

**ihalede geçici teminatın gelir kaydedilmesi durumunda, geçici teminat miktarının sadece başvuru sahibi isteklinin üzerinde kalan kısma ilişkin teklif tutarının %3'üne tekabül eden kısmının gelir kaydedilmesi, %3'ünü aşan kısmının ise iade edilmesi**

Toplantı No	: 2020/012
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 11.03.2020
Karar No	: 2020/UM.1-535

BAŞVURU SAHİBİ:

Hermes Dijital Baskı Matbaacılık Reklam Tasarım Tanıtım Sanayi Ticaret Limited Şirketi,

VEKİLİ:

Av. İzzettin Özalp

İHALEYİ YAPAN İDARE:

EGO Genel Müdürlüğü Otobüs İşletme Dairesi Başkanlığı,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/497392 İhale Kayıt Numaralı "Tabela Durak" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

EGO Genel Müdürlüğü Otobüs İşletme Dairesi Başkanlığı tarafından 18.11.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Tabela Durak" ihalesine ilişkin olarak Hermes Dijital Baskı Matbaacılık Reklam Tasarım Tanıtım Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin 04.02.2020 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 11.02.2020 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 20.02.2020 tarih ve 9269 sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan 20.02.2020 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2020/353 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, ihale kapsamında sundukları geçici teminatın tamamının gelir kaydedilmesinin mevzuata aykırı olduğu, 5 kısımdan oluşan ihalenin yalnızca 4'üncü kısmının kendi uhdelelerinde bırakıldığı, sözleşmeye davet aşamasında kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borçları bulunduğu gerekçesiyle idarece ihale dışı bırakıldıkları ve teklif dosyasında sundukları geçici teminatın tamamının idarece gelir kaydedildiği, halbuiki geçici teminatlarının gelir kaydedilebilecek miktarının yalnızca 4'üncü kısma ilişkin vermiş oldukları 12.500,00 TL tutarındaki teklifin %3'ü oranında olacak şekilde belirlenebileceği bu nedenle kalan tutarın kendilerine iade edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu" başlıklı 44'üncü maddesinde "Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir." hükmü,

Anılan Kanun'un "Geçici Teminat" başlıklı 33'üncü maddesinde "İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır." hükmü,

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Teminatlar" başlıklı 54'üncü maddesinde "1) İhalelerde, teklif edilen bedelin yüzde üçünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. ..." hükmü,

Aynı Yönetmelik'in "İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması" başlıklı 67'nci maddesinde "(1) İhale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihinde Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri veya kesin teminatı vermemesi ya da sözleşme imzalamaması durumunda, Kanununun 44 üncü maddesinin hükümlerine göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının, ihale yetkilisine uygun görülmeye kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilir.

(3) Mücbir sebep halleri dışında, ihale üzerinde kalan istekli, yasal yükümlülüklerini yerine getirecek sözleşme imzalamak zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde, ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilerek Kanununun 58 inci maddesi hükümleri uygulanır." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Kısmi tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 16.4'üncü maddesinde "16.4.1. İhalelerde, ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kısmi teklif verilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Ancak, kısmi teklif verilebilen ihalelerde istekliler her bir iş kısmına ayrı ayrı teklif vermek suretiyle işin tamamına teklif verilebileceği gibi, ihale dokümanında belirtilen kısımlardan bazılarında da teklif verilebilecektir.

16.4.2. Kısmi teklif verilmesine imkan tanınan ihalede; aday veya isteklinin yeterlik değerlendirilmesi, başvuruda bulunduğu veya teklif verdiği her bir kısım için ayrı ayrı yapılacaktır. İstekli, teklif ettiği kalemlerin/kısımların toplam bedeli üzerinden geçici teminat sunacaktır. ..." açıklamaları yer almaktadır.

İdari Şartname'nin "İhale konusu işe ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde "2.1. İhale konusu malın;

a) Adı: Tabela Durak

b) Varsa kodu:

c) Miktarı ve türü:

5 Kalem – Tabela Durak – Mal Alımı..." düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin "Kısmi teklif verilmesi" başlıklı 19'uncu maddesinde "19.1. Bu ihalede kısmi teklif verilebilir.

19.2.1. Bu ihaledeki kısım sayısı 5 dir. İhale kısımlarına ilişkin koşullar altta düzenlenmiştir;

İsteklilerin teklifleri kalem bazında değerlendirilecektir. Ekte sunulan ihtiyaç listesinde tanımlanan kalemler dahilinde, teklif edilen her bir iş kaleminin biri veya daha fazlası istekli üzerinde kalabilir.

İsteklilerce verilecek tekliflerin ihale konusu alımın tamamını mı yoksa bir kısmını mı kapsadığı hususu teklif mektuplarında açıkça belirtilecektir." düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin "Geçici teminat" başlıklı 26'nci maddesinde "26.1. İstekliler teklif ettikleri bedelin % 3'ünden az olmamak üzere kendi belirleyecekleri tutarda geçici teminat vereceklerdir. Teklif edilen bedelin % 3'ünden az oranda geçici teminat veren isteklinin teklifi değerlendirilmez" düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin "Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine bildirimi" başlıklı 42'nci maddesinde "42.1. İhale üzerinde bırakılan istekliyle sözleşmenin imzalanamaması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisine uygun görülmeye kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilir.

42.2. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli, 4734 sayılı Kanunun 42 nci maddesinde belirtilen sürenin bitimini izleyen üç gün içinde sözleşme imzalamaya davet edilir.

42.3. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli, sözleşmeye davet yazısının bildirim tarihini izleyen on gün içinde, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri veya bu belgeler yerine ekte yer alan Sözleşme İmzalamadan Önce Sunulacak Belgelerin Teyidine İlişkin Tabloyu doldurarak sunmak ve diğer yasal yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle ihale konusu işe ilişkin sözleşmeyi imzalamamız gerekmektedir." ifadelerine yer verildiği anlaşılmıştır.

42.4. Mücbir sebep halleri dışında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin, sözleşmeyi imzalamaması durumunda, geçici teminatı gelir kaydedilerek, hakkında 4734 sayılı Kanununun 58 inci maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere idareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde geçici teminat gelir kaydedilir ancak istekli hakkında yasaklama kararı verilmez.

42.5. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibiyse de sözleşmenin imzalanamaması durumunda, ihale iptal edilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Yapılan incelemede kısmi teklife açık gerçekleştirilen ihalenin 5 kısımdan oluştuğu, başvuru sahibi isteklinin ihalenin bütün kısımları için teklif sunduğu, söz konusu kısımlara ilişkin toplam teklif tutarının 875.600,00 TL olduğu, ihalenin 4'üncü kısmın başvuru sahibinin uhdesinde bırakıldığı ve ihalenin 3'üncü kısmında ise ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli olarak belirlendiği, başvuru sahibinin ihalenin 4'üncü kısmına ilişkin olarak 03.12.2019 tarihinde EKAP üzerinden gönderilen yazı ile sözleşme imzalamaya davet edildiği, gönderilen yazıda "Tabela Askısı (Şekil D Tabela Askı Elemanı) işine ait ihale uhdesinde kalacaktır. Tebliğ tarihini izleyen günden itibaren en geç on gün içinde ihale tarihinde 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığınızna dair belgeleri veya bu belgeler yerine ekte yer alan Sözleşme İmzalamadan Önce Sunulacak Belgelerin Teyidine İlişkin Tabloyu doldurarak sunmak ve diğer yasal yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle ihale konusu işe ilişkin sözleşmeyi imzalamamız gerekmektedir." ifadelerine yer verildiği anlaşılmıştır.

Bu itibarla başvuru sahibi tarafından, 5 kısımdan oluşan ihalenin tamamı için teklif verildiği, söz konusu kısımların toplam teklif bedelinin 875.600,00 TL tutarının %3'üne tekabül eden tutarın (875.600,00 x %3=) 26.268,00 TL olduğu, Garanti Bankası A.Ş.. Şaşmaz Şubesi tarafından düzenlenmiş olan 12.11.2019 tarihli belge uyarınca 33.000,00 TL tutarında geçici teminat sunulduğu, kısmi teklife açık olan ihalenin 4'üncü kısmının başvuru sahibi istekli üzerinde bırakıldığı, bu kapsamda 4'üncü kısma yönelik sözleşmeye davet yazısı gönderildiği, bu aşamada anılan isteklinin sözleşme imzalamadığı gerekçesiyle geçici teminatının tamamının gelir kaydedildiği, 4'üncü kısma ilişkin teklif tutarının 12.500,00 TL, teklif tutarının %3'üne tekabül eden tutarın (12.500,00 x %3 =) 375,00 TL olduğu, bahse konu tutar ile geçici teminat tutarı arasındaki farkın 32.625,00 TL olduğu anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Geçici Teminat" başlıklı 33'üncü maddesinin gerekçesinde, geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkân tanıtmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. Bu durumda, istekliler, tekliflerinin %3'ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla tekliflerin %3'ünden daha fazla da geçici teminat sunmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Kamu ihale mevzuatında sözleşme imzalamayan isteklilerin geçici teminatlarının gelir kaydedilmesine yönelik genel bir düzenleme yer verilmeyle birlikte; kısmi teklife açık ihalelerde kısımlar itibarıyla ayrı sözleşme yapılmasının söz konusu olduğu hallerde, bir veya birden fazla kısımın başvuru sahibinin uhdesine bırakıldığı ve kısımlardan bir kısmına ilişkin sözleşmeleri imzalamayan isteklilerin teminatının ne şekilde kaydedileceğine yönelik herhangi bir hüküm veya düzenleme 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatında yer verilmemektedir. Bu kapsamda idare hukukuna hâkim ilkelere dayanarak "orantılılık" ve "kanunilik" ilkeleri çerçevesinde; kısmi teklife açık ihalelerde ayrı ayrı sözleşme imzalanmasına karar verildiği hallerde, ayrı imzalanacak sözleşmeyi imzalamayan istekliler hakkında kısımlar itibarıyla ayrı verilsin veya verilmesinin sunmuş olan geçici teminatın o kısma isabet eden miktarının gelir kaydedilmesi orantılılık ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar İdari Şartname'de her bir kısım için ayrı sözleşme yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almasa da somut olayda da benzer yaklaşımın sergilenilebileceği değerlendirilmektedir.

Bu itibarla, geçici teminatın gelir kaydedilmesi durumunda, geçici teminat miktarının sadece başvuru sahibi isteklinin üzerinde kalan kısma ilişkin teklif tutarının %3'üne tekabül eden kısmın gelir kaydedilmesi, %3'ünü aşan kısmının ise iade edilmesi gerekmektedir.

Somut olayda, başvuru sahibinin sözleşmeyi imzalamadığı gerekçesiyle idare tarafından geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerekmeyle birlikte, bunun tamamının gelir kaydedilmesinin yerinde olmadığı, başvuru sahibinin sunduğu geçici teminatın, ihalenin üzerinde bırakıldığı 4'üncü kısma ait teklifinin % 3'ünü aşan kısmının iade edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işleme gidilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin 4'üncü kısmına ilişkin olarak; Hermes Dij. Bas. Mat. Rek. Tas. Tan. San. Tic. Ltd. Şti'nin sunduğu geçici teminatın 32.625,00 TL'lik kısmının iade edilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi 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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.