

analiz girdisi için fiyat teklifi alınan ve hazır betonun temin edileceği firmanın adresi ile işin yapılacağı yerin ise farklı olduğu idarenin işin yapılacağı mahali bilerek tespitinde bulunduğu, beton harcı taşıyan araçların hız limitleri dikkate alındığında söz konusu girdide yer alan beton harcının taşınmasının beton mukavemeti için öngörülen taşıma süreleri açısından teknik olarak makul düzeyde olmadığı aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında bu hususa ilişkin bir dayanak

**sunulmadığı
değerlendirildiğinde itirazın
şikayet başvurusunun reddine
karar verilmiş olup Kurul
kararında davaya konu ihale
kapsamında aşırı düşük teklif
değerlendirmesinde teklifleri
değerlendirme dışı bırakılan
diğer istekliler hakkında da
inceleme yapılarak aşırı
düşük teklif açıklamalarının
Kurul kararı ile de uygun
bulunmamasına karar verilmesi
gerektiğinden ihaleye katılan
tüm isteklilerin
makinelere de incelenerek
karar verilmesi gerektiği
(Danıştay K1)**

Toplantı No

: 2022/011

Gündem No	: 44
Karar Tarihi	: 23.02.2022
Karar No	: 2022/MK-56

BASVURU SAHİBİ:

Nesce İnşaat Enerji ve Ticaret A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları Genel Müdürlüğü 4. Bölge Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2019/548489 İhale Kayıt Numaralı "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr Sakarıllıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler Ve Üstyapı Yapılması İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 4. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/548489 ihale kayıt numaralı "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr. Sakarılıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler ve Üstyapı Yapılması İşi" ihalesine ilişkin olarak Nesce İnşaat Enerji ve Ticaret A.Ş. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1050 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Kurul tarafından bahse konu Kurul kararına ilişkin daha önce alınan 08.12.2020 tarihli ve 2020/MK-300 sayılı kararda "Davacı Nesce İnş. Enr. ve Tic. A.Ş. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyse açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesinin 04.11.2020 tarihli ve E:2020/1719, K:2020/1838 sayılı kararında "Dava konusu olayda; her ne kadar Kurul kararı ile davacı şirketin "C 30/37 beton harcı hazır beton harçları (TS EN 206-1)" analiz dikkati için fiyatı teklifi anılan ve hazır betonun temin edileceği firmanın adresinin Kırıkkale ili olduğu, işin yapılacağı (Mihalgazi/Eskişehir) yer ve beton harcı taşıyan araçların hız limitleri dikkate alındığında söz konusu girdide yer alan beton harcının taşınmasının, Karayolları Teknik Şartnamesinin beton mukavemeti için öngörülen taşıma süreleri açısından teknik olarak makul düzeyde olmadığı, başvuru sahibi tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında bu hususa ilişkin bir dayanak sunulmadığından bahisle itirazen şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiş ise de; yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; istektilerin aşırı düşük teklif açıklamaları, üçüncü kişilerden aldıkları alınan fiyat teklifleri ile yapabilmelerinin mümkün olduğu, aşırı düşük teklif açıklaması çerçevesinde sunulan belgelerin ihale mevzuatına uygunluk açısından incelenebileceği, üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin yapım işinin gerçekleştirileceği şehirden alınmasını zorunlu kılan veya ihale konusu işin gerçekleştirilmesi aşamasında kullanılacak malzemenin mutlaka aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında proforma fatura alınan firmalardan temin edilmesini gerektiren bir mevzuat hükmünün bulunmadığı, böyle ki ilgililerin, hukuk düzeninin kendisine verdiği bir hakkı kullanabilmesi ve bir yükümlülüğü yerine getirebilmesi için bu hak ve yükümlülüğün kendileri açısından açıkça bilinmesi gerektiği, aksi takdirde bu bilgiye sahip olmayan ilgililer tarafından kendisine verilen haksız ve ifa edilmesi gereken yükümlülüklerin işe yerine getirilemeyeceği, bu durumun ise hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvencik ilkelere ihlali niteliğinde olduğu, bu nedenle aşırı düşük teklif açıklamalarında istektilerin yükümlülüğünü idarece açıkça belirlenen ve açıklanması istenen iş kalemlerinin ve analiz girişlerinin oluşturulduğu, yani açıklanması istenmeyen bir iş kalemi ya da analiz girişinden dolayı istektilerin yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Uyumsuzlukta; ihaleyi yapan idare tarafından davacı iş ortaklığından, "C 30/37 beton harcı hazır beton harçları (TS EN 206-1)" pozu için aşırı düşük teklif açıklaması istenildiği, fakat açıklama istenilen yazılarda söz konusu beton harcının nakliyesinin teknik vasıfları bozulmadan nasıl yapılacağı ve nakliye bedelinin nasıl karşılanacağı hususunda açıklama yapılmasının istenmediği, dolayısıyla istektilerden kendilerinden istenmeyen hususlarda açıklama yapmalarının beklenmeyeceği, açıklama yapılmış olsa bile bunun takdirene bağlı olarak açıklama olacağı, nitekim bu açıklamadan dolayı tekliflerinin değerlendirilme dışı bırakılmayacağı açık olup, yukarıda belirtilen düzenlemelerde, ihaleye katılıp teklifleri aşırı düşük bulunan istektilerin açıklamalarının değerlendirilmesinde Kamu İhale Genel Tebliğinin ilgili maddeleri dikkate alınacağı belirtilmiştir, anılan Tebliğin 45.1.13 maddesine göre ise, üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin teklifi aşırı düşük bulunan istektilerin, tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanunun 38. maddesi uyarınca yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerin olduğu anlaşılmaktadır, ihaleyi yapan idare tarafından davacı şirketten "C30/37 beton harcı, hazır beton harçları(TS EN 206-1)" pozu için aşırı düşük teklif açıklaması istenildiği, açıklama istenilen yazılarda söz konusu beton harcının nakliyesinin teknik vasıfları bozulmadan nasıl yapılacağı ve nakliye bedelinin nasıl karşılanacağına ilişkin belirlenmediğinden, dolayısıyla istektilerden kendilerinden istenmeyen hususlarda açıklama yapmalarının beklenmeyeceği, açıklama yapılmış olsa bile bunun takdirene bağlı olarak açıklama olacağı, zira bu açıklamadan dolayı tekliflerinin değerlendirilme dışı bırakılmayacağı aşkırtır.

Bu durumda; davacı iş ortaklığının sunduğu aşırı düşük teklif açıklamasında, ilgili iş kalemlerinde beton harcına ilişkin fiyat teklifini içeren proforma faturanın, Kamu İhale Genel Tebliğine uygun olarak SMMM tarafından onaylandığı, teslim fiyatının belirlendiği, teslim edilecek beton harcının Kırıkkale ilinde üretileceği yönünde bir kayıtların fiyat teklifinde yer almadığı, bu itibarla fiyat teklifini düzenleyen firma tarafından ihale konusu yapım işinin gerçekleştirileceği yere yakın bir başka üreticiden beton harcı temin edilerek alıcılara teslim edilmesinin önde hukuki bir engel bulunmadığı dikkate alındığında, Kamu İhale Kurulu'nun; ihale konusu işin gerçekleştirilmesi aşamasında kullanılacak malzemenin mutlaka aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında fiyat teklifi alınan firmadan temin edileceği varsayımıyla fiyat teklifini veren firmanın faaliyet yerinin Kırıkkale ili ve işin yapılacağı yerin ise Eskişehir ili olduğu, bundan bahisle taşıyıcı araçlar için hız sınırları dikkate alındığında beton harcının taşınmasının, Karayolları Teknik Şartnamesi'nin "308.07.04.01 Yaş Karışım Hazır Betonun Taşınması" başlıklı maddesinde beton mukavemeti için öngörülen taşıma süreleri açısından teknik olarak makul düzeyde olmadığı gerekçesiyle itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurumu'nun 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1050 sayılı Kurul kararında bu yönüyle hukuka aykırık bulunmaktadırlar." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

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- Kamu İhale Kurulunun 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1050 sayılı kararının (a) bölümünde yer alan iddiaya ilişkin kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine," şeklinde karar verilmiştir.

Bu kez Davacı Ege Asfalt Mad. İnş. Nak. San. Tic. A.Ş. tarafından itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulunun 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1050 sayılı kararının; "...aşırı düşük teklif açıklaması sunan tüm istektilerin aynı nitelikteki belgelerinde incelenerek karar verilmesi gereken eksik inceleme yapılarak karar verildiği" yönündeki iddiası ve ilgili kararın iptali istemi ile açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesinin 28.09.2020 tarih ve E:2020/1680, K:2020/1554 sayılı kararı ile "davanın ehliyet yönünden reddine" karar vermesi üzerine açılan davada Danıştay 13. Dairesininin 04.11.2021 tarih ve E:2020/3603, K:2021/3672 sayılı kararı ile "Ankara 11. İdare Mahkemesinin kararının bozulması, yeniden bir karar verilme üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesi" yönünde karar verilmesi üzerine, İdare Mahkemesinin 26.01.2022 tarih ve E:2022/152, K:2022/175 sayılı kararında "Dava dosyasının incelenmesinden; Karayolları Genel Müdürlüğü, 4. Bölge Müdürlüğü'nün 04.12.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr. Sakarılıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler ve Üstyapı Yapılması İşi" ihalesinin davacı şirket ve davacı şirketin ortağı olduğu Söğüt İnş. Taah. Petrol Mad. Gıda Nak. İc ve Daş Tic. A.Ş. iş ortaklığının uhdesinde kaldığı, söz konusu ihaleye katılan ve teklifi değerlendirme dışı bırakılan Nesce İnşaat Enerji ve Ticaret A.Ş.'nin teklifinin, aşırı düşük teklif açıklaması istenilmesinden sonra idarece yapılan değerlendirme sonucunda değerlendirilme dışı bırakılmasına karar verilmesi üzerine, yapılan itirazen şikâyet başvurusunun, aşırı düşük teklif açıklaması ve nihayetinde teklifin değerlendirilme dışı bırakılmasına yönelik ihale işlemlerinin incelenerek sonucu itibarıyla itirazen şikâyet başvurusunun 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1050 sayılı Kurul kararı ile reddine karar verildiği, davacı şirket tarafından, 4734 sayılı Kanunun amir hükümleri gereğince eşit muamele ilkesi yönünden aşırı düşük teklif açıklaması sunan tüm istektilerin aynı nitelikteki belgelerinin incelenerek karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar alındığı ve diğer aşırı düşük teklif sahibi istektilerin aşırı düşük açıklaması kapsamında sunulan makinalara yönelik belgelerin incelenmediği, adı geçen iş ortaklığınca yapılan itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının eşit muamele ilkesi çerçevesinde diğer aşırı düşük teklif açıklaması yapan tüm istektilerin belgelerinin de incelenerek karar verilmesi gerekirken bu istektiler yönünden inceleme yapılmamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1050 sayılı Kurul kararının iptali istemiyse bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu uyumsuzlukta; Karayolları Genel Müdürlüğü, 4. Bölge Müdürlüğü'nün 04.12.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr. Sakarılıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler ve Üstyapı Yapılması İşi" ihalesinin davacı şirket ve davacı şirketin ortağı olduğu Söğüt İnş. Taah. Petrol Mad. Gıda Nak. İc ve Daş Tic. A.Ş. iş ortaklığının uhdesinde kaldığı, ardından ihaleye istekli olarak katılan ve teklifi değerlendirilme dışı bırakılan Nesce İnşaat Enerji ve Ticaret A.Ş.'nin itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu, itirazen şikâyet dilekçesinde özetle; "İdare tarafından aşırı düşük teklif açıklamalarının "C 30/37 beton harcı, HAZİR BETON HARÇLARI (TS EN 206-1) pozunda istektiler tarafından Kırıkkale ilinde bulunan İhtiyaçlar Parke Beton Ltd. Şti. firmasından fiyat teklifi alınmıştır. İhale konusu işin Eskişehir ili Sakarılıca Mihalgazi İl Yolunda gerçekleştirildiğinden Kırıkkale'den beton taşınmasıyla bağlantılı olarak akışına uygun olmayacağı ve aynı zamanda betonun taşınması sırasında geçen zamanda hazır betonun mukavemetini alacağı da söz konusu olduğundan aşırı düşük açıklaması uygun bulunmamıştır." şeklinde cevap verilerle uygun görülmediği, oysa açıklama istenen iş kalemlerine ilişkin üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin işin yapılacağı 1310, TS EN 1311, TS EN 1313-1,

2) "pozu için istekli tarafından fiyat teklifi alınarak sunulan 750 TL/m³ çam kerestesinin bedelinin; İdaremeçte yapılan piyasa, araştırmalarında Çam kerestesi (II.sınıf) fiyatlarının 2.000,00 TL/m³ ile 2.400,00 TL/m³ arasında olduğu görülmüştür. İstekli tarafından sunulan 750 TL/m³ gerçek piyasa koşullarını yansıtmadığı, çam kereste bedelinin tevsik için sunulan belgelerde yer alan bedelin piyasadan gerçekleriyle örtüşmediği bu itibarla şeklen, Kamu İhale Genel Tebliğine uygun açıklama yapılması olmasının hayatın gerçeklerinin önüne geçmeyeceği ve idarece ihale döneminde belirtilen özellik ve miktardaki Çam kerestesinin bu fiyatlara alınmasının mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır şeklinde cevap verilerle uygun görülmediği ancak açıklamalar kapsamında sunulan fiyat tekliflerinin mevzuata uygun şekilde hazırlanıp sunulmasının yeterli olduğu, ilgili açıklamaların piyasa koşullarını yansıtmadığı gerekçesi ile uygun görülmemektedir tekliflerinin değerlendirilme dışı bırakılmasının, kamu ihale mevzuatında yer alan ilgili hükümler ile dilekçesinde yer verilen kurul ve mahkeme kararları dikkate alındığında hukuka aykırı olduğu," iddialarına yer verildiği, Kurumun dava konusu edilen 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1050 sayılı kararıyla, itirazen şikâyet konu birinci iddia yönünden: "30/37 beton harcı, HAZİR BETON HARÇLARI (TS EN 206-1)" analiz girdisi için fiyat teklifi alınan ve hazır betonun temin edileceği firmanın adresinin Balıeseyh/Kırıkkale'de işin yapılacağı yerin ise Sakarılıca-Mihalgazi'de olduğu, idarenin işin yapılacağı mahali bilerek tespit edilmiş olduğu, beton harcı taşıyan araçların hız limitleri dikkate alındığında söz konusu girdide yer alan beton harcının taşınmasının. Karayolları Teknik Şartnamesi'nin 308.07.04.01 Yaş Karışım Hazır Betonunun Taşınması" başlıklı maddesinde beton mukavemeti için öngörülen taşıma süreleri açısından teknik olarak makul düzeyde olmadığı, başvuru sahibi tarafından da aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında bu hususa ilişkin bir dayanak sunulmadığı değerlendirildiğinden başvuru sahibinin (a) bölümünde yer verilen iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır." ifadeleriyle itirazen şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiş olup, davacı şirket tarafından, bahse konu Kurul kararında, davaya konu ihale kapsamında aşırı düşük teklif değerlendirilmesinde, teklifleri değerlendirilme dışı bırakılan diğer istektiler hakkında da inceleme yapılarak aşırı düşük teklif açıklamalarının Kurul kararı ile de uygun bulunmasına karar verilmesi gerektiğinden, diğer bir ifade ile ihaleye katılan tüm istektilerin makinelarının de incelenerek karar verilmesi gerektiğinden bahisle Kurul kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Uyumsuzluk, davalı idare tarafından, ihaleye geçerli teklif veren istektilerin fiyat tekliflerinin eşit muamele ilkesi kapsamında incelenip incelenmeyeceği hususunda kaynaklanmaktadır. Aktarılan düzenlemelere göre, davalı idarenin itirazen şikâyet başvurusunun aşırı düşük teklifli iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususların yanında ayrıca eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından da inceleme gerekmektedir. Bu incelemede, itiraz edilen işlemin diğer aday veya istektilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bakılan davada, davalı idarece eşit muamele ilkesi yönünden dava konusu Kurul kararında herhangi bir değerlendirilme yer almadığı, başvuru sahibinin iddiaları kapsamında itiraz edilen hususlara ilişkin olarak diğer aday ve istektilerin tekliflerinin de değerlendirilmesi gerektiğinden açık olduğu, her ne kadar davalı idarece, böyle bir başlık açıklaması halinde eşit muamele ilkesi yönünden değerlendirilecek bir husus bulunmadığı, ortada hukuka aykırılık veya ihlal olmadan kurul kararında bu hususa açıkça yer verilmesinin beklenmeyeceği, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı iddia edilmiş ise de; yukarıda yer verilen düzenlemelerde açıkça eşit muamele ilkesi yönünden değerlendirilmelerde bulunacağından düzenlendiği, ihlal veya hukuka aykırılık olmasa da bunun ayrı bir başlık altında açıkça belirtilerek değerlendirilmesinin bu şekilde yapılabileceği, hukuka uygunluk karinesinin bu uyumsuzlukta kullanılmasına imkan bulunmadığı anlaşılmaktadır, davalı idarenin tüm bu iddialarına itibar edilmemiştir.

Bu durumda, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerle yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, davalı idareye yapılan itirazen şikâyet başvurusunda ihaleye sahiplerinin iddiaları kapsamında eşit muamele ilkesi yönünden diğer aday ve istektilerin tekliflerinin de değerlendirilmesinin gerekirken, bu husus değerlendirilmeden tespit edilen Kamu İhale Kurulu'nun 2020/UY.II-1050 sayılı kararında eksik inceleme nedeniyle hukuka aykırık bulunmamaktadır." ifadelerine yer verilerle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Sonuç olarak Anılan Mahkeme kararından; 08.12.2020 tarihli ve 2020/MK-300 sayılı kararın hukuki geçerliliğinin korunduğu anlaşılmakla birlikte Kamu İhale Kurulunun 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1050 sayılı kararında yer alan iddiaların eşit muamele ilkesi açısından da incelenmesinin temininde dava konusu işlemin iptal edildiği anlaşılmıştır.

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 hükmüne 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 kararla idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği 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,

Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1050 sayılı kararda yer alan iddiaların esasının eşit muamele ilkesi çerçevesinde aşırı düşük teklif açıklaması yapan istektiler yönünden yeniden incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.