

# **İdarenin, KİK Düzetici İşlem Kararına Uymayarak Aynı İşin Pazarlık Usulü İle Periyotlar Halinde Alamayacağı gibi 21 /f v.b ihale usulleri birkaç kez alım yapılmasındaki Y. maliyet farklarının kamu zararına sebebiyet verilmesi ile aradaki farkın tazmini ne gidilmesi hk karar**

|                          |                                    |  |
|--------------------------|------------------------------------|--|
| <b>Kamu İdaresi Türü</b> | Yüksek Öğretim Kurumları           |  |
| <b>Yılı</b>              | 2012                               |  |
| <b>Dairesi</b>           | 2                                  |  |
| <b>Dosya No</b>          | 39976                              |  |
| <b>Tutanak No</b>        | 42104                              |  |
| <b>Tutanak Tarihi</b>    | 21.6.2016                          |  |
| <b>Kararın Konusu</b>    | İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar |  |

Açık İhalede Kamu İhale Kurulu (Düzetici İşlem) Kararına Uyulmayarak Aynı İşin Pazarlık Usulü İle Periyotlar Halinde Alınması;

1- 305 sayılı İlam'ın 2. maddesinin A) bendiyle; "... Üniversitesi Rektörlüğü ve Bağlı Birimlerinin 2012 Yılı Temizlik Hizmeti İşinin 211 İşçi İle Sağlanması" işine ilişkin olarak 07.03.2012 tarihinde yapılan açık ihalede Kamu İhale Kurulu (düzeltici işlem) kararına uyulmadığı gerekçesiyle ... TL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

Sorumlu, temyiz dilekçesinde özetle; ilamın ilgili maddesinin; "22.02.2012 tarihinde ihalesi Yapılan "... Üniversitesi Rektörlüğü ve Bağlı Birimlerine 2012 Yılı Temizlik Hizmeti (9 Ay/211 İşçi) Alımı" işine ilişkin olarak 11 firmanın teklifinin kârsız yaklaşık maliyetin altında olması nedeniyle aşırı düşük fiyat sorgulamasına tabi tutulması, firmaların aşırı düşük fiyat sorgulamasına verdikleri cevapların yeterli görülmemekle tekliflerinin reddedildiği, ihaleye ilişkin Kamu İhale Kuruluna yapılan itiraz üzerine 19.04.2012 tarihinde Kurulun aşırı düşük fiyat sorgulamasında tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılma işleminin yerinde olmadığı sonucuna varmak suretiyle; "tekliflerin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği" yönünde karar vermesine rağmen, bu düzeltici işlem kararına uyulmadığı ve yeniden değerlendirilmeye alınması istenen firmaların tekliflerinin değerlendirmeye alınmayarak Vergi Dairelerine yazı yazıldığı ve vergi dairelerinden cevap gelmediği gerekçesiyle de ihalenin iptal edildiği ve Nisan-Aralık/2012 dönemi boyunca pazarlık usulü ile dönemler halinde yükleniciden temizlik hizmeti alımına gidilmek (Kamu İhale Kanununun 56'ncı maddesi hükmü gereği Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlem kararının gereklerinin yerine getirilmemesi) suretiyle kamu zararına sebebiyet verilmesi" şeklinde özetlenebileceğini, ihale komisyonu tarafından iptal edilen ve ihale yetkilisi tarafından onaylanan bu iptal işlemi ile hukuken geçerliliği kalmayan 2012/8327 kayıt numaralı ihaleye ait tekliflerle, 2012/37016, 2012/50972, 2012/78752, 2012/112555 ve 2012/135055 kayıt numaralı pazarlık usulü ile yapılan hizmet alım ihale işlemleri arasında illiyet bağı kurularak ve fiyat kıyaslaması yapılarak, sorguya alınan ve ilama bağlanan kamu zararının, tamamen yasal dayanaktan yoksun ve birden çok varsayıma dayanmakta olduğunu, şöyle ki;

1- İdare tarafından iptal edilen 2012/8327 kayıt numarası ihaleye ait ihale işlem dosyasında mevcut belgeler kendi içerisinde değerlendirilmesi gerekirken bu ihale işlem

dosyasında mevcut en düşük teklif fiyatı ile temizlik hizmet ihtiyacının pazarlık usulü alıma ait ihale işlem dosyasındaki hizmet satın alma fiyatı arasında fiyat kıyaslama yapılması ve bu şekilde kamu zararı hesaplanmasının, aynı konuda farklı zamanlarda yapılan farklı ihale işlem dosyalarındaki fiyat kıyaslamasının yolunu açmak olacağını ki bunun evrensel hukuk kurallarına aykırı olduğunu,

2- 4734 Sayılı Kanun'un 39'uncu maddesine göre idare tarafından iptal edilen ihalenin, iptal edilmeyip de KİK'in düzeltici işlem kararına istinaden, aşırı düşük sorgulaması yapılan firmanın izahının kabul edilerek ihalenin bu firmada kalabileceği varsayımına dayanıldığını ve kamu zararı hesaplandığını, KİK 2012/UH.111-1826 karar numaralı düzeltici işlem kararının idareye 30.04.2012 tarihi itibarıyla ulaştığı, tekliflerin geçerlilik süresinin (şartnameye göre ihale tarihinden itibaren en az 60 gün) 22.04.2012 tarihi itibarıyla dolmuş olduğu, birçok Geçici Teminat Mektubunun geçerlilik süresinin de 22-31 Mayıs 2012 itibarıyla dolmuş olacağı, (kamu zararı hesabında kıyas alınan firmanın teklif geçerlilik süresi 21.04.2012 teminat mektubu geçerlilik süresi 31.05.2012) bu itibarla idarenin teklif geçerlilik ve teminat mektubu geçerlilik sürelerini isteklilerden uzatmasını talep etmesi ve tüm isteklilerin de bu talebi yerine getirecekleri varsayımı, komisyonun yapacağı değerlendirme sonucu en düşük fiyat teklifinde bulunan firmaya ihalenin verilmesini kararlaştırılacağı varsayımı ve bu varsayımlarla ihale yetkilisi tarafından ihale onaylansa dahi, idarenin ihale üzerinde kalan firmaya yaptığı sözleşme davetinin, ilgili firma tarafından kesin teminat ve diğer belgeler idareye verilerek sözleşmeyi imzalanacağı ve sözleşme fiyatı üzerinden ihtiyacın karşılanacağı varsayımına dayandırılarak kamu zararı hesaplandığını, bu varsayımların birinin gerçekleşmemesi halinde sonucun çok farklı olabileceği aşikârken; varsayımlara ve olasılıklara göre göreceli değişiklik gösterebilecek sonuçların başka alım işlemlerine ait sonuçlarla bağlantı kurularak ve kıyaslama yapılarak, 4734 sayılı Kanunun 39'uncu

maddesine göre idarenin, ihalenin iptali yönündeki karar alma iradesindeki takdir yetkisinin yok sayılarak ve varsayımlarla, kamu zararı hesaplanmasının, KİK mevzuatı, 5018 sayılı Kanun, kamu zararlarına ilişkin ilgili yönetmelik ve temel hukuk kurallarına aykırı olduğunu,

3- KİK 2012/UH.111-1826 karar numaralı düzeltici işlem kararının, 30.04.2012 tarihinde idareye ulaşmış olması nedeniyle, yukarıda 2. maddede belirtilen varsayımlı işlemlerin tamamlanması için gerekli süreler dikkate alındığında, ihaleye 1 Nisan 2012 tarihinden başlamak üzere üst yöneticiden onay alınmamış olması nedeniyle 9 aylık çıkmış olmasının; diğer bir ifadeyle, 5018 sayılı Kanunun 27/d maddesine göre ertesi yıla geçen yüklenmeye girişilebilmesi için ihalenin (zorunluluktan dolayı) sonuçlandırılmasının bir başka hukuksuzluğa neden olacağını, bu durum detaylı olarak açıklanacak olursa; ertesi yıla geçen yüklenmeye girişilebilmesi için üst yöneticiden onay alınmamış olması nedeniyle 4735 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesine göre sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı aşıkâr olan söz konusu hizmet alım ihalesi iptal edilmemiş olsaydı; sözleşme konusu işin, 31.12.2012 tarihi itibarıyla tasfiye edilmesi durumunda kalınacağını ve idare tarafından yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'inin geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenmek zorunda kalacağını, bu durumun bile ihalenin iptali yönünde alınan kararın yerindeliğinin karinelerinden birisini teşkil etmekte olduğunu

4- Altı (6) farklı ihale işlem dosyasındaki mevcut belgelerin birbirlerinden bağımsız değerlendirilmesi gerekirken, farklı ihale işlem dosyalarında mevcut belgeler arasında illiyet bağı kurulması ve buna dayanarak da kamu zararı hesaplamasının, 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesi ile Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 6'ncı

maddesi ve düzenleyici diğer mevzuata göre mümkün olmadığını ve hukuka aykırı olduğunu, her ihale işlem dosyasının kendi içerisinde değerlendirilerek kamu zararı tespit edilmemiş olmasının, her bir ihale işleminin doğruluğuna da karine teşkil etmekte olduğunu,

5- KİK mevzuatına göre her bir alım işleminin, ihale tarihi ve saati itibariyle kendi şartlarını oluşturmakta, ihale tarih ve saatinde aynı ortamda bulunan ve teklif veren isteklilerin, yasal uygunluk değerlendirilmesinden sonra alım bedelinin ortaya çıkmakta olduğunu, aday ve isteklilerin, ihale tarih ve saati itibariyle ve alım miktarıyla uyumlu tekliflerini alıcı idareye teklif etmekte olduklarını, sabit ve değişken maliyet bileşenlerine göre aday ve isteklilerin miktara bağlı olarak, aynı/farklı yer ve tarihte farklı fiyat teklifleri verebilmelerinin, ticari hayatın doğası gereği olduğunu, ilamda bu hususunda dikkate alınmamasının ticari hayatın doğasına aykırılık teşkil etmekte olduğunu,

6- Açık ihale usulü hizmet alım ihalesi aşırı düşük teklifi veren firmada kalsaydı, firmanın taahhüdünü yerine getirememesi halinde;

– Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim – öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan üniversitenin asli faaliyetlerinde aksamalar olabileceğini,

– Temiz ve sağlığa uygun eğitim öğretim ve çalışma ortamının sağlanamaması nedeniyle öğrenciler ve çalışanlar başta olmak üzere diğer paydaşların sağlığının da tehlikeye girebileceğini,

– Temiz ve sağlığa uygun eğitim öğretim ile çalışma ortamının sağlanamaması, üniversitenin temel faaliyetlerinde ve yemek sunum hizmetlerinde aksamalar nedeniyle paydaşlar ve kamuoyu nezdinde itibar kaybını doğurabileceğini, ayrıca bu durumun

çeşitli çevrelerde infialler uyandırabileceği gibi istismar edilmesine de neden olabileceğini, gerçeği ile ihaleyi yapan idari personelinin, bu atmosfer altında destek faaliyetlerini yerine getirdiğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini,

7 – EKAP'ta 2012/8327 kayıt numarası ile kayıtlı ihalenin 29.06.2012 tarihinde iptal edilmesine rağmen ihaleye teklif veren kişiler tarafından ihalenin iptaline ilişkin idareye ve KİK' e itiraz edilmemiş olmasının, ihale iptal işleminin yerindeliğine de karine teşkil etmekte olduğunu,

Belirterek temyiz talebinin kabulüyle ilam hükmünün bozulmasını/kaldırılmasını arz etmiştir.

Başsavcılık karşılamaında özetle; dilekçede temizlik hizmeti alımı işinde ihale sürecinde aşırı düşük teklif verenlere ilişkin KİK kararına uyulmaması, sözü edilen kişilerin ihaleye alınmamasına bağlı olarak verilen tazmin hükmünün mevzuatına aykırı olduğu, yapılan işlemlerde mevzuatına aykırı bir yön bulunmadığı, ihalede düşük teklif verenlerin dahi ihale sonucuna itiraz etmedikleri belirtilerek, verilen tazmin hükmünün kaldırılmasının talep edildiği ifade edildikten sonra dilekçe ve eklerinde ortaya konulan hususların Daire kararının gerekçelerini karşılamaktan uzak olduğu; bu itibarla, ilgilinin temyiz talebinin reddi ile verilen kararın tasdikine hükmedilmesinin uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Sorumlu, Başsavcılık karşılamaına yanıt olarak gönderdiği ikinci temyiz dilekçesinde özetle; 22.02.2012 tarihinde ihalesi yapılan "... Üniversitesi Rektörlüğü ve bağlı birimlerine 2012 yılı temizlik hizmeti (9 ay/211 işçi) alımı" işine ilişkin ihalenin iptal edilmesinden sonra şu ihalelerin yapıldığını;

...

22.02.2012 tarihli İhale Komisyonu İptal Kararı ile pazarlık ihale usullerine göre yapılan ihalelerin (yüklenici üzerinde bırakılmasına ilişkin Nisan-Aralık ayı İhale Komisyonu

Kararlarının) hiç birinde Başkan, Üye, İhale Yetkilisi vs. olarak ne görevinin ne de imzasının bulunduğunu, tazmin kararında kamu zararının nasıl oluştuğu ve kimlerden ne sebeple tazmin edilmesi gerektiği ile tazminin yasal dayanağının ne olduğunun belli olmadığını, şöyle ki; tazminin 2012/8327 kayıt numaralı ilk açık ihalenin ihale komisyonun iptal kararı ile kararda imzası ve yetkisi olanlardan mı yoksa sonradan yapılan 2012/37016, 2012/50972, 2012/78752, 2012/112555 ve 2012/135055 kayıt numaralı pazarlık usulü ile yapılan hizmet alım ihalelerinin yüklenici üzerinde bırakılmasına ilişkin Ocak-Aralık ayı ihale komisyonu kararları ile kararda imzası ve yetkisi olanlardan mı yoksa kanun ve mevzuata uygun yapılan (ki ilamda da yasaya aykırı olduğuna ilişkin bir bulgu ve hüküm de bulunmayan) bu pazarlık ihalesi ile ilgili ödemelerde vekaleten hasbelkader gerçekleştirme görevlisi olarak görev yapan kişilerden mi tazmin edilmesi gerektiğinin belli olmadığını,, tazmin hükmünün varsayım ve farazalara dayanılarak çıkartıldığını, tazmin hükmü yasal dayanaktan yoksun olduğu için ilgili kanun maddeleri zikredilerek belli edilmediğini, 24.09.2012 tarihinde yapılan 3 aylık (Ekim-Kasım-Aralık 2012) ihale neticesinde Ekim ayı (04.10.2012 tarihinde) ödeme evrakında gerçekleştirme görevlisinin almış olduğu 5 günlük izin sebebiyle vekaleten baktığından dolayı imzasının bulunduğunu (İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı Satınalma Şube Müdürü ve Gerçekleştirme Görevlisi ...'in 01.10.2012 tarihinden itibaren 5 (beş) gün izne ayrılması nedeniyle yerine Gerçekleştirme Görevlisi olarak vekâlet ettiğini), Sayıştay Denetçisi, Sayıştay 2. Daire Yargılama Heyeti ve en son Sayın Sayıştay Savcısının 22.02.2012 tarihinde ihalesi yapılan "... Üniversitesi Rektörlüğü ve Bağlı Birimlerine 2012 Yılı Temizlik Hizmeti (9 Ay/211 İşçi) Alımı" işine ilişkin iptal edilen ihalenin iptal hükmünü kendisinden tek başına kaldırarak ihya etmesini, 24.09.2012 tarihinde yapılan 3 aylık (Ekim-Kasım-Aralık 2012) ihale sözleşmesini yok saymasını -bu iki ihalenin hiçbir safhasına müdahil olmadığını ve imzası bulunmamışken- beklediklerini, böyle bir kanunsuzluğu

yapabilme yetkisi ve imkânının bulunmadığını, ki ilk sorguya kanun dairesinde, ilama hukukun temel ilkeleri dairesinde verdiği cevapların hüsnü kabul görmediğini ve tazmin hükmünün kaldırılmasına yetmediğini, tazmine sebebiyet veren fiillerin, tazmin kararında, dayanağı olan kanun maddelerinin açık ve belirgin bir şekilde tanımlanması gerektiğini, Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da (tazmininin de) kanunla saptanması gerektiğini, bireylerin, ancak bu şekilde hukuki güvenliklerinden emin olarak yaşamlarını sürdürebileceklerini, yukarıda yapılan açıklamalara rağmen yasal dayanaktan yoksun ve haksız tazmin kararının kesinleşmesi halinde hukuki güvenliğinden emin olamayacağının aşikâr olduğunu, tarafına herhangi bir maddi katkısı olmayan Gerçekleştirme Görevliliğinden (vekaleten) dolayı, hukuki dayanaktan yoksun tazmin kararı verilirse; mali veya diğer evraklara imza atmak için kendisi ve bundan haberdar olacak aynı durumdaki kişilerin imza atmasının beklenemeyeceğini, konu hakkındaki daha önce sorguya karşılık olarak verilen savunmadaki itirazlarının ilam hükmünde karşılanmadığı gibi, Dairece yürürlükteki mevzuata aykırı hüküm tesis edildiğini bildirmiştir.

Aynı ilam maddesi ile ilgili olarak Harcama Yetkilisi sıfatıyla temyiz talep eden ve buna ilişkin ... sayılı dosyası kendi gündem sırasında görüşülen ..., Başsavcılık Karşılmasına yanıt olarak gönderdiği ikinci temyiz dilekçesinde farklı olarak özetle; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38'inci ve 39'uncu maddelerinde belirtilen mevzuat hükümleri gereğince, söz konusu ihalede aşırı düşük teklif veren isteklilerin tekliflerine yönelik açıklama istenildiğini, isteklilerin giyim ve temizlik malzemelerine ilişkin olarak sunduğu belgelerde yer alan fiyatların ticari hayatın olağan durumu ve ekonomik verilerle ilgili genel bilgilerle uyumlu olmadığı görülerek Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlem kararı gereğince, teklif edilen birim fiyatların maliyet muhasebesi



kayıtlarına uygunluğunun ve doğruluğunun denetlenmesini teminen isteklilerin bağılı olduğu vergi dairelerine incelenmek üzere bildirildiğini, bu süreçte hizmetlerin aksamaması için hizmet alımı işi pazarlık usulü ile temin edilmeye devam edilmekte iken Kamu İhale Kurulu'nun söz konusu kararındaki işlemler tesis edilmiş olup, bu aşamadan sonraki işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygun şekilde tesisi için ve (isteklilerin teklif bileşenleri ile ilgili açıklamalarının doğruluğu yönünde kanaat oluşması için) bir taraftan vergi dairelerinden gelecek yazıların beklenildiğini, bir taraftan da hizmetin aksamaması için hizmet alımı işinin pazarlık usulü ile temin edilmeye devam edildiğini, ancak ilgili vergi dairelerinden herhangi bir açıklama gelmeyince idarenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanun'un 39'uncu maddesindeki yetkisini kullanarak ihaleyi iptal ettiğini, isteklilerin ihaleyi kazanmak için düşük fiyat teklif etmekte olduklarını, ihale konusu hizmetin verimli bir şekilde temin edilmesinin, idarenin aşırı düşük teklif sorgulaması ve teklifleri ekonomik ve teknik olarak değerlendirerek isteklinin teklif ettiği fiyatla işi yapabileceğini kanıtlamasıyla (kanaat oluşturmasıyla) mümkün olduğunu, zira yüklenicinin düşük fiyatla alacağı ihalede zarar etmesi sonucunda ihale konusu işi bitirememesi ya da şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak sonuçlandıramaması neticesinde, kamu hizmetlerinde aksama ve çalışanlar ile öğrencilerin sağlığının tehlikeye girmesi riskinin bulunduğunu, ihalede hayatın olağan akışına ve piyasa koşullarına aykırı şekilde aşırı düşük teklif veren ... tarafından sunulan aşırı düşük teklifi (Kamu İhale Kurulu'nun 19.04.2012 tarih ve 2012/UH.111-1826 sayılı Kararı 4'üncü maddesine göre) incelendiğinde; KİK asgari işçilik hesaplama modülü kullanılarak 211 temizlik personeline ait yol ve yemek bedeli dahil, giyim bedeli hariç işçilik maliyetinin, ... – TL olarak hesaplandığını; ... – TL giyim bedeli, ... – TL temizlik sarf malzemeleri bedeli ve ... – TL firma kârı öngörülme suretiyle teklifin ... – TL olarak oluşturulduğunun görüleceğini, teklif detaylandırılacak olursa; işçilik maliyeti hariç 211 işçinin ... – TL giyim bedeli ile nasıl

giydirileceğinin (... – TL/işçi başı), 9 ay boyunca ... -TL temizlik sarf malzemeleri (... -TL/aylık temizlik malzemesi) ile belirlenen yerlerin nasıl temizleneceğinin, 9 ay boyunca ... – TL firma kârı (... .-TL/aylık kar ki 2012 yılı için verilecek aylık Muhtasar Beyanname DV: ... ve SGK Prim Bildirgesi DV: ... masrafını karşılayamayacağı da dikkate alınmak suretiyle) ile şirket ve ortaklarının nasıl geçineceğinin, muhasebeci, ön muhasebe elemanı, sekreter, iş takibi için aylık yol ücreti vs. masraflarını nasıl karşılayacağını belirsiz olduğunu, ihalede hayatın olağan akışına ve piyasa koşullarına aykırı şekilde aşırı düşük teklif veren ...'nin birim (işçi başı) teklif fiyatı esas alınarak pazarlık usulü ile alımı yapılan hizmet satın alma işindeki birim (işçi başı) teklif fiyatı karşılaştırmak suretiyle aradaki farkın kamu zararı olarak tespit edildiğinin anlaşılmakta olduğunu, oysa kamu zararı olarak belirtilen söz konusu hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendine göre pazarlık usulü ile gerçekleştirildiğini, bu nedenle, kamu ihale mevzuatı hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilen hizmet alımı fiyatı ile hayatın olağan akışına ve piyasa koşullarına aykırı şekilde aşırı düşük teklif veren isteklinin fiyatı karşılaştırılarak aradaki farkın kamu zararı olarak belirtilmesinin hukuka uygun olmadığını, ayrıca, aşırı düşük teklif veren isteklinin sözleşmeyi imzalamaması mümkün iken sonuçlanmamış ihaledeki aşırı düşük teklif fiyat dikkate alınarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesine göre pazarlık usulü ile gerçekleştirilen mevcut hizmet alımlarının kamu zararı olarak nitelendirmenin de hukuka uygun olmadığını, bu nedenle, Kamu İhale Kurulu'nun söz konusu Kararındaki; "bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi" şeklindeki ifadesinin, idare tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39'uncu maddesindeki yetkisini kullanarak ihaleyi iptal etme şeklinde gerçekleştirildiğini ve Kamu İhale Kurulu kararının gerektirdiği işlemlerin yerine getirmediğinden bahsedilemeyeceğini, Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Süreklilik Arz Eden Mal ve Hizmet Alımlarının Kesintiye Uğratılmadan

Temini" başlıklı 20'nci maddesinde; "... yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılincaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar" kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (1) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (f) bendi ya da 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır." denilmekte olduğunu, 4734 sayılı Kanun'un 62'nci maddesine 4964 sayılı Kanun'un 38'inci maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesinin metninde de belirtilen; "periyodik bakımlar, personel taşıma işleri, sigorta, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, koruma ve güvenlik, kiralama, gıda ve temizlik malzemesi alımı" gibi mal ve hizmet alımlarının süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları olarak kabul edilmiş olup, bu türden alımların kesintiye uğratılmaksızın düzenli ve aralıksız tedariki için ihale sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların temininin 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar" kapsamında değerlendirilebileceğini, öngörülemezlik halinin esasen hukuki nitelik taşıyan bir durum olduğunu, idare hukukunun temel ilkeleri arasına da girmiş bulunan bu öngörülemezlik hali teorisinin temelinde kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesinin yer almakta olduğunu, zira bu ilke uygulanmaz ise, kamu hizmetini yürütmekle yükümlü idarenin, yasal zorunluluklar nedeniyle bu hizmeti gereği gibi ya da hiç ifa edemeyeceğini, yasal yükümlülöklere uyması halinde ise kamu hizmetinin yürütölmesi için dayanak olan kamu menfaati ortadan kalkmış olacağından hizmetin yürütölmesinde kamusal ya da özel hiçbir fayda sağlanamayacağını, Kanundaki "öngörülemezlik" halinin olağanüstü ve önceden kestirilemeyen durumların ortaya çıkması nedeniyle bazı kamusal hizmetlerin

devamının ve gördürülmesinin ivedilik arz etmesi, afet düzeyinde olmasa da idarelerin faaliyetlerini tamamen durdurabilecek nitelikte olayların meydana gelmesi veya gecikmesinde çok ciddi sakınca bulunan (yemekhanelerin, eğitim ve öğretim mekânlarının ve çalışma ortamlarının hijyenden yoksun kalması vs.) durumların oluşması gibi haller olduğunun söylenebileceğini, yukarıda açıklanan değerlendirmeler doğrultusunda hizmetin kesintiye uğramadan devamı amacıyla 'İdare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar' kapsamında değerlendirilerek, açık ihale usulü ile sonuçlandırılana kadar, temizlik hizmeti işinin 4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi gereğince pazarlık usulü ile ihale edilmesinin uygun olduğu değerlendirilerek ihale yapıldığını, komisyon kararı alındığını ve sözleşmesinin de imzalandığını, sözleşme imzalanma safhasından sonra geçmişte komisyon kararıyla iptal edilen bir ihalenin emsal gösterilerek kırıma gidilmesi ve sözleşmede akdedilenden daha düşük bir ödeme yapılmasının hukuki hiçbir yönü bulunmadığı gibi bunun sorguya konu edilmesinin de hiçbir hukuki dayanağı bulunmadığını, bu durumun 6085 sayılı Sayıştay Kanunun 35/a maddesine aykırı olarak, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırarak, idarenin yerine geçmek suretiyle ilam konusu edildiğini, ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 30/7/2003 tarih ve 4964 sayılı Kanun'un 41'inci maddesi ile ek ve 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 26'ncı maddesi ile değişik Elektronik Kamu Alımları Platformu başlıklı ek 1'inci maddesi hükmü çerçevesinde Elektronik Kamu İhale Bültenini takip eden, istekliler (ihaleye davet mektubu gönderilmemesine rağmen) 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi gereğince pazarlık usulü de dahil ihale dokümanını alabileceğini, Türkiye'deki bu işle iştigal eden firmalara ihale dokümanı satılamayacağına ve davet edilmeyen firmaların ihaleye katılamayacaklarına ilişkin engelleyici bir düzenleme de bulunmadığının açık olduğunu, yapılan ihalelerde de görüleceği üzere davet edilmeyen firmaların da EKAP'tan takip neticesinde katılımlarıyla ihalenin gerçekleştiğini, ihaleye katılımın önünde de bir engel bulunmadığını, ihalenin

Kamu İhale Kurumunun, Elektronik Kamu İhale Bülteninde görüldüğünden üniversitenin bu ihalede de saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimi ve temizlik hizmet ihtiyacını uygun şartlarla ve zamanında karşılayarak, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanmış olduğunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Pazarlık Usulü" başlıklı 21'inci maddesinin ikinci fıkrasında; "(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir Ancak, bu bentlere göre yapılacak ihalelere en az üç istekli davet edilmelidir." hükmünün yer almakta olduğunu, elbette ki 4734 sayılı Kanun'un 21 inci maddesinin (b) bendine göre yapılacak ihalelerde üç isteklinin davet edilmesi yeterli görülmüş ise de, ihalede rekabetin oluşması, idareye güvenilirliğin sağlanması ve ihtiyaçların zamanında ve uygun şartlarla karşılanabilmesi için, ihaleye davet edilmese dahi yukarıda zikredilen Ek Madde 1 ile ihaleye katılmak üzere idareye başvuran isteklilere de ihale dokümanı satıldığını; bu suretle ihaleye katılımın sağlandığını ve kamu ihale mevzuatının amacına uygun ihale gerçekleştirildiğini belirterek ilam hükmünün bozulması/kaldırılması talebini yinelemişlerdir.

Başsavcılık ikinci karşılamasında özetle; dilekçede adı geçen tarafından ileri sürülen hususların önceki mütalaada belirtilen görüşlerin değiştirilmesini sağlayacak bir mahiyet taşımaması hasebiyle yargılamanın söz konusu mütalaaya göre karara bağlanmasının uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

İşbu dosyayla duruşmalı temyiz talebinde bulunan sorumlu ..., aynı ilam maddesi ile ilgili sorumlulukları bulunan ve kendi gündem sıralarında görüşülen dosyalarıyla duruşmalı temyiz talebinde bulunan sorumlular; ..., ..., ... ve ... ile Sayıştay Başsavcı Vekilinin sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra [ve ayrıca, yine kendi gündem sıralarında görüşülen dosyalarıyla duruşmalı temyiz talebinde bulunan diğer sorumlulardan ...'e (kendisi vefat etmiş olduğundan yasal varisi ...'e) 07.06.2016,

... ve ...'ye 01.06.2016 tarihinde duruşma günü bildirilmiş olmasına karşın mazeret bildirmek suretiyle duruşmaya katılmadıklarından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369'uncu maddesi hükmü uyarınca dosya üzerinde ve gıyaplarında] gereği görüşüldü:

Öncelikle, tazmin hükmüne konu olayın doğuşundan tazmin hükmü verilmesine kadarki süreç kronolojik olarak incelenmiş ve sürecin şu şekilde gerçekleştiği görülmüştür:

– “... Üniversitesi Rektörlüğü ve Bağlı Birimlerine 2012 Yılı Temizlik Hizmeti (9 Ay/211 İşçi) Alımı” işine ilişkin 22.02.2012 tarihinde ihale gerçekleştirilmiş, ihaleye 14 firma teklif vermiştir.

– Yaklaşık maliyeti yüklenici kârı hariç ... TL olarak belirlenen işle ilgili olarak teklif veren 11 firmanın teklifleri kârsız yaklaşık maliyetin altında olmaları nedeniyle aşırı düşük fiyat sorgulamasına tabi tutulmuş ve bunlardan 6'sının aşırı düşük fiyat sorgulamasına cevapları yeterli görülmeyle teklifleri reddedilmiştir.

– İhale ... TL bedelle ...'de kalmıştır.

– İhaleye ilişkin Kamu İhale Kuruluna yapılan itiraz üzerine 19.04.2012 tarihinde Kurul, aşırı düşük fiyat sorgulamasında tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılma işleminin yerinde olmadığı sonucuna varmak sureti ile;

“... Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırı belirlenen ihale işlemlerinin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ..., ..., ..., ..., ...'nin tekliflerinin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”

Şeklinde karar vermiştir.

– Ancak, İdare tarafından Kamu İhale Kurulu kararında

teklifleri değerlendirilmeye alınması istenen firmaların teklifleri değerlendirmeye alınmayarak vergi dairelerine yazı yazılmıştır. Vergi dairelerinden cevap gelmediği gerekçesi ile de “60 gün içerisinde gerekli kurum yazışmaları neticelendirilmemesinden dolayı ihalenin iptali” kararı verilmek suretiyle ihale iptal edilmiştir.

– İhale iptalinin ardından ...’den 2012 yılı boyunca pazarlık usulü ile ikişer aylık dönemler halinde temizlik hizmeti alınmıştır.

– Söz konusu ihaleleri yerinde inceleyen Sayıştay Denetilerince gerçekleştirilen denetimler sonucunda düzenlenen yargılamaya esas raporu görüşerek ilama bağlayan Sayıştay 2. Dairesince; ihalenin iptalini gerektirmeyen, düzeltici işlemle giderilebilecek hususlarda Kamu İhale Kurulunun düzeltici işlem kararı verdiği, Kamu İhale Kanunu’nun 56’ncı maddesi uyarınca idarenin, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zoruna olduğu; ancak İdare tarafından Kamu İhale Kurulu kararına uyulmadığı ve Kurul kararında teklifleri değerlendirilmeye alınması istenen firmaların teklifleri değerlendirmeye alınmayarak vergi dairelerine yazı yazıldığı, Kamu İhale Kurulu kararında vergi dairelerinden gelecek inceleme sonuçları üzerine işlem tesis edilmesine ilişkin herhangi bir husus bulunmadığı, ihale kararının vergi dairesinden gelen inceleme sonucuna bağlanmadığı, nitekim ihaleye katılan firmaların hayatın olağan akışına uygun olmayan teklifleri Kamu İhale Kurulu tarafından denetimlerinde değerlendirilmek üzere ilgili vergi dairelerine bildirildiği, Kamu İhale Kurulu tarafından gerçekleştirilen bu prosedür ile ilgili olarak idarelerin Vergi Dairesine bildirim yükümlülüğü bulunmadığı; Kamu İhale Kurulunun düzeltici işlem kararı üzerine idarenin bu karara uygun olarak Kararda belirtilen firmaların tekliflerini değerlendirmeye alması ve aşırı düşük fiyat sorgulamasına mevzuata uygun olarak cevap veren en düşük fiyatlı teklif

sahibi firma lehine ihaleyi sonuçlandırması gerektiği halde ihalenin iptal edilmesi ve pazarlık usulü ile temizlik hizmeti alınması sonucu pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalelerdeki bedeller iptal edilen açık ihale usulündeki bedel ile karşılaştırılmak suretiyle kamu zararı hesabı yapılarak tazmin hükmü verilmiştir.

Konu mevzuat yönünden değerlendirilecek olursa;

İhale süreci içerisinde ihalenin iptaline ilişkin Kamu İhale Kanununda özel hükümler bulunmaktadır. Bunlar;

Kamu İhale Kanunu'nun 16'ncı maddesinde yer alan:

"... İdarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir.

Bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiği isteklilere hemen ilân edilerek duyurulur. Bu aşamaya kadar teklif vermiş olanlara ihalenin iptal edildiği ayrıca tebliğ edilir. İhalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütün teklifler reddedilmiş sayılır ve bu teklifler açılmaksızın isteklilere iade edilir. İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz.

İhalenin iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabilir ...",

Yine aynı Kanun'un 39'uncu maddesinde yer alan:

"... (Değişik: 4964/ 24 md.) İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin



iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir ...”  
ve

40’ıncı maddesinde yer alan:

“... 37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.

İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir. ...

(Değişik: 4964/ 25 md.) İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır. ...”

Hükümleridir.

Aşırı düşük sorgulaması ihale tarihinden sonraki bir dönemde söz konusu olabileceği için ilama konu olayda doğal olarak Kamu İhale Kanunu’nun 16’ncı maddesinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır.

Kamu İhale Kanunu’nun 39’uncu maddesine göre ise, Kamu İhale Kurulu kararlarının gerekleri yerine getirildikten sonra,

ihale komisyonu kararı üzerine, idare verilmiş bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir.

Söz konusu madde hükmünün gerekçesinde;

“... Tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması veya yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamakla birlikte mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması, Kanunun temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti gibi nedenlerle, ihale yetkilisinin onayından önceki herhangi bir aşamada ihale komisyonunun kararı üzerine idareye uluslararası mevzuata paralel bir şekilde ihaleyi iptal etme yetkisi verilerek, buna ilişkin hükümler düzenlenmiştir. ...”

Denilmiştir.

Yasa hükmünde “serbesttir” ifadesi kullanılarak idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmakla beraber bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır.

Kamu İhale Kanununun 39’uncu maddesine göre, ihalenin iptali halinde, idarenin ihale kararında gerekçe gösterilmesi şart koşulmamıştır. Ancak, her idari kararın gerekçesinin olması şart olduğu göz ardı edilmemelidir. Kararın gerekçesinin, istenildiği zaman verilmesi de zorunludur.

Diğer taraftan, Kamu İhale Kanunu’nun 40’ıncı maddesi hükmüne göre, ihale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç 5 iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

İhalenin iptali durumunda geçmişe yönelik olarak ihale işlemleri geçersiz sayılmış olmakta ve artık ortada bir ihaleden ve ihaleye ilişkin bir süreçten bahsetme olanağı kalmamaktadır. İhalenin iptali konusunda idarelerin takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. 4734 sayılı Kanunun 40’ıncı maddesi uyarınca, ihale yetkilisi tarafından

onaylamama yönünde kullanılan takdir yetkisinin, objektif gerekçelere dayanması ve kamu yararını amaçlaması gerekmektedir.

İptal kararı mutlaka gerekçeli olmalıdır. İhale yetkilisince gerekçe belirtilmeden alınan iptal kararı 4734 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuata aykırılık teşkil etmektedir. İhalenin iptal edilmesi işlemi kanunen mümkün olmakla birlikte, ihale yetkilisinin, ihale komisyonunun almış olduğu ihale kararını iptal etmek istemesi durumunda ihale kararını onaylamadan önce gerekçesini belirtmek suretiyle iptal etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, işlem usul açısından Kanun hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

Nitekim ilama konu olayda da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38'inci ve 39'uncu maddelerinde belirtilen mevzuat hükümleri gereğince, söz konusu ihalede aşırı düşük teklif veren isteklilerin tekliflerine yönelik açıklama istenilmiş, isteklilerin giyim ve temizlik malzemelerine ilişkin olarak sunduğu belgelerde yer alan fiyatların ticari hayatın olağan durumu ve ekonomik verilerle ilgili genel bilgilerle uyumlu olmadığı görülerek Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlem kararı gereğince, teklif edilen birim fiyatların maliyet muhasebesi kayıtlarına uygunluğunun ve doğruluğunun denetlenmesini teminen isteklilerin bağlı olduğu vergi dairelerine incelenmek üzere bildirimde bulunulmuş, bu süreçte hizmetlerin aksamaması için hizmet alımı işi pazarlık usulü ile temin edilmeye devam edilmekte iken Kamu İhale Kurulu'nun söz konusu kararındaki işlemler tesis edilmiş, bu aşamadan sonraki işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygun şekilde tesisi için ve (isteklilerin teklif bileşenleri ile ilgili açıklamalarının doğruluğu yönünde kanaat oluşması için) bir taraftan vergi dairelerinden gelecek yazılar beklenilmiş, bir taraftan da hizmetin aksamaması için hizmet alımı işinin pazarlık usulü ile temin edilmeye devam edilmiş, ancak ilgili vergi dairelerinden herhangi bir açıklama gelmeyince idarece, yüklenicinin düşük fiyatla alacağı ihalede zarar etmesi

sonucunda ihale konusu işi bitirememesi ya da şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak sonuçlandıramaması neticesinde, kamu hizmetlerinde aksama ve çalışanlar ile öğrencilerin sağlığının tehlikeye girmesi riski gözetilerek Kamu İhale Kurulu'nun söz konusu Kararındaki "bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi" şeklindeki ifadesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39'uncu maddesindeki yetki kullanılmak suretiyle ihaleyi iptal etme şeklinde uygulanmıştır.

Olaya bu açıdan bakıldığında idarenin Kamu İhale Kurulu kararının gerektirdiği işlemleri yerine getirmediğinden bahsedilemeyeceği düşünülmeyle beraber Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Süreklilik Arz Eden Mal ve Hizmet Alımlarının Kesintiye Uğratılmadan Temini" başlıklı 20'nci maddesinde; "... yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılincaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar" kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (1) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (f) bendi ya da 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır." denilmekte olduğundan söz konusu olayın da hizmetin kesintiye uğramadan devamı amacıyla 'İdare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar' kapsamında değerlendirilerek, açık ihale usulü ile sonuçlandırılana kadar, temizlik hizmeti işinin 4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi gereğince pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde bir sakınca olmadığı değerlendirilmektedir.

Bunun yanı sıra, pazarlık usulü yapılan ihaleler sonucu

tarafklar arasında bir sözleşme düzenlenmiş, sözleşme şartlarına uygun olarak işin gereği yerine getirilmiş ve gerekli ödemeler yapılmıştır. Kamu zararının dayanağı olarak, ihale komisyonunca değerdendirme dışı bırakılan bir teklifte verilen birim fiyatlar esas alınmış, kamu zararı hesabında iptal edilen bir (açık usul) ihaledeki ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firma ihaleyi almış gibi düşünölmüş ve teklifinde yer alan birim fiyatlar üzerinden hakedişler düzenleneceği varsayılmıştır. Kamu zararına esas alınan bu fiyatlar, hukuken geçerli fiyatlar değildir. Çünkü ihale komisyonunca bu teklif kabul görmemiş ve değerdendirme dışı bırakılmıştır. Bu fiyata göre değerdendirme yapılamayacağı ve iki teklif arasındaki farka kamu zararı denemeyeceği aşikârdır. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında böyle olmadığının düşünöldüğü daha önce belirtilmiş olmakla beraber ihale komisyonunun yapılan teklifleri değerdendirirken takdir hatası yaptığı kabul edilse bile, kabul etmesi gereken bir teklifi değerdendirme dışı bırakması ayrı bir konu ve ayrı bir hukuki süreçtir. Konu idareye bildirilir, idare gerek görürse komisyon üyeleri ile ilgili araştırma ve incelemeleri yaptırır, sorumluluk doğuran bir husus belirler ise gerek kamu zararı yönünden, gerekse ceza hukuku yönünden gerekli yasal işlemleri yapar. Aksi takdirde Dairenin vermiş olduğu karar, kamu zararı ile ilgili olmayıp ihale komisyonunun takdir ve değerdendirmelerine ilişkin bir karar olacaktır.

Son olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39'uncu maddesi uyarınca idarenin ihaleyi iptal etmesi hususunda takdir yetkisi bulunmakla beraber bu yetkinin keyfi olarak kullanılamayacağı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılabileceği hususu açıktır. İdarece yapılan değerdendirmede ihalenin iptalinin idare ve dolayısıyla kamu menfaatine göröldüğü anlaşılabilmektedir. Bu durumun aksine; idarenin takdir yetkisini kullanırken, dolayısıyla ihalenin iptaline dair karar alınırken mevzuata aykırı hareket edildiğine ilişkin bir tespit yapılması durumunda dahi bu tespit yetkisinin Kamu İhale Kurumu'nda olduğu ve ancak bu

tespitten sonra kamunun zarara uğratılıp/uğratılmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılabileceği kanaatinde olunmakla birlikte; ilama esas konu hakkında ihale dışı bırakılan firmalar tarafından ihalenin iptalinden sonra iptal işlemine yönelik olarak Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet (ve idareye şikâyet) başvurusunda bulunulmamış olması karşısında böyle bir tespitin mevcut olmadığı sonucu da ortaya çıkmaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlem kararına rağmen bir ihalenin idarece görülen kamu yararı gerekçesi lüzumu üzerine iptal edebilmesi mevzuat dâhilinde mümkün olup, iptal edilemeyeceği düşüncesi üzerine; iptal edilen ihalede yer alan birim fiyatlar üzerinden kamu zararı hesabı yapılarak kurulan tazmin hükmünde hukuki isabet bulunmadığından, sorumlunun temyiz savunmasındaki iddialarının kabul edilerek 305 sayılı İlam'ın 2. maddesinin A) bendiyle verilen ... TL'nin tazminine ilişkin hükmün KALDIRILMASINA;

(Üye ...'ın; "Kurulun tazmin hükmünün kaldırılması kararına katılmakla birlikte;

İlamda; söz konusu temizlik hizmeti alımı işinde, "11 firmanın teklifinin kârsız yaklaşık maliyetin altında olması nedeniyle aşırı düşük fiyat sorgulamasına tabi tutulması sonucu, bunlardan 6'sının aşırı düşük fiyat sorgulamasına verdikleri cevaplar yeterli görülmeyerek tekliflerinin reddedildiği, ihaleye ilişkin Kamu İhale Kuruluna yapılan itiraz üzerine 19.04.2012 tarihinde Kurulun aşırı düşük fiyat sorgulamasında tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılma işleminin yerinde olmadığı sonucuna varmak suretiyle; "tekliflerin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği" yönünde karar vermesine rağmen, bu düzeltici işlem kararına uyulmadığı ve yeniden değerlendirilmeye alınması istenen firmaların tekliflerinin değerlendirmeye alınmayarak Vergi Dairelerine yazı yazıldığı ve vergi dairelerinden cevap gelmediği gerekçesiyle de ihalenin iptal edildiği ve Nisan-

Aralık/2012 dönemi boyunca pazarlık usulü ile dönemler halinde yükleniciden temizlik hizmeti alımına gidilmek (Kamu İhale Kanunun 56'ncı maddesi hükmü gereği Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlem kararının gereklerinin yerine getirilmemesi) suretiyle kamu zararına sebebiyet verildiği" gerekçesi ile, ihalenin, "aşırı düşük fiyat sorgulamasında mevzuata uygun olarak cevap veren en düşük fiyatlı teklif sahibi firma lehine ihalenin sonuçlandırılması gerektiği" varsayımı ile, bu en düşük fiyat ile, pazarlık usulüyle yapılan hizmet alım ihale işlemi sonucunda tespit olunan fiyat arasındaki fark fiyat için tazmin hükmolunmuştur.

Öncelikle; "11 firmanın teklifinin kârsız yaklaşık maliyetin altında olması nedeniyle aşırı düşük fiyat sorgulamasına tabi tutulması sonucu, bunlardan 6'sının aşırı düşük fiyat sorgulamasına verdikleri cevaplar yeterli görülmemeyerek tekliflerinin reddedildiği," iddiası yerinde değildir. Bu tekliflerin reddedilmesinin sebebi, 29.06.2012 tarih ve 21012/8327 sayılı İhale Komisyon Kararında belirtildiği üzere, bu 6 firma tarafından, "tekliflerinin önemli bileşenlerine ilişkin olarak açıklık getirilmiş" olmasına rağmen, "düzenlenen belgelere eklenmesi gereken; ilgili malın son geçici vergi beyanname dönemine ait bir alış ve bir satış faturasının YMM veya SMMM onaylı örneğinin konulmaması ve bu nedenle teklifin yeterli görülmemesi"dir. Bu 6 firma arasında bulunan bir firmanın başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulu tarafından, bu konuda düzenlenmiş İnceleme Raporu esas alınarak alınmış olan 19.04.2012 tarih ve 2012/024 sayılı Kararda özetle; "İlgili malın son geçici vergi beyanname dönemine ait bir alış ve bir satış faturasının YMM veya SMMM onaylı örneğinin konulması" gibi bir mecburiyetin olmadığı ifade edilerek "düzeltici işlem" belirlemiş ve "... Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılığı belirlenen ihale işlemlerinin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ..., ..., ..., ..., ...'nin tekliflerinin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden

gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” şeklinde karar verilmiştir.

Bununla beraber; Kurul, Kararın ikinci kısmında; aralarında, İlamda teklifi kamu zararı hesabına esas alınan ...'nin de bulunduğu 4 firma için; “sunulan proforma fatura ve maliyet/satış tespit tutanaklarının gönderilmesi suretiyle, söz konusu belgelerde yer alan bilgilerin ticari hayatın olağan durumu ve ekonomik verilerle ilgili genel bilgilerle uyumlu olmadığı tespitinin, inceleme yapılması durumunda değerlendirilmek üzere, proforma faturayı düzenleyen şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesi müdürlüğüne bildirilmesine” karar vermiştir.

Bu Karar karşısında, İdare tarafından, isteklilerin giyim ve temizlik malzemelerine ilişkin olarak sunduğu belgelerde yer alan fiyatların ticari hayatın olağan durumu ve ekonomik verilerle ilgili genel bilgilerle uyumlu olmadığı görülerek Kamu İhale Kurulu’nun “düzeltici işlem” kararı gereğince, teklif edilen birim fiyatların maliyet muhasebesi kayıtlarına uygunluğunun ve doğruluğunun denetlenmesini teminen isteklilerin bağlı olduğu vergi dairelerine incelenmek üzere bildirimde bulunulmuş; bu süreçte hizmetlerin aksamaması için hizmet alımı işi pazarlık usulü ile temin edilmeye devam edilmekte iken Kamu İhale Kurulu’nun söz konusu kararındaki işlemler tesis edilmiş, bu aşamadan sonraki işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygun şekilde tesisi için ve (isteklilerin teklif bileşenleri ile ilgili açıklamalarının doğruluğu yönünde kanaat oluşması için) bir taraftan vergi dairelerinden gelecek yazılar beklenilmiş, bir taraftan da hizmetin aksamaması için hizmet alımı işi pazarlık usulü ile temin edilmeye devam edilmiş, ancak ilgili vergi dairelerinden herhangi bir açıklama gelmeyince idarece, yüklenicinin düşük fiyatla alacağı ihalede zarar etmesi sonucunda ihale konusu işi bitirememesi ya da şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak sonuçlandıramaması neticesinde, kamu hizmetlerinde aksama ve çalışanlar ile öğrencilerin sağlığının tehlikeye girmesi riski gözetilerek Kamu İhale Kurulu’nun söz konusu Kararındaki “bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata



uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi" şeklindeki ifadesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39'uncu maddesindeki yetki kullanılmak suretiyle ihaleyi iptal etme şeklinde uygulanmıştır.

Sorumlular savunmalarında; isteklilerin ihaleyi kazanmak için düşük fiyat teklif etmekte olduklarını, ihale konusu hizmetin verimli bir şekilde temin edilmesinin, idarenin aşırı düşük teklif sorgulaması ve teklifleri ekonomik ve teknik olarak değerlendirerek isteklinin teklif ettiği fiyatla işi yapabileceğini kanıtlamasıyla (kanaat oluşturmaya) mümkün olduğunu, zira yüklenicinin düşük fiyatla alacağı ihalede zarar etmesi sonucunda ihale konusu işi bitirememesi ya da şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak sonuçlandıramaması neticesinde, kamu hizmetlerinde aksama ve çalışanlar ile öğrencilerin sağlığının tehlikeye girmesi riskinin bulunduğunu, ihalede hayatın olağan akışına ve piyasa koşullarına aykırı şekilde aşırı düşük teklif veren ... tarafından sunulan aşırı düşük teklifi (Kamu İhale Kurulu'nun 19.04.2012 tarih ve 2012/UH.111-1826 sayılı Kararı 4'üncü maddesine göre) incelendiğinde; KİK asgari işçilik hesaplama modülü kullanılarak 211 temizlik personeline ait yol ve yemek bedeli dahil, giyim bedeli hariç işçilik maliyetinin, ... - TL olarak hesaplandığını; ... - TL giyim bedeli, ... - TL temizlik sarf malzemeleri bedeli ve ... - TL firma kârı öngörülmek suretiyle teklifin ... - TL olarak oluşturulduğunun görüleceğini, teklif detaylandırılacak olursa; işçilik maliyeti hariç 211 işçinin ... - TL giyim bedeli ile nasıl giydirileceğinin (... - TL/işçi başı), 9 ay boyunca ... -TL temizlik sarf malzemeleri (... -TL/aylık temizlik malzemesi) ile belirlenen yerlerin nasıl temizleneceğinin, 9 ay boyunca ... - TL firma kârı (... -TL/aylık kar ki 2012 yılı için verilecek aylık Muhtasar Beyanname DV: ... ve SGK Prim Bildirgesi DV: ... TL masrafını karşılayamayacağı da dikkate alınmak suretiyle) ile şirket ve ortaklarının nasıl geçineceğinin, muhasebeci, ön muhasebe elemanı, sekreter, iş takibi için aylık yol ücreti vs. masraflarını nasıl karşılayacağını belirsiz olduğunu,

İlamda, ihalede hayatın olağan akışına ve piyasa koşullarına aykırı şekilde aşırı düşük teklif veren ...'nin birim (işçi başı) teklif fiyatı esas alınarak pazarlık usulü ile alımı yapılan hizmet satın alma işindeki birim (işçi başı) teklif fiyatı karşılaştırmak suretiyle aradaki farkın kamu zararı olarak tespit edildiğinin anlaşılmakta olduğunu, oysa kamu zararı olarak belirtilen söz konusu hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendine göre pazarlık usulü ile gerçekleştirildiğini, bu nedenle, kamu ihale mevzuatı hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilen hizmet alımı fiyatı ile hayatın olağan akışına ve piyasa koşullarına aykırı şekilde aşırı düşük teklif veren isteklinin fiyatı karşılaştırılarak aradaki farkın kamu zararı olarak belirtilmesinin hukuka uygun olmadığını, ayrıca, aşırı düşük teklif veren isteklinin sözleşmeyi imzalamaması mümkün iken sonuçlanmamış ihaledeki aşırı düşük teklif fiyat dikkate alınarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesine göre pazarlık usulü ile gerçekleştirilen mevcut hizmet alımlarının kamu zararı olarak nitelendirmenin de hukuka uygun olmadığını,

Bu nedenle, Kamu İhale Kurulu'nun söz konusu Kararındaki; "bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi" şeklindeki ifadesinin, idare tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39'uncu maddesindeki yetkisini kullanarak ihaleyi iptal etme şeklinde gerçekleştirildiğini,

Belirtmişlerdir.

5018 sayılı Kanunun 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır." Denilmektedir.

Burada kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden söz edilemez, mevzuatın ve Kurul Kararının yanlış veya farklı

yorumundan söz edilebilir. Burada bütün bir süreç irdelenmeksizin ve değerlendirilmeksizin, peşinen kamu görevlilerinin “kamu yararına aykırı davrandıkları” sonucunu çıkarmak ve onlara sorumluluk yüklemek uygun değildir.

Diğer taraftan; varsayıma dayalı olarak, iptal edilen ihalede yer alan birim fiyat üzerinden kamu zararı hesabı yapılması da hukuki değildir.

Bu hususla ilgili olarak sorumlular; tazmin hükmünün, 4734 Sayılı Kanun’un 39’uncu maddesine göre idare tarafından iptal edilen ihalenin iptal edilmeyip de KİK’in düzeltici işlem kararına istinaden, aşırı düşük sorgulaması yapılan firmanın izahının kabul edilerek ihalenin bu firmada kalabileceği varsayımına dayanıldığını ve kamu zararı hesaplandığını, KİK düzeltici işlem kararının idareye 30.04.2012 tarihi itibarıyla ulaştığı, tekliflerin geçerlilik süresinin (şartnameye göre ihale tarihinden itibaren en az 60 gün) 22.04.2012 tarihi itibarıyla dolmuş olduğu, birçok geçici teminat mektubunun geçerlilik süresinin de 22-31 Mayıs 2012 itibarıyla dolmuş olacağı, (kamu zararı hesabında kıyas alınan firmanın teklif geçerlilik süresi 21.04.2012 teminat mektubu geçerlilik süresi 31.05.2012) bu itibarla idarenin teklif geçerlilik ve teminat mektubu geçerlilik sürelerini isteklilerden uzatmasını talep etmesi ve tüm isteklilerin de bu talebi yerine getirecekleri varsayımı, komisyonun yapacağı değerlendirme sonucu en düşük fiyat teklifinde bulunan firmaya ihalenin verilmesini kararlaştırılacağı varsayımı ve bu varsayımlarla ihale yetkilisi tarafından ihale onaylansa dahi, idarenin ihale üzerinde kalan firmaya yaptığı sözleşme davetinin, ilgili firma tarafından kesin teminat ve diğer belgeler idareye verilerek sözleşmeyi imzalanacağı ve sözleşme fiyatı üzerinden ihtiyacın karşılanacağı varsayımına dayandırılarak kamu zararı hesaplandığını, bu varsayımların birinin gerçekleşmemesi halinde sonucun çok farklı olabileceği aşikârken; varsayımlara ve olasılıklara göre göreceli değişiklik gösterebilecek sonuçların başka alım işlemlerine ait sonuçlarla bağlantı

kurularak ve kıyaslama yapılarak, 4734 sayılı Kanunun 39'uncu maddesine göre idarenin, ihalenin iptali yönündeki karar alma iradesindeki takdir yetkisinin yok sayılarak ve varsayımlarla kamu zararı hesaplanmasının, KİK mevzuatı, 5018 sayılı Kanun, kamu zararlarına ilişkin ilgili yönetmelik ve temel hukuk kurallarına aykırı olduğunu, belirtmişlerdir. Bu görüşlere iştirak edilmektedir.

Bu gerekçelerle de, tazmin hükmü yerinde değildir." şeklindeki ilave görüşüyle,)

(Üyeler ... ve ...'in; "İhalenin iptalini gerektirmeyen, düzeltici işlemle giderilebilecek hususlarda Kamu İhale Kurulu düzeltici işlem kararı vermektedir. Kamu İhale Kanunun 56'ncı maddesi uyarınca idare, hukuki durumda değişiklik yaratan kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.

Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlem belirten kararı incelendiğinde; İdarenin aşırı düşük fiyat sorgulaması sonucu değerlendirme dışı bırakma kararlarının yerinde olmadığı belirtilmek sureti ile bu firmaların tekliflerin değerlendirmeye alınması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi istenmektedir.

Ancak idare tarafından söz konusu Kamu İhale Kurulu Kararına uyulmamış ve Kurul kararında teklifleri değerlendirilmeye alınması istenen firmaların teklifleri değerlendirmeye alınmayarak vergi dairelerine yazı yazılmıştır. Vergi dairelerinden cevap gelmediği gerekçesi ile de "60 gün içerisinde gerekli kurum yazışmaları neticelendirilmemesinden dolayı ihalenin iptali" kararı verilmek sureti ile ihale iptal edilmiştir.

Anılan Kamu İhale Kurulu Kararında vergi dairelerinden gelecek inceleme sonuçları üzerine işlem tesis edilmesine ilişkin herhangi bir husus bulunmamaktadır. Öte yandan Kamu İhale

Genel Tebliğinin 30.07.2010 tarih ve 27657 sayılı Resmi Gazete ile 79.4.2.15. maddesinde yapılan değişiklikte:

“İhale komisyonunca yapılan inceleme sonucunda, yukarıda belirtildiği şekilde bir uyumsuzluk olduğu tespit edilmemekle birlikte, belgelerde yer alan bilgilerin ticari hayatın olağan durumu ve ekonomik verilerle ilgili genel bilgilerle uyumlu olmadığının değerlendirilmesi durumunda isteklinin teklifi reddedilmeyecek ancak proforma fatura ve fiyat teklifleri ile maliyet/satış tutarı tespit tutanakları mükellef ve/veya isteklinin bağlı olduğu vergi dairesine gönderilecektir.”

Düzenlemesi yer almakta olup, anılan yeni düzenleme uyarınca teklifi ticari hayatın olağan akışına uygun olmadığı gerekçesiyle aşırı düşük bulunan isteklinin teklifi reddedilmeksizin, ihale işlemleri sonuçlandırılacak olup, bilahare isteklinin ihalede sunmuş olduğu proforma fatura ve fiyat teklifleri ile maliyet/satış tutarı tespit tutanakları mükellef ve/veya isteklinin bağlı olduğu vergi dairesine gönderilecektir. Dolayısıyla Genel Tebliğin söz konusu düzenlemesinden önceki dönemde, ticari hayatın olağan akışına uygun olmadığı gerekçesiyle teklifi aşırı düşük bulunan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması şeklindeki uygulamalar, Genel Tebliğde 30.07.2010 tarihinde yapılan değişiklikle ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla isteklinin teklifinin vergi dairesine gönderilmesinden sonra cevap beklenmeksizin ihale işlemine devam edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yapılan düzenlemede ihale kararı vergi dairesinden gelen inceleme sonucuna bağlanmamıştır. Nitekim ihaleye katılan firmaların hayatın olağan akışına uygun olmayan teklifleri Kamu İhale Kurulu tarafından denetimlerinde değerlendirilmek üzere ilgili vergi dairelerine bildirilmektedir. Kamu İhale Kurulu’nun düzeltici işlem kararı üzerine idarenin bu karara uygun olarak kararda belirtilen firmaların tekliflerini değerlendirmeye alması ve aşırı düşük fiyat sorgulamasına mevzuata uygun olarak cevap veren en düşük fiyatlı teklif sahibi firma lehine ihaleyi sonuçlandırması

gerekmektedir. Ancak Kamu İhale Kurulunun düzeltici işlem kararına karşın kararda zikredilen firma teklifleri değerlendirilmeye alınmayarak ihale iptal edilmiştir. İhalenin iptali konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olmasına rağmen ilama konu olayda böyle bir yarar ve gerekten söz etmek de mümkün görünmemektedir.

Özetle, ihale iptalinin ardından ilamda adı geçen yükleniciden 2012 yılı boyunca pazarlık usulü ile ikişer aylık dönemler halinde temizlik hizmeti alınarak daha uygun bir bedele yaptırılabilir bir hizmet işi daha yüksek bir bedelle yaptırılmak suretiyle kamu zararına neden olduğundan mevzuata uygun olarak düzenlenen tazmin hükmünün tasdiki gerekir.” şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı) oy çokluğuyla,