

ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, anılan düzenleme 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel ilkelere de aykırı bulunmaktadır, öte yandan, dava konusu Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1.1.

**maddesinin, Hizmet Alımı
İhaleleri Uygulama
Yönetmeliğinin 63. maddesinin
1. fıkrasının (a) bendinin
uygulama hükmü olduğu
görölmektedir.**

Toplantı No	: 2015/049
Gündem No	: 82
Karar Tarihi	: 19.08.2015
Karar No	: 2015/MK-378

<u>Şikayetçi:</u>
Tekin Uzkınay Öz-Tek Tem. Taah. İnş. Nakl. Turizm Endeks Okuma Peyzaj Tic. Hiz.
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
M.Kemalpaşa Belediyesi Temizlik İşleri Müdürlüğü
<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>
31.12.2014 / 47122
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
2014/97498 İhale Kayıt Numaralı "İlçemize Bağlı Tüm Mah,Mesire,Piknik Alanları,Osib İle Fab,Bel, Yasal Olarak Sor, İçersinde Bulunan Tüm Çöp Ve Temizlikle İlgili Ve Bina Temizliğı İşlerinde Çalıştırılmak Üzere 15 Ay Süreli(01/10/2014-31/12/2015)Pers, Çalışt, Dayalı Hizm, Alım İşi" İhalesi
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
<u>Karar:</u>

M. Kemalpaşa Belediyesi Temizlik İşleri Müdürlüğü tarafından 12.09.2014 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2014/97498 ihale kayıt numaralı "İlçemize Bağlı Tüm Mah, Mesire, Piknik Alanları, OSB İle Fab. Bel. Yasal Olarak Sın. İçerisinde Bulunan Tüm Çöp ve Temizlikle İlgili ve Bina Temizliği İşlerinde Çalıştırılmak Üzere 15 Ay Süreli (01/10/2014-31/12/2015) Pers. Çalışt. Dayalı Hizm. Alım İşi" ihalesine ilişkin olarak, Tekin Uzkinay tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine, 28.01.2015 tarihli ve 2015/UH.III-340 sayılı Kurul kararı ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen 15.05.2015 tarihli ve E:2015/575 sayılı kararında "...Dava konusu düzenlemeler uyarınca ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda Yönetmeliğin diğer bentlerinde belirtilen kriterlere sırasıyla başvurulacak; vergi matrahının/mali zararın net satışlar tutarına oranının hesabında, istekliye ait ihale tarihinden önceki son gelir/kurumlar vergisi beyannamesindeki vergi matrahı/mali zarar tutan ile bu beyanname ekindeki gelir tablosunda yer verilen net satışlar tutarına (işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için beyannameye yer alan performans bilgileri tablosundaki gayrisafi hasılat tutarına) ilişkin EKAP üzerinde bulunan bilgiler esas alınacak, ancak ihale tarihinin yılın ilk dört ayında olması durumunda, değerlendirme yapılırken iki önceki yıla ait bilgiler üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirlendiği üzere idareler ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludurlar. Öte yandan, ekonomik ve mali yeterliğin belirlenebilmesi için isteklilerden istenilecek bilanço ile iş hacmini gösteren belgelerin mevzuatta aranan kriterleri karşılaması dışında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde daha kârlı çalışan işletmelere avantaj sağlanmasına ilişkin metod ve uygulamaların kamu ihale mevzuatında araçsal karşılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde kesinleşmiş vergi borcu olan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı hüküm altına alınarak istekli-vergisi ilişkisi "vergisi borcu olmamak"la sınırlı tutulmuş, isteklilerin vergi beyan ve matrahlarına ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaldı ki, anılan düzenlemenin yapılmasına yönelik olarak, vergi politikasının belirlenmesinde sorumluluğu bulunan Maliye Bakanlığı veya Gelir İdaresi Başkanlığı'nın bir talebinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, yapılan düzenlemeyle isteklilerin, indirebilecekleri bazı giderleri -deftere kaydetmemek suretiyle veya başka yollarla kâr oranlarını yükselterek ihalelerde kendilerine avantaj sağlayabilmeleri mümkün hale gelmektedir. Bazı işletmelerin sadece ihalelerde kendilerine avantaj sağlamak amacıyla kârlılık oranlarının yükseltmeleri de işletmeler arasında haksız rekabete yol açacaktır.

Buna göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, anılan düzenleme 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel ilkelere de aykırı bulunmaktadır, öte yandan, dava konusu Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1.1. maddesinin, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin uygulama hükmü olduğu görülmektedir.

Bu durumda, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin ve Kamu İhale Genel Tebliğinin 70.1.1. maddesinin açıkça hukuka aykırı olduğu ve uygulanması hâlinde telafisi güç zararların doğmasına neden olacağı açıktır..." şeklinde gerekçe belirtilerek yürütmenin durdurulmasına 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.

Öte yandan, 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 eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- 28.01.2015 tarih ve 2015/UH.III-340 sayılı Kurul Kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda işin esasının yeniden incelenmesine geçilmesine, Oybirliği ile karar verildi.

Mahmut GÜRSES Başkan		
Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi	Mehmet Zeki ADLI Kurul Üyesi	Hasan KOCAGÖZ Kurul Üyesi
Hamdi GÜLEÇ Kurul Üyesi	Mehmet AKSOY Kurul Üyesi	