

aşırı düşük savunmada Akaryakıt fiyatı kullanılan markanın söz konusu ilde anlaşmalı bayisinin bulunması gerektiğine ilişkin bir belirleme yapılmaması hk

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2020/3158 K.

2020/3227 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3227

Karar No:2020/3158

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... İnşaat Harfiyat Madencilik Tarım
Nakliye Petrol Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : Kamu **ihale** Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... Bölge Müdürlüğü'nce 06/05/2020 tarihinde
açık **ihale** usulüyle gerçekleştirilen “... Bölge Müdürlüğü ... (...)

Şube Şefliği, ... (...) Şube Şefliği ve Bölge Dâhili Yollarda Konkasörle Kırılmış Asfalt Mıdırı Temini, Nakli, Temel Yapılması ile Sathi Kaplama Yapılması İşi" **ihalesine** ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucunda bazı isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarının reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi yönünde düzeltici işlem belirlenmesine dair 19/08/2020 tarih ve 2020/UY.II-1406 sayılı Kamu **ihale** Kurulu (Kurul) kararının aleyhine olan kısmının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; **ihaleyi** gerçekleştiren idarece teklifleri sınır değerin altında kalan isteklilerden aşırı düşük teklif açıklaması istenildiği, davacının açıklaması uygun bulunarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği, dava dışı ... İnşaat Elektrik Nakliye İş Makinaları Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti.-... Enerji Dan. Akar. Nak. San. ve Tic. A.Ş. iş ortaklığı tarafından akaryakıt fiyatına ilişkin aşırı düşük teklif açıklamalarının mevzuata uygun olmadığı iddiası ile yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine dava konusu Kurul kararıyla, davacının ve bir kısım isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında motorin analiz girdisi için öngördükleri fiyatın dayanağının bulunmadığından bahisle aşırı düşük teklif açıklamalarının reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı,

Kamu **ihale** Genel Tebliği'nin 45.1.13.5 ve 45.1.13.14. maddelerine göre, istekli tarafından açıklaması yapılacak girdinin fiyatının, kamu kurum ve kuruluşlarınca ilan edilen ilgili mala ilişkin asgari fiyatlara uygun olması hâlinde, sadece ilan/davet ile **ihale** tarihi arasında (**ihale** tarihi hariç) geçerli olan asgari fiyatın belgelendirilmesi suretiyle açıklama yapılmasının yeterli kabul edildiği, akaryakıt girdisine ilişkin olarak da Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt

fiyatlarının % 90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceğinin kurala bağlandığı,

Uyuşmazlığa konu **ihale**de davacı tarafından yapılan aşırı düşük teklif açıklamasında, motorin analiz girdisi maliyetinin hesaplanmasında EPDK tarafından ... ili için 29/04/2020 tarihinde ilan edilen listede ...'e ait motorin birim fiyatı olarak gösterilen ... TL'nin %18 oranında Katma Değer Vergisi (KDV) tutarı indirilerek kullanıldığı ancak Kurul'un bilgi talebi üzerine Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Petrol Piyasası Dairesi Başkanlığı tarafından gönderilen yazıda, ...'in, ... Akaryakıt Dağıtım Nakliye Enerji Gıda İnşaat İthalat İhracat San. Tic. A.Ş.'nin markası olarak faaliyetlerine devam ettiği, 23/04/2020 ile 29/04/2020 tarihleri arasında ... ili sınırları içerisinde anılan şirketin bayisi olarak satış yapmakta olan herhangi bir akaryakıt satış istasyonu bulunmadığının bildirildiği,

Her ne kadar davacı tarafından, EPDK tarafından ...ili için 29/04/2020 tarihinde ilan edilen listede ...'e ait motorin birim fiyatınının % 90'ı kullanılarak açıklama yapılmış ise de, **ihale** ilanı ile **ihalenin** yapıldığı tarihler arasında ...'in ... ili içerisinde faaliyet gösteren anlaşmalı bir bayisinin bulunmadığı, dolayısıyla davacı tarafından aşırı düşük teklif açıklamasında motorin analiz girdisi için belirtilen fiyatın dayanağı bulunmadığından açıklamanın Tebliğ'e uygun olmadığı, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

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

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, motorin girdisine ilişkin açıklamanın iki şekilde yapılmasının mümkün olduğu, birincisinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın ilgili yıl için yayımladığı motorin rayiç fiyatınının kullanılması, ikincisinin ise EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarınının kullanılması yoluyla açıklama yapılması olduğu, Kamu **ihale** Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde, EPDK tarafından yayımlanan fiyata ilişkin olarak bayi bulundurma

şartı olmadığı, neredeyse tüm aşırı düşük teklif açıklamalarında isteklilerce EPDK sayfasından sorgulama yapılarak yayımlanan akaryakıt fiyatları aşırı düşük teklif açıklamalarında kullanılırken, Kurul'un ilk kez böyle bir eleme gerekçesi belirlediği, fiyat yayımlanan bölgede ilgili markanın bayisinin olması gerektiğinin kabulünde dahi zaten EPDK tarafından yayımlanan tüm fiyatlar bayi fiyatı olarak yayımlandığından böyle bir ayırım yapılmasının mümkün olmadığı, EPDK'nin sorgu sayfasında yayımlanan fiyatlara ulaşılabildiği, sorgu sekmesinde dahi bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla bu sayfadan sorgu yaparak fiyat kullanan bir isteklinin kullandığı markanın o ilde bayisi olup olmadığını bilmesinin mümkün olmadığı, kaldı ki EPDK sayfasından anlaşılanın yayımlanan tüm fiyatların bayi fiyatları raporu olduğu, EPDK'nin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlı düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları arasında yer aldığı, bayi fiyatı olarak yayımladığı fiyatın, bayinin var olduğu güveni ve kabulü ile fiyat açıklamalarına esas alındığı, ilgili bölgede bayisi olmayan markanın yayımlamış olduğu fiyat ile satış yapmasına engel bir hüküm bulunmadığı, şantiyede çalışan iş makinelerinin akaryakıt alımı için bayiye gidip akaryakıt dolumu yapmadığı, akaryakıtın tankerler vasıtasıyla şantiyeye getirildiği, markalar tarafından yayımlanan fiyatların o bölge için o fiyatla tedarikin mümkün olduğunu gösterdiği, ...'in dağıtıcı firmasının bayisi olmaksızın doğrudan rafinerisinden şantiyeye mazot tedariki yapmasının mümkün olduğu, motorin tedarikine işin yapımı aşamasında ihtiyaç duyulacağı, EPDK tarafından verilen cevaptan ...'in yeni bayilerinin olduğunun anlaşıldığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, istenilen açıklama kapsamında EPDK tarafından gönderilen cevapta, ...'in ...'ta faaliyet gösteren anlaşmalı bir bayisi bulunmadığından davacı tarafından aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında motorin analiz girdisi için öngörülen fiyatın dayanağının bulunmadığının anlaşıldığı, davacının sunduğu aşırı düşük teklif açıklamalarının mevzuata aykırı olduğunun açık olduğu,

her **ihalenin** kendine özgü, somut koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, davacı tarafından emsal olduğu iddiasıyla sunulan Kurul kararının uyuşmazlık konusunun farklı olduğu, somut olayla ilgisi bulunmadığı, sözleşmenin uygulanması aşamasında ...'in ... ili içerisinde yeni bayilikler kuracağı iddiasının herhangi bir hukukî kapsamı bulunmadığı, zira Tebliğ'e göre açıklama yapılacak girdinin ilan/davet ile **ihale** tarihi arasında (**ihale** tarihi hariç) geçerli olan asgari fiyatının belgelendirilmesi gerektiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN 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 işin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

... Bölge Müdürlüğü'nce 06/05/2020 tarihinde açık **ihale** usulüyle “... Bölge Müdürlüğü ... (...) Şube Şefliği, ... (...) Şube Şefliği ve Bölge Dahili Yollarda Konkasörle Kırılmış Asfalt Mıdırı Temini, Nakli, Temel Yapılması ile Sathi Kaplama Yapılması İş” **ihalesi** gerçekleştirilmiş, **ihalede** 87 **ihale** dokümanı satın alınmış, **ihaleye** 46 istekli katılmış, **ihalede** sınır değer altında teklif sunan 7 geçerli teklif sahibi belirlenmiş ve **ihale** davacı ... İnşaat Hafriyat Madencilik Tarım Nakliye Petrol Taahhüt San. ve Tic. A.Ş. üzerinde bırakılmış, ... İnşaat nakliyat petrol Madencilik ve Turizm San. Tic. A.Ş. – ... Yapı İnşaat A.Ş. İş Ortaklığı ise ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenmiştir.

Bunun üzerine geçerli teklif sahiplerinden dava dışı ... İnşaat

Elektrik Nakliye İş Makinaları Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti. – ... Enerji Dan. Akar. Nak. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı tarafından, “**ihale** üzerine bırakılan şirket ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi şirket tarafından aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında akaryakıt fiyatını tevsik etmek üzere EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarından ... Akaryakıt Dağıtım Nakliye Enerji Gıda İnşaat İthalat İhracat Sanayi Tic. A.Ş. (...) tarafından ilan edilen fiyatın kullanıldığı, ancak ...’in **ihale** ilan tarihi ile **ihale** tarihi arasında Sivas ilinde herhangi bir bayisinin bulunmadığı, ...’in otomasyonda hata yaptığı ve bayisi olmayan illerde de fiyat belirttiği, ... ilinde motorin satışı olmayan ...’in ilan ettiği fiyatların kullanılarak aşırı düşük teklif açıklaması yapılamayacağından anılan isteklilerin açıklamalarının reddedilmesi gerektiği” iddiasıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunulmuştur.

Kurul tarafından yapılan incelemede, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Petrol Piyasası Dairesi Başkanlığı’na yazılan 30/07/2020 tarih ve 11407 sayılı yazıyla, 09/04/2020 ile 06/05/2020 (**ihale** ilan tarihi ile **ihale** tarihi) tarihleri arasında ... ili içerisinde ...’in faâl satış firmasının bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise 23/04/2020 ile 29/04/2020 tarihlerinde ... ili için ilan edilen ... TL motorin birim satış fiyatının hangi ... bayisinden temin edildiği sorulmuş, Petrol Piyasası Daire Başkanlığı’nca verilen cevapta, söz konusu tarihlerde ...’in ... ili içerisinde faaliyet gösteren anlaşmalı bir bayisinin bulunmadığı, cevap verildiği tarih itibarıyla 17/06/2020 tarihli bayilik sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren bir akaryakıt satış istasyonunun bulunduğu belirtilmiştir.

Kurul’un dava konusu kararıyla, aşırı düşük teklif açıklamalarında motorin analiz girdisi için öngörülen fiyatın dayanağı bulunmadığından bahisle başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunarak **ihale** üzerinde bırakılan davacı şirket ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ve **ihale**lere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik’in 18.

maddesinin ikinci fıkrası uyarınca eşit muamele ilkesi gereğince yapılan incelemede geçerli teklif sahiplerinden iki isteklinin aşırı düşük teklif açıklamalarının reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde düzeltici işlem belirlenmesi üzerine, davacı şirket tarafından, Kurul kararının aleyhine olan kısmının iptali istemiyle 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. **İhale** komisyonu; a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması, b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar, c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin 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.

Kamu **İhale** Genel Tebliği'nin 45.1.13.5. maddesinde, "İstekli tarafından açıklaması yapılacak girdinin fiyatı, kamu kurum ve kuruluşlarınca ilan edilen ilgili mala ilişkin asgari fiyatlara uygun olması hâlinde, sadece ilan/davet ile **ihale** tarihi arasında (**ihale** tarihi hariç) geçerli olan asgari fiyatın belgelendirilmesi suretiyle açıklama yapılması yeterlidir;

45.1.13.14. maddesinde," istekliler tarafından akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının % 90'ının altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir. Motorin veya benzine

yönelik olarak öngörülen tutarın TL/lt cinsinden hesaplanmasında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun ilgili düzenlemeleri dikkate alınacaktır.”;

45.1.14. maddesinde, “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.” kuralına yer verilmiştir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kurallara göre, **ihale** komisyonunca teklif fiyatı diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olanlardan teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenlere ilişkin olarak aşırı düşük teklif açıklaması isteneceği, aşırı düşük teklif açıklamaları uygun bulunmayan isteklilerin tekliflerinin reddedileceği, isteklilerce açıklama yapılacak girdinin fiyatı kamu kurum ve kuruluşlarınca ilan edilen mala ilişkin asgari fiyata uygunsa, sadece ilan/davet tarihi ile **ihale** tarihi arasında geçerli olan asgari fiyatın belgelendirilmesi suretiyle açıklama yapılmasının yeterli olduğu, aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında akaryakıt girdisine ilişkin olarak yapılan açıklamalarda EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarınının %90'ının altında sunulan açıklamaların kabul edilmeyeceği anlaşılmaktadır.

Kamu **ihale** Genel Tebliği'ndeki düzenlemeye göre, akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından internet sitesinde il bazında günlük olarak yayımlanan akaryakıt fiyatlarınının %90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceği anlaşılmakta olup söz konusu düzenlemede, isteklilerce akaryakıt fiyatı kullanılan markanın söz konusu ilde anlaşmalı bayisinin bulunması gerektiğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

Bu itibarla, davacı tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında akaryakıt girdisine ilişkin olarak ...'in ... ili için il bazında günlük yayımlanan fiyatının kullanılmasında **ihale** mevzuatına aykırılık bulunmadığından,

itirazın şikâyet başvurusunun kabul edilerek bazı şirketlerin aşırı düşük teklif açıklamalarının reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde düzeltici işlem belirlenmesine dair dava konusu Kurul kararının davacının aleyhine olan kısmında hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi 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 harcının davacıya 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), 16/11/2020 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

Temyize konu İdare Mahkemesi kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan temyiz nedenleri bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.