

İdarece verilen analiz formatında yer alan mesafelerden kendilerine avantaj sağlayacak daha uygun mesafelerin belgelendirilmesi koşuluyla aşırı düşük teklif açıklaması

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2020/2016 K.

2020/1786 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/1786

Karar No:2020/2016

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... A.Ş.

VEKİLİ : Av...

KARŞI TARAF (DAVALI) :...

VEKİLİ :Av...

İSTEMİN_KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... Başkanlığı tarafından ... tarihinde açık **ihale** usulü ile gerçekleştirilen ... **ihalesine** ilişkin olarak dava dışı ... İş Ortaklığı'nın itirazın şikâyet başvurusu

üzerine düzeltici işlem tesis edilerek başvuru sahibi iş ortaklığının teklifinin değerlendirmeye alınmasına ilişkin ... Kurulu'nun (Kurul) ... tarih ve ... sayılı kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; dava konusu **ihale**ye ait Teknik Şartname'nin 9. maddesinde, inşaat için kullanılacak her türlü malzemenin (kum, çakıl, stabilize, taş vb.) yüklenici tarafından temin edileceği düzenlemesine yer verildiği, **ihale** dokümanı içerisinde idarece belirlenen ocağın kullanılmasını zorunlu kılan bir kuralın yer almadığı, istekliler tarafından idarece verilen analiz formatında yer alan mesafelerden kendilerine avantaj sağlayacak daha uygun mesafelerin belgelendirilmesi koşuluyla aşırı düşük teklif açıklamasında kullanılabileceği, istekli tarafından "Taş Nakli" analiz girdisi için idarenin belirlediği mesafeden daha kısa bir mesafe kullanılmakla birlikte, söz konusu mesafenin tevsikine yönelik belgelerin açıklama kapsamında sunulduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, isteklilerin idarece verilen analiz formatı ile analiz girdilerindeki miktarları kullanarak açıklama yapmasının zorunlu olduğu, başvuru sahibi isteklinin aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında 104/A taş nakli iş kaleminin analizinde idarece verilen formülü kullandığı, ancak teklif fiyatı düşük olduğundan açıklamasını kurtaracak şekilde nakliye mesafesini 10,1 km olarak aldığı, idarece yaklaşık maliyette ve analizlerde taşıma mesafesinin 25 km olarak verildiği, analiz formatının değiştirilebilmesine imkân tanınması halinde herkes açısından objektif olarak değişikliğin sınırının belirlenmesi gerektiği, aksi hâlde analiz formatındaki mesafeyi baz alarak fiyat teklifi oluşturan isteklilerin dezavantajlı bir konuma geleceği, bu durumun 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki

eşitlik ilkesinin ihlâli niteliğinde olduğu, isteklilerin analizlerde sadece fiyata ilişkin kısımda oynama yapabileceği, miktarlarla oynanarak analiz formatının içeriğinin değiştirilmesi ve haksız avantaj sağlanmasının **ihale** mevzuatına aykırı olduğu, açıklamaların eşit şartlarda değerlendirilebilmesi için isteklilerin aynı analiz formatıyla açıklama yapması gerektiği, mesafenin başvuru sahiplerinin açıklamasındaki gibi 10,10 km olarak belirlenmesi hâlinde analiz formatındaki mesafe olan 25 km'ye göre toplamda ...-TL fiyat farkı ortaya çıktığı, bu fark başvuru sahibinin fiyatına eklendiğinde kendi tekliflerinin üzerine çıktığı, Kurul kararında taş ocağını yüklenicinin bulacağı ifade edilmiş ise de, taş ocağının şartnamede istenilen özellikte olup olmadığı, deniz tuzuna dayanıklı taş bulunup bulunmadığı hususunun yapı denetim görevlilerince denetlendiği, analizler yapıldığı, idarenin bu hususları önceden araştırarak 25 km'deki taş ocağındaki taşın uygun olduğunu tespit ederek yaklaşık maliyeti buna göre oluşturduğu, 10,10 km nakliye mesafesinin kabul edilmesi hâlinde TCDD'den nakliye mesafesinin neden 25 km belirlendiğinin sorulması, cevaba göre 10,10 km uygun bulunacak olursa tüm isteklilerden 10,10 km esas alınarak yeniden aşırı düşük teklif açıklaması istenilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, **ihale** dokümanı içerisinde inşaat için kullanılacak her türlü malzemenin yüklenici tarafından temin edileceği kuralının yer aldığı, idarece belirlenen ocağın kullanımını zorunlu kılan bir düzenlemenin bulunmadığı, idarece belirlenen nakliye mesafelerinin kullanılmasının zorunlu kılınmadığı durumlarda isteklilerin analiz formatında yer alan mesafelerden kendilerine avantaj sağlayacak daha uygun mesafeleri belgelendirmek koşuluyla aşırı düşük teklif açıklamasında kullanılabilecekleri, başvuru sahibi istekli tarafından da "Taş Nakli" analiz girdisi için idarenin belirlediği mesafeden daha kısa bir mesafe kullanılmakla

birlikte, söz konusu mesafenin tevsikine yönelik belgelerin açıklama kapsamında sunulduğu, her ne kadar davacı tarafından yüklenicinin bulacağı taş ocağının teknik şartnamede istenilen özelliklerde olup olmadığı, deniz tuzuna dayanıklı taş bulunup bulunmadığı hususunun araştırılması gerektiği iddia edilmekteyse de, bu hususun yapım aşamasında yapı denetim görevlilerinin sorumluluğunda olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

... Başkanlığı tarafından ... tarihinde açık **ihale** usulü ile ... **ihalesi** gerçekleştirilmiştir.

İhaleye 15 istekli katılmıştır. Teklifleri sınır değerinin altında kaldığından bahisle 4 istekliden aşırı düşük teklif açıklaması talebinde bulunulmuş, 2 istekli tarafından aşırı düşük teklif sorgusuna cevap verilmemiştir. Dava dışı ... İş Ortaklığı'nın ve diğer isteklinin aşırı düşük teklif açıklamaları uygun bulunmayarak teklifleri değerlendirme dışı bırakılmıştır.

İhale, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenen davacının uhdesinde bırakılmıştır.

Bunun üzerine, dava dışı iş ortaklığı tarafından, aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun bulunmayarak tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırı olduğuna yönelik itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. Dava

konusu Kurul kararı ile itirazın şikâyet başvurusu yerinde bulunarak başvuru teklifinin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki **ihale** işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde düzeltici işlem belirlenmiş, söz konusu Kurul kararının "Taş nakli" analiz girdisinde yer alan nakliye mesafesine ilişkin 1. iddiayla ilgili kısmının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu **ihale** Kanunu'nun "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesinde, "**ihale** komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

ihale komisyonu;

- a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
- b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
- c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü, gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

Kurum, **ihale** konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile **ihale** edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, **ihalenin** bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri **ihale**lerinde sınır

değerin altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. **İhale** komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır.” kuralına yer verilmiştir.

Kamu **İhale** Genel Tebliği'nin “Sınır değer tespiti ve aşırı düşük teklifler” başlıklı 45. maddesinde, “... 45.1.2. Sınır değerinin altındaki teklif sahiplerinden yaklaşık maliyetin % 80'lik bölümünü oluşturan iş kalemleri/gruplarına ilişkin ayrıntılar yazılı olarak istenir. Bu çerçevede; istenen açıklamanın niteliği dikkate alınarak, isteklilere beş (5) iş gününden az olmamak üzere makul bir süre verilir. (Ek cümle:RG-19/6/2018-30453 Mükerrer) Yazıda ayrıca, **ihale** konusu işe özgü alanlara (malzeme ocağı vb.) ilişkin olan ve açıklama istenecek girdi niteliğinde bulunan nakliyelere dair yaklaşık maliyet hesabında esas alınan mesafeler belirtilir.

...

45.1.8. Aşırı düşük teklifine ilişkin olarak yaptığı açıklamada sunduğu analizler, **ihale** dokümanı kapsamındaki analiz formatına, birim fiyat tariflerine, idarece tanımlanan yapım şartlarına veya teknik şartnameye uygun olmayan, analiz fiyat tutarları teklif fiyatların üzerinde olan isteklilere ait teklifler reddedilecektir....” kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde, teklifi diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olan isteklilerden aşırı düşük teklif açıklamasının istenileceği belirtilmiş ve son fıkrasında, ayrıntıya ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisinin Kurum'a verildiği ve **ihale** komisyonlarının Kurum tarafından yapılacak bu düzenlemeleri esas alacakları kurala bağlanmıştır. Kamu **İhale** Kurumu tarafından yapılan konuya ilişkin düzenlemeler, gerek **ihale**yi gerçekleştiren idare, gerek istekli ve istekli olabilecekler bakımından bağlayıcı olup, **ihale** süreçlerine ilişkin öngörülebirliliği ve **ihale** işlemlerindeki objektifliği sağlamaya hizmet

etmektedir.

Bu kapsamda, anılan yetkiye dayalı olarak Kurum'ca hazırlanan Kamu **ihale** Genel Tebliği ile, iş kalemlerine ilişkin analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının **ihale** dokümanı kapsamında istekli olabileceklere verilmesi, isteklilerin de tekliflerinin aşırı düşük olduğu tespit edilerek kendilerinden açıklama istenmesi durumunda, verilen bu formata göre açıklama yapması, idarece yapılacak değerlendirmelerde de söz konusu formatların esas alınması gerektiği kurala bağlanmış, ayrıca aşırı düşük teklif sorgulama yazısında, **ihale** konusu işe özgü alanlara (malzeme ocağı vb.) ilişkin olan ve açıklama istenecek girdi niteliğinde bulunan nakliyelere dair yaklaşık maliyet hesabında esas alınan mesafelerin belirtileceğine ilişkin düzenleme ile, aşırı düşük teklif açıklamalarında **ihale** sürecine katılan bütün taraflar açısından öngörülebilirliğin sağlanması amaçlanmıştır.

İhaleyi gerçekleştiren idarenin ... tarih ve E... sayılı yazısında, "...Kamu **ihale** Genel Tebliği'nin 45.1 maddesine istinaden belirlenen iş kalemleri/grupları listesi ve açıklama istenecek analiz girdileri ekte gönderilmiştir. Bu tablolar dikkate alınarak İdari Şartname'nin 33.2 ve Kamu **ihale** Genel Tebliği'nin 45.1 maddelerine uygun olarak gerekli açıklamaların belgelendirilmek suretiyle yapılarak 5 iş günü içerisinde gönderilmesi gerekmektedir..." ifadelerine yer verilerek aşırı düşük teklif açıklaması talep edildiği anlaşılmaktadır.

Bu yazı ekinde, idarece açıklama istenilen 8 adet iş kalemi için, her bir iş kalemini oluşturan analiz girdilerinin cins ve miktarlarının bulunduğu analiz formatına, açıklama istenilen ve istenilmeyen analiz girdilerine ve sıralı analiz girdi tablolarına yer verildiği, "104/A Taş Nakli" analiz girdisine ait tabloda, nakliye girdisi için bir formül belirlendiği ve formüldeki "M" değişkeninin, "M: Taşıma Mesafesi = 25 KM" olarak açıklandığı görülmektedir.

Başvurucu İş Ortaklığı tarafından, aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan nakliye mesafesinin 10,10 km

olarak gösterildiği, bu mesafenin idarenin yaklaşık maliyet hesabında esas aldığı ve tabloda belirtilen mesafeden daha az olduğu anlaşılmaktadır.

İsteklilere gönderilen aşırı düşük teklif açıklama isteme yazısında tabloların dikkate alınarak açıklama yapılacağı belirtildiğinden ve "Taş Nakli" analiz girdisi tablosunda nakliye mesafesine ilişkin bir belirleme yapılmış olduğundan, kesinleşen aşırı düşük teklif sorgulama yazısının ekinde yer alan yaklaşık maliyet hesabına ilişkin olarak belirlenmiş olan mesafelerin dışında mesafeler kullanılarak aşırı düşük teklif açıklaması yapılamayacaktır.

Bu itibarla, itirazın şikâyet başvurusunun kabulü ile düzeltici işlem belirlenmesi yönündeki dava konusu Kurul kararının 1. iddiayla ilgili kısmında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. DAVA KONUSU İŐLEMİN İPTALİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz yargılama giderleri toplamı ...-TL ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,
5. Kullanılmayan ...-TL ilk derece aşamasındaki yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
6. Posta giderleri avansından artan tutarın ve istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davacıya iadesine,
7. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
8. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 09/09/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.