

**Aşırı düşük sorgulama yazısının ekinde yer alan analiz formatlarında belirlenmiş olan mesafelerin dışında mesafeler kullanılarak aşırı düşük teklif açıklaması yapılamayacağı hk**

<b>Toplantı No</b>	: 2020/036
<b>Gündem No</b>	: 40
<b>Karar Tarihi</b>	: 19.08.2020
<b>Karar No</b>	: 2020/MK-219

**BASVURU SAHİBİ:**

Mau Yapı İnşaat A.Ş.

**İHALEYİ YAPAN İDARE:**

Karayolları 1. Bölge Müdürlüğü

**BASVURUYA KONU İHALE:**

2019/45311 İhale Kayıt Numaralı "D-605 Karayolu Solaklar Kavşağı (Kocaeli Entegre Sağlık Kampüsü Yolu) Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Köprü İşleri, Üstyapı Ve Çeşitli İşler (İdare Malı Bitüm İle)" İhalesi

**KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**

**KARAR:**

Karayolları 1. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/45311 ihale kayıt numaralı "D-605 Karayolu Solaklar Kavşağı (Kocaeli Entegre Sağlık Kampüsü Yolu) Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Köprü İşleri, Üstyapı ve Çeşitli İşler (İdare Malı Bitüm İle)" ihalesine ilişkin olarak Mau Yapı İnşaat A.Ş. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 24.10.2019 tarihli ve 2019/UY.I-1399 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Egecan Akaryakıt Temizlik Nakliyat İnşaat Turizm Sanayi Ticaret Anonim Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesinin 07/02/2020 tarih ve E:2020/99 K:2020/300 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmesi üzerine davacı tarafından yapılan temyiz başvurusu sonucu verilen Danıştay Onüçüncü Dairesininin 30.04.2020 tarih ve E:2020/822, K:2020/981 sayılı kararında "...

1.Mahkeme kararının 1. iddia haricindeki iddialar yönünden davanın reddine ilişkin kısmı incelendiğinde; İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür. Temyizen incelenen kararın bu kısımları usul ve hukuka uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2. Mahkeme kararının, nakliye girdisi için idarece analizlerde belirlenen mesafenin altında bir mesafe ile açıklama yapılamayacağı yönündeki 1. iddia yönünden davanın reddine ilişkin kısmı incelendiğinde;

Sözlük anlamı ile "düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek" olarak tanımlanan "düzenleme", kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; sürekli, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır. Yasama organının yasama tasarrufları dışında, idare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile, kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s.426).

"Kural işlemler" (ya da diğer adıyla "genel düzenleyici işlemler"), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idari işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığı kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurallar konulmuş olması zorunlu olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi gerekir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, ilgili buldukları sektörde düzenleme ve denetleme görevi üstlenmekte olup, bu kuruluşların temel işlevi, toplumsal ve ekonomik hayatın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemektir. Kamu ihaleleriyle ilgili olarak düzenleme yapma yetkisine sahip olan davalı Kurum'un, 4734 sayılı Kanun'la kendisine tanınan bu yetkiyi dava konusu uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınacak kuralları kabul etmek suretiyle kullandığı görülmektedir.

Nitekim, 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde, teklifi diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olan isteklilerden aşırı düşük teklif açıklamasının istenileceği belirtiltikten sonra; maddenin son fıkrasında yer alan kural ile, konuya ilişkin detaylı düzenlemeleri yapma yetkisinin Kurum'a verildiği ve ihale komisyonlarının Kurum tarafından yapılacak bu düzenlemeleri esas alacakları kurala bağlanmıştır. Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan konuya ilişkin düzenlemeler, ihale sürecine katılan bütün taraflar (ihaleyi gerçekleştiren idare, istekli ve istekli olabilecekler) bakımından bağlayıcı olup, ihale süreçlerine ilişkin öngörülebilirliği ve ihale işlemlerindeki objektifliği sağlamaya hizmet etmektedir.

Bu kapsamda, anılan yetkiye dayalı olarak Kurum'ca hazırlanan Kamu İhale Genel Tebliği ile iş kalemlerine ilişkin analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının ihale dokümanı kapsamında istekli olabileceklere verilmesi, isteklilerin de tekliflerinin aşırı düşük olduğu tespit edilerek kendilerinden açıklama istenmesi durumunda, verilen bu formata göre açıklama yapması, idarece yapılacak değerlendirmelerde de söz konusu formatların esas alınması gerektiği kurala bağlanmış, ayrıca aşırı düşük teklif sorgulama yazısında, ihale konusu işe özgü alanlara (malzeme ocağı vb.) ilişkin olan ve açıklama istenecek girdi niteliğinde bulunan nakliyelere dair yaklaşık maliyet hesabında esas alınan mesafelerin belirtileceğine ilişkin düzenleme ile, aşırı düşük teklif açıklamalarında ihale sürecine katılan bütün taraflar açısından öngörülebilirlik sağlanması amaçlanmıştır. Öte yandan, istekliler tarafından, ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğunu düşündükleri diğer işlemlerde olduğu gibi, aşırı düşük teklif sorgulama yazısına ilişkin olarak da tebliğinden itibaren süresi içerisinde (ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21' inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hâllerde ise on gün içinde) şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Zira, aşırı düşük teklif sorgulama yazısının itiraz edilmeden kesinleşmesi hâlinde, aşırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesi artık kesinleşen bu sorgu yazısına göre gerçekleştirilecektir.

İhaleyi gerçekleştiren idare tarafından aşırı düşük teklif açıklaması talep edilen isteklilere gönderilen sorgulama yazısı ekinde, idarece açıklama istenilen iş kalemleri için, her bir iş kalemini oluşturan analiz girdilerinin cins ve miktarlarının bulunduğu analiz formatına, açıklama istenilen ve istenilmeyen analiz girdilerine; ayrıca ihale konusu işe özgü alanlara ilişkin olan açıklanması istenen analiz girdileri kapsamında bulunan nakliye mesafelerine yer verildiği görülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, aşırı düşük teklif açıklama isteme yazısıyla isteklilere gönderilen analizlerde, "Özel-3" poz numaralı iş kaleminin "Kırmataşın ocaktan iş başına taşınması" nakliye girdisine ve "PMAT-PMT" poz numaralı iş kaleminin "Plentten serim yerine taşınması" nakliye girdisine yönelik olarak nakliye mesafesinin 35 km olarak belirlendiği, ancak ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından anılan nakliye girdilerine ilişkin olarak 23 km mesafe üzerinden açıklama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kurum tarafından düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan kural ve ihaleyi gerçekleştiren idarece aşırı düşük teklif sorgulama istemine ilişkin yazıyla isteklilere gönderilen ihale dokümanı kapsamındaki analiz formatlarının süresi içinde itiraz edilmeden kesinleşmesi nedeniyle, aşırı düşük sorgulama yazısının ekinde yer alan analiz formatlarında belirlenmiş olan mesafelerin dışında mesafeler kullanılarak aşırı düşük teklif açıklaması yapılamayacağı sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının iptali istemiyle açılan davanın 1. iddia yönünden reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır..." gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına 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 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 kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmekte ise de, aynı Kurul kararına ilişkin olarak başka bir davacı Mau Yapı İnşaat A.Ş. tarafından açılan dava sürecinde Danıştay Onüçüncü Dairesininin 30.04.2020 tarih ve E:2020/557, K:2020/982 sayılı kararının alındığı, Danıştay kararı gereği alınan 19.08.2020 tarihli ve 2020/MK-218 sayılı Kurul kararında anılan uyuşmazlık kararına ilişkin, "...

1- Kamu İhale Kurulunun 24.10.2019 tarihli ve 2019/UY.I-1399 sayılı kararının 1. maddesinin (a) başlıklı bendinde yer alan iddia ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Yafa Mühendislik Müşavirlik İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin aşırı düşük teklif açıklamasının reddedilerek teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine," şeklinde işlem tesis edildiği anlaşılmıştır.

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,

Karar verilmesine yer olmadığına,

Oybirliği ile karar verildi.