

Elektrik alımı ihale sözleşmelerinde ek fiyat farkı kararı(Danıştay K65)

T.C.

D A N I Ş T A Y

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2020/1645

Karar No : 2021/18

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : Danıştay Onüçüncü Dairesinin 12/02/2020 tarih ve E:2019/372, K:2020/438 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Elektrik Enerjisi Alımlarında Fiyat Farkına ilişkin 18/10/2018 tarih ve 2018/DK.D-302 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesinin 12/02/2020 tarih ve E:2019/372, K:2020/438 sayılı kararıyla;

Kurum tarafından kendilerine ulaşan görüş taleplerinde 20/06/2018 tarih ve 2018/11993 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Geçici 3.

maddesi uyarınca hesaplanacak ek fiyat farkına ilişkin esaslar uyarınca farklı bağlantı seviyelerinde yapılan ihalelere ilişkin ilgili tedarikçiler tarafından ek fiyat farkı talep edildiği, ancak fiyat farkı ödemesinin Kararname’de belirtilen bağlantı seviyesinde yapıldığı takdirde ilgili bağlantı seviyesi ve abone grubu kapsamında ulusal tarifenin üzerinde bir bedel ile elektrik enerjisi temin edilmiş olacağı ve bunun kamu zararına neden olacağı belirtilerek Kararname’de belirtilmeyen farklı bağlantı seviyelerine ilişkin tüketim noktaları için nasıl işlem yapılacağına ilişkin görüş talep edildiği, ayrıca hesaplama kapsamında üst değer olarak ilgili bağlantı seviyeleri dikkate alınacak şekilde uygulamanın gözden geçirilmesine yönelik talepler bulunduğu belirtilmiştir;

Söz konusu talepler doğrultusunda Kurul tarafından EPDK’dan da görüş alındığı ve dava konusu Kurul kararı ile “... Serbest piyasa koşullarında ilgili idarelerin ihaleye çıkarak elektrik enerjisi temin etmeleri hâlinde, EPDK tarafından düzenlenen elektrik tarifesinden daha uygun fiyat ile elektrik tedarik etmelerinin beklendiği bir ihale ortamında EPDK tarafından yayımlanan ve uygulanması zorunlu olan elektrik fiyatlarından daha yüksek bir fiyatın ödenmesi mümkün olmadığından; idarelerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar’ın 6. maddesinin onüçüncü fıkrası ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun Geçici 3. maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar’ın 6. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince uygulayacakları üst sınır için kendi bağlantı şekilleri ve abone grupları için ilan edilen birim enerji bedellerini dikkate almaları gerektiğine ...” şeklinde karar verildiği;

Bunun üzerine davacı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı;

Davalı idarenin davanın süresinde açılmadığına ilişkin itirazı yönünden; dava konusu Kurul kararının ivedi yargılama usûlüne

tâbi işlemlerden olmadığı, Kurul kararına karşı dava açma süresinin, kararın ilanından itibaren genel dava açma süresi olan 60 gün olduğu, dolayısıyla 18/10/2018 tarihli Kurul kararının iptali istemiyle 10/12/2018 tarihinde kayda giren dilekçeyle açılan davanın süresinde olduğu anlaşıldığından, davada süre aşımı bulunmadığı sonucuna varıldı;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kamu İhale Kurumu" başlıklı 53. Maddesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmenin Uygulanması" başlıklı İkinci Kısımının "Fiyat Farkı, Sigorta, Mücbir Sebepler, Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri" başlıklı Birinci Bölümünün "Fiyat farkı verilebilmesi" başlıklı 8. maddesi, 4735 sayılı Kanun'a 25/05/2018 tarih ve 30431 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7144 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile eklenen "Elektrik alımı sözleşmelerinde ek fiyat farkı" başlıklı Geçici 3. maddesi, 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesine dayanılarak hazırlanan ve 31/08/2013 tarih ve 28751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın "Uygulama esasları" başlıklı 6. maddesine 24/02/2018 tarih ve 30342 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 22/01/2018 tarih ve 2018/11285 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile eklenen 13. fıkra ile 30/06/2018 tarih ve 30464 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 20/06/2018 tarih ve 2018/11993 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen 4735 sayılı Kanun'un Geçici 3. Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın "Uygulama esasları" başlıklı 6. maddesinin 4. fıkrasına yer verilerek;

Elektrik piyasası mevzuatında ve elektrik piyasalarında meydana gelen gelişmeler sonucunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan idarelerin, serbest tüketici olma şartlarını karşılamaları hâlinde elektrik alımlarını serbest piyasa koşullarında ihale yoluyla temin edebildikleri; idarelerin elektrik alım ihalelerinde,

4734 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde yer verildiği üzere ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gerektiği konusunda şüphe bulunmadığı;

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 3. maddesinde serbest tüketici; Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlandığı; 17. maddesinin 6. fıkrasının (c) bendinde, Kurumun belirleyeceği usûl ve esaslar kapsamında, elektrik toptan satış fiyatlarının taraflarca serbestçe belirleneceğinin kurala bağlandığı; (d) bendinde ise, serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketiciler için, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin uygulanacak fiyatların, hükümlerin ve şartların perakende satış tarifelerinde yer alacağı; serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketicilere uygulanacak perakende satış tarifelerinin görevli tedarik şirketi tarafından önerileceği ve Kurul tarafından incelenerek onaylanacağı kuralına yer verildiği; bu itibarla, anılan kurallar gereği serbest tüketiciler açısından serbest piyasa koşullarında tarafların iradesi ile oluşan fiyatların geçerli olduğunun görüldüğü;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar uyarınca idarelerin elektrik alımlarında fiyat farkı ödenmesinin öngörüldüğü; 4735 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar ile elektrik alımlarında ek fiyat farkı ödemesine başlandığı; gerek 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasının gerekçesinde, gerekse 4735 sayılı Kanun'a 7144 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 3. maddenin gerekçesinde, fiyat farkı uygulamasının amacının, ihale yapıldıktan sonra ortaya çıkabilecek ve maliyeti etkileyebilecek fiyat değişiklikleri

ile tedarikçiler açısından öngörülemeyen maliyet artışlarının dikkate alınması olduğunun belirtildiği;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında, sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu; 4735 sayılı Kanun'a 25/05/2018 tarih ve 30431 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7144 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile eklenen "Elektrik alımı sözleşmelerinde ek fiyat farkı" başlıklı Geçici 3. maddesinde de yine ek fiyat farkına ilişkin esasları belirlemeye Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğunun açıkça kurala bağlandığı;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın 6. maddesinin 13. fıkrasında ve 4735 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın 6. maddesinin 4. fıkrasında, idarelerin abone grubu ve bağlantı şekli ayrımı yapılmaksızın ödenecek fiyat farkı ve ek fiyat farkı için birim enerji bedeli için EPDK tarafından ilan edilen ve idarenin abone grubuna ilişkin alçak gerilim tek terimli KDV hariç diğer vergi ve fonlar dikkate alınmak suretiyle belirlenen tarife bedelini aşamayacağı şeklinde üst sınır getirildiği;

Dava konusu Kurul kararı incelendiğinde ise, Kurul tarafından Bakanlar Kurulu Kararı ile getirilen üst sınırın, EPDK tarafından düzenlenen elektrik tarifesinden daha uygun fiyat ile elektrik tedarik etmelerinin beklendiği bir ihale ortamında EPDK tarafından yayımlanan ve uygulanması zorunlu olan elektrik fiyatlarından daha yüksek bir fiyatın ödenmesinin mümkün olmadığından bahisle, idarelerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın 6. maddesinin onüçüncü fıkrası ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi Uyarınca

Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın 6. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince uygulayacakları üst sınır için kendi bağlantı şekilleri ve abone grupları için ilan edilen birim enerji bedellerini dikkate almaları gerektiğine ilişkin düzenleyici karar alınarak, Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile belirlenen fiyat farkı ve ek fiyat farkı ödenmesine ilişkin Esaslar'da belirlenen ödenecek miktarın üst limitinde değişiklik yapıldığının görüldüğü;

Davalı idare tarafından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek suretiyle kendisine tanınan yetkiyi fiyat farkı ile ek fiyat farkı ödenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı sonrasında oluşan tereddüdü gidermek için dava konusu Kurul kararını çıkartmak suretiyle kullanıldığının belirtildiği; Kurum tarafından idarelerin talepleri üzerine yapılan değerlendirmeler sonucunda kaynakların verimli kullanılması için Kurul kararının alındığı ileri sürülmüş ise de, Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile belirlenen fiyat farkı ve ek fiyat farkı ödenmesine ilişkin Esaslar'da belirlenen ödenecek miktarın üst limitinde idarelerin abone grubu ve bağlantı şekli ayrımı yapılmaksızın tek bir üst limit belirlenmesine karşın, dava konusu Kurul kararı ile idarelerin kendi bağlantı şekilleri ve abone grupları için ilan edilen birim enerji bedellerini dikkate almaları gerektiği şeklinde bir değişiklik yapıldığının anlaşıldığı,

Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile Geçici 3. maddesi uyarınca fiyat farkı ile ek fiyat farkı esaslarını belirleme yetkisi Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı'na verildiğinden, Kurul tarafından kendisine verilen yetki dışında, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile belirlenen şartlarda değişiklik yapılmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kararın iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından; ek fiyat farkına ilişkin düzenlemeler kapsamında bir idarenin ilgili abone grubu bağlantı noktasına göre alçak gerilim bağlantı noktasında olmaması, orta gerilimden dağıtım sistemi kullanıcısı olması veya yüksek gerilimden iletim sistemi kullanıcısı olması hâllerinde fiyat farkının uygulanması aşamasında EPDK'nın ilan ettiği bağlantı şekillerine ait düzenlenen tarifeleri geçmesi ve alçak gerilim tek terimli tarifeyi geçmemesi gibi durumların oluşmasının muhtemel olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesine göre konuyla ilgili düzenleme yapma görev ve yetkilerinin bulunduğu, söz konusu ek fiyat farkı ödenmesine dair esas ve usûllerin Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine tespit edileceği dikkate alındığında kamu zararının çıkmasının önlenmesi bakımından ve Kararname'de yer almayan hususların açıklığa kavuşturulma amacına yönelik olarak Kurumun yetkili olduğu konusunda tereddüt bulunmadığı, konuya ilişkin olarak EPDK'den görüş alındığı, piyasada faaliyette bulunan isteklilerin basiretli tacir olarak bu durumu öngörmeleri gerektiği, konunun tamamen ihale mevzuatı ve sözleşme uygulaması açısından ele alındığı ve düzenlemenin hukuka uygun olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin

durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüşüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarının temyizen incelenerek bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan;

“a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

1. b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c)Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması” sebeplerinden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalı idarenin temyiz isteminin reddine,

2.Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline ilişkin Danıştay Onüçüncü Dairesinin temyize konu 12/02/2020 tarih ve E:2019/372, K:2020/438 sayılı kararının ONANMASINA,

3. Kullanılmayan 89,60 TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davalı idareye iadesine,

4. 13/01/2021 tarihinde oyçokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

X- Elektrik piyasası mevzuatında ve elektrik piyasalarında meydana gelen gelişmeler sonucunda

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan idareler, serbest tüketici olma şartlarını karşılamaları hâlinde elektrik alımlarını serbest piyasa koşullarında ihale yoluyla temin edebilmektedirler. İdarelerin elektrik alım ihalelerinde, 4734 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde yer verildiği üzere ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 3. maddesinde serbest tüketici; Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmış; 17. maddesinin 6. fıkrasının (c) bendinde, Kurumun belirleyeceği usul ve esaslar kapsamında, elektrik toptan satış fiyatlarının taraflarca serbestçe belirleneceği kurala bağlanmış; (d) bendinde ise, serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketiciler için, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin uygulanacak fiyatların, hükümlerin ve şartların perakende satış tarifelerinde yer alacağı; serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketicilere uygulanacak perakende satış tarifelerinin görevli tedarik şirketi tarafından önerileceği ve Kurul tarafından incelenerek onaylanacağı kuralına yer verilmiştir. Bu itibarla, anılan kurallar gereği serbest tüketiciler açısından serbest piyasa koşullarında tarafların iradesi ile oluşan fiyatların geçerli olduğu görülmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar uyarınca idarelerin elektrik alımlarında fiyat farkı ödenmesi uygulaması öngörülmüş, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 3. Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar ile elektrik alımlarında ek fiyat farkı ödemesine başlanmıştır. Gerek 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci

fıkrasının gerekçesinde, gerekse 4735 sayılı Kanun'a 7144 sayılı Kanun ile eklenen geçici 3. maddenin gerekçesinde, fiyat farkı uygulaması amacının, ihale yapıldıktan sonra ortaya çıkabilecek ve maliyeti etkileyebilecek fiyat değişiklikleri ile tedarikçiler açısından öngörülemeyen maliyet artışlarının dikkate alınması olduğu belirtilmiştir.

Bu itibarla; Kurum tarafından, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca kendisine verilen piyasayı düzenleme görev ve yetkileri çerçevesinde ve kendisine iletilen talepler doğrultusunda, serbest piyasa koşullarında ilgili idarelerin ihaleye çıkararak elektrik enerjisi temin etmeleri hâlinde, EPDK tarafından düzenlenen elektrik enerjisinden daha uygun fiyat ile elektrik temin etmelerinin beklendiği bir ihale ortamında EPDK tarafından yayımlanan ve uygulanması zorunlu olan elektrik fiyatlarından daha yüksek bir fiyatın ödenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle idarelerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın 6. maddesinin onüçüncü fıkrası ve 4735 sayılı Kanunun Geçici 3. Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın 6. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince uygulayacakları üst sınır için kendi bağlantı şekilleri ve abone grupları için ilan edilen birim enerji bedellerini dikkate almaları gerektiği yönünde tesis edilen dava konusu Kurul kararının, kamu zararının önlenmesi ve Kanun'da yer almayan hususların açıklığa kavuşturulması amacına yönelik olduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığından, temyiz isteminin kabulü ile dava konusu işlemin iptaline yönelik temyize konu Daire kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyorum.