

**Bakanlığın yayınladığı
fiyatlardan yararlanarak
aşırı düşük teklif açıklaması
yapma isteği duyduğu
durumlarda Tebliğin 45.1.5.
maddesine göre önceki yılın
birim fiyatlarını
kullanabilmesi için ancak
ilan veya davet tarihinde
cari yıl birim fiyatlarının
yayınlanmamış olması
gerekmekte**

idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28/1 maddesinde ise; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu,

Toplantı No	: 2012/075
Gündem No	: 40
Karar Tarihi	: 18.12.2012
Karar No	: 2012/MK-380

Şikayetçi:
Martı Konut Gıda Teks. Petr. Ürn. İnş. Elekt. Müh. Hayv. Otom. San. ve Tic. Ltd. Şti. – BOAŞ Bozoğulları Petrol İnş. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı
İhaleyi Yapan Daire:
Trakya Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı
Başvuru Tarihi ve Sayısı:

Başvuruya Konu İhale:
Kamu İhale Kurulunun 02.02.2012 tarih ve 2012/UY.II-692 sayılı kararı hakkında Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen davanın reddi kararının uygulanmasına ilişkin Kurul kararı alınması.
Kuruma Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:

Kararı:

Trakya Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı'na 09.08.2011tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2011/98227 İKN'lı "T.Ü. Derslik ve Merkezi Birimler Kapsamında Balkan Yerleşkesi Yemekhane Binası İnşaatı" ihalesine ilişkin olarak,

Martı Konut Gıda Teks. Petr. Ürn. İnş. Elekt. Müh. Hayv. Otom. San. ve Tic. Ltd. Şti. – BOAŞ Bozoğulları Petrol İnş. San. ve Tic. A.Ş.İş Ortaklığı'nın 19.12.2011tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 27.12.2011tarhılı yazısı ile reddi üzerine, anılan iş ortaklığı 06.01.2012tarih ve 830sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan 06.01.2012tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 02.02.2012tarhılı ve 2012/UY.II-692sayılı karar ile; "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun reddine," karar verilmiştir.

Davacı Martı Konut Gıda Teks. Petr. Ürn. İnş. Elekt. Müh. Hayv. Otom. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul Kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyile açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesinin 25.05.2012 tarihli ve E:2012/629 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararı üzerine davacı tarafından Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itirazda bulunulmuş, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 20.06.2012 tarihli ve Y.D.İtiraz No:2012/2914 sayılı kararında yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının icaplarını göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerektiğinden, 01.08.2012 tarih ve 2012/MK-249 sayılı Kurul kararıyla;

"1- Kamu İhale Kurulunun 02.02.2012 tarihli ve 2012/UY.II-692 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Martı Konut Gıda Teks. Petr. Ürn. İnş. Elekt. Müh. Hayv. Otom. San. ve Tic. Ltd. Şti. – BOAŞ Bozoğulları Petr. İnş. San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişiminin teklifinin değerlendirilme alınıması hususunda 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,"Karar verilmiştir.

Bu defa, Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 28.09.2012 tarihli Esas No:2012/629, Karar No:2012/1480 sayılı kararda, "„Dava dosyasının incelenmesinden; 2011/98227 ihale kayıt numaralı "Trakya Üniversitesi Derslik ve Merkezi Birimler Kapsamında Balkan Yerleşkesi Yemekhane Binası İnşaatı ihalesinde sınır değer olarak belirlenen 6.408.079,92.-TL'nin altında kalan davacı firmadan aşırı düşük teklif açıklaması talep edildiği, verilen süre içinde açıklamada bulunan firmanın açıklamalarının yeterli görülmediği, ihalenin en avantajlı teklif veren Eksiöğlu İnş. End. A.Ş. ile Kılız İnş. Taah. San. Tic. A.Ş. iş ortaklığı üzerinde kaldığı, ihaleye katılan ve aşırı düşük teklif açıklaması yeterli bulunmayarak ihale dışı bırakılan davacı ortaklık tarafından, şikâyet başvurusunda bulunulduğu, şikâyet başvurusunun ihaleyi yapan idarece reddedildiği, aynı iddiaların yenilenerek yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 02.02.2012 tarih ve 2012/UY.II-692 sayılı kararıyla da; başvuru sahibinin aşırı düşük teklif açıklamasının idarece yeterli görülmesine ilişkin gerekçelerden yalnızca 710-10 ve 713-501 nolu pozlara ait iş kalemlerinin aşırı düşük teklif açıklamasında teklif fiyatına dahil edilmediği yönündeki gerekçesinin yerinde olduğu, idarece alınan kararda belirtilen diğer gerekçeler yönünden mevzuata aykırılık bulunmadığı, dolayısıyla idarenin işleminin bu yönlerden hukuka aykırı olduğu, bununla birlikte eşit muamele ilkesinin ihlal edildiği yönünden davanı davacı şirketin aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunduğu diğer iş kalemlerine ilişkin yapılan açıklamaların da incelenmesi yoluna gidilmesi sonucu bu kalemlerde tespit edilen çeşitli mevzuata aykırılıklar nedeniyle netice itibarıyla davacı şirketin açıklamalarının yeterli bulunmadığı, dolayısıyla davacının itirazın şikâyet başvurusunun reddedildiği, bakiın davanın da söz konusu işlemin iptali istemiyile açıldığı anlaşılmaktadır.

Öncelikle davacı tarafından her ne kadar toplantı yeti sayısına uyulmadığına ilişkin usulê ilişkin bir itiraz ileri sürülmekte ise de, 4734 sayılı Kanunun 53. maddesinin (g) bendi uyarınca, izin, rapor, görevlendirme veya başkalan üyeliğe henüz etana yapılmamış hallerinde Kurulun en az altı üye ile toplanabileceği yönündeki hüküm uyarınca, davacının söz konusu iddiası yerinde görülmemiştir.

Öte yandan, davacının itirazın şikâyet başvurusunun reddi üzerine alınan dava konusu Kamu İhale Kurlu kararında, şikâyetin reddine ilişkin olarak alınan kararın gerekçelerinden yalnızca, 710-10 ve 713-501 nolu pozlara ait iş kalemlerinin aşırı düşük teklif açıklamasında teklif fiyatına dahil edilmediği yönündeki gerekçenin yerinde bulunduğ, şikâyetin reddine ilişkin kararda bunun dışında yer alan gerekçelerin, açıklama istenilmeyecek iş kalemleri için aşırı düşük teklif açıklaması istenilmesi ve bu kalemler nedeniyle teklifin yerinde bulunmaması sebebiyle uygun olmadığına karar verildiği görülmektedir. Ancak Kamu İhale Kurulu dava konusu kararda, söz konusu kalemler dışında davacının aşırı düşük teklif açıklamasında yer alan bazı kalemleri de ek olarak incelemeye tabi tutup çeşitli hukuka aykırılıkları da ayrıca tespit ettiği, dava dilekçesinde davacı, Kurulca yapılacak incelemenin başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile sınırlandırılmış olmasına karşın Kurulun bu yetkisinin sınırlarını aşarak ihtilaf konusu olmayan iş kalemlerini de incelemek suretiyle belirlediği hukuka aykırılıklara istinaden aldığı kararın yerinde olmadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle, davacının bu iddiasının da işin esasına geçilmeden öncelikli olarak irdelenmesi gerekmektedir.

Olayda, davacının aşırı düşük teklif açıklamasının ihaleyi yapan idarece birtakım nedenlerle yerinde bulunmadığı, davacının şikâyet başvurusunun aynı nedenlere binaen reddedildiği. Kuruma yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine alınan Kurul kararında ise, idarenin şikâyetin reddine ilişkin gerekçelerinin sadece birinin yerinde olduğu, diğer gerekçelerinin ise yerinde olmadığı, buna ek olarak ayrıca aşırı düşük teklif açıklamasında başka hukuka aykırılıkların Kamu İhale Kurulu kararıyla resen ortaya konulduğu anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin 2 fıkrasına göre, Kurumun itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açıklarının inceleneyeceğinin hükmü altına alınmış olması sebebiyle, Kamu İhale Kurulu'nun, şikâyetin reddine ilişkin kararda yer alan gerekçeler (bir gerekçe hariç) dışında tespit ettiği diğer hukuka aykırılıkların itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlalı kapsamında olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Buna göre, uyuşmazlığın, davacının aşırı düşük teklif açıklamasının yerinde olup olmadığını belirlemeye yönelik olduğu göz önüne alındığında, salt şikâyet ve şikâyetin reddine ilişkin kararda yer alan hususlarla sınırlı olarak değerlendirmeye yapılmasını birbiriyle bağlatılı şekilde verilen teklifin ve aşırı düşük teklif açıklamasının yalnızca bir kısmının incelenmesi neden olarak olması ve bu sınırlı incelenmede de sıkı şekli Kurullarınca mahallî olarak kamu kayıtlarına mahallî olarak Kurullarınca suretiyle gerçekleştirilen ihalelerde Kurulca yapılan denetimi beklenen sıhhatli sonuçtan uzaklaştıracak olması, ayrıca itiraz edilen işlemler ibaresinin aşırı düşük teklif açıklamasının tanımına yönelik bir nitelene olduğu sonucuna varılması, Kanunda getirilen başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar açısından Kamu İhale Kurulu'nun inceleme yapacağı şekilde sınırlayıcı ifadenin de, Kurulun başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlardan tamamen farklı hususlarda belirlenmeye gidip inceleme yetkisinin sınırlarını aşmaması sağlanmaya yönelik olması, olayda ise, Kurulun bu sınırları dışına çıkmadan yalnızca uyuşmazlığın özünü oluşturan davacının aşırı düşük teklif açıklaması ile ilgili bir irdelenmeye girmesi nedeniyle, davacının söz konusu iddiası yerinde görülmemiş ve Kurul kararının esasının irdelenmesine geçilmistir.

İlk olarak, Kamu İhale Kurulu'nun, elektrik tesaatı iş kalemleri içerisinde yer alan 710-100 poz nolu iş kalemine hesap cetvelinde satır olarak yer verildiği ancak satırda birim fiyat, miktar ve tutar kısımlarının boş bırakıldığı, 713-501 poz nolu iş kaleminin açıklama istenilmeyecek iş kalemleri içerisinde yer almasına karşın davacının söz konusu iş kalemini teklif, miktar ve tutar kısımlarının boş bırakıldığı, 713-501 poz nolu iş kaleminin açıklama istenilmeyecek iş kalemleri içerisinde yer alması ve bu sınırlı incelenmede de sıkı şekli Kurullarınca mahallî olarak kamu kayıtlarına mahallî olarak Kurullarınca suretiyle gerçekleştirilen ihalelerde Kurulca yapılan denetimi beklenen sıhhatli sonuçtan uzaklaştıracak olması, ayrıca itiraz edilen işlemler ibaresinin aşırı düşük teklif açıklamasının tanımına yönelik bir nitelene olduğu sonucuna varılması, Kanunda getirilen başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlardan tamamen farklı hususlarda belirlenmeye gidip inceleme yetkisinin sınırlarını aşmaması sağlanmaya yönelik olması, olayda ise, Kurulun bu sınırları dışına çıkmadan yalnızca uyuşmazlığın özünü oluşturan davacının aşırı düşük teklif açıklaması ile ilgili bir irdelenmeye girmesi nedeniyle, davacının söz konusu iddiası yerinde görülmemiş ve Kurul kararının esasının irdelenmesine geçilmistir.

İkinci olarak, idarenin inşaat iş kalemlerinden bazıları için aşırı düşük teklif açıklamasında analiz sunulmadığı gerekçesi incelendiğinde, her ne kadar davacı tarafından, söz konusu kalemlere ilişkin fiyatları, Tebliğin 45.1.13 maddesinin son fıkrasında yer alan uyarınca işin işçilere inşaat mahallî dışında imal edildiği fiyatlar olduğu için ayrıca analiz sunulmadığı ileri sürülmekte ise de, anılan maddede yer alan istisna hükmünden yararlanılarak analiz sunulmaması için söz konusu kalemin inşaat mahallî dışında imal edilen ve esaslı baskı bir iççilik veya kalıba katkısı yapılmaksızın yapıya monte edilen yapı elemanı olması gerektiği, oysa söz konusu kalemlerin içeriği incelendiğinde, saten alçı kaplama, düzeltme sıvası yapma, asma tavan yapma gibi iş kalemlerin yer aldığı, dolayısıyla analiz sunmama gibi bir istisnadan söz konusu madde kapsamında davacının yararlandırılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle Kurulun söz konusu gerekçesinin yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Üçüncü olarak, 18.466/3.19.082,ÖZ.Fİ.İNŞ.03, MSB.414/A1.23.234.19, 27.525/1, 27.525/2 poz nolu iş kalemleri ile 16.057/1A poz nolu inşaat iş kalemi içerisinde yer alan çeşitli pozlara ait fiyat tekliflerinde, serbest muhasebeci malı müşavir tarafından, "Birim fiyatın, mükellefin yasal defter ve belgelerine göre çıkartılan ve tarafından onaylanan maliyet/satıs tutarı tespit tutanağındaki toplam birim maliyet tutarının altında olmadığını beyan ederim" ibaresi yazılarak onaylandığı ancak fiyat tekliflerine ilişkin sunulan maliyet/satıs tutarı tespit tutanaklarında ise satışlar üzerinden açıklama yapılması durumunda doldurulacak bölümün doldurulduğu, bu nedenle fiyat tekliflerindeki bilgilerle tutanakteki bilgilerin uyumlu olmadığı yönündeki gerekçe incelendiğinde, davacının bahsi geçen kalemlere ilişkin analizini piyasadan aldığı teklif mektuplarına göre yaptığı, mali müşavir tarafından da fiyat teklif mektuplarına maliyete dayalı açıklama yapılması durumunda yazılması gereken ibarenin yazılması suretiyle onaylama işleminin yapıldığı, ancak onaylanan bu miktarı tevsik için sunulan maliyet/satıs tutarı tespit tutanağının satışlar üzerinden açıklama yapılması durumunda doldurulması gereken "Ağırlıklı Ortalama Birim Satıs Tutarı" kısmının doldurulduğu, dolayısıyla tahmin edilen fiyatların tevsikinin sağlıklı bir biçimde yapılmadığının anlaşılması sebebiyle, söz konusu kalemlere ilişkin açıklamaların Tebliğin 45.1.13.1. Maddesine uygun olmadığına yönelik gerekçenin yerinde olduğu kanaatine varılmıştır.

Dördüncü olarak, 9,00 TL 0606/063A poz nolu işin içiğinde yer alan 04.391/063 nolu kaleim için sunulan analizde 7,00 TL bedel öngörüldüğü, bu bedeli tevsik için sunulan proforma faturada ise bedelin 9,00 TL olarak belirlendiği, bu nedenle proforma faturadaki fiyatın öngörülen bedeli tevsik etmediğine ilişkin gerekçesi incelendiğinde, "Düz yüzeyli muhtelif renk ve/veya desende duvar karoosu(20cmx40cm)" adlı iş kalemine ait analiz listesinde, söz konusu malzemenin birim fiyatının 7,00 TL olarak gösterildiğinin, söz konusu analizi doğrulamak amacıyla sunulan ve Yazdılar Yapı Malz. San. ve Tic. Ltd. Şti'ye ait 04.10.2011 tarihli proforma faturada birim fiyatın 9,00 TL olarak yer aldığının açık olduğu ve 7,00 TL'den hesaplanınca söz konusu kalemlerin kümülatif tutarın 12.115.74 TL olduğunun anlaşılması karşısında, Kurulun bahse konu gerekçesinin yerinde olduğu görülmüştür.

Besinci ve son olarak, söğütme iş kalemleri içerisinde yer alan bir kısım pozlar için aşırı düşük teklif açıklamasında davacının, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın yayınladığı birim fiyatları kullandığını belirtildiği, açıklama notunda ise, 2010 yılından itibaren Bakanlıkça birim fiyat belirlenmesinin yapılmaması üzerine bu kalemler için belirlenmiş 2010 yılı fiyatları arasında enterpolasyon yapılarak 2010 yılı birim fiyatlarının bulunduğu, bulunan tutarların da 2010-2011 yılı karne katsayısı ile güncellenerek 2011 yılı fiyatlarına ulaşıldığının anlaşılmasına karşın, ihalenin ilan tarihi itibarıyla Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na 2011 yılı inşaat ve tesisat birim fiyatlarının yayınlamış olduğu, isteklilerin Bakanlığın yayınladığı birim fiyatları kullanılması durumunda bunun 2011 yılı birim fiyatları olması gerektiği, ayrıca bahse konu kalemlerin 2011 yılı birim fiyatları içerisinde zaten yer aldığı, dolayısıyla bu kalemler için yapılan açıklamanın mevzuata uygun açıklama olduğu yönündeki gerekçe incelendiğinde, ihalede isteklinin Bakanlığın yayınladığı fiyatlardan yararlanarak aşırı düşük teklif açıklaması yapma isteği duyduğu durumlarda Tebliğin 45.1.5. maddesine göre önceki yılın birim fiyatlarını kullanabilmesi için ancak ilan veya davet tarihinde cari yıl birim fiyatlarının yayınlanmaması olması gerekmekte olup, davacının teklifini sunduğu anda Bakanlığın 2011 yılı birim fiyatlarını açıklaması olması ve kaldı ki açıklanan bu fiyatlar içerisinde ihaleye konu kalemlerin yer alması sebebiyle, ihalede 2010 veya 2011 yılı fiyatlarını kullanmasının mümkün olmaması sebebiyle, Kurulun bu gerekçesinin de yerinde olduğu kanaatine varılmıştır.

Bu durumda, yukarıda sıralanan gerekçelerle ihaleye yönelik aşırı düşük teklif açıklamasının yerinde bulunmaması sebebiyle, davacının ihale dışı bırakılması üzerine yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemden hukuka aykırılık bulunmamıştır."şeklinde gerekçe belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Anayasanın 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.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmesizlin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hükmü altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Kamu İhale Kurulunun 01.08.2012 tarih ve 2012/MK-249 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine, Oybirliği ile karar verildi.

Mahmut GÜRSSES Başkan			
Kazım ÖZKAN II. Başkan	Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi		Erkan DEMİRTAŞ Kurul Üyesi
Ahmet ÖZBAKIR Kurul Üyesi	Mehmet Zeki ADLI Kurul Üyesi		Mehmet AKSOY Kurul Üyesi