

**Kamu İhale Kurumu'na
haklarında ihalelere
katılmaktan yasaklama kararı
verilenlerin sicillerini
tutmak dışında yasaklama
kararlarının bu Kanun ve
ilgili mevzuat hükümlerine
uygun olmadığına ilişkin
şikâyetleri inceleyerek
sonuçlandırmak gibi bir görev
ve yetki verilmediği,
yasaklama kararlarının ihale
sürecinde tesis edilen
işlemlerden bağımsız olarak
tesis edildiği, ihalenin
başlangıcından sözleşmenin
imzalanmasına kadar olan süre
içerisinde idarece yapılan**

işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığı, ihaleyi yapan eğer bir bakanlık değilse ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlıkça, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı, belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama

**kararı verildiğinden,
ihaleden yasaklama
işlemlerinin başlatılmasına
ilişkin işlemlerin ve
ihaleden yasaklama
kararlarının hukuka
uygunluğunu değerlendirme
konusunda Kamu İhale
Kurumu'nun herhangi bir
yetkisi bulunmamaktadır**

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/3011 K.**

2021/3687 E. ,

"İçtihat Metni"

T.C.

D A N İ Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3687

Karar No:2021/3011

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Altyapı Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

MÜDAHİL(DAVALI YANINDA) : ... Yapı Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN_KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Karayolları 7. Bölge Müdürlüğü'nce 14/05/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Havza-Vezirköprü-Durağan (Havza-Vezirköprü) Devlet Yolu Km:5+000-19+800 Arası, Km:0+400 Havza Hastane Kavşağı, Km:2+000 Çakıralan Farklı Seviyeli Kavşağı, Km:26+580 Vezirköprü Hastane Kavşağı Toptes, Sanyap, Köp. ve Üstyapı (Bsk) İşl. Yapım İşİ" İhalesi üzerinde kalan davacı şirket tarafından, dava dışı bir isteklinin yaptığı itirazden şikâyet başvurusu üzerine tesis edilen Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 18/11/2020 tarih ve 2020/UY.II-1885 sayılı kararının, dava dilekçesinde yer verilen kısımlarının (ekskavatörün tescil belgesi ile ilgili tespit ve değerlendirmeler ile yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin değerlendirmeler yönünden) iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; ihale üzerinde bırakılan davacı şirket tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında "Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP ($2\frac{1}{2}$ Yd³) girdisi amortisman ömrünü tamamlamış makine olduğu ve yevmiye, envanter kayıtlarında aktif olup yasal defter ve kayıtlarında yer aldığından bahisle, yedek parça, tamir, bakım, sermaye faizi, sigorta, nakil, montaj, demontaj değeri mevzuata uygun şekilde hesaplanmış ve hesaplama şeklinin sunulduğu" bilgisine yer verildiği, itirazden şikâyet başvurusunda $2\frac{1}{2}$ Yd³ hacminin 3,29 m³'e denk geldiği, ... ekskavatörün teknik belgesindeki hacminin 3,29 m³'e denk geldiği, teknik belgesindeki hacminin ise 0,8-1,62 m³ arasında olduğu iddiasının ileri sürülmesi üzerine, davalı idare tarafından Tatvan ve İstanbul Ticaret Odası Başkanlıkları ile yazışma yapıldığı, Tatvan Ticaret Odası (TATSO) Başkanlığı tarafından gönderilen teknik belgede motor gücünün 210 HP ve kova kapasitesinin 2,5 yd³ olduğunun görüldüğü, İstanbul Ticaret Odası (İTO) Başkanlığı tarafından

gönderilen teknik belgede ise motor gücünün 190 HP olduğu, kepçe kapasitesinin ise 0,80-1,62 m³ olduğunun belirtildiği, teknik belgedeki bilgilerin tutarlı olmadığı, ilk tescili yapan İTO tarafından gönderilen belgeler dikkate alındığında yapılan birim çevirme işlemi sonucunda 2½ Yd³ hacminin 1,91 m³'e denk geldiği ve davacı tarafından "Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP (2½ Yd³) alt girdisi" için sunulan ... plaka no.lu, ... motor seri no.lu ve ... şasi seri no.lu 2007 model ... paletli ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığı anlaşıldığından dava konusu Kurul kararı ile davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacının "Kararın sonuç kısmında yer verilmemiş olmakla birlikte kararın içerik kısmında davacı şirketler hakkında idarece yasak fiil ve davranışlar bakımından değerlendirme yapılması yönünde tespitte bulunulduğu, Kurul kararında içerik ve sonuç olarak farklılık olmasının kendi içerisinde çelişkili olduğu, içerikte yapılan bu tespitin hukuka aykırı olduğu, Kurul'un karar içerisinde yasak fiil ve davranışlar hakkında değerlendirme yapılması gerekir tespitinin son derece hatalı olduğu" iddiasına ilişkin olarak ise, Kurul'un 18/11/2020 tarih ve 2020/UY.II-1884 sayılı kararında yer alan "... Ayrıca, yukarıda yer verilen tespitler doğrultusunda ... Altyapı San. ve Tic. A.Ş. adına Tatvan Ticaret ve Sanayi Odası tarafından ... marka ekskavatöre ilişkin ... tarih ve ... seri numarası ile düzenlenen tescil belgesinin anılan istekli tarafından ihalede aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında kullanılması suretiyle gerçekleştirilen fiil ve davranışların 4734 sayılı Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesi bakımından değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." şeklindeki değerlendirmenin bildirim niteliğindeki ön işlem olduğu, icraîlik vasfı olmadığından, idarî davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı, başka bir anlatımla, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmaması nedeniyle, davanın bu kısmının esasını inceleme olanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlemin davacının

teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmı hukuka uygun bulunarak bu kısım yönünden davanın reddine, dava konusu işlemin kesin ve yürütölmesi zorunlu bir idarî işlem olarak görölmeven 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yasak fiil ve davranışlar bakımından değerlendirme yapılmasına ilişkin kısmı yönünden ise incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamasında açıklamaya konu olan makine ve ekipmanların teknik özelliklerini tevsik etmek üzere herhangi bir belge sunma yükümlölükleri bulunmamasına ve meslek mensubu raporunun yeterli olmasına rağmen şirketlerince ekskavatörün teknik özelliklerini tevsik etmek üzere, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendi ile yetkilendirilmiş kuruluş olan TATSO tarafından düzenlenmiş resmî bir belge olan İş Makinesi Tescil Belgesi'nin (ruhsat) idareye sunulduğu, TATSO tarafından söz konusu belge düzenlenirken Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yönetim Kurulu'nca yürürlüğe konulan "İş Makinelerinin Tescili ile İlgili Esaslar"ın 9. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, iş makinesinin tescil edilmesi için istenen belgeler arasında sayılan "Makineye ait teknik belge"nin esas alınarak yine bu düzenlemenin 11. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca, önceki tescil kuruluşunca verilmiş olan tescil belgesinin iptal edildiği, İTO tarafından daha önce düzenlenen ve iptal edilen eski tescil belgesi ile TATSO tarafından düzenlenen ve hâlen geçerliliğini koruyan yeni tescil belgesinde yer alan teknik bilgiler arasındaki farklılıkların iş makinesinde daha sonra yapılan revizyon ve değişikliklerden kaynaklandığı, resmî nitelikteki tescil belgesinde yer alan bilgilerin başka belgelerle kanıtlanmasına gerek bulunmamakla birlikte, MMO Ankara Şubesi'ne yaptıkları başvuru üzerine makine mühendisi bilirkişilerce yapılan inceleme sonucunda hazırlanan Teknik Bilirkişi Raporu'nda ekskavatöre ait motorun 2100 devirde verebileceği maksimum gücün ortalama 210 HP

olduğu, ayrıca kova kapasitesinin de yapılan ölçümlere göre $1,91 \text{ m}^3 (=2,50 \text{ yd}^3)$ olduğunun belirlendiği, dolayısıyla aşırı düşük teklif açıklamasında kullanılan ekskavatörün motor gücü ve kova kapasitesinin idarece belirlenen teknik kriterleri karşıladığı, konu hakkında bilgi talep edilen TOBB tarafından verilen cevapta “Bu kapsamda, üzerinde teknik değışikliğe gidilen ve bilgileri değışen iş makinelerinin, mevzuatta diğer gerekliliklerinin de yerine getirilmesi kaydıyla, bilirkişilerce veya makine mühendislerince hazırlanacak teknik belge ve raporlara istinaden yeniden tescil edilmesi mümkündür.” açıklamalarına yer verildiği, ayrıca dava konusu kararda yer verilen şirketleri hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiği yönündeki değlendirmelerin, görüş bildirme ve tavsiyede bulunmanın çok ötesinde, muhatabı olan idareye bir yükümlölük getirdiği ve 4734 sayılı Kanun’un 53. maddesi ile konuyla ilgili Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce verilen istikrar kazanmış emsal yargı kararlarına açıkça aykırı olduğu ileri sürölmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, itirazın şikâyet başvurusuna konu iddiaların araştırılması amacıyla talep üzerine TATS0 ile İT0 tarafından gönderilen yazı ve ekindeki belgeler incelendiğinde ve söz konusu iş makinesinin ilk tescil işleminin İT0 tarafından yapıldığı dikkate alındığında, TATS0 tarafından daha sonra yapılan tescil işlemine konu odaya kayıtlı makine mühendisi tarafından düzenlenen teknik belgedeki bilgilerin ilk tescil işlemini yapan İT0 tarafından gönderilen yazı ekindeki teknik belgedeki bilgiler ile tutarlı olmadığı göröldüğünden, ilk tescil işlemini gerçekleştiren İT0’dan sonra TATS0 tarafından yapılan tescile konu teknik belgedeki bilgilerin gerçeği yansıtmadığının anlaşıldığı, İT0 tarafından gönderilen yazı ve eki belgeler dikkate alındığında yapılan birim çevirme işlemi sonucunda “ $2\frac{1}{2} \text{ Yd}^3$ ” hacminin $1,91 \text{ m}^3$ ’e denk geldiği, davacı tarafından sunulan ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığı açık olduğundan davacının aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığı gerekçesiyle teklifinin reddedilmesi gerektiği, bu kapsamda ekskavatöre ait

TATSO'ya kayıtlı makine mühendisi tarafından düzenlenen ve tescil belgesine dayanak oluşturan teknik belgenin resmî ve/veya üreticiye ait bir doküman olmadığı, bağlayıcı bir mahiyetinin bulunmadığı, ilk tescile ilişkin İTO tarafından gönderilen tescil dosyası kapsamındaki bilgilerle çeliştiği ve yanıltıcı nitelikte bilgiler içerdiği değerlendirildiğinden gerekli incelemenin yapılması amacıyla ilgili Oda hakkında TOBB'a bildirimde bulunulması, ayrıca yapılan tespitler doğrultusunda, davacı adına TATSO tarafından düzenlenen tescil belgesinin davacı tarafından ihalede aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında kullanılması suretiyle gerçekleştirilen fiil ve davranışların, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında ihale kararını etkileyecek nitelikte yasak fiil ve davranış olduğu ve ihaleyi yapan idarece bu kapsamda gerekli işlemlerin tesis edilmesi gerektiği sonucuna varıldığı, ancak dava konusu Kurul kararı ile davacı şirket hakkında yasaklama kararı verilmediği, Kurul kararının bu kısmının davacı hakkında tek başına hukukî sonuç doğurabilen, kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğinde olmadığı, ancak ihaleyi gerçekleştiren idarece, davacının ihalelere katılmaktan yasaklanması şeklinde doğrudan davacının menfaatini ihlâl eden bir işlemin tesis edilmesi durumunda bu işlemin dava konusu edilebileceği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Davalı yanında müdahil tarafından, aşırı düşük teklif açıklamasında açıklama istenilen kimi pozlarda ekskavatör iş makinesinin açıklama istenen analiz girdisi olarak yer aldığı ve analizlerin neredeyse tamamında 210 HP ($2 \frac{1}{2}$ yd³) özelliğe sahip ekskavatör ile açıklama istenildiği, bu açıklamayı yaparken en avantajlı yöntemin isteklinin uhdesinde bu iş makinesinin olması ve kendi malı makine yöntemi ile açıklama yapılması olduğu, davacının da bu yöntem ile yapılacak açıklamalarda kendisine avantaj sağlamak maksadı ile makinenin teknik özelliklerini farklı göstererek odaya kaydını yaptırdığı, davacının iddialarının hukuka aykırı eylemine gerekçe olamayacağı, İTO tarafından düzenlenen ruhsatın içerdiği bilgiler yanlış olduğu için vs. iptal edilmediği,

aracı devralan davacı TATS0'ya kayıtlı olduğundan iş makinesinin kaydının da TATS0'ya alındığı, devralan firmanın farklı bir ticaret odasına kayıtlı olması dolayısıyla devralan firmanın bağlı olduğu ticaret odasınca yeni ruhsat düzenlendiğinden eski ruhsatın iptal edildiği, ancak bu iptalin eski ruhsatta yer alan teknik özelliklere ilişkin bilgilerin iptali anlamına gelmediği, makine mühendisinden alınan teknik belgenin esas alınmasının ancak sıfır iş makinesinde mümkün olduğu, eski ruhsatta yer alan teknik özelliklerin değiştirilmesinin mümkün olmadığı, davacının iş makinesinde daha sonra yapılan revizyon ve değişikliklere ilişkin iddiasının yasal bir zemini olmadığı gibi böyle bir değişiklik yapıldıysa dahi bunun ruhsata işlenmesinin mümkün olmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Karayolları 7. Bölge Müdürlüğü'nce 14/05/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Havza-Vezirköprü-Durağan (Havza-Vezirköprü) Devlet Yolu Km:5+000-19+800 Arası, Km:0+400 Havza Hastane Kavşağı, Km:2+000 Çakıralan Farklı Seviyeli Kavşağı, Km:26+580 Vezirköprü Hastane Kavşağı Toptes, Sanyap, Köp. ve Üstyapı (Bsk) İşl. Yapım İşİ" ihalesinde ihale üzerinde bırakılan davacı şirketten aşırı düşük teklif açıklaması istenilmiştir. Davacı tarafından "Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP (2½ Yd³)" girdisi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın 10.120.1004 numaralı pozunun analizi üzerinden açıklanmış, söz

konusu iş makinesi girdisi için demirbaş tespitine ilişkin SMMM tarafından imzalanıp kaşelenmiş rapor sunulmuş, söz konusu raporda şirketin demirbaşları arasında 1 adet “Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP ($2\frac{1}{2}$ Yd³)” iş makinesinin bulunduğu belirtilmiş ve aşırı düşük teklif açıklamasında “Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP ($2\frac{1}{2}$ Yd³) girdisi amortisman ömrünü tamamlamış makine olduğu ve yevmiye, envanter kayıtlarında aktif olup yasal defter ve kayıtlarında yer aldığından bahisle, yedek parça, tamir, bakım, sermaye faizi, sigorta, nakıl, montaj, demontaj değeri mevzuata uygun şekilde hesaplanmış ve hesaplama şeklinin sunulduğu” bilgisine yer verilmiştir.

... İnşaat Hafriyat Nakliyat Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi – ... İnşaat Turizm Madencilik Nakliyat ve Ticaret Limited Şirketi iş ortaklığı tarafından 21/08/2020 tarihinde yapılan şikâyet başvurusunun idarenin 03/09/2020 tarihli yazısı ile reddi üzerine 09/09/2020 tarihinde “ $2\frac{1}{2}$ Yd³ hacmin 3,29 m³’e denk geldiğinden davacıya ait ... ekskavatörün teknik belgesindeki hacminin 3,29 m³’e denk geldiği, teknik belgesindeki hacminin 0,8-1,62 m³ arasında olduğu” iddiası ile yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine davalı idare tarafından TATS0 ve İTO’dan bilgi belge talep edilmiş, TATS0 tarafından gönderilen teknik belgede, motor gücünün 210 HP ve kova kapasitesinin 2,5 yd³ olduğunun belirtildiği, İstanbul Ticaret Odası (İTO) Başkanlığı tarafından gönderilen teknik belgede ise, motor gücünün 190 HP, kepçe kapasitesinin de 0,80-1,62 m³ olduğunun belirtildiği, teknik belgedeki bilgilerin tutarlı olmadığı, ilk tescili yapan İTO tarafından gönderilen belgeler dikkate alındığında yapılan birim çevirme işlemi sonucunda $2\frac{1}{2}$ Yd³ hacminin 1,91 m³’e denk geldiği ve davacı tarafından “Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP ($2\frac{1}{2}$ Yd³) alt girdisi” için sunulan ... plaka no.lu, ... motor seri no.lu ve ... şasi seri no.lu 2007 model ... paletli ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığının anlaşıldığından bahisle mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden aşırı düşük teklif

açıklaması uygun bulunmayan ihale üzerinde bırakılan davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi yönünde dava konusu Kurul kararının tesis edilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesinde, "İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister."; "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54. maddesinin 1. fıkrasında, "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 Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilirler."; "Kuruma itirazen şikâyet başvurusu" başlıklı 56. maddesinde ise, "İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55'inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hâllerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. (...) İdareler hukukî durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır." kuralları yer almıştır.

04/03/2009 tarih ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Sınır değer ve aşırı düşük teklifler" başlıklı 60. maddesinde, "(1) İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra Kurum tarafından belirlenen yönteme göre sınır değeri hesaplar. (2) Aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemlerine ilişkin olarak, ihale

ilanı ve dokümanında belirtilmek kaydıyla, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralardaki koşullar çerçevesinde aşağıdaki seçeneklerden bir tanesi kullanılır. a) Sınır değerin altında olan teklifler ihale komisyonunca aşırı düşük teklif olarak tespit edilir ve bu teklif sahiplerinden Kurum tarafından belirlenen kriterlere göre teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili ayrıntılar yazılı olarak istenir. İhale komisyonu; 1) Yapım yönteminin ekonomik olması, 2) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin işin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar, 3) Teklif edilen işin özgünlüğü, gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir...” kuralı yer almaktadır.

22/08/2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği’nin “Sınır değer tespiti ve aşırı düşük teklifler” başlıklı 45. maddesinde, “... 45.1.3. İsteklilerden teklifleri kapsamında analiz ve hesap cetveli sunmaları istenmeyecektir. Analizler ve hesap cetveli, Kanun’un 38’inci maddesi uyarınca teklif fiyatı aşırı düşük olarak tespit edilen isteklilerin tekliflerinin önemli bileşenleri ile ilgili ayrıntıların belirlenmesi amacıyla, sadece aşırı düşük teklif sahibi isteklilerden istenecektir. ... 45.1.6. Analizler ile yardımcı ve/veya alt analizlerde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından belirlenerek yayımlanmış rayiçleri kullanan ve söz konusu rayiçleri poz numaralarını da belirtmek suretiyle liste hâlinde sunan isteklilerin, söz konusu rayiçlere ilişkin olarak (45.1.13) maddesinde belirtilen belgeleri sunmalarına gerek bulunmamaktadır. ... 45.1.13. Teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerin, tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanun’un 38’inci maddesi uyarınca yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizler ile bu analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgeleri sunmaları gerekmektedir. İsteklilerin analizlerine dayanak teşkil eden

bilgi ve belgeler; ... e. Stoğunda bulunan mallara ilişkin stok tespit tutanakları, f. İdarece istenmesi durumunda yardımcı analizler vb.dir. İstekliler tekliflerine ilişkin olarak yukarıda sayılan belgelerden kendileri için uygun olanları açıklamaları kapsamında sunacaklardır. ... 45.1.13.10. Meslek mensubu; üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifi üzerindeki beyanın ve emsal bedel beyanı ile Ek-0.5, Ek-0.6, Ek-0.7 ve Ek-0.8 numaralı tutanaklardaki bilgilerin doğruluğundan sorumludur. Meslek mensubu ibaresinden Yeminli Mali Müşavirler veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler anlaşılır. ... 45.1.14. Aşırı düşük teklif sorgulaması sonucunda; (45.1.3 – 45.1.13) maddelerine uygun açıklamada bulunmayan, açıklamaları idarece tanımlanan yapım şartlarına uymayan veya teknik şartnameye aykırı hususlar içeren isteklilerin teklifleri gerekçeleri belirtilmek suretiyle reddedilecektir. ..." kurallarına yer verilmiştir.

Davaya konu ihaleye ait İdari Şartname'nin "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 33. maddesinde ise, "33.1. Teklifi sınır değer altında kalan isteklilerden Kanun'un 38'inci maddesine göre açıklama istenecektir. Bu kapsamda; ihale komisyonu sınır değer altında kalan teklifleri aşırı düşük teklif olarak tespit eder ve bu teklif sahiplerinden Kurum tarafından belirlenen kriterlere göre teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister..." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

I. Dava konusu Kurul kararının aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığından bahisle davacının teklifinin reddedilmesine ilişkin kısmı yönünden;

İtirazen şikâyet başvurusu üzerine Kurul tarafından, TATS0 ve İT0'dan talep edilen bilgi ve belgeler üzerinden yapılan inceleme sonucunda, söz konusu iş makinesinin ilk tescil işleminin İT0 tarafından yapıldığı dikkate alınarak TATS0 tarafından daha sonra yapılan tescil işlemine konu odaya kayıtlı makine mühendisi tarafından düzenlenen teknik

belgedeki bilgilerin ilk tescil işlemini yapan İT0 tarafından gönderilen yazı ekindeki teknik belgedeki bilgiler ile tutarlı olmadığı görüldüğünden, ilk tescil işlemini gerçekleştiren İT0'dan sonra TATS0 tarafından yapılan tescile konu teknik belgedeki bilgilerin gerçeği yansıtmadığının anlaşıldığı, İT0 tarafından gönderilen yazı ve eki belgeler dikkate alındığında yapılan birim çevirme işlemi sonucunda " $2\frac{1}{2}$ Yd³" hacminin 1,91 m³'e denk geldiği, davacı tarafından sunulan ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığı açık olduğundan davacının aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığı gerekçesiyle teklifinin reddedilmesi gerektiği kanaatine varılarak bu yönde karar verilmiş, Mahkemece herhangi bir teknik inceleme veya tespiti dayanmayan bu değerlendirmeler esas alınarak karar verilmiştir.

Diğer taraftan dava konusu işlem sonrasında davacı tarafından, MMO Ankara Şubesi'ne yapılan başvuru üzerine makine mühendisi bilirkişilerce yapılan inceleme sonucunda hazırlanarak dosyaya sunulan Teknik Bilirkişi Raporu'nda, ekskavatöre ait motorun 2100 devirde verebileceği maksimum gücün ortalama 210 HP olduğu, kova kapasitesinin de yapılan ölçümlere göre 1,91 m³(=2,50 yard³) olduğu, bu teknik tespiti göre aşırı düşük teklif açıklamasında kullanılan ekskavatörün motor gücü ve kova kapasitesinin idarece belirlenen teknik kriterleri karşıladığı hususlarına yer verildiği; ayrıca yine davacı tarafından "ikinci el iş makinesi ile ilgili tescil değişikliği işleminde, başvuru dilekçesi ekinde sunulan odaya kayıtlı makine mühendisi tarafından düzenlenmiş ve imzalanmış teknik belgenin dikkate alınmasının mümkün olup olmadığı" hususunda bilgi talep edilen TOBB tarafından verilen 01/03/2021 tarihli cevapta "Bu kapsamda, üzerinde teknik değişikliğe gidilen ve bilgileri değişen iş makinelerinin, mevzuatta diğer gerekliliklerinin de yerine getirilmesi kaydıyla, bilirkişilerce veya makine mühendislerince hazırlanacak teknik belge ve raporlara istinaden yeniden tescil edilmesi mümkündür." açıklamalarına yer verildiği görülmüştür.

Nitekim, 2918 sayılı Kanun uyarınca TOBB Yönetim Kurulu'nun

17/10/2008 tarih ve 113 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan İş Makinelerinin Tescili ile İlgili Esaslar ile de iş makinelerinin tescilinde iş makinesi üzerinde tadilat yapılmış ise bu tadilatın firmaca hazırlanmış ve onaylanmış tadilat projesine istinaden tescil edilebileceği öngörülmüştür.

Belirtilen açıklamalar çerçevesinde, Kurul tarafından herhangi bir teknik görüş talep edilmeksizin, teknik ve somut bir tespit esas alınmaksızın salt farklı bilgiler içeren tescil belgelerini düzenleyen ilgili iki odadan talep edilen belgeler üzerinden karşılaştırma yapılarak ilk tescil işlemini gerçekleştiren İTO'dan sonra TATSO tarafından yapılan tescile konu teknik belgedeki bilgilerin gerçeği yansıtmadığı, İTO tarafından gönderilen yazı ve eki belgeler dikkate alındığında yapılan birim çevirme işlemi sonucunda " $2\frac{1}{2}$ Yd³" hacminin 1,91 m³'e denk geldiği, davacı tarafından sunulan ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığının açık olduğu gibi kesin yargılara varılarak eksik inceleme sonucunda karar verilmiş olduğu anlaşıldığından dava konusu işlemin davacının teklifinin reddedilmesine ilişkin kısmında hukuka uygunluk, bu kısım yönünden davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

II. Dava konusu Kurul kararının davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiğine ilişkin kısmı yönünden;

Dava konusu Kurul kararında, "... Altyapı Sanayi ve Ticaret A.Ş. adına Tatvan Ticaret ve Sanayi Odası tarafından ... marka ekskavatöre ilişkin ... tarih ve ... seri numarası ile düzenlenen tescil belgesinin anılan istekli tarafından ihalede aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında kullanılması suretiyle gerçekleştirilen fiil ve davranışların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan 'İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.' kapsamında ihale kararını etkileyecek nitelikte

yasak fiil ve davranış olduğu ve idarece bu kapsamda gerekli işlemlerin tesis edilmesi gerektiği anlaşılmıştır.” değerlendirmesine yer verilmiş, Mahkemece söz konusu değerlendirmenin bildirim niteliğindeki ön işlem olduğu, icraîlik vasfı taşımadığından, idarî davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı, başka bir anlatımla, kesin ve yürütölmesi zorunlu bir işlem bulunmaması nedeniyle, davanın bu kısmının esasını inceleme olanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

4734 sayılı Kanun sistematik olarak incelendiğinde, Kurul’un görev ve yetkilerinin Kanun’un üçüncü kısmında düzenlendiği görölmektedir. Kanun’un üçüncü kısmında yer alan 53. maddesinde, “ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece (ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarca) yapılan işlemlerde Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri sonuçlandırmak” ve “haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak” Kurum’un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama ise, Kanun’un dördüncü kısmında yer alan 58. maddede ayrıca düzenlenmiş, yasaklama kararlarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı, belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verileceği belirtilerek yasaklama kararını vermeye yetkili makamlar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde, ihaleye katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderildiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumu’na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği, yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız

olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığı, ihaleyi yapan eğer bir bakanlık değilse ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlıkça, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı, belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurumu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, her ne kadar Mahkemece dava konusu Kurul kararında yer alan, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerin, bildirim niteliğindeki ön işlemlerden olduğu, icraîlik vasfı taşımadığından, idarî davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı kanaati ile karar verilmiş ise de, söz konusu değerlendirme kapsamında, davacının eyleminin "yasak fiil ve davranış olduğu" ve "idarece bu kapsamda gerekli işlemlerin tesis edilmesi gerektiği" şeklinde kesin bir tespite ve ihaleyi yapan idareye talimat verildiği dikkate alındığında dava konusu Kurul kararının, davacı hakkında yasaklamaya ilişkin işlemlerin başlatılması gerektiğine ilişkin kısmında da hukuka uygunluk, bu kısım yönünden davanın incelenmeksizin reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi

uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,

3. DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE,

4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz yargılama giderleri toplamı ...-TL ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

5. Posta giderleri avansından artan tutarın ve istemi hâlinde ilk derece ve temyiz aşamasında kullanılmayan toplam ...-TL (...-TL+...-TL) yürütmeyi durdurma harçlarının davacıya ayrı ayrı iadesine,

6. Müdahil yargılama gideri olan ...-TL'nin müdahil üzerinde bırakılmasına,

7. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

8. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 23/09/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.