

Aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun olduğu tespiti yapıldıktan sonra ek bir araştırma yapılması bilgi belge istenmesi

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2020/3494 K.

2020/3264 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3264

Karar No:2020/3494

TEMYİZ EDEN (DAVACI): ...İnşaat A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI): Kamu İhale Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

MÜDAHİLLER (DAVALI): 1. ...Taahhüt A.Ş.

2. ... Yapı Onarım İnş. Mad. Akar. Nak. Tur. San. ve

Tic. Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ:

Dava konusu istem: ...Genel Müdürlüğü ... Bölge Müdürlüğü'nce 23/01/2019 tarihinde açık **ihale** usulü ile gerçekleştirilen "Çeşmeli-Mersin-Tarsus ve Tarsus-Pozantı Otoyolu ile Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Tarsus Doğu Kavşağı (Km:46+091) – Adana Kuzey Kavşağı (72+703) Arasında Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşi" **ihalesine** yönelik olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 04/12/2019 tarih ve 2019/UY.II-1600 sayılı Kamu **ihale** Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; **ihale**yi gerçekleştiren idarece 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının gereğini yerine getirmek üzere, **ihale** üzerinde bırakılan İş Ortaklığı tarafından "Antiaging-Bitümün gençleştirilmesi için kimyasal katkı malzemesi" için öngörülen fiyatın tevsiki amacıyla ... Emülsiyon ve Asfalt Tesisleri A.Ş. tarafından düzenlenen 21/02/2019 tarihli fiyat teklifine konu malzemenin ilgili firma tarafından üretilip üretilmediği ve üretim girdileri olarak gösterilen malzemelerin niteliği ve içeriğinin tespitinin yapılabilmesi için ... Emülsiyon ve Asfalt Tesisleri A.Ş.'den bilgi ve belgelerin istenildiği, "antiaging-bitümün gençleştirilmesi" malzemesi için kullanıldığı öne sürülen kimyasal katkı malzemesine ait bilgi ve belgeleri incelemek ve gerekli araştırmaları yaparak konuyu yerinde değerlendirmek üzere personel görevlendirildiği, söz konusu inceleme heyetinin üretim sahasında bizzat bulunduğu, malzemelerin teknik analize tâbi tutularak nitelik ve içeriğinin tespit edildiği, bahse konu işlemler sonrasında alınan 20/09/2019 tarihli **ihale** komisyonu kararı ile fiyat teklifine konu edilen malzemenin aşırı düşük teklif sorgulamasına konu "antiaging-bitümün gençleştirilmesi" analiz girdisi olduğu ve söz konusu girdinin anılan firma tarafından üretildiği sonucuna varıldığı, bu suretle Kurul kararının gereğinin yerine getirildiği, öte yandan, bu işlemlere dayanak teşkil eden 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının ...

İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararıyla iptal edildiği, dolayısıyla **ihale** üzerinde bırakılan İş Otaklığının yaptığı aşırı düşük teklif açıklamasının konuyla ilgili ek araştırma yapılmasa dahi yeterli kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

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

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının gerekçeli olarak onandığı, Danıştay kararında belirtilen gerekçe doğrultusunda isteklilerce sunulan fiyat tekliflerinin hukuka uygun olup olmadığının Kurulca incelenmesi gerektiği, söz konusu kararın gereğinin yerine getirilmesi kapsamında Kurul tarafından iddianın esas yönünden yeniden incelendiği, bunun üzerine 09/09/2020 tarih ve 2020/UY.II-1489 sayılı Kurul kararıyla müdahil iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde düzeltici işlem belirlenmesine karar verildiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararında yer alan hususlar çerçevesinde gerekli araştırma ve yazışmaların **ihale**yi gerçekleştiren idarece yapılarak işlem tesis edildiği, öte yandan, dava konusu Kurul kararının da, yapılan incelemeler çerçevesinde elde edilen veriler dikkate alınarak ve işlem tarihindeki tespitler göz önünde bulundurulurken tesis edildiği;

Davalı yanında müdahiller tarafından, 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının Danıştay'ca onandığı, bu karar üzerine alınan dava konusu Kurul kararının dayanaksız kaldığı, nitekim Kurulca inceleme yapılarak yeni bir karar verildiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü ile konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer

olmadığına karar verilmesi 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:

... Genel Müdürlüğü ... Bölge Müdürlüğü'nce 23/01/2019 tarihinde açık **ihale** usulü ile "Çeşmeli-Mersin-Tarsus ve Tarsus-Pozantı Otoyolu ile Tarsus-Adana-Gaziantep Otoyolunun Tarsus Doğu Kavşağı (Km:46+091) – Adana Kuzey Kavşağı (72+703) Arasında Muhtelif Kesimlerinin ve Bağlantı Yollarının Üstyapı Onarımı Yapım İşİ" **ihalesi** gerçekleştirilmiştir.

İhaleye otuz iki istekli katılmış, teklifleri sınır değerin altında kalan on altı istekliden aşırı düşük teklif açıklaması talebinde bulunulmuş, beş isteklinin aşırı düşük teklif açıklaması uygun bulunmuş ve **ihale** müdahil ... Taahhüt A.Ş. – ... Yapı Onarım İnş. Mad. Akar. Nak. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı üzerinde bırakılmış, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak ...Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş. – ... Alt. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı belirlenmiştir.

Bunun üzerine davacı tarafından, **ihale** üzerinde bırakılan İş Ortaklığı ile aşırı düşük teklif açıklaması uygun bulunan diğer isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun olmadığı ve yeterlik kriterlerini sağlamadıkları yönündeki iddialarla Kurul'a itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, Kurul tarafından yapılan inceleme sonucunda 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararı ile, **ihale** tarihi itibarıyla ortaklık durumunun teklif zarfında sunulan belgelerle uyumlu olmadığı belirlenen ...Yapı Malz. ve İnş. Tic. A.Ş. – ...Alt. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı ve ... İnş. Nak. Mad. San. ve Tic. A.Ş. – ... İnş. San. ve Tic. A.Ş. İş

Ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve **ihale** üzerinde bırakılan iş ortaklığı tarafından "Antiaging (Bitümün gençleştirilmesi için kimyasal katkı maddesi)" için sunulan fiyat teklifine konu malzemenin aşırı düşük teklif sorgulamasına konu analiz girdisi olup olmadığı ve söz konusu girdinin anılan firma tarafından üretilip üretilmediği hususunun açıklığa kavuşturulması için **ihale**yi yapan idarece gerekli araştırmalar/yazışmaların yapılması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi yönünde düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir.

İhaleyi gerçekleştiren idarece 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararında yer alan hususlar çerçevesinde gerekli araştırma ve yazışmalar yapılarak tesis edilen işlemler neticesinde, **ihale** üzerinde bırakılan İş Ortaklığının aşırı düşük teklif açıklaması uygun görülmüş; bunun üzerine davacı şirket tarafından bu kez özetle, "idarece 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı karar dayanak alınarak gerçekleştirilen işlemlerin fen ve tekniğe aykırı, kanaate dayalı şekilde tesis edildiği, kapasite raporunda ürünü ürettiğine dair kanıtı olmayan, hiçbir denemesi veya testi yapılmayan/yapılmayan ürünün bitüm gençleştirici olarak kabul edilmesinin mümkün olamayacağı, ... firmasının sahip olduğu tesislere sahip onlarca firma bulunduğu, bu tip tesislere sahip her firmanın bu tip ürünleri üretebileceğine kanaat getirilebileceği, fakat Ar-Ge'si yapılan bir ürünün piyasaya sunulmadan önce deneyleri yapılmış, ilgili kurumlardan onayları alınmış ve kapasite raporuna ilgili ürünle alakalı gerekli verilerin ekletilmiş olması gerektiği, bu itibarla **ihale** üzerinde bırakılan isteklinin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığı" iddialarıyla yapılan itirazın şikâyet başvurusu, dava konusu Kurul kararıyla reddedilmiştir.

Öte yandan, 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, ... İdare Mahkemesinin ... tarih ve E:... sayılı kararı ile "**ihale** üzerinde bırakılan isteklinin sunmuş olduğu fiyat teklifi ile Ek-0.5 Maliyet

Tespit Tutanağının Kamu **İhale** Genel Tebliği'ne uygun olduğu, aralarında tereddüde neden olabilecek bir çelişkinin olmadığı, BSK/l-P" poz numarası ile tanımlanan iş kaleminin maliyet bileşenleri arasında bulunan "Antiaging (Bitümün gençleştirilmesi için kimyasal katkı maddesi)" analiz bileşenine ilişkin aşırı düşük teklif açıklamalarının Kamu **İhale** Genel Tebliği'nin 45. maddesinde yer alan açıklamalara uygun olduğu ve mevzuata aykırılık bulunmadığı, aşırı düşük teklif açıklamalarının Kamu **İhale** Genel Tebliği'nin "Sınır değer tespiti ve aşırı düşük teklifler" başlıklı 45. maddesinde yer alan açıklamalara uygun olduğu tespiti yapıldıktan sonra ek bir araştırma yapılmasına ve bilgi/belge istenebileceğine yönelik anılan Tebliğde herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, uygunluk tespiti yapılmasının yeterli olduğu, uygunluk tespitinden sonra meslek mensubundan bilgi ve belge istenmesi ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan bilgi talep edilmesinin yerinde olmadığı, bu itibarla dava konusu Kurul kararının aşırı düşük teklif açıklaması uygun olan İş Ortaklığı açısından düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı" gerekçesiyle söz konusu Kurul kararının yürütülmesinin durdurulmasına; ... tarih ve E:..., K:... sayılı karar ile de anılan işlemin iptaline karar verilmiştir. Yürütmenin durdurulmasına ilişkin Mahkeme kararının uygulanmasına yönelik olarak alınan 26/12/2019 tarih ve 2019/MK-352 sayılı Kurul kararı ile;

"1- Kamu **İhale** Kurulu'nun 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı kararının "Antiaging-Bitümün gençleştirilmesi için kimyasal katkı malzemesi"ne ilişkin olarak **ihale**yi yapan idarece gerekli araştırmalar/yazışmaların yapılması yönündeki kısmının iptaline,

2- Kamu **İhale** Kurulu'nun 04/12/2019 tarihli ve 2019/UY.II-1600 sayılı kararının iptaline,

3- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda ... Taahhüt A.Ş.-... Yapı Onarım İnş. Mad. Akar. Nak. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı açısından 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi

gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının iptaline dair ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararı, Dairemizin 21/04/2020 tarih ve E:2020/501, K:2020/971 sayılı kararı ile, "itirazın şikâyet başvurularını inceleyerek sonuçlandırmakla yükümlü olan Kurul'un, başvurusunun 2. iddiasına ilişkin olarak anılan hususun **ihale**yi gerçekleştiren işin sahibi idarece gerekli araştırmaların/yazışmaların yapılarak açıklığa kavuşturulması gerektiğinden bahisle düzeltici işlem belirlenmesine karar vermesinde hukuka uygunluk bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik..." bulunmadığı gerekçesiyle onanmasına karar verilmiştir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME:

Dava konusu Kurul kararı, 18/07/2019 tarih ve 2019/UY.II-823 sayılı Kurul kararının yerine getirilmesi amacıyla tesis edilen işlemler hakkındaki başvuru üzerine alınmış olmakla birlikte, anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada ... İdare Mahkemesi'nce ... tarih ve E:... sayılı kararlar yürütmenin durdurulmasına, ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararlar da söz konusu işlemin iptaline karar verildiği, yürütmenin durdurulmasına ilişkin yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi amacıyla tesis edilen 26/12/2019 tarih ve 2019/MK-352 sayılı Kurul kararıyla dava konusu işlemin Kurulca iptal edildiği, ... İdare Mahkemesinin anılan kararının temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 21/04/2020 tarih ve E:2020/501, K:2020/971 sayılı kararıyla gerekçeli olarak onanmasına kesin olarak karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu 04/12/2019 tarih ve 2019/UY.II-1600 sayılı Kurul kararının, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi için alınan 26/12/2019 tarih ve 2019/MK-352 sayılı Kurul kararı ile iptal edildiği, böylece bakılan davanın konusuz kaldığı ve dayanak mahkeme kararının Dairemizce gerekçeli olarak onanarak kesinleşmesiyle dava konusu Kurul kararının iptali yönündeki hukukî sonucun değişmediği

anlaşıldığından, konusu kalmayan davanın esası hakkında karar verilmesine gerek 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. KONUSU KALMAYAN DAVA HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz aşamalarında davacı tarafından yapılan toplam ...-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz aşamalarında müdahiller tarafından yapılan toplam ...-TL yargılama giderinin müdahiller üzerinde bırakılmasına,
6. Vekâlet ücretine hükmedilmemesine,
7. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya ve müdahillere iadesine,
8. Kullanılmayan ilk derece ve temyiz aşamalarındaki toplam ...-TL (...-TL+...-TL) yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
9. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
10. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 02/12/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.