

idare tarafından istenilen makinelerin özellikler bakımından daha üst seviyede olmasının ve bu yönde seçenekler sunulmasının, bu makinelerin idare tarafından istenilen özellikleri karşılamadığı anlamına gelmeyeceği yönünde gerekçelere yer verilmişse idare tarafından aşırı düşük teklif sorgulamasında isteklilere gönderilen ve idarenin ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmiş teknik özelliklerin de yer aldığı analizlerdeki miktarların ve belirlenen

teknik özelliklerin isteklilerce değiştirilemeyeceği aksi yaklaşımın aşırı düşük teklif sorgulamasının yapılma amacına ve ihalelere hakim olan temel ilkelere uygun olmayacağı bu itibarla analiz formatında yer alan farklılaştırmanın kabul edilemeyeceği açık olduğundan Mahkeme kararında yer verilen değerlendirmelerde hukukî isabet bulunmaması

Toplantı No	: 2022/007
Gündem No	: 19
Karar Tarihi	: 02.02.2022
Karar No	: 2022/MK-31

BASVURU SAHİBİ: Kayahan İnş.Taah.Sanve Tic.A.Ş.
İHALEYİ YAPAN İDARE: Bölge Müdürlüğü-4.Bölge Ankara Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Karayolları Genel Müdürlüğü
BASVURUYA KONU İHALE: 2019/548489 İhale Kayıt Numaralı "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr Sakarıllıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler Ve Üstyapı Yapılması İşi" İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Karayolları 4. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/548489 ihale kayıt numaralı "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr. Sakarıllıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler ve Üstyapı Yapılması İşİ" ihalesine ilişkin olarak Kayahan İnş. Taah. San. ve Tic. San. A.Ş. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1051 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Kurul tarafından bahse konu Kurul Kararına ilişkin daha önce alınan 08.07.2021 tarihli ve 2021/MK-286 sayılı kararda "Davacı Kayahan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından Kamu İhale Kurulu'nun 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1051 sayılı kararının iptali talebiyle açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 18.12.2020 tarih ve E:2020/1819, K:2020/2253 sayılı kararı ile "dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiştir. Kamu İhale Kurulunun 08.12.2020 tarihli ve 2020/MK-298 sayılı kararı ile 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1051 sayılı kararının (a) ve (b) bölümlerinde yer alan iddialar ile ilgili kısmının iptaline, anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesi karar verilmiştir. Yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 13. Dairesi'nin 17.03.2021 tarih ve E:2021/242, K:2021/987 sayılı kararı ile Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 18/12/2020 tarih ve E:2020/1819, K:2020/2253 sayılı kararının, davacının "S4 ve S6 pozu anali analizlerinde kullanılan "C 30/37 beton harcı, hazır beton harçları (TS EN 206-1)" pozu için Elazığ'da bulunan üçüncü kişiden alınan fiyat teklifinin mevzuata uygun olduğu" iddiası yönünden dava konusu Kurul kararının iptaline ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığı gerekçesi ile davacının iddiasının (a) bölümü yönünden onanmasına karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin anılan kararında, davacının "T1" poz numaralı iş kaleminin "Paletli delgi makinesi (112 kW-152HP-2500 rpm) (ankraj zemin çivisi, bulon, barbakan deliği delinmesi için)" pozu için üçüncü kişiden alınan fiyat teklifi ile yapılan açıklamanın mevzuata uygun olduğu" iddiasına yönelik olarak yapılan inceleme de ise "Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında paletli delgi makinesi (112 kW-152HP-2500 rpm) (ankraj zemin çivisi, bulon, barbakan deliği delinmesi için)" pozu için Emirpet İnş. ve Tic. A.Ş. firmasının alınan 510.000-TL tutarlı fiyat teklifi sunulduğu, idare tarafından 18/03/2020 tarihli yazı ile anılan makinenin özellik ve kapasitelerinin yer aldığı ruhsat, yemiyem defterleri, satış kayıtlarına ait faturalar vb. belgelerin istenmesi üzerine, davacı tarafından Atlas Corpo model T35 tipi Min 52,2 KW 70 HP - Maks. 170 KW 228 HP motor gücündeki makineye ilişkin teknik belge ile anılan makineye ilişkin 19/06/2019 tarihli faturanın sunulduğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle, her ne kadar İdare Mahkemesi kararında, "idare tarafından istenilen makinenin özellikler bakımından daha üst seviyede olmasının ve bu yönde seçenekler sunulmasının, bu makinenin idare tarafından istenilen özellikleri karşılamadığı anlamına gelmeyeceği" yönünde gerekçeler yer verilmişse de, idare tarafından aşırı düşük teklif sorgulamasında isteklere gönderilen ve idarenin ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmiş teknik özelliklerin de yer aldığı analizlerdeki miktarların ve belirlenen teknik özelliklerin isteklere karşılaştırılması, aksi yaklaşımın aşırı düşük teklif sorgulamasının yapılma amacına ve ihalelere hakim olan temel ilkelere uygun olmayacağı, bu itibarla, analiz formatında yer alan farklılaştırmanın kabul edilemeyeceği açık olduğundan, İdare Mahkemesi kararında yer verilen değerlendirmelerde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Bu çerçevede dava konusu uyumsuzluk incelendiğinde, idare tarafından açıklanması istenen "T1" poz nolu iş kalemi girdileri arasında yer alan paletli delgi makinesi için teknik özelliğinin 112 kW-152HP-2500 rpm olarak belirtildiği, davacının anılan iş kaleminin analizinde kullandığı ve daha sonra idarenin talebi üzerine teknik özelliklerine ilişkin belgeleri sunduğu makinenin Min 52,2 KW 70 HP - Maks. 170 KW 228 HP motor gücünde olduğu, bu durumda, idarenin talep ettiği paletli delgi makinesiyle davacının analizlerinde kullandığı makinenin aynı teknik özelliklere sahip olmadığı görülmektedir.

Her ne kadar Tebliğ'in 45.1.13. maddesine göre isteklilerin analizlerine dayanarak olarak üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerini sunmaları mümkün ise de, anılan fiyat teklifinin idarenin özelliklerini belirlemiş olduğu iş kalemine uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle, teknik özelliklerine, isteklere verilen analiz formatında açıkça yer verilen iş makinesine aynı teknik özelliklere sahip olmayan iş makinesine dair alınan fiyat teklifinin ve buna dayanılarak yapılan açıklamanın geçerli olmadığı da açıktır.

Bu itibarla, davacının "T1" poz nolu iş kalemi girdileri arasında yer alan paletli delgi makinesi için belirlenen teknik özelliklerden farklı nitelikte iş makinesine açıklama yapmış olduğu sabit olduğundan, teklifinin değerlendirilme dışı bırakılmasına ve buna karşı yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır." gerekçesi ile davacının iddiasının (b) bölümü yönünden bozulmasına kesin olarak karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 08.12.2020 tarihli ve 2020/MK-298 sayılı kararının başvuru sahibinin iddiasının (b) bölümü ile ilgili değerlendirmeleri içeren kısmının iptaline,

2- Anılan Danıştay kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda Kamu İhale Kurulunun 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1051 sayılı kararının (b) bölümünde yer alan iddialar ile ilgili kısmının hukuki geçerliliğini koruduğuna, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine," şeklinde karar verilmiştir.

Bu kez Davacı Ege Asfalt Mad. İnş. Nak. San. Tic. A.Ş tarafından anılan Kurul kararının hukuki geçerliliğini koruyan (b) bölümünün, eşit muamele ilkesi açısından da incelenmesi gerektiği talebi ile ilgili bölümün iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyeli açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesinin 21.09.2020 tarih ve E:2020/1760, K:2020/1504 sayılı kararı ile "davanın ehliyet yönünden reddine" karar vermesi üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 18.11.2021 tarihli ve E:2020/3606, K:2021/3903 sayılı kararı ile Ankara 11. İdare Mahkemesinin kararının bozulması, yeniden bir karar verilme üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesi üzerine alınan 06.01.2022 tarihli ve E:2021/2626, K:2022/38 sayılı kararında "Karayolları Genel Müdürlüğü, 4. Bölge Müdürlüğü'nce 04.12.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr. Sakarıllıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler ve Üstyapı Yapılması İşİ" ihalesinin davacı şirket ve davacı şirketin ortağı olduğu Söğüt İnş. Taah. Petrol Mad. Gıda Nak. İÇ ve Dış Tic. A.Ş. iş ortaklığının uhdesinde kaldığı, söz konusu ihaleye katılan ve teklifi değerlendirme dışı bırakılan Kayahan İnş. Taah. San. ve Tic. San. A.Ş.'nin teklifinin, aşırı düşük teklif açıklaması istenilmesinden sonra idarece yapılan değerlendirmede sonucunda teklifin değerlendirilme dışı bırakılmasına karar verilmesi üzerine, yapılan itirazın şikâyet başvurusunun, aşırı düşük teklif açıklamasının ve nihayette teklifin değerlendirilme dışı bırakılmasına yönelik ihale işlemlerinin incelenerek sonucu itibarıyla teklifin değerlendirilme dışı bırakılmasına ilişkin şikâyet başvurusunun 2020/UY.II-1051 sayılı Kurul kararı ile reddine karar verildiği, davacı şirket tarafından, 4734 sayılı Kanununun amir hükümleri gereğince eşit muamele ilkesi yönünden aşırı düşük teklif açıklaması sunan tüm isteklilerin aynı nitelikteki belgelerinin incelenerek karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar alındığı ve diğer aşırı düşük teklif sahibi isteklilerin aşırı düşük açıklaması kapsamında sunduğu makinalara yönelik belgelerin incelenmediği, adı geçen iş ortaklığınca yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının eşit muamele ilkesi çerçevesinde diğer aşırı düşük teklif açıklaması yapan tüm isteklilerin makinalarının da incelenerek karar verilmesi gerekirken bu isteklilerin yönünden inceleme yapılmamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 2020/UY.II-1051 sayılı Kurul kararının iptali istemiyeli bakımında bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu uyumsuzlukta; Karayolları Genel Müdürlüğü, 4. Bölge Müdürlüğü'nce 04.12.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "(Eskişehir-Sarıcakaya) Ayr. Sakarıllıca-Mihalgazi İl Yolu Km: 0+000-24+500 Arası Yol Yapımı Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprüler ve Üstyapı Yapılması İşİ" ihalesinin davacı şirket ve davacı şirketin ortağı olduğu Söğüt İnş. Taah. Petrol Mad. Gıda Nak. İÇ ve Dış Tic. A.Ş. iş ortaklığının uhdesinde kaldığı, ardından ihaleye istekli olarak katılan ve teklifi değerlendirme dışı bırakılan Kayahan İnş. Taah. San. ve Tic. San. A.Ş.'nin itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, itirazın şikâyet dilekçesinde özetle; aşırı düşük teklif açıklamalarının (araçlara ilişkin 2.iddiası) idare tarafından; "b) "T1 poz numaralı iş kaleminin "Paletli delgi makinesi (112kW-152HP-2500 rpm) (ankraj, zemin çivisi, bulon barbakan, deliği delinmesi için)" pozu için istekli tarafından fiyat teklifi alınarak açıklama yapılmıştır. Aşırı düşük teklif açıklaması yapacak istekliler tarafından makine ve ekipman girdilerinin bileşenlerinden amortismana yönelik yapılacak açıklamalar, kamu kurumuna birim fiyatlarının kullanılacağı, istekli tarafından ise "Paletli delgi makinesi (112kW-152HP-2500 rpm) (ankraj, zemin çivisi, bulon, barbakan, deliği delinmesi için)" pozu için istekli tarafından Emirpet İnş. ve Tic. A.Ş. firmasının fiyat teklifi alındığı amortisman girdisinin fiyat teklifi alınarak açıklanabilmesine izin verilen mevzuat hükmü bulunmadığından söz konusu makine için yapılan açıklamanın bu yönüyle uygun olmadığı tespit edilmiştir. T1 poz numaralı iş kaleminin "Paletli delgi makinesi (112kW-152HP-2500 rpm) (ankraj, zemin çivisi, bulon, barbakan, deliği delinmesi için)" pozu için istekli tarafından kendi malı olan Tamrock Ranger model 790 tipi 145 KW motor gücündeki maineler ile amortisman hesabı yapılarak aşırı düşük teklif açıklaması yapılmıştır. Ancak "Paletli delgi makinesi (112kW-152HP-2500 rpm) (ankraj, zemin çivisi, bulon, barbakan, deliği delinmesi için)" pozundaki paletli delgi makinesi ile isteklinin sunmuş olduğu ve istenilen teknik özelliklere uygun açıklama yapılmadığı tespit edilmiştir." şeklinde cevap verilerek uygun görülmediği, Kamu İhale Genel Tebliğinde aşırı düşük tekliflerin üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifleri ile açıklanamayacağına dair düzenleme bulunmadığından bahisle itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, Kurulun dava konusu edilen 10.06.2020 tarih ve 2020/UY.II-1054 sayılı kararıyla, itirazın şikâyete konu ikinci iddia yönünden; "Bu çerçevede söz konusu analiz girdisi için başvuru sahibi tarafından, -kamu rayiç fiyatlarında daha düşük bedel içerir- üçüncü kişilerden fiyat teklifi alınarak açıklama yapılması hususu ile, daha sonra idarenin talebi üzerine sunulan belgelerde farklı güç ve teknik özelliklere sahip bir iş makinesi ile açıklama sunulması hususları birlikte değerlendirildiğinde (farklı teknik özelliklere sahip bir araçtan harcaçayacağı yakıt miktarı ve makinenin 1 saatlik çalışma maliyeti hesabında kullanılan katsayıların -yedek parça, tamir-bakım, sermaye faizi-sigorta vb.- değişeceği düşünülünce) başvuru sahibi isteklinin (b) bölümünde yer alan iddiasının yerinde bulunmadığı"na karar verilerek, iş ortaklığının itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiş olup, davacı şirket tarafından, bahse konu Kurul kararında, davaya konu ihale kapsamında aşırı düşük teklif değerlendirilmesinde, teklifleri değerlendirme dışı bırakılan diğer istekliler hakkında da inceleme yapılarak aşırı düşük teklif açıklamalarının Kurul kararı ile de uygun bulunmamasına karar verilmesi gerektiğinden, diğer bir ifade ile ihaleye katılan tüm isteklilerin makinenin de incelenerek karar verilmesi gerektiğinden bahisle Kurul kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Uyumsuzluk, davalı idare tarafından, ihaleye geçerli teklif veren isteklilerin fiyat tekliflerinin eşit muamele ilkesi kapsamında incelenip incelenmeyeceği hususunda kaynaklanmaktadır. Aktarılan düzenlemelere göre, davalı idarenin itirazın şikâyet başvurularının başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususların yanında ayrıca eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından da incelenmesi gerekmektedir. Bu incelemede, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bakılan davada, davalı idarece eşit muamele ilkesi yönünden dava konusu Kurul kararında herhangi bir değerlendirme yer almadığı, başvuru sahibinin iddiaları kapsamında itiraz edilen hususlara ilişkin olarak diğer aday ve isteklilerin tekliflerinin de değerlendirilmesi gerektiğinin açık olduğu, her ne kadar davalı idarece, böyle bir başlık açıklanması halinde eşit muamele ilkesi yönünden değerlendirilecek bir husus bulunmadığı, ortada hukuka aykırılık veya ihlal olmadan kurul kararında bu hususa aşırı yer verilmesinin beklenmeyeceği, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı iddia edilmiş ise de; yukarıda yer verilen düzenlemelere açıkça eşit muamele ilkesi yönünden değerlendirmelerde bulunacağından düzenlendiği, ihlal veya hukuka aykırılık olmasa da bunun ayrı bir başlık altında açıkça belirtilerek değerlendirilme bu şekilde yapılabileceği, hukuka uygunluk karinesinin bu uyumsuzlukta kullanılmasına imkan bulunmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin tüm bu iddialarına itibar edilmemiştir.

Bu durumda, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerle yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, davalı idareye yapılan itirazın şikâyet başvurusunda başvuru sahiplerinin iddiaları kapsamında eşit muamele ilkesi yönünden diğer aday ve isteklilerin tekliflerinin de değerlendirilmesi gerekirken, bu husus değerlendirilmeden tesis edilen Kamu İhale Kurulu'nun 2020/UY.II-1051 sayılı kararında eksik inceleme nedeniyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Sonuç olarak Anılan Mahkeme kararından; Kamu İhale Kurulunun 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1051 sayılı kararının A) bölümünün (b) bendinde yer alan iddialara ilişkin yapılan inceleme ve değerlendirmelerin hukuki olarak geçerliliğini korumakla birlikte eşit muamele ilkesi açısından da incelenmesini teminen dava konusu işlemin iptal edildiği anlaşılmıştır.

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 hükmü bağlanmıştır.

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

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

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 10.06.2020 tarihli ve 2020/UY.II-1051 sayılı kararın A) bölümünün (b) bendinde yer alan iddiaların esasının eşit muamele ilkesi çerçevesinde aşırı düşük teklif açıklaması yapan istekliler yönünden yeniden incelenmesine,

Öybirliği ile karar verildi.