haiz olduğu ve itiraz ve itirazın şikâyet dilekçelerinde ileri sürdüğü iddiaların ihale sürecine ve ihale üzerinde kalan isteklinin yeterliliğine ilişkin olduğu dikkate alındığında itirazın şikâyet başvurusunun 4734 sayılı Kanunun 54 maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ehliyet yönünden reddine dair dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu iddia yönünden de hukuka uyarlık bulunmamaktadır." gerekçesiyle dava konusu işlemin 2'nci iddianın bir kısmı ile 3'üncü iddianın iptaline karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının uygulanmasını teminen alınan

11.12.2019 tarihli ve 2019/MK-337 sayılı Kurul kararı ile "...1-Kamu İhale Kurulunun 03.07.2019 tarihli ve 2019/UY.II-778 sayılı kararının 2'nci iddianın finansal kiralama sözleşmesine yönelik kısmında yapılan değerlendirmenin ve 3'üncü iddiaya ilişkin kısmın iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin 3'üncü iddiasının esasının incelenmesine..." karar verilmiştir.

Yapılan esas incelemesi neticesinde alınan 15.01.2020 tarihli ve 2020/UY.II-103 sayılı Kurul kararı ile "Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 03.03.2020 tarihli ve E: 2019/4202, K: 2020/705 sayılı kararında "...1.Mahkeme kararının, 3. iddia yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmı incelendiğinde; İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizden bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen kararın bu kısımları usûl ve hukuka uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen temyiz nedenleri

kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2. Mahkeme kararının, 2. iddia yönünden dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmı incelendiğinde;

Davaya konu uyuşmazlık, kendi malı olması istenilen bir kısım araçlara ilişkin düzenlemenin bulunduğu ihalede, bu şartı tevsik etmek amacıyla sunulan 3 adet finişer için ruhsat fotokopisi ile beton santrali, konkasör ve asfalt plentine ilişkin finansal kiralama sözleşmesi ve eklerinin noter onaylı değil de, SMMM onaylı olduğu gerekçesiyle davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması sonrasında yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddinden kaynaklanmaktadır.

Aktarılan mevzuat uyarınca, ihale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin olarak sunulacak belgeler farklı usûllerde sunulabilmektedir. Sunulacak belgelerin aslı veya aslına uygunluğunun noterce onaylanmış örnekleri sunulabileceği gibi, aslı yerine ihale veya son başvuru tarihinden önce ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından "aslı idarece görülmüştür" veya bu anlama gelecek şerh düşülen suretler de sunulabilmekte ve geçerli olarak kabul edilmektedir.

Yönetmeliğin 41. maddesinin 3. fıkrasında ise, adayın veya isteklinin kendi malı olan tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmanın tevsikine ilişkin olarak ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu kapsamda, isteklinin kendi malı olan tesis makine, teçhizat ve diğer ekipmanın ruhsat veyahut demirbaş

veya amortisman defterinde kayıtlı olduğuna dair noter tespit tutanağı ya da yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya serbest muhasebeci raporu ile tevsik edilebileceği anlaşılmaktadır.

İhaleye ait İdari Şartname'de de Yönetmeliğin 41. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen düzenlemeye yer verilmiş; isteklinin kendi malı olan tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin olarak yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından hazırlanan raporun sunulması hâlinde, rapor ekinde ruhsatın ve demirbaş veya amortisman defterine de kayıtlı olduğuna dair belgelerin ayrıca sunulması istenilmiştir.

Öte yandan, Yönetmeliğin 41. maddesinin 4. fıkrasıyla, geçici ithalle getirilmiş veya finansal kiralama yoluyla edinilmiş tesis, makine, teçhizat ve ekipmanın, hangi şartlarda isteklinin kendi malı sayılacağı hususuna açıklık getirilmiş olup, buna göre, finansal kiralama yoluyla edinilmiş bir tesis, makine, teçhizat ve ekipmanın kira sözleşmesi ile ihalenin ilk ilan tarihine kadar olan kiralalarının ödendiğine ilişkin belgelerin sunulması hâlinde isteklinin kendi malı olarak sayılacağı belirtilmiştir.

Bu bağlamda, kendi malı olan araçlara ilişkin belgeler ile finansal kiralama yoluyla edinilmiş makine, teçhizat ve ekipmanın, kendi malı olarak sayılabilmesi için kira sözleşmesinin ve kiralaların ödendiğine ilişkin belgelerin Yönetmelikte ve ihaleye ait İdari Şartname'de yer alan belgelerin sunulmuş şekline ilişkin kurallara uygun olarak sunulması gerektiği açıktır.

Bu itibarla, davacı şirketler tarafından teklif ekinde sunulan belgelerden kendi malı olan finişerlere ilişkin ruhsat fotokopilerinin ve ihalede kendi malı olması istenilen beton santrali, konkasör ve asfalt plenti için ise finansal kiralama sözleşmesi ve kiraların ödendiğine ilişkin belgelerin SMMM tarafından onaylanmış örneklerinin sunulduğu, aktarılan düzenlemeler uyarınca ruhsatlar ile finansal kiralama sözleşmeleri ve kiraların ödendiğine ilişkin belgelerin, aslı veya aslına uygunluğunun noterce onaylanmış örnekleri, aslı yerine ihale veya son başvuru tarihinden önce ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından "aslı idarece görülmüştür" veya bu anlama gelecek şerh düşülen suretlerin sunulabileceği dikkate alındığında, anılan belgelerin Yönetmeliğin 31. maddesine ve ihaleye ait İdari Şartname kurallarına uygun olarak sunulmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin 2. iddiaya ilişkin kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin 2. iddia yönünden iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır. " ifadelerine yer verilerek İdare Mahkemesinin 2'nci iddia yönünden işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

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 hükme 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 geçemeyeceği 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- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 11.12.2019 tarihli ve 2019/MK-337 sayılı kararının 2'nci iddianın finansal kiralama sözleşmesine yönelik kısmında yapılan değerlendirmenin iptaline ilişkin kısmın iptaline,

2- 03.07.2019 tarihli ve 2019/UY.II-778 sayılı Kurul kararında, A.Turan Yol Yapı İnşaat Maden Taahhüt Turizm Tekstil Nakliye Tarım Orman Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti. – Baş-Ka İnşaat Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının 2'nci iddiasına yönelik kısmının hukuken geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.