

**aşırı düşük teklif
açıklamaları kapsamında fiyat
teklifi alınan bir şirketin
*adresli olduğu bir başka
fiyat teklifi alınan şirketin
*adresli olduğu, her iki
fiyat teklifini onaylayan
mali müşavirin aynı olduğu
belge düzenleyen şirketin
mali müşavirliğini
yapmadığının tespit edilmesi
hk**

Kamu İdaresi Türü	Diğer Özel Bütçeli İdareler
Yılı	2021
Dairesi	1
Karar No	10899
İlam No	68
Tutanak Tarihi	9.3.2023
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Kesin teminatın iadesi

... tarafından ... tarihinde ...'ye ihale edilen ... TL sözleşme bedelli ...nde, sözleşmenin sonlandırılıp hesabın tasfiye edilmesinde gelir kaydedilmesi gereken kesin teminatın iade edilmesi nedeniyle kamu zararı olduğu iddia edilmektedir.

Söz konusu işin ihalesi ... tarihinde yapılmış ve ihale ... üzerinde kalmıştır. ... tarihinde adı geçen istekli ile sözleşme yapılmıştır. İsteklilerden ...'nın Kamu İhale Kuruluna yaptığı itirazın şikayet başvurusunda, ihale üzerinde kalan ... tarafından yapılan aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında fiyat teklifi alınan bir şirketin ... adresli olduğu, bir başka fiyat teklifi alınan şirketin ... adresli olduğu, her iki fiyat teklifini onaylayan mali müşavirin ... olduğu, ...'in belge düzenleyen şirketin mali müşavirliğini yapmadığı iddiasında bulunulmuştur.

Kamu İhale Kurulunun ... tarihli ve ... sayılı kararı ile başvurunun reddine karar verilmiştir. Başvuru sahibi İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, ... İdare Mahkemesinin ... tarihli ve ... sayılı kararında, hukuksal olarak şaibeli durumda olan belgelere istinaden tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmış ve başvuru dilekçesindeki iddiaların incelenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Mahkeme kararı üzerine başvuru sahibinin iddialarının incelenmesi sonucunda alınan ... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu kararında özetle;

Söz konusu fiyat tekliflerine yönelik iddiaların açıklığa kavuşturulabilmesini sağlamak amacıyla fiyat tekliflerini veren her iki şirket olan ... ve ... bilgi-belge talebinde bulunulduğu, ... tarafından söz konusu fiyat teklifine dayanak teşkil eden belgelerin, yazıda belirtilen nihai süre üzerinden makul bir süre beklenilmesine rağmen sunulmadığı

dikkate alınarak, söz konusu yazıda istenilen belgelerin yok kabul edilmesi gerektiği, bu itibarla, söz konusu girdiye ilişkin yapılan açıklamanın mevzuata aykırı olduğu sonucuna varıldığı;

... tarafından imza sirküleri, üç farklı sözleşme ve 8 adet alış/satış faturasının sunulduğu, her bir girdi için ayrı ayrı olmak üzere 3 adet 6 satış tutarı tespit tutanağına yer verildiği, SMMM ...'e ait ...SMMM odası tarafından düzenlenen faaliyet belgesi, SMMM ile şirket arasında düzenlenmiş olan tam tasdik sözleşmesinin sunulduğunun görüldüğü,

Söz konusu belgeler arasında yer alan tam tasdik sözleşmesinin 3 sayfa olarak sunulduğu, anılan sözleşmenin ilk sayfasında SMMM ...'in iletişim bilgileri olacak şekilde imzalandığı ve kaşelendiği, ayrıca yukarıda yer verilen bilgilerin üst tarafında el yazısı ile yazılmış olan "Aslı gibidir" ibaresine sadece ilk sayfasında yer verildiği, ikinci sayfanın sadece taraflarca paraflandığı, üçüncü sayfasında ise her iki tarafın da imzalarına yer verildiği, dolayısıyla tam tasdik sözleşmesinin aslının veya noter onaylı örneğinin sunulmadığı, bu haliyle söz konusu sözleşmenin Kurum yazısında belirtilen belgelerin asılları veya noter onaylı örnekleri hususuna uygun olarak sunulmadığının anlaşıldığı,

Tam tasdik sözleşmesinin son sayfasındaki meslek mensubuna ait olduğu belirtilen imza ile meslek mensubu onaylı olarak sunulan diğer belgelerdeki imza ile açık bir uyumsuzluk olduğunun görüldüğü, öte yandan mevcut inceleme süreci öncesinde ... tarafından fiyat teklifine dayanak belgelerin Kurum tarafından kendisinden istenildiği ancak söz konusu belgelerin kendisi tarafından düzenlenmediğine ilişkin ifadelere yer verildiğinin anlaşıldığı,

Bunun üzerine Kurum tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulduğu, ...'in ... tarihinde ... Cumhuriyet Başsavcılığı'nca tanık olarak ifadesinin alındığına dair

ifade tutanağının anılan kişi tarafından yazı ekinde sunulduğunun görüldüğü, SMMM ...'in Kurum kayıtlarına alınan yazıda yer alan beyanı ile ... tarafından gönderilen tam tasdik sözleşmesinin aslının veya noter onaylı örneğinin sunulmaması ve tam tasdik sözleşmesinin son sayfasında yer alan meslek mensubu imzası ile meslek mensubu onaylı sunulan diğer belgelerdeki imzalar arasındaki açık uyumsuzluk karşısında, SMMM ile anılan şirket arasında mevzuata uygun bir sözleşmenin bulunduğu hususunun tevsik edilemediği sonucuna varıldığı,

Bu nedenle aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında SMMM ...'in kaşesi ile imzasının bulunduğu belgelerin dayanaksız olduğunun anlaşıldığı,

Yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemlerle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ...'nin aşırı düşük teklif açıklamalarının reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği

belirtilmektedir.

Yukarıda özetle yer verilen Kamu İhale Kurumunun ... no.lu Kurul kararında, mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemlerle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edilmiş; ayrıca, ... isimli mali müşavirin, aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında sunulan belgelerdeki imzaların kendisine ait olmadığı ve teklif veren firma ile o dönem için bir ilişkisi bulunmadığı iddiaları ile ilgili olarak Kurum tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulduğu, ... Cumhuriyet Başsavcılığının ... soruşturma numarası ile bu konuda halen soruşturma yürütmekte olduğu anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54'üncü maddesinde;

“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 Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazen şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine,karar verilir.”

denilmektedir.

Şikayet veya itirazen şikayet başvurusu sonucunda, düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda Kamu İhale Kurumu tarafından düzeltici işlem belirlenmesine karar verilir. Düzeltici işlem kararıyla ihale düzeltici işlemin yapılması gereken aşamaya taşınmakta, o işlem yapıldıktan sonraki işlemler sırasıyla gerçekleştirilmektedir.

...’nin ihale dışı bırakılması gerektiğine dair Kamu İhale Kurul kararının alındığı tarihte adı geçen firma ile sözleşme imzalanmış olduğundan, ... tarihli “olur” ile, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmenin feshi ve tasfiye

durumları" başlıklı 47'nci maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan "Doğal afet, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilerek sözleşmenin feshedilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur. Bu durumda hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir." hükmü gereğince sözleşmenin sonlandırılarak, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu "olur" üzerine ... tarihinde toplam ... TL tutarındaki kesin teminat tutarından ... TL'lik kısmı firmaya iade edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" başlıklı 21'inci maddesinde;

"Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.",

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinde;

"İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek,

rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümlere göre, sahte belge düzenlemek, kullanmak veya buna teşebbüs etmek Kanunun yasak fiil ve davranışlar kapsamına girmekte ve ihale sürecinde söz konusu davranışta bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilerek sözleşmenin feshedilmesini gerektirmektedir.

Danıştay içtihatlarında, 4737 sayılı Kanun'un 17'inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlarda bulunulması nedeniyle işlem yapılabilmesi için ihale üzerinde kalan isteklinin bu davranışlarda bulunduğunun hiç bir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Sorgu konusu olayda aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında sunulan belgelerdeki imzaların sahte olup olmadığı ile ilgili olarak savcılık soruşturması halen devam ettiğinden, söz konusu belgelerde sahtecilik yapıp yapılmadığı hususu henüz netlik kazanmamıştır. Bu husus halen yürütülmekte olan soruşturma sonucunda konunun gerekli görünürse ceza yargısına taşınması sonucunda netlik kazanacaktır.

Kamu İhale Kurulunun yukarıda yer verilen ... tarihli ve ... sayılı kararında, başvuruya konu mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu ve ihale üzerinde kalan ...nin aşırı düşük teklif açıklamalarının reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak söz konusu karar alındığı tarihte firma ile sözleşme imzalanmış olduğundan, idare tarafından sözleşmenin sonlandırılarak

hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatın iade edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, sorguda hesaplanan ve kamu zararı olmayan ... TL ile ilgili olarak ilişilecek husus bulunmadığına,

6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesi uyarınca işbu ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere, oy çokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy Gerekçesi:

Üye ...'ın karşı oy gerekçesi:

Raporda ihale üzerinde kalan isteklinin aşırı düşük teklif değerlendirilmesine esas tutulan proforma faturalarının sahte olduğunun sonradan anlaşıldığı, proforma faturaları onaylayan mali müşavirin imza ve kaşesinin kendi rızası dışında kullanıldığı ve bu durumun mali müşavirce de teyit edildiği anlaşılmaktadır. Yüklenicinin söz konusu proforma faturaları ihale makamına sunarak aşırı düşük fiyat değerlendirmesinden yararlandığı ve ihalenin üzerinde kalmasını sağladığı, dolayısıyla basiretli bir tacir gibi davranması gerekirken bu konuda gerekli özeni göstermediği ve bu durumun da sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıktığı görülmektedir.

Bu nedenle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan; "Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmü gereğince sözleşmenin feshinin yanında kesin ve varsa ek kesin teminatlarının da gelir kaydedilmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir işlem yapılmayarak ... TL tutarındaki teminatın iade edilmesi

nedeniyle ortaya çıkan kamu zararının sorumlularına müştereken ve müteselsilen ödettirilmesine karar verilmesi gerekir.