Kurul kararında şirketin ihale itirazen şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü tüm hususların, Kanun'un öngördüğü sınırlar içerisinde incelendiği, davacının dava dilekçesinde incelenmediğini ileri sürdüğü beton santrali kurulumuna ilişkin iddiaların da bu kapsamda incelendiği, müdahil şirketin fiyat teklifi aldığı firmanın beton üretimi işi ile iştigal etmediğine ilişkin iddianın ise itirazen şikâyete konu edilmediği, bu nedenle davacının, dava konusu Kurul kararında başkaca ret

gerekçelerine yer verilmesi gerektiği iddialarının hukûken geçerli ve isabetli olmadığı(Danıştay K571)

Toplantı No	: 2022/023
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 20.04.2022
Karar No	: 2022/MK-139

BAŞVURU SAHİBİ:
Nesce İnşaat Enerji ve Ticaret A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Karayolları 10.Bölge Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2020/192680 İhale Kayıt Numaralı "(Rize – Güneyso) Ayrım – Küçükçayır İl Yolu (By) Km: 3+900 – 4+286,87(6+365İ – 12+700 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Köprü İşleri, Üstyapı İşleri Ve Tünel İşleri (Bsk) Yapılması İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 10. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2020/192680 ihale kayıt numaralı "(Rize-Güneyso) Ayrım-Küçükçayır İl Yolu (By) Km: 3+900-4+286,87G/6+365İ-12+700 Arası Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Köprü İşleri, Üstyapı İşleri ve Tünel İşleri (Bsk) Yapılması İşi ihalesine ilişkin olarak Nesce İnş. Enj. Tic. A.Ş. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 09/09/2020 tarih ve 2020/UY.II-1490 sayılı karar ile "Ancak açıklama kapsamında fiyat teklifine konu beton santralinin kurulumunu tevsik eder hiçbir bilgi ve belgeye yer verilmediği, ayrıca fiyat tekliflerine ilişkin tutanakta beton santrali kurulumunu oluşturan maliyet bileşenlerinin de gösterilmediği görülmüştür. Diğer bir ifadeyle, anılan istekli tarafından yapılan açıklama kapsamında da nakliye, malzeme, makine gibi maliyet bileşenlerini içerecek şekilde beton santralinin kurulumuna ilişkin değil, sadece C 30/37 beton harçlarının satışlarına ilişkin açıklama yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle bahse konu fiyat teklifinde söz konusu beton harcı malzemesi için öngörülen birim teklif tutarlarının, önemli bir maliyet teşkil eden beton santrali kurulum ve nakli giderlerini de içerecek şekilde maliyetlere dair açıklaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira işin gerçekleştirilmesi açısından beton santralinin kurulum maliyeti yanında çimento, agrega, katkı maddesi ve suyun birlikte beton tesisinde karıştırılarak beton imalinin yapılması ve taze betonun transmikserlere yüklenerek döküm yerine taşınmasının esas olduğu, ancak fiyat teklifinin söz konusu maliyet bileşenlerini de içerecek şekilde maliyetlere dayalı şekilde oluşturulmadığı, bu itibarla anılan istekli tarafından 19.130.1506 poz numaralı C 30/37 beton harcı analiz girdileri için fiyat teklifi ve satış tutarı tespit tutanakları ile yapılan açıklamaların yeterli ve kabul edilebilir nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.

Diğer taraftan, bahse konu fiyat teklifinin üzerinde yer alan "İşveren tarafından gösterilecek alana kendimize ait veya işverene ait beton santrali kurularak üretim yapılarak tedarik yapabilecektir." ifadesinden kesin olarak beton santrali kurularak üretim yapılacağı anlamının çıkarılmadığı, diğer bir ifadeyle söz konusu hususun ihtimal dahilinde olduğu ve işin ifası sırasında ihale konusu işin yapılacağı yerde beton santrali kurularak üretim yapılmaması durumunda, bahse konu fiyat teklifi alınan firmadan tedarik edileceği sonucunun çıkarıldığı, bu çerçevede, Karayolları Teknik Şartnamesi'nin "308.07.04.01 Yaş Karışım Hazır Betonunun Taşınması" başlıklı düzenlemesinde yer alan düzenlemeye göre, ihale konusu işin yapılacağı yer ile fiyat teklifi alınan firmanın adresi arasında makul sayılabilecek bir uzaklık olması gerektiği, aksi takdirde çimentonun ilk priz süresinin geçeceği, bu kapsamda somut olayda, ihale konusu işin yapılacağı yerin Trabzon, fiyat teklifi alınan firmanın adresinin Ankara olduğu, iki şehir arasındaki mesafenin (ortalama olarak 728,8 km) olduğu dikkate alındığında, söz konusu mesafenin teknik açıdan makul düzeyde olmadığı, bir başka anlatımla anılan durumun fiili açıdan teknik imkânsızlık durumu oluşturduğu anlaşılmıştır…
4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali istemiyle, Nesce İnş. Enj. Tic. A.Ş. tarafından açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 27.10.2020 tarihli ve E: 2020/1765, K: 2020/1552 sayılı kararı ile "Uyuşmazlıkta, ihaleyi yapan idare tarafından, davacıdan "C30/37 Hazır Beton Harcı" girdisi ile ilgili olarak aşırı düşük teklif açıklaması istenirken, söz konusu beton harcının temininin ne suretle (yerinde üretilerek mi? nakliye ile mi?) yapılacağının açıklanmasının beklenmediği ve temin yöntemine bağlı olarak herhangi bir hususun açıklanmasının istenmediği görülmekte olup; istekliden kendilerinden istenmeyen hususlarda açıklama yapmalarının beklenemeyeceği, bu hususlarda açıklama yapılmış olsa bile bunun takdiren yapılmış bir açıklama olacağı, dolayısıyla bu açıklamadan dolayı tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılamayacağı açıktır.
…Bu durumda, davacının aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunduğu taze beton harcına ilişkin, MFC Demir Yapı Malz. Tic. A.Ş.den alınan fiyat teklifinin Kamu İhale Genel Tebliği'ne uygun olduğu ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavir (SMMM) tarafından onaylandığı, davacı tarafından ihale konusu iş yerine getirilirken mutlaka beton üretim tesisi kurulmasının gerekmeyeceği, başka suretle beton harcı temin edilmesinin önünde hukukî bir engel bulunmadığı dikkate alındığında, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında ve bu münvalde tesis edilen Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.
Öte yandan, beton harcı (C 30/37) işi için Ankara ilinde faaliyette bulunan MFC Demir Yapı Malz. Tic. A.Ş.den teklif alındığı, fiyat teklifinde "İşveren tarafından gösterilecek alana kendimize ait veya işverene ait beton santrali kurularak üretim yapılarak tedarik yapılabilecektir." açıklamasının alınan firmaya ait olduğu, işin görüleceği yerde beton santralinin kurulumuna yönelik maliyet girdilerinin anılan firmanın sorumluluğunda bulunduğu, teklif alınan firmanın işin görüleceği yerde beton santralinin kurulumuna yönelik bu beyanının yeterli olduğu değerlendirildiğinde, bu aşamada işin görüleceği yerde kurulacak olan beton santraline ilişkin maliyet giderlerinin ayrıca açıklanmasının gerekmediği sonucuna varıldığından davacının teklifinin, işin görüleceği yerde beton santralinin kurulumuna yönelik maliyet ve nakil giderleri içerecek şekilde maliyet açıklamaları yapmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmasının da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu karar üzerine alınan 11.11.2020 tarihli ve 2020/MK-265 sayılı Kurul kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 09.09.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1490 sayılı kararının iptaline,
2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine…" karar verilmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin E:2020/3511, K:2020/4082 sayılı kararı ile Ankara 4. İdare Mahkemesinin kararını onamıştır.

Davacı Ö.D.F. Yılmazlar İnşaat Turizm Madencilik Nakliyat ve Ticaret Limited Şirketi tarafından 09/09/2020 tarihli ve 2020/UY.II-1490 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 2. İdare Mahkemesinin 07.10.2021 tarihli ve E:2021/1579, K: 2021/1652 sayılı kararında "…Dava konusu 09/09/2020 tarih ve 2020/UY.II-1490 sayılı Kurul kararı, Nesce firması tarafından yapılan itirazen şikâyet başvurusu sonrasında, mevzuatta yer alan hususlara ilişkin değerlendirme yapılmak suretiyle tesis edildiği, davacı şirket tarafından, söz konusu Kurul kararının EKAP üzerinden 17/09/2020 tarihinde öğrenilmesi üzerine, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, bu Kanun'un 11. maddesi hükümleri uygulanamayacağından, 15/10/2020 tarihli dilekçe ile Kurul kararına itiraz mahiyetindeki işbu dava açılmıştır.

Olayda, dava konusu Kurul kararı ile itiraz eden müdahilin taze betonun temininne ilişkin beton üretim tesisinin kurulması ya da başka suretle dışarıdan beton temini noktalarından bir değerlendirme yapıldığı ve Ankara 4. İdare Mahkemesinin 27/10/2020 tarih ve E:2020/1765, K:20201552 sayılı kararı ile bu yönlerden bir inceleme yapılarak taze beton harcına ilişkin, MFC Demir Yapı Malz. Tic. A.Ş.den alınan fiyat teklifinin Kamu İhale Genel Tebliği'ne uygun olduğu ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavir (SMMM) tarafından onaylandığı, davacı tarafından ihale konusu iş yerine getirilirken mutlaka beton üretim tesisi kurulmasının gerekmeyeceği, başka suretle beton harcı temin edilmesinin önünde hukukî bir engel bulunmadığı ve işin görüleceği yerde kurulacak olan beton santraline ilişkin maliyet giderlerinin ayrıca açıklanmasının gerekmediği sonucuna varıldığından davacının teklifinin, işin görüleceği yerde beton santralinin kurulumuna yönelik maliyet ve nakil giderleri içerecek şekilde maliyet açıklamaları yapmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmasının da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu durumda, başvuru sahibi müdahil Nesce İnşaat Enerji ve Ticaret Anonim Şirketinin Kamu İhale Kurumuna yaptığı aşırı düşük fiyat açıklamasının kabul edilmemesi nedeniyle yaptığı itirazen şikayet başvurusunun yukarıda açıklandığı gibi tüm yönleriyle değerlendirilerek bir karar alınması gerekirken, bu yönde bir değerlendirme yapılmaksızın eksik inceleme ve değerlendirme ile alındığı anlaşılan dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamıştır.
Öte yandan, iş bu kararımız sonrasında davalı idarece ilgili şirketin itirazen şikayet başvurusu tüm yönleriyle incelendikten sonra yeniden bir karar alınacağı da açıktır.
Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline,…" dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu karar üzerine alınan 11.11.2021 tarihli ve 2021/MK-446 sayılı Kurul kararı ile "Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, taze beton harcının temin edilmesi ya da beton santrali kurmak suretiyle kendisinin temin etmesi hususunun Nesce firması tarafından fiyat teklifi alınan MFC Demir Yapı Malzemeleri Ticaret A.Ş.nin faaliyet alanına/iştigal konusuna girip girmediği yönünde bir değerlendirme yapılarak, esasının yeniden incelenmesine, …" karar verilmiştir.

Bahse konu Mahkeme kararının gereğini teminen yapılan inceleme neticesinde Kurulca alınan 15/12/2021 tarih ve 2021/UY.II-2291 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Temyiz incelemesi neticesinde ise Danıştay Onüçüncü Dairesinin 30.12.2021 tarihli ve E:2021/4694, K:2021/5509 sayılı kararı ile "Dava konusu Kurul kararına karşı müdahil tarafından açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 27/10/2020 tarih ve E:2020/1765, K:2020/1552 sayılı kararıyla dava konusu işlemin iptal edildiği ve anılan karar Dairemizin 29/12/2020 tarih ve E.2020/3511, K.2020/4082 sayılı kararıyla onanmıştır.
Bakılan davanın ise Kurul kararında ifade edilen ret gerekçelerinden başka gerekçelerle de başvurunun reddedilmesi gerektiğinden, bir başka ifade ile dava konusu Kurul kararında eksik inceleme bulunduğundan bahisle Kurul kararının iptal edilmesi gerektiği iddiası ile açıldığı anlaşıldığından, uyuşmazlık Kurulca yapılması gereken tüm incelemelerin yapılıp yapılmadığı noktasında toplanmaktadır.
4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasında Kurul'un itirazen şikâyet başvuruları üzerine yapacağı incelemenin sınırları belirlenmiş olup buna göre Kurul tarafından yapılacak inceleme, başvuru sahibinin itirazen şikâyet dilekçesindeki iddialar, idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemlerle sınırlı olarak eşit muamele ilkesi gözetilmek suretiyle yapılacaktır.
Müdahil şirketin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun görülmemesi üzerine yaptığı itirazen şikâyet başvurusunda C 30/37 beton harcı girdisine ilişkin olarak iki temel iddianın ileri sürüldüğü, her iki iddianın da Kurul kararında bütün yönleriyle incelendiği ve reddedildiği anlaşılmaktadır. Davacının Kurul tarafından incelenmediğini ileri sürdüğü beton santralinin kurulumuna ilişkin iddiaların ayrıntılı olarak incelendiği, teklif alınan firmanın beton üretimi yapmadığı yönündeki iddianın ise, itirazen şikâyetin konusu olmadığı görülmektedir.
Öte yandan, davacının müdahil şirketin fiyat teklifi aldığı MFC Demir'in beton üretimi işi ile iştigal etmediği, dolayısı ile bu firmadan alınan fiyat teklifinin geçersiz olduğu yönündeki iddiasının, müstakil olarak bir şikâyet ve itirazen şikâyete konu edilmediği, davacının yalnızca müdahil şirketin yaptığı itirazen şikâyet üzerine alınan dava konusu Kurul kararının iptali istemiyle, açtığı davada ileri sürdüğü bu iddianın, ancak davacı tarafından usûlüne uygun olarak gerçekleştirilebilecek bir itirazen şikâyet başvurusu üzerine Kurul'un ayrı bir incelemesine konu olabileceği anlaşılmaktadır.
Dava konusu Kurul kararında müdahil şirketin itirazen şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü tüm hususların, Kanun'un öngördüğü sınırlar içerisinde incelendiği, davacının dava dilekçesinde incelenmediğini ileri sürdüğü beton santrali kurulumuna ilişkin iddiaların da bu kapsamda incelendiği, müdahil şirketin fiyat teklifi aldığı MFC Demir'in beton üretimi işi ile iştigal etmediğine ilişkin iddianın ise itirazen şikâyete konu edilmediği, bu nedenle davacının, dava konusu Kurul kararında başkaca ret gerekçelerine yer verilmesi gerektiği iddialarının hükûm geçerli ve isabetli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.
Netice itibarıyla, daha önce bir başka mahkeme kararı ile hukuka aykırılığı tespit edilerek kesin olarak iptal edilmiş olan dava konusu Kurul kararının, eksik inceleme gerekçesiyle bir kez daha iptaline yönelik temyize konu mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır." şeklinde gerekçe belirtilerek Ankara 2. İdare Mahkemesinin 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 değiştirmemeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktirmemeyeceği 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 geçemmeyeceği 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,

Kamu İhale Kurulunun 11/11/2021 tarihli ve 2021/MK-446 sayılı kararı ile bu karar dayanak alınarak işin esasının yeniden incelenmesine ilişkin 15/12/2021 tarih ve 2021/UY.II-2291 sayılı kararının iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.