

aşırı düşük teklif açıklama isteme yazısıyla isteklilere gönderilen analizlerde, özel poz iş kaleminin Kırmataşın ocaktan iş başına taşınması nakliye girdisine ve * 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 yapması red edilmesi üzerine Danıştay kararı neticesinde

aşırı düşük sorgulama
yazısının ekinde yer alan
analiz formatlarında
belirlenmiş olan mesafelerin
dışında mesafeler
kullanılarak aşırı düşük
teklif açıklaması
yapılamayacağı sonucuna
varılmış dava konusu Kurul
kararının iptali istemiyle
açılan davanın iddia yönünden
reddine ilişkin Mahkeme
kararında hukuki isabet
bulunmamaktadır gerekçesiyle
Mahkeme kararının bozulmasına
karar verilmiştir

Taslama No	: 2020/936
Gönderme No	: 48
Karar Tarihi	: 19.08.2020
Karar No	: 2020/MK-219

BAŞVURU SAĞILIK:

Mu Yayı İnşaat A.Ş.

İŞLEYİŞ YAPAN İDARE:

Karayolları 1. Bölge Müdürlüğü

BAŞVURU ÖZNE İŞİLE:

2019/45311 İhale Kayıt Numaralı "0-605 Karayolu Solaktar Kavşağı (Kocaeli Entegre Sağlık Kampüsü Yolu) Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Köprü İşleri, Otoyolu ve Çeşitli İşler (İdare Mali Bütçe İle)" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

SARAF:
Karayolları 1. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/45311 ihale kayıt numaralı "0-605 Karayolu Solaktar Kavşağı (Kocaeli Entegre Sağlık Kampüsü Yolu) Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Köprü İşleri, Otoyolu ve Çeşitli İşler (İdare Mali Bütçe İle)" ihalesine ilişkin olarak Mu Yayı İnşaat A.Ş. tarafından şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 24.10.2019 tarihli ve 2019/0Y-İ-1399 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin ömürsüzü fıkrasının (b) bendi gereğince idarece ihaleye girmesine" karar verilmiştir.

Davacı Egecan Akaryakıt Temizlik Nakliyat İnşaat Turizm Sanayi Ticaret Anonim Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istisyle açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesinin 07/02/2020 tarih ve E:2020/99 K:2020/360 sayılı kararı ile "davasının reddine" karar verilmesi üzerine davacı tarafından yapılan temyiz başvurusu sonucu verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 30.04.2020 tarih ve E:2020/822, K:2020/981 sayılı kararında "-

1. Mahkeme kararının 1. iddia haricindeki iddialar yönünden davasının reddine ilişkin kısmı incelenmişdir;
İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizden bulunması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.
Temyiz incelemesinin bu kısımları usul ve hukuka uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bulunmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2. Mahkeme kararının, nakliye girdisi için idarece analizlerde belirlenen mesafelerin altında bir mesafe ile açıklama yapılmaması yönündeki 1. iddia yönünden davasının reddine ilişkin kısmı incelenmişdir;
Sözleşme ile "düzenli hâle koymak, düzen vermek, temizlik ve tertip etmek" olarak tanımlanan "düzenleme", kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; süreklilik, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumlara belirlenen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır. Yasama organının yasama tasarrufları dışında, idare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile, kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir (GDYV İl İm, Görselinde 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 değiştirilen veya kaldırılan tek yönlü idari işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak kullanılan söz, yönetmelik, tebliğ, genelgeçerli genel düzenleyici işlemler yapan idarenin bir işlemin düzenleyici nitelik taşıdığına kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin süreklilik, soyut, nesnel, genel durumlara belirlenen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirlenen nitelikte kuralları konulmuş olması zorunlu olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi gerekir. Düzenleyici ve denetleyici kurullar, ilgili bölümlerle sektörde düzenleme ve denetleme görevi üstlenmektedir. Bu kurulların temel işlevi, toplumsal ve ekonomik hayatın temel hak ve özgürlükleri ile yukarıda belirtilen alanlardaki kamuun ve özel kesim etkinliklerini bir takım kurullar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemektir. Kamu ihaleleriyle ilgili olarak düzenleme yapma yetkisine sahip olan davacı Kurum'un, 4734 sayılı Kanun'la kendisine tanınan bu yetkiyi dava konusu işleminde kullanması, idarece belirlenen mesafelerin altında bir mesafe ile açıklama yapılmaması yönündeki 1. iddia yönünden davasının reddine ilişkin kısmı incelenmişdir.

Nitekim, 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde, teklifi diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre asırı düşük teklif açıklanmasının istenilinceği belirtilmektedir; sonradan 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 komisyon işlemlerinin düzenlenmesi, ihale sürecine katılan bütün taraflar (ihaleciyi gerektiren idare, istekli ve istekli olmayanlar) bakımından bağlayıcı olup, ihale sürecine ilişkin öngörülebilirliği ve ihale işlemlerindeki objektifliği sağlanmaya 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 olanlara verilmesi, istektilerin de tekliflerinin asırı düşük olduğu tespit edilerek kendilerinden açıklama istemesi durumunda, verilen bu formata göre açıklama yapması, idarece yapılacak değerlendirilmelerde de söz konusu formatların esas alınması gerektiği kuralı bakiyedir. Ayrıca asırı düşük teklif sorgulama yazısında, ihale konusu işe özeçer alanlara (belirli ölçekte vb.) ilişkin olan ve açıklama istemek girdi niteliğinde bulunan maliyetlere dair yaklaşık maliyet hesabında esas alınan mesafelerin belirlenmesine ilişkin düzenleme ile, asırı düşük teklif sorgulama yazısında ihale sürecine katılan bütün taraflar açısından öngörülebilirlik sağlanmasına amaçlanmıştır.

Öte yandan, istektiler tarafından, ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğunu düşündükleri diğer işlemlere özeçer girdi, asırı düşük teklif sorgulama yazısında ilişkin olarak da tebliğinden itibaren süreci içerisinde (ihale sürecindeki işlemler veya işlemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya işlemlerin farkına varıldığı veya farkına varılması gereken tarihi izleyen gündün itibaren 21' inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde besim, diğer hâllerde ise on gün içinde) şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Zira, asırı düşük teklif sorgulama yazısının itiraz edilmeden kesilmesi hâlinde, asırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesi artık kesinleşmiş bir soruna yazısına göre gerçekleştirilmektedir.

İhaleciye gerçekleştirilen idare tarafından asırı düşük teklif açıklaması talep edilen istektilere gönderilen sorgulama yazısı ekinde, idarece açıklama istenilen iş kalemleri için, her bir iş kaleminin oluşturan analiz girdilerinin cins ve miktarlarının bulunduğu analiz formatına, açıklama istenilen ve istenilmeyen analiz girdilerine; ayrıca ihale konusu işe özeçer alanlara ilişkin olan açıklama istenilen analiz girdileri kapsamında bulunan nakliye mesafelerine yer verildiği görülmüştür.

Davayın incelenmesinde, asırı düşük teklif açıklama isteme yazısında istektilere gönderilen analizlere, "İzel-3" poz numaralı iş kaleminin "Kırmızıtaştan ocaktan iş başına taşınması" nakliye girdisine ve "PMAT-PM" poz numaralı iş kaleminin "Plentten serim yerine taşınması" nakliye girdisine yönelik olarak nakliye mesafesinin 35 km olarak belirlendiği, ancak ihale sürecinde bir bütün istekli tarafından anılan nakliye girdilerine ilişkin olarak 23 km mesafe üzerinden açıklama yapıldığı anlaşılmıştır.

Kurum tarafından düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan kural ve ihaleciye gerçekleştirilen idarece asırı düşük teklif sorgulama istemine ilişkin yazılı istektilere gönderilen ihale dokümanı kapsamında analiz formatlarının süresi içinde itiraz edilmeden kesilmesi nedeniyle, asırı düşük teklif sorgulama yazısının ekinde yer alan analiz formatlarında belirlenmiş olan mesafelerin dışında mesafeler kullanılarak asırı düşük teklif açıklaması yapılmaması yönünde sonuçna varılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının iptali istisyle açılan davanın 1. iddia yönünden reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabot bulunmamaktadır." gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyum zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarına hiçbir surette doğrudan doğruya ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarında göre idarenin çekimkızın işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günün geçmemesi hükmü altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarında göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekemekte ise de, aynı Kurul kararına ilişkin olarak başka bir davacı Mu Yayı İnşaat A.Ş. tarafından açılan dava sürecinde Danıştay Onüçüncü Dairesinin 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 uygulamalı kararına ilişkin, "-

1. Kamu İhale Kurulunun 24.10.2019 tarihli ve 2019/0Y-İ-1399 sayılı kararının 1. maddesinin (a) bağlamında yer alan iddia ile ilgili kısmının iptaline,
2. Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Yafa Mühendislik Müşavirlik İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin asırı düşük teklif açıklanmasını reddederek teklifinin değerlendirilmesini dışı bırakılması yönünde 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin ömürsüzü fıkrasının (b) bendi gereğince idarece ihaleye girmesine" şeklinde işlem tesis edildiği anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliği edilmiş veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açılmak üzere,
Karar verilmesine yer olmaktadır.

Öylelikle ilgili karar verildi.