

davacı şirket tarafından analizlerde motorin girdisine yönelik yapılan açıklamaların yeterli olduğu anlaşıldığından, davacı şirketin teklifinin mazot girdisi için ihale tarihi itibarıyla * ilinde geçerli olan akaryakıt bayi fiyatını esas alması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka uygunluk, bu kısmı yönünden davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet görülmemiştir

toplantı No : 2019/022

Gündem No : 50

Karar Tarihi : 26.04.2019

Karar No : 2019/MK-145

BAŞVURU SAHİBİ:

İlba Mimarlık İnş. Turz. Nak. Tic. San. Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Atıksu Dairesi Başkanlığı

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2017/257027 İhale Kayıt Numaralı "Afyonkarahisar-Akarçay Havzası Kuzey Atıksu Toplama Hattı" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Atıksu Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2017/257027 ihale kayıt numaralı "Afyonkarahisar-Akarçay Havzası Kuzey Atıksu Toplama Hattı" ihalesine ilişkin olarak İlba Mimarlık İnş. Turz. Nak. Tic. San. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 06.06.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1128 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesinin 14/09/2018 tarihli ve 2018/1897 esas nolu kararında "...Uyuşmazlık, davacı şirketin aşırı düşük teklif açıklamalarının, mazot girdisi için ihale tarihi itibarıyla

Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayii fiyatını esas alması ve mazot girdisine 0,850 oranında kesafet oranı uygulaması sebepleriyle uygun bulunmayarak teklifinin reddine yönelik olduğundan, her iki hususun da ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

Dava konusu kararın davacı şirketin, mazot girdisine 0,850 oranında kesafet oranı uygulamasına yönelik kısmı ele alındığında;

... Türk Standartları Enstitüsünden alınan ... görüş yazısı dayanak alınarak, davacı şirketin motorin için litre kg dönüşümünü $0,8200 \text{ kg/lt} - 0,8450 \text{ kg/lt}$ katsayıları ile yapmaları gerekmesine rağmen, ölçü birimi dönüşümünde $0,85 \text{ kg/l}$ katsayısını kullanarak kendilerine maliyet düşürücü bir avantaj sağladıkları (istekli lehine olabilecek bir şekilde katsayı $0,845 \text{ kg/lt}$ alınırsa dahi 1 kg motorin 4.34 TL olarak hesaplanır. $4,33/1, 18/0,845 = 4,342 \text{ TL/kg}$), dolayısıyla motorin girdisine dair açıklamalarının bu yönüyle uygun olmadığı sonucuna varılarak tekliflerinin reddedilmesi gerektiğine karar verildiği görülmektedir.

Karayolları Genel Müdürlüğünce, 22.04.2014 tarihinde Genel Müdür tarafından onaylanarak Genel Müdürlüğü merkez ve taşra teşkilatınca uygulamaya (yürürlüğe) konulan "Birim Fiyat Tarifi" Kitabının 18. sayfasındaki, "Bitümlü malzemelerin yumuşatılmasında kullanılan gaz, benzin, motorin vb. petrol ürünlerinin özgül ağırlıklarına ait tablomda motorinin özgül ağırlığının 0.850 (Kg/Litre) olduğu belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Kamu İhale Genel Tebliği birlikte değerlendirildiğinde, ihaleyi yapan idarenin ihale komisyonunca sınır değer hesaplanacağı, teklifi sınır değer altında kalan isteklilerden Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kriterlere göre teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili ayrıntıların yazılı olarak isteneceği, teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerin,

tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizler ile bu analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgeleri sunmaları gerektiği, teklif birim fiyatlı işlerde, açıklama istenen iş kalemlerinin birim fiyatlarına ilişkin olarak ihale dokümanında verilen analiz formatına uygun analizlerin sunulmasının zorunlu olduğu, sunulan analizlerin ihale dokümanı kapsamındaki analiz formatına uygun olmayan isteklilere ait tekliflerin reddedileceği, isteklilerin analizlerine dayanak teşkil eden bilgi ve belgeler olarak ise, üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerini ve Tebliğin 45.1.13 maddesinde sayılan diğer belgeleri sunabilecekleri anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (a) bendinde. Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu belirtilmiş; (b) bendinin (2) nolu alt bendinde, "Bu Kanun'a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek" Kamu İhale Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmış, aynı bendin son paragrafında ise, Kurum'un, Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul ve Kurum'un, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı; standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulacağı belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğundan, mazotun litre biriminden istenilmesi ve analizlerin litre birimine göre hazırlanması hususunu, mevcut

uygulamaya devam edilecek ise, motorin yakıtının litre biriminden, kilogram birimine dönüştürülmesinde hangi özgül ağırlığının esas alınacağı hususunu düzenleyici işlemle belirleyebileceği açıktır.

Bu durumda; piyasada litre cinsinden satılan mazotun bazı kamu kurum ve kuruluşlarınca yayınlanan analizlerde miktarının kilogram cinsinden belirlendiği, litre cinsinden kilogram cinsine dönüşümde yoğunluğa ilişkin katsayıların ne olması ya da hangi aralıkta olması gerektiği hususunda ihale mevzuatında açık bir hükmün yer almadığı, gerek idareler ve ilgili kuruluşlar nezdinde, gerekse piyasada faaliyet gösteren firmalar nezdinde farklı değerlendirmelerin esas alındığı, motorinin litresinin kütleli birime dönüştürülmesinde hangi yoğunluğun esas alınacağı hususunun ihaleyi yapan idarenin uzmanlık alanı dışında kaldığı görülse de Karayolları Genel Müdürlüğü'nün birim fiyat kitabında mazotun hacimsel miktardan kütleli miktara dönüştürülmesinde özgül ağırlığının 0,850 Kg/litre olarak belirtildiği, davacı şirket tarafından sunulan aşın düşük teklif açıklamalarında da Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan birim fiyat tarifindeki Özgül ağırlığın kullanıldığı anlaşıldığından, Kamu İhale Kurulu'nun 06.06.2018 tarih ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının davacı şirketin mazot girdisine dair açıklamalarının, 0,850 oranında kesafet oranı uygulanması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Dava konusu kararın, davacı şirketin, mazot girdisi İçin İhale tarihi İtibariyle Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayii fiyatını esas atmasına yönelik kısmı ele alındığında;

Bakılan davada, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.5. maddesi uyarınca, teklifleri aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulan isteklilerin, açıklamalarında kullandığı girdi fiyatının, kamu kurum ve kuruluşlarınca ilan edilen ilgili mala ilişkin asgari fiyatlara uygun olması gerektiği, bu kapsamda sadece ilan/davet ile ihale tarihi arasında (ihale

tarihi hariç) geçerli olan asgari fiyatın belgelendirilmesi suretiyle açıklama yapılmasının yeterli olduğunun açıkça belirtildiği, davacı şirketin aşırı düşük teklif açıklamalarında mazot girdisi için ihale tarihi olan 04.07.2017 tarihi itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli akaryakıt bayi fiyatlarından 4,34 TL/litre (Netoil fiyatı) tutarını esas aldığı hususunda ihtilaf bulunmadığı, dolayısıyla Kamu İhale Kurulu'nun 06.06.2018 tarih ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının davacı şirketin mazot girdisine dair açıklamalarının, mazot girdisi için ihale ilan itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayii fiyatını esas alması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Ayrıca, davacı şirket tarafından, ilan tarihi ile ihale tarihi arasındaki dönemde mazotun tutarının 4,34 TL/litre olduğu günlerin bulunduğu iddia edilmekte ise de, aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında anılan tutarın ihale tarihi itibarıyla geçerli olduğuna ilişkin belgelerin ihaleyi gerçekleştiren idareye sunulduğu, bu belgelerin içeriğine ilişkin bir tereddüt bulunmadığı, idarelerin isteklilerin tekliflerini, teklif dosyası kapsamındaki bilgi ve belgeleri esas alarak incelemekle yükümlü oldukları dikkate alındığında, bu iddiaya itibar edilmemiştir.

Öte yandan; davaya konu kararın niteliği dikkate alındığında, dava konusu kararın hukuka aykırı bulunan kısmının uygulanması halinde telafisi güç zararlara sebebiyet vereceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu kararın, davacı şirketin mazot girdisine dair açıklamalarının, 0,850 oranına kesafet oranı uygulanması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmının uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 sayılı Kanunun 27. Maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütmesinin durdurulmasına; dava konusu kararın, davacı şirketin mazot girdisi için ihale tarihi

itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli akaryakıt bayi fiyatını esas alması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı Kanunun 27/2. Maddesinde öngörülen şartlar gerçekleşmediğinden yürütmesinin durdurulması isteminin reddine 2577 sayılı Kanunun 20/A maddesinin 2. fıkrasının (e) bendi uyarınca itiraz yolu kapalı olmak üzere," gerekçeleriyle kısmen yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin olan söz konusu Mahkeme kararı gereğince yasal olarak işlem tesis edilmesi zorunlu olan süre zarfında Ankara 14. İdare Mahkemesinin 08/10/2018 tarihli ve E:2018/1897, K:2018/2000 nolu kararı Kurum'a tebliğ edilmiş olup, bu karar ile "... dava konusu kararın, davacı şirketin mazot girdisine dair açıklamalarının, 0,850 oranında kesafet oranı uygulanması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmının iptaline, dava konusu kararın, davacı şirketin mazot girdisine dair açıklamalarının, mazot girdisi için ihale tarihi itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayii fiyatını esas alması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmı yönünden davanın reddine" karar verilmiştir.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca alınan 24.10.2018 tarihli ve 2018/MK-362 sayılı kararda "1- Kamu İhale Kurulunun 06.06.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti.nin aşırı düşük teklif açıklamalarının akaryakıt girdisiyle ilgili açıklamalarının mazot girdisi için kullanılan dönüşüm katsayısının uygun olmadığı yönünde yapılan tespite ilişkin bölümün iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından sunulan aşırı düşük teklif açıklamasına ilişkin olarak "... davacı şirketin mazot girdisi için ihale tarihi itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli akaryakıt bayi fiyatını esas alması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı Kanunun 27/2. Maddesinde öngörülen şartlar gerçekleşmediğinden yürütmesinin durdurulması isteminin reddine..." karar verildiğinden Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. açısından Kamu İhale Kurulunun 06.06.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının sonucu itibarıyla geçerliliğini koruduğuna," karar verilmiştir.

Davacı Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından anılan mahkeme kararının temyiz edilmesi üzerine, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 07.01.2019 tarihli E:2018/3782, K:2019/40 sayılı kararında "1-Dava konusu kararın, davacı şirketin, motorin girdisine 0,850 kesafet oranı uygulamasına yönelik kısmının İncelenmesi:

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen kararın dava konusu işlemin, davacı şirketin, motorin girdisine 0,850 kesafet oranı uygulaması yönünden iptaline dair kısmı usul ve hukuka uygun olup, davalı idare ile yanında müdahilin dilekçelerinde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2- Dava konusu kararın, davacı şirketin, motorin girdisi için İhale tarihi itibarıyla Afyonkarahisar; İlinde geçerli olan akaryakıt bayii fiyatını esas almasına yönelik kısmının incelenmesi:

Öncelikle, davacı şirket tarafından, açıklama yöntemi olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nca ilan edilen fiyat tarifesi kullanılmış, açıklama, motorin girdisi için ihale tarihi (04/07/2017) itibarıyla ilan edilen fiyat (4,34 TL) esas alınarak yapılmıştır.

Davacı tarafından, dava ile temyiz dilekçesine ek olarak sunulan ve EBİS Bildirim Sistemi'nden alınan belgeden, 10/06/2017-17/06/2017 tarihleri arasında motorin Afyonkarahisar ilinde gerçekleşen bayi fiyatının 4,34 TL/litre (Netoil fiyatı) olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, EPDK internet sitesinden (www.epdk.org.tr) yapılan sorgulamada davacının sunduğu belgenin doğruluğu da teyit edilmiştir.

Bu çerçevede, davacı şirket tarafından yapılan açıklamada esas alınan fiyatın 10/06/2017-17/06/2017 tarihleri arasında geçerli olan fiyat olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, söz konusu aşırı düşük teklif açıklamasında esas alınan fiyatın, ihalenin ilan/davet tarihi (31/05/2017) ile ihale tarihi (04/07/2017) arasında geçerli olan fiyat olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı şirket tarafından analizlerde motorin girdisine yönelik yapılan açıklamaların yeterli olduğu anlaşıldığından, davacı şirketin teklifinin mazot girdisi için ihale tarihi itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayi fiyatını esas alması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, bu kısmı yönünden davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet görülmemiştir.

Karar Sonucu:

Açıklanan nedenlerle;

...

2. Ankara 14. idare Mahkemesi'nin 08/10/2018 tarih ve E:2018/1897, K:2018/2000 sayılı kararının, dava konusu

işlemin, davacı şirketin, motorin girdisine 0,850 kesafet oranı uygulaması yönünden iptaline ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmının onanmasına,

3. Davacının temyiz İsteminin kabulüne;
4. Ankara 14. idare Mahkemesinin 16/10/2018 tarih ve E:2018/1896, K:2018/2047 sayılı kararının, dava konusu İşlemin, davacı şirketin, motorin girdisi için ihale tarihi itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayi fiyatını esas alması yönünden davanın reddine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulmasına,
5. Dava konusu işlemin iptaline," gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline Mahkeme kararının 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- 24.10.2018 tarihli ve 2018/MK-362 sayılı kararın "2- Anılan Mahkeme kararında Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından sunulan aşırı düşük teklif açıklamasına ilişkin olarak "... davacı şirketin mazot girdisi için ihale tarihi itibarıyla Afyonkarahisar ilinde geçerli akaryakıt bayi fiyatını esas alması sebebiyle uygun olmadığı gerekçesiyle tekliflerinin reddedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı Kanunun 27/2. Maddesinde öngörülen şartlar gerçekleşmediğinden yürütmesinin durdurulması isteminin reddine..." karar verildiğinden Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. açısından Kamu İhale Kurulunun 06.06.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının sonucu itibarıyla geçerliliğini koruduğuna," kısmının iptaline,

2- Kamu İhale Kurulunun 06.06.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından sunulan aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında motorin girdisi için ihale tarihinde Afyonkarahisar ilinde geçerli olan akaryakıt bayi fiyatının esas alınması gerekçesiyle aşırı düşük teklif açıklamasının uygun bulunmayarak teklifinin reddedilmesine ilişkin kısmının iptaline,

3- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler

doğrultusunda 06.06.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1128 sayılı kararının Fetvacı Kardeşler İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti. yönünden itirazen şikayet başvurusunun reddine, Oybirliği ile karar verildi.