

iş deneyim belgesi sahibi
şirketin ihale üzerinde
bırakılan iş ortaklığının
pilot ortağı tarafından
devralındığı ve devralma
tarihi itibari ile 1 yıllık
sürenin dolmadığı bu nedenle
teklif dosyasına sunulan iş
deneyim belgesinin ihale
üzerinde bırakılan iş ortaklı
tarafından kullanılamayacağı
anlaşıldığından, davalı
idarece teklifin
değerlendirme dışı
bırakılmasına karar verilmesi
gerekirken aksi yöndeki
kararda hukuka uyarlık
bulunmadığı hk

Gündem No	: 65
Karar Tarihi	: 23.11.2022
Karar No	: 2022/MK-326

BASVURU SAHİBİ:

Danış Yapı Madencilik Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

İZBETON-İZMİR BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ BETON VE ASFALT ENERJİ ÜRETİM VE DAĞITIM TESİSLERİ SU KANALİZASYON TİCARET VE SANAYİ ANONİM ŞİRKETİ

BASVURUYA KONU İHALE:

2022/466303 İhale Kayıt Numaralı "İZBETON A.Ş. TAŞ OCAĞINDAN MUHTELİF EBATLARA AGREGA, BALAST VE PLENT-MİKS TEMEL MALZEME ÜRETİLMESİ İŞİ" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

İzbeton-İzmir Büyükşehir Belediyesi Beton ve Asfalt Enerji Üretim ve Dağıtım Tesisleri Su Kanalizasyon Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi tarafından 28.06.2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "İzbeton A.Ş. Taş Ocağından Muhtelif Ebatlarda Agregası, Balast ve Plent-Miks Temel Malzeme Üretilmesi İşi" ihalesine ilişkin olarak Danış Yapı Mad. San. ve Tic. A.Ş. tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş ve Kurulca alınan 10.08.2022 tarihli ve 2022/UY.İ-962 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir. Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle, Danış Yapı Mad. San. ve Tic. A.Ş. tarafından açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 27.10.2022 tarih ve E:2022/2043, K:2022/1762 sayılı kararında "...(1)Başvuru sahibi davacının "İş ortaklığını oluşturan her bir ortağa ait vekâletname bilgilerinin bulunmadığı, beyan edilen vekâletnamelerin geçersiz olduğu ve bu vekâletnamelerdeki bilgilerin vekil sıfatıyla ihaleye katılan kişilere ait olmadığı, ayrıca imza sirküleri ve vekâletnamelerin içerik ve süresi dikkate alındığında, yetkisiz kişilerce teklif verildiği, ayrıca vekâletnamelerde vekil eden sıfatıyla yer alan kişilerin Ticaret Kanunu hükümleri ve imza sirküleri çerçevesinde ihale konusu iş için teklif vermek üzere vekil tayin etme yetkilerinin bulunmadığı," iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; ... Dosyada bulunan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; en avantajlı teklif sahibi olan iş ortaklığının her bir ortağı asaleten temsil edildiği, ihale üzerinde bırakılan iş ortaklığının hem pilot ortağı hem de özel ortağına ait noterden onaylı imza sirkülerleri ve imza beyannamelerinin bulunduğu, teklif mektubunun iş ortaklığını oluşturan ortakların yetkili temsilcilerince imzalandığı, iş ortaklığını oluşturan ortakların vekaleten temsil edildiğine dair bilgi ve belgenin bulunmadığı görüldüğünden, davalı idarenin bu iddialara ilişkin yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. (2) Başvuru sahibi davacının "Geçici teminat mektubunun banka teminat mektubu ve banka referans mektubunun, ihale dokümanı kapsamında verilen standart formlara aykırı şekilde düzenlendiği, söz konusu belgelerin süresinin İdari Şartname'de öngörülen süreyle karşılamadığı, anılan belgelerde işin adı, idarenin adı ve isteklinin ticaret unvanı bilgilerinin hatalı ve eksik olduğu, geçici teminat tutarının teklif bedelinin %3 ünün altında kaldığı, geçici teminat olarak sunulan belgenin ilgili mevzuatı uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kefalet sigortası kolunda yetkilendirilmemiş şirketler tarafından düzenlenmediği, banka referans mektubunun İdari Şartname'nin 7.4.1'inci maddesi ile Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 34. maddesinde belirtilen kriterleri karşılamadığı, ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenmediği, en az iki banka yetkilisinin imzasını taşımadığı, teyide ilişkin olarak verilen banka cevabının en az iki yetkilinin imzasını taşımadığı, teyidin mektubu düzenleyen şubeden yapılması gerekirken farklı bir şubeden yapıldığı," iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; ... İhale dosyası incelendiğinde; özel ortak Gökhan Mad. İnş. San. ve Tic. A.Ş. adına Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş. Elazığ Şubesi tarafından düzenlenen 24.06.2022 tarihli ve 1206862 sayılı geçici teminat mektubunun sunulduğu, teminat mektubu üzerinde iki banka yetkilisinin teyidinin/imzasının bulunduğu, teminat mektubunun geçerlik tarihinin 23.12.2022 olduğu, geçici teminat mektubundaki bu tarihin İdari Şartnameye göre belirlenen 24.11.2022 tarihinden önce olmak kuralına uygun olduğu, geçici teminat tutarının ise 77.500.000,00 olduğu ve bu tutarın teklif tutarının %3'ünden fazla olduğu, geçici teminat mektubunun ihale dokümanı kapsamında yer alan standart forma uygun olduğu, özel ortak Gökhan Mad. İnş. San. ve Tic. A.Ş. adına düzenlenen banka referans mektubunun sunulduğu, sunulan banka referans mektubunda anılan isteklinin nakdi kredisinin 719.974.999,00, gayri nakdi kredisinin 740.000.001,00 olduğu, bu tutarın anılan isteklinin teklif ettiği bedelin %10'undan az olmadığı, ihale konusu işin adının ve isteklinin ticaret unvanının doğru bir şekilde yazıldığı ve bahsi geçen banka referans mektubunun ihale dokümanı kapsamında yer alan standart formuna uygun olduğu, banka referans mektubunun iki banka yetkilisi tarafından imzalandığı görüldüğünden, davalı idarenin bu iddiaya ilişkin yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. (3) Başvuru sahibi davacının "Teklif kapsamında sunulan bilanço ve eşdeğer belgeler ile iş hacmini gösteren belgelerin İdari Şartname'nin 7.4.2 ve 7.4.3'üncü maddelerinde düzenlenen yeterlik kriterlerini karşılamadığı," iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; ... Bu itibarla, ihale üzerinde bırakılan isteklinin bilanço veya eşdeğer belgeleri ile iş hacmini gösteren belgelerinin mevzuata uygun olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin bu iddiaya ilişkin yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. (4) Başvuru sahibi davacının "İş deneyimini tevsik etmek üzere sunulan belgelerin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği hükümlerine uygun şekilde düzenlenmediği, söz konusu iş deneyim belgelerinin başta asgari iş deneyim tutarı olmak üzere İdari Şartname'de aranan yeterlik kriterlerinin hiçbirini karşılamadığı, ayrıca bu belgelerin standart forma uygun olmadığı, benzer işe uygun olmadığı, esaslı iş grubunun mevzuata aykırı şekilde belirlendiği ve belgelerde benzer işe ilişkin gerekli ayrıştırmaların yapılmadığı, sunulan iş deneyim belgelerinin EKAP kaydının bulunmadığı, EKAP dışında düzenlenmiş ve üzerinde EKAP kayıt numarası bulunmayan iş deneyim belgelerinin sunulduğu, iş deneyimini göstermek üzere kullanılan belgelerin tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait olmadığı ve bu ortaklar tarafından İdari Şartnamenin 7.1.(8) bendinde belirtilen hususların beyan edilmediği, iş deneyim belgesi kullanılan kişinin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 39'uncu maddesinde aranan süreler dâhilinde belgeyi kullanan şirketin kesintisiz şekilde ve 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde düzenlenen asgari oranda ortağı olduğunu göstermediği," iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlilik kuralları" başlıklı 10. maddesinin 3. fıkrasında, "İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istektiler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur." kuralına yer verilmiştir. 6102 sayılı Kanun'da yer alan birleşmeye ilişkin kurallar incelendiğinde ise, ticaret şirketlerinde bir yapı değişikliği türü olan birleşmenin, birden fazla şirketin, akdolan birleşme sözleşmesine istinaden, birleşmeye katılan bir şirket bünyesinde veya yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmelerini ve yeni kurulan veya bünyesinde birleşen şirket dışında kalan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesi sonucunu doğuran bir hukuki müessese olduğu; devralma şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketlerden birinin bünyesinde, diğer şirket ya da şirketlerin bir araya geldiği; birleşmenin türüne göre yapılacak işlemlerin bazı farklılıklar içermekle birlikte, doğrudukları sonuçların benzerlik arz ettiği; devrolunan şirketin, birleşmeyle birlikte sona erdiği ve ticaret sicilinden silindiği (TTK m. 136/4), Kanunun bu açık hükmü kapsamında birleşmenin devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olduğunda tereddüt olmadığı; birleşmenin, devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olmasına rağmen, bu şirketin tasfiyesine gidilmediği; birleşmeyle, devralan şirketin, devrolunan şirketin mal varlığını (alacak, borç, taşınır, taşınmaz vs.) bir bütün hâlinde devralacağı (TTK m. 136/4); dolayısıyla birleşmenin, devrolunan şirket açısından tasfiyesiz sona erme hâli oluşturduğu; devrolunan şirkete ait hak sahipliği, borçlu gibi sıfatların, kendiliğinden devralan şirkete geçeceği; birleşme neticesinde, kural olarak, ortakların, ortaklık haklarının da devam edeceği; birleşmenin temel ilkeelerinden birinin, ortaklığın devamı ilkesi olduğu, yani devrolunan şirketin ortaklarının -kural olarak- birleşme neticesinde devralan şirketin ortağı hâline geçeceği (153/2) anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen düzenlemelere göre, birleşme neticesinde ortakların, ortaklık haklarının devam edeceği, devrolunan şirketin ortaklarının kural olarak birleşme neticesinde devralan şirketin ortağı hâline geçeceği, iş deneyim belgesi sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları gerektiği, devrolunan şirkete ait iş deneyim belgesinin devralan şirket tarafından kullanılabilmesi için Kanun'da aranan bir yıllık sürenin beklenilmesinin zorunlu olduğu, bu durumun istisnasına yer verilmediği anlaşılmaktadır. Olayda, ihale üzerinde bırakılan iş ortaklı tarafından sunulan iş deneyim belgesinin Yüzener İnş. Nak. Taah. Tur. Pet. Ür. San. Tic. Ltd. Şti.ne ait olduğu, 22.10.2021 tarihli ve 10436 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'ne göre Yüzener İnş. Nak. Taah. Tur. Pet. Ür. San. Tic. Ltd. Şti.tin, Mete Altyapı İnş. Tic. A.Ş. tarafından devralındığı görülmektedir. Buna göre; davaya konu ihale ilan tarihinin 23.05.2022, ihale 28.06.2022 olduğu, iş deneyim belgesi sunulan Yüzener İnş. Nak. Taah. Tur. Pet. Ür. San. Tic. Ltd. Şti.'nin 22.10.2021 tarihinde pilot ortak Mete Altyapı İnş. Tic. A.Ş.'ye birleşme yolu ile devir ve temlik edildiği dikkate alındığında, Mete Altyapı İnş. Tic. A.Ş. tarafından devrolunan Yüzener İnş. Nak. Taah. Tur. Pet. Ür. San. Tic. Ltd. Şti.'ne ait iş deneyim belgesini kullanılabilmesi için 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen bir yıllık sürenin beklenilmesinin zorunlu olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır. Bu durumda, iş deneyim belgesi sahibi şirketin ihale üzerinde bırakılan iş ortaklığının pilot ortağı tarafından devralındığı ve devralma tarihi itibarı ile (davaya konu ihale tarihine göre) bir yıllık sürenin dolmadığı, bu nedenle teklif dosyasına sunulan iş deneyim belgesinin ihale üzerinde bırakılan iş ortaklı tarafından kullanılmayacağı anlaşıldığından, davalı idarece teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilmesi gerekirken aksi yönde tesis edilen itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlem de hukuka aykırı bulunmamaktadır. (5) Başvuru sahibi davacının "İhale komisyonu kararında ihale üzerinde bırakılan isteklinin fiyat dışı unsur puanlanmasında 99,06 olduğu belirtilmekteyse de anılan istekli tarafından İdari Şartname'nin 35.1.1. maddesinde fiyat dışı unsur olarak belirlenen iş kalemleri için öngörülen asgari ve azami oran aralığında teklif verilmemiş olması nedeniyle, fiyat dışı unsur puanının 99,06'nın altında olduğu gerektiği" iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; ... Dosyanın incelenmesinden; ihale üzerinde bırakılan Mete Altyapı İnş. Tic. A.Ş. – Gökhan Mad. İnş. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı'nın teklif tutarı ihaledeki en düşük teklif fiyatı olduğunun anlaşıldığı, bu nedenle İdari Şartnamenin 35.maddesi uyarınca teklif fiyatı puanlamasının 50 puan olduğu, İdari Şartnamede belirtilen tabloya göre yapılan hesaplama göre kalite ve teknik değer nitelik puanlamasının 49,056 olduğu, "teklif fiyatı puanı" ile "kalite ve teknik değer nitelik puanı" toplandığında 99,056 puana tekabül ettiği, yukarıda aktarılan düzenleme çerçevesinde toplam puanın virgülden sonra en yakın iki ondalık basamaklı sayıya yuvarlanacağı göz önünde bulundurulduğunda anılan isteklinin toplam puanının 99,06 olduğu görülmüş olup, davalı idarece yapılan fiyat dışı unsur puanlamasının İdari Şartname'nin 35. maddesine uygun olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin bu iddiaya ilişkin yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Sonuç itibarı ile, başvuru sahibi davacının iddiaları yönünden yapılan yapılamada sonucunda ihale üzerinde bırakılan Mete Altyapı İnş. Tic. A.Ş. – Gökhan Mad. İnş. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı'nın pilot ortağı Mete Altyapı İnş. Tic. A.Ş tarafından devralınan şirkete (Yüzener İnş. Nak. Taah. Tur. Pet. Ür. San. Tic. Ltd. Şti.) ait iş deneyim belgesinin söz konusu ihalede kullanabilmesi için Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen asgari bir yıllık sürenin beklenilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmış olup, ihale tarihi itibarı ile iş deneyim belgesi sahibi şirketin devralınmasının üzerinden bir yıllık sürenin geçmediği, ihale üzerinde bırakılan iş ortaklığın pilot ortağı tarafından teklif dosyasına sunulan iş deneyim belgesinin mevzuata uygun olmadığı görüldüğünden, adı geçen iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması iddiasıyla yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırı bulunmadığı sonuç ve kanaate varılmıştır." gerekçelerine yer verilerek dava konusu işlemin iptaline 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 hükmü 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 tebliği edildiği veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere, 1- Kamu İhale Kurulunun 10.08.2022 tarihli ve 2022/UY.İ-962 sayılı kararının 1'inci iddianın (d) bölümü ile ilgili kısmının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine, Oybirliği ile karar verildi.
