

**Aşırı düşük teklif
açıklamasında satış tutarı
tespit tutanağının ve ihale
işlem dosyasında iş
ortaklığının özel ortağı olan
şirkete ait pay defterinin
ihale komisyonuna sunulmadığı
gerekçesiyle teklifi
değerlendirme dışı bırakılan
ve dolayısıyla teklifi
geçersiz olan davacı şirketin
teklifi ile ekonomik açıdan
en avantajlı teklif sahibi
isteklinin geçerli teklifi
arasında kamu zararı
değerlendirmesinin
yapılamayacağı
anlaşıldığından, dava konusu**

Kurul kararının davacının bu husustaki iddiasının yerinde görülmediğine ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı hk(Danıştay K)

Aşırı düşük teklif açıklamasında satış tutarı tespit tutanağının ve ihale işlem dosyasında iş ortaklığının özel ortağı olan şirkete ait pay defterinin ihale komisyonuna sunulmadığı hk

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/2789 K.**

2021/3484 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

DANİŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3484

Karar No:2021/2789

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) : 1. ... Yemekçilik Turizm Temizlik Bilgisayar Gıda İnşaat Özel Sağlık Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

2. ... Entegre Tesis Profesyonel Hizmet Yönetimi Anonim Şirketi
VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Rektörlüğü Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü'nce 26/11/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "3 Yıllık Malzeme Dahil Yemek Pişirme ve Dağıtım Hizmeti" ihalesine yönelik olarak davacılar tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 27/01/2021 tarih ve 2021/UH.II-247 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda;

1) Aşırı düşük teklif açıklaması için ek süre talebinin dikkate alınmadığı, idarece savunma hakkının engellendiği iddiası yönünden;

Davacı şirkete Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79.2.1 maddesi kapsamında aşırı düşük teklif açıklamasında bulunması için üç iş günü süre verildiği, ihaleyi düzenleyen idarenin pandemi hastanesi olması ve hizmetin aksamadan devam edebilmesi adına yemek hizmeti gerekliliğinin ivediliği göz önünde bulundurulurken davacı şirketlerin ek süre talebinin kabul edilmemesi yönünde işlem tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı,

2) Aşırı düşük teklif açıklamasının satış tutarı tespit tutanağı sunulmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin mevzuata

aykırılı olduğu, anılan belge eksikliğinin esasa etkili olmadığı iddiası yönünden;

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Hizmet alımı ihalelerinde sınır değer tespiti ve aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 79.2.2 ve 79.2.2.1 maddeleri uyarınca, tedarikçi veya üreticilerden alınan birim fiyatları gösteren proforma fatura sunularak açıklama yapılması hâlinde "Ek-0.5 Maliyet Tespit Tutanağı"nın, belirli bir işle ilgili olarak piyasada o alanda faaliyet gösteren kişilerden alınan fiyat teklifi sunulması suretiyle açıklama yapılması durumunda ise "Ek- 0.6 Satış Tutarı Tespit Tutanağı"nın sunulmasının gerektiği, ihale dosyası incelendiğinde; ihalenin konusunun malzemeli yemek hizmet alımı olduğu, idarece yapılan sınır değer hesaplamasına göre başvuru sahibi isteklinin aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulduğu, ihale komisyonu kararından anlaşıldığı üzere, davacılar tarafından 40 kalem malzeme için üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin sunulduğu, alınan tekliflere ek olarak düzenlenmesi gereken (Ek-0.6) ve (Ek-0.5) formlarının düzenlenmediği anlaşıldığından idare tarafından tekliflerinin reddedildiği, isteklinin açıklama talebine verdikleri cevaplarda idarece istenen belgeleri sunmaları gerekmekte olup idarenin, bu konuda eksikliği tamamlamaya zorlanamayacağı, davacı şirketlerin ise mevzuatta aranan satış tutarı tespit tutanağını sunmadığı, bu itibarla davacı şirketlerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı,

3) İş ortaklığının özel ortağı olan şirkete ait pay defterinin ihale komisyonuna sunulmadığı gerekçesiyle tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmayacağı, teklif dosyasında bilgi ve belge eksikliğinin bulunmadığı iddiası yönünden;

Dava konusu ihalede, davacı iş ortaklığına ait teklifin, hem ... Entegre Tesis Profesyonel Hizmet Yönetimi Anonim Şirketi'ne ait pay defterlerinin sunulmadığı, hem de aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, her ne kadar ihalenin ikinci oturumunda belge eksikliği tespit edilen istekliye aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmasına gerek bulunmamakta ise de, idarece

istekliye aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmasının, isteklinin belge eksikliği (pay defteri sunmaması) nedeniyle değerlendirme dışı bırakılması işlemine engel teşkil etmeyeceği, anılan belgenin gerek mevzuatta gerekse de İdari Şartnamede aranılan belgeler arasında bulunduğu ve bu belgenin idareye sunulmamış olduğu anlaşıldığından, bu iddianın yerinde görülmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı,

4) Kamu zararına sebebiyet verildiği iddiası yönünden;

Aşırı düşük teklif açıklamasında satış tutarı tespit tutanağının ve ihale işlem dosyasında iş ortaklığının özel ortağı olan şirkete ait pay defterinin ihale komisyonuna sunulmadığı gerekçesiyle teklifi değerlendirme dışı bırakılan ve dolayısıyla teklifi geçersiz olan davacı şirketin teklifi ile ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi isteklinin geçerli teklifi arasında kamu zararı değerlendirmesinin yapılamayacağı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının davacının bu husustaki iddiasının yerinde görülmediğine ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, itirazın şikâyet dilekçesinde ve dava dilekçesinde "yaklaşık maliyetin hatalı hesaplandığı" ileri sürülmüş olmasına rağmen, davalı idarece ve mahkemece bu hususta hiçbir incelemenin yapılmadığı ve bu yönüyle eksik incelemeyle karar verildiği, ihale makamı idarece mevzuata aykırı işlemde bulunduğu, bu durum ve bu durumun sebebiyet verdiği kamu zararı görmezden gelinerek karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu, aşırı düşük teklif açıklaması yapmasına ilişkin ek süre taleplerinin dikkate alınmayarak savunma haklarının kısıtlandığı ve davalı idarece bu hususun dikkate alınmamasının hukuka aykırı olduğu, ihale makamı idarece ihalenin şirketleri uhdesinde bırakılmaması için art niyetli hareket edildiği ve şirketlerinin sağlıklı bir aşırı düşük teklif açıklaması vermesinin engellendiği, davalı idarece rekabetin sınırlandırılması niteliğindeki bu

hususun göz ardı edildiği ve haksız ve hukuka aykırı bir şekilde başvurunun süre yönünden reddine karar verildiği, tekliflerinin haksız yere değerlendirme dışı bırakılması ile yaklaşık 68 milyon TL kamu zararına sebebiyet verildiği ve bu yönüyle işbu dava konusu Kurul kararınının 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacı iş ortaklığına 30/11/2020 tarihinde EKAP üzerinden tebliğ edilen yazı ile aşırı düşük teklif açıklaması istendiği, söz konusu yazı ile aşırı düşük teklif açıklaması sunmak üzere 3 günlük süre verildiği, davacılar tarafından, 02/12/2020 tarihinde idareye "şikâyet başvurusu dilekçesi" adı altında yapılan başvuruda "talepte bulunduğumuz ek sürenin tarafımıza verilmesi" isteğinde bulunduğu, idarece aynı tarihte "şikâyet başvurusu cevabı" adı altında EKAP üzerinden tebliğ edilen cevabi yazı ile ek süre talebinin reddedildiği, davacıların iddia konusu ettiği hususlara yönelik farkına varma tarihinin, aşırı düşük teklif açıklama isteme yazısının tebliğ edildiği tarih olan 30/11/2020 olduğu, davacılar tarafından söz konusu hususa yönelik olarak 02/12/2020 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu, idarece 02/12/2020 tarihinde başvuruya cevap verildiği, bu tarihi izleyen günden itibaren on gün içinde Kuruma başvurulması gerekirken, 04/01/2020 tarihinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, dolayısıyla davacının iddiasının süre yönünden reddedilmesi gerektiği, dava konusu Kurul kararı ile süre ret kararı verildiğinden, davacıların, idarenin ek süre talebini uygun bulması gerektiğine yönelik esasa ilişkin iddialarına itibar edilmemesi gerektiği, "Kamu zararı" kavramı 5018 sayılı Kanun'un aynı başlığı taşıyan 71. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, Danıştay içtihatlarında da belirtildiği üzere, geçerli olmayan bir tekliften yola çıkılarak ortada bir kamu zararının varlığından bahsetmenin mevzuata uygun olmadığı, temyize konu edilen davanın reddi yönündeki mahkeme kararınının usûl ve yasaya uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNÇESİ : Temyiz isteminin reddi ile usûl ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması 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:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama usûlü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usûl ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların temyiz isteminin reddine,
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama usûlü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunanlar üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacılara iadesine,
5. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının istemleri hâlinde davacılara iadesine,
6. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
7. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 10/09/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.