

4734 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanun'a ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek görev ve yetkisinin bulunduğu, serbest piyasa koşullarında ilgili idarelerin ihaleye çıkararak 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 hk

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

2019/372 E. , / K.

## “İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2019/372

DAVACI VE YÜRÜTMENİN

DURDURULMASINI İSTEYEN : ...

VEKİLİ : ...

DAVALI : ...

VEKİLİ : ...

İSTEMİN KONUSU :

Kamu İhale Kurulu'nun 18/10/2018 tarih ve ... sayılı kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI : Davacı, elektrik toptan satış fiyatlarında meydana gelen dalgalanmalar nedeniyle Bakanlar Kurulu tarafından zararların telafi edilmesi maksadıyla ek fiyat kararnamesinin yayımlandığını, Kararnamede ödenecek ek fiyat farkının EPDK tarafından ilan edilen ve idarenin abone grubuna ilişkin alçak gerilim tek terimli KDV hariç tarife bedelini geçemeyeceğinin kurala bağlandığını, dava konusu işlem ile tarafından Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirlenen üst

sınırın değiştirildiğini, üst sınırın belirlenmesi yetkisinin kanunen Bakanlar Kurulu'nda olduğunu, 'nun dava konusu işleme tesis etme yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir.

**DAVALININ SAVUNMASI:** Davalı tarafından, ihaleye ilişkin dava konusu işleme karşı 30 günlük dava açma süresi içinde dava açılmadığı, **4735** sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen Geçici 3. madde uyarınca ek fiyat farkına ilişkin esas ve usullerin tespitine 'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu, dava konusu işlemin ilgili idarelerin talepleri üzerine uygulamada yaşanan sorunların çözümü için alındığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca Kurum'un 4734 sayılı Kanun ile **4735** sayılı Kanun'a ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek görev ve yetkisinin bulunduğu, serbest piyasa koşullarında ilgili idarelerin ihaleye çıkararak 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 ödenmesinin mümkün olmadığı, idarelerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın 6. maddesinin 13. fıkrası ve **4735** sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 3'üncü Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın 6. maddesinin 4. fıkrası gereğince uygulayacakları üst sınır için kendi bağlantı şekilleri ve abone grupları için ilan edilen birim enerji bedellerini dikkate almaları gerektiği, bu nedenle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

**DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...NIN DÜŞÜNCESİ :** Yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin

açıklamaları dinlendikten ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca dosyadaki belgeler incelendikten sonra, davalı idarenin usule ilişkin itirazı geçerli görülmeyle işin gereği görüldü:

**İNCELEME VE GEREKÇE :**

**MADDİ OLAY:**

Davacı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan aldığı lisans kapsamında toptan elektrik satışı konusunda faaliyet gösteren bir firmadır.

**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 6. maddesinin 13. fıkrasında ödenecek fiyat farkı için belirlenen üst sınır ile "**4735** sayılı Kanun'un Geçici 3'üncü Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar"da ödenecek ek fiyat farkına ilişkin üst sınır Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenmiş olmasına karşın, Kamu İhale Kurulu'nun 18/10/2018 tarih ve ... sayılı kararı ile, fiyat farkı ve ek fiyat farkı ödemelerine ilişkin idarelerin talepleri üzerine tereddütleri gidermek için düzenleme yapılmıştır.

Anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

**İLGİLİ MEVZUAT:**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde giderilmesi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği kuralı yer almıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "" başlıklı 53. maddesinin (b) fıkrasının 2. bendinde, Kurumun görev ve yetkileri arasında "Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı

yönlendirmek" de sayılmıştır.

**4735** sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında, sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti üzerine Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu kuralına yer verilmiş; 02/07/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 140. maddesiyle, fıkroda yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

**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. maddede; "14/03/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3'üncü maddesinde tanımlanan görevli tedarik şirketlerinin yüklenicisi olduğu sözleşmeler hariç olmak üzere, ilanı veya duyurusu 24/02/2018 tarihinden önce yapılarak 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağına ilişkin hüküm bulunan elektrik alım sözleşmelerinden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü yapılan veya bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam edenlerin 01/01/2016 tarihinden sonra gerçekleştirilen kısımları için ek fiyat farkı ödenebilmesi veya kesilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." kuralına yer verilmiştir. 20/07/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 214. maddesiyle, fıkroda yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

**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. fıkrada; "elektrik alımı sözleşmelerinde, 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 aşan kısım için fiyat farkı ödenmez” kuralı bulunmaktadır.

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’üncü Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar’ın “Uygulama esasları” başlıklı 6. maddesinin 4. fıkrasında; “Bu Esaslar kapsamında birim enerji için hesaplanacak ek fiyat farkı ile birlikte bu Esaslar kapsamındaki sözleşmelere ilişkin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar gereğince ödenecek birim enerji bedeli, EPDK tarafından ilan edilen ve idarenin abone grubuna ilişkin alçak gerilim tek terimli KDV hariç tarife bedelini geçemez” kuralına yer verilmiştir.

#### HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

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 kuşkusuzdur.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanun’un “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; Kanun’un 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 tüketiciler niteliğini haiz olmayan tüketiciler için, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin uygulanacak fiyatların, hükümlerin ve şartların perakende satış tarifelerinde yer alacağı; serbest tüketiciler 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 görölmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar uyarınca idarelerin elektrik alımlarında fiyat farkı ödenmesi uygulaması öngörölmüş, **4735** sayılı Kanun'un Geçici 3'üncü Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar ile elektrik alımlarında ek fiyat farkı ödemesine başlanmıştır. 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 öngörölemeyen maliyet artışlarının dikkate alınması olduğu belirtilmiştir.

**4735** sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti üzerine Bakanlar Kurulu'nun (Cumhurbaşkanının) 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 Bakanlar Kurulu'nun (Cumhurbaşkanının) yetkili olduğu açıkça kurala bağlanmıştır.

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'üncü Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın 6. maddesinin 4. fıkrasında, Bakanlar Kurulu tarafından, 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 getirilmiştir.

Dava konusu Kurul kararı incelendiğinde ise, Kurul tarafından Bakanlar Kurulu Kararı ile getirilen üst sınır, EPDK tarafından düzenlenen elektrik tarifelerinden 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'ncı maddesinin onüçüncü fıkrası ve **4735** sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Geçici 3'üncü Maddesi Uyarınca Hesaplanacak Ek Fiyat Farkına İlişkin Ekli Esaslar'ın 6'ncı 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 yapıldığı görülmektedir.

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 yetkisine sahip davalı Kurumun, 4734 sayılı Kanun ile kendisine tanınan bu yetkiyi, fiyat farkı ile ek fiyat farkı ödenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı sonrasında oluşan tereddüdü gidermek için dava konusu Kurul kararını çıkartmak suretiyle kullandığı belirtilmiştir.



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. “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 idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığına 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 (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s.426).

Dava konusu işlem incelendiğinde, Kurum tarafından idarelerin talepleri üzerine yapılan değerlendirmeler sonucunda kaynakların verimli kullanılması için Kurul kararının alındığı ileri sürülmüş olsa da, 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 kısım tedarikçi aleyhine değişiklik yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda, **4735** sayılı Kanun'un 8. maddesi ile Geçici 3. maddesi uyarınca fiyat farkı ile ek fiyat farkı esaslarını belirleme yetkisi Kurum'un teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'na (Cumhurbaşkanına) verildiğinden, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile belirlenen şartlarda değişiklik yapılması açıkça hukuka

aykırı bulunmaktadır.

Bu itibarla, davalı idarenin 18/10/2018 tarih ve ... sayılı kararında hukuka uygunluk bulunmadığı; fiyat farkı ile ek fiyat farkı ödemelerinin, ihale sonucunda sözleşme altına alınan fiyatların dönemin piyasa koşullarını yansıtmaması, tedarikçiler açısından öngörülemez maliyet artışları olması nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi, elektrik tedarikinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını temin etmek amacıyla yapıldığı dikkate alındığında dava konusu Kurul kararının uygulanması hâlinde giderilmesi güç veya imkânsız zararların doğmasına yol açacağı sonucuna ulaşılmıştır.

#### KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6352 sayılı Kanun ile değişik 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen şartların birlikte gerçekleştiği anlaşıldığından davacının yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne,

2. Davalı idarenin 18/10/2018 tarih ve ... sayılı kararının YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASINA,

3. Bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz yolu açık olmak üzere, 28/02/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.