

**Aşırı düşük savunmada
İsteklilerden kendilerinden
istenmeyen hususlarda
açıklama yapmalarının
beklenemeyeceği açıklama
yapılmış olsa bile bunun
takdiren yapılmış bir
açıklama olacağı hk.**

Toplantı No	: 2020/055
Gündem No	: 35
Karar Tarihi	: 08.12.2020
Karar No	: 2020/MK-305

BASVURU SAHİBİ:

Feza Taahhüt Anonim Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları 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 Feza Taah. A.Ş. itirazzen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1055 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Feza Taahhüt A.Ş tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 16.11.2020 tarih ve E:2020/1836, K:2020/1985 sayılı kararında "1-Dava konusu işlemin; S4 ve S6 poz analizlerinin açıklama istenen alt analizinde "C 30/37 beton harcı HAZIR BETON HARÇLARI (TS EN 206-1)" pozunda istekli tarafından Ankara ilinde bulunan SY Ankara Hazır Beton İnş. Nak. Tur. San. Ve Tic. Ltd. Şti. firmasından fiyat teklifi alındığı ve ihale konusu işin Eskişehir ili Sakarılıca-Mihalgazi İl Yolunda gerçekleştirileceğinden Ankara'dan beton taşımanın hayatın olağan akışına uygun olmayacağı ve aynı zamanda betonun taşınması sırasında geçen zamanda hazır betonun mukavemetini alacağından bahisle aşırı düşük teklif açıklamasının uygun bulunmamasına ilişkin kısmının incelenmesinden;

Dava konusu olayda; her ne kadar Kurul kararı ile davacı iş ortaklığının "C 30/37 beton harcı HAZIR BETON HARÇLARI (TS EN 206-1)" analiz girdisi için fiyat teklifi anılan ve hazır betonun temin edileceği firmanın adresinin Şaşmaz/Etimesgut/Ankara 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 itirazzen şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiş ise de; yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarını, üçüncü kişilerden aldıkları fiyat teklifleri ile yapabilmelerinin mümkün olduğu, aşırı düşük teklif açıklaması çerçevesinde sunulan belgelerin ihale mevzuatına uygunluk açısından incelenilebileceği, 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, öyle 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 hakları kullanamayacağı ve ifa edilmesi gereken yükümlülüklerin ise yerine getirilemeyeceği, bu durumun ise hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin ihlali niteliğinde olacağı, bu nedenle aşırı düşük teklif açıklamalarında isteklilerin yükümlülüğünü idarece açıkça belirlenen ve açıklanması istenen iş kalemlerinin ve analiz girdilerinin oluşturduğu, yani açıklanması istenmeyen bir iş kalemi ya da analiz girdisinden dolayı isteklilerin yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta; ihaleyi yapan idare tarafından davacı şirketten, "C 30/37 beton harcı HAZIR BETON HARÇLARI (TS EN 206-1)" poz 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 yapılmasını istenilmediği, dolayısıyla isteklilerden kendilerinden istenmeyen hususlarda açıklama yapmalarının beklenemeyeceği, açıklama yapılmış olsa bile bunun takdiren yapılmış bir açıklama olacağı, nitekim bu açıklamadan dolayı tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmayacağı açık olup, yukarıda belirtilen düzenlemelerde, ihaleye katılıp teklifleri aşırı düşük bulunan isteklilerin açıklamalarının değerlendirilmesinde Kamu İhale Genel Tebliğinin ilgili maddeleri dikkate alınacağına belirtilmediği, anılan Tebliğin 45.1.13 maddesine göre ise, üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerin, tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanununun 38. maddesi uyarınca yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerden olduğu anlaşılabilir ve belgelerden olduğu anlaşılabilir, ihaleyi yapan idare tarafından davacı iş ortaklığından "C30/37 beton harcı, hazır beton harçları(TS EN 206-1)" poz için aşırı düşük teklif açıklaması istenildiği, açıklama istenilen yazılarda söz konusu beton harcının nakliyesinin teknik vasıfları bozulmadan nasıl yapılacağı ve nakliye bedelinin nasıl karşılanacağına belirtilmediğinden görüldüğü, dolayısıyla isteklilerden kendilerinden istenmeyen hususlarda açıklama yapmalarının beklenemeyeceği, açıklama yapılmış olsa bile bunun takdiren yapılmış bir açıklama olacağı, zira bu açıklamadan dolayı tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmayacağı açıktır.

Bu durumda; davacı şirketin sunduğu aşırı düşük teklif açıklamasında, ilgili iş kalemindeki beton harcına ilişkin fiyat teklifini içeren proforma faturanın, Kamu İhale Genel Tebliğine uygun olarak SMMM tarafından onaylandığı, teslim fiyatının belirtildiği, teslim edilecek beton harcının Ankara ilinde üretileceği yönünde bir kayıtlı 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 önünde hukukî 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 Etimesgut/Ankara 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 itirazzen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

2-Dava konusu işlemin; aşırı düşük teklif açıklamaları uygun görülmeden diğer tüm isteklilerin tekliflerinin idarenin eleme gerekçeleri yanında ayrıca dilekçelerinde yer verilen hususlar bakımından da değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine ilişkin yapılan itirazzen şikâyet başvurusunun yerinde bulunmadığına ilişkin kısmının incelenmesinden;

Dava konusu uyuşmazlıkta; yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ile dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; nihai teklif bedelinin fiyat ve fiyat dışı unsurlarla birlikte hesaplandığı, aşırı düşük teklif açıklaması uygun görülmeden isteklilerin fiyat dışı unsurlar dahil edilerek hesaplanacak nihai teklif bedellerinin bu aşamada hesaplanmadığı, dolayısıyla başvuru sahibinin iddiasında yer verdiği üzere incelemeye konu edilecek kendi teklifinden daha düşük teklif sahibi isteklilerin, bu aşamada henüz belirlenmediği, söz konusu hesabın sadece geçerli teklifler için yapıldığı ve bu şekilde ekonomik açıdan avantajlı tekliflerin belirlendiği bilinmekte ise de; davacı şirketin, aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulan ve aşırı düşük teklif değerlendirmesi uygun görülmeden diğer istekli firmaların, aşırı düşük teklif açıklaması uygun görülen maddeler bakımından da incelenmesi gerektiğinin ileri sürüldüğü, zira ileri sürülen hususlar kapsamında da aşırı düşük teklif değerlendirmelerinin de uygun görülmeceği iddialarının bulunduğu, bu tür iddiaların değerlendirilmemesi durumunda, davacı iş ortaklığının bir daha bu tür bir iddiasını ileri sürme imkanın kaybolacağı, diğer bir ifade ile bu aşamada incelenmemesi durumunda dava şartları bakımından dava açmadaki menfaat ihlalinin bulunmayacağı veya dava açma süresinin dolması gibi kamu düzenine ilişkin olan ve hak düşürücü nitelikte bulunan usule ilişkin eksikliklerin ortaya çıkabileceği, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davacı şirketin itirazzen şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü 2.iddiası bakımından ehliyetli olduğu ve ileri sürdüğü hususlar kapsamında başvurusunun değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline 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 değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği 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 gün geçemeyeceği 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,

1- Kamu İhale Kurulunun 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1055 sayılı kararında yer alan 1'inci iddianın (a) bölümü ile 2'inci iddiaya ilişkin değerlendirmelerin iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda başvuru sahibinin 2'inci iddiasının esasının incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.