

İhale dokümandaki analiz formatlarının doğru hazırlanmadığına yönelik süresi içinde herhangi bir itiraz olmaması durumunda isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarını kesinleşen analiz formatına göre hazırlamaları

Toplantı No : 2020/036

Gündem No : 24

Karar Tarihi : 19.08.2020

Karar No : 2020/MK-214

BAŞVURU SAHİBİ:

İsa Yılmaz İnşaat Taahhüt Tur.Teks.Gıda San. Ve Tic.Ltd.Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları Genel Müdürlüğü 15. Bölge Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/340864 İhale Kayıt Numaralı "İnebolu-Çatalzeytin, Abana-

Bozkurt, Kastamonu-İhsangazi, (Kastamonu-Karabük)Ayr.-Boyalı-(Kurşunlu-Atkaracalar)Ayr. Yollarındaki Heyelanların Islahı Ve Devrekani-Çatalzeytin Yolu Heyelan Önleme, Toprak İşleri, Sanat Yapıları Ve Üstyapı İşleri” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 15. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/340864 ihale kayıt numaralı “İnebolu – Çatalzeytin, Abana – Bozkurt, Kastamonu – İhsangazi, (Kastamonu – Karabük) Ayr. – Boyalı – (Kurşunlu – Atkaracalar) Ayr. Yollarındaki Heyelanların Islahı ve Devrekani – Çatalzeytin Yolu Heyelan Önleme, Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üstyapı İşleri” ihalesine ilişkin olarak İsa Yılmaz İnşaat Taahhüt Tur. Teks. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 04.12.2019 tarihli ve 2019/UY.II-1598 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine” karar verilmiştir.

Davacı İsa Yılmaz İnşaat Taahhüt Tur. Teks. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 10.03.2020 tarihli E:2019/2320 sayılı kararında "... Davacı şikâyet ve itirazın şikâyet dilekçelerinde birçok hususu dile getirmiş, ancak bunlardan yalnızca yukarıda yer verilen kısımları dava konusu ettiğinden, davacının iddiaları iki başlık altında incelenecektir.

1-Davacının "ğ) İdarece aşırı düşük teklif sorgu yazısı ekinde gönderilen S/11, S/18, S/19, S/20, S/21, Ü/01, Ü/02 poz numaralı analizlerde yer alan 07.006/K Taş Nakli, 07.006/K PMAT Nakli ve 07.006/K PMT Nakli iş kalemlerinde taşıma mesafesinin 38 km olarak belirtildiği, fakat anılan istekliler tarafından, idarenin ocakları dışında daha yakın mesafeli ocakların kullanılacağı belirtilerek taşıma mesafelerinin düşük gösterilerek açıklama yapıldığı, ayrıca, bu istekliler tarafından kullanılacaklarını belirttikleri taş ocaklarına ait ocak ruhsatları, işletme ruhsatı, işletme izin belgesi, işyeri açma ruhsatları, patlayıcı madde ruhsatı ÇED raporları gibi belgeler sunulmadığı, bu şekliyle yapılan açıklamaların mevzuata aykırı olduğu, ocaklara ilişkin alınmış olan taahhütname ve muvafakatnamelerin yapılan açıklamaların tevsiki için uygun olmadığı,

1. h) İşin yapılacağı yerlerin 5 ayrı güzergâh üzerinde belirlendiği, fakat işin yapımında sadece bir adet taş ocağı gösterilip açıklamaların tek bir taşocağı üzerinden yapıldığı, verilen itinererde taş ocağının yerinin gösterilmediği ve buna ilişkin bir belge sunulmadığı, ortalama taşıma mesafesi hesabının nasıl yapıldığına ilişkin herhangi açıklama yapılmadığı ve belge sunulmadığı, taşıma mesafesinin aşırı düşük teklif açıklaması yapılabilecek şekilde değiştirildiğine"

ilişkin iddialarının incelemesinden;

...

Bir iş kalemine ilişkin nakliye giderinin aşırı düşük teklif kapsamında açıklanmasında nakliye formülünün esas alınması durumunda, ihale komisyonu tarafından, formülde yer alan ve nakliye giderini belirlemede önemli bir unsur olan nakliye mesafesinin hesabında esas alınan bilgi ve belgelerin istekli tarafından sunulmasının istenilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Kamu İhale Tebliğinde isteklilerce aşırı düşük teklif açıklamasında kullanılabilecek belgeler, genellikle açıklamaya esas alınan fiyatların tevsikine ilişkin olup, nakliye mesafesine ilişkin açıklamanın ise ne suretle ve hangi belgeler esas alınarak yapılacağına dair bir belirleme bulunmamaktadır.

Uyuşmazlıkta, davaya konu iş kalemleri olan S/11, S/18, S/19, S/20, S/21, Ü/01, Ü/02 poz numaralı iş kalemlerinde yer alan nakliye girdilerinden:

“07.006/K Taş nakli” girdi numaralı “Taş nakli M=38 Km $F=K*(,0007*M+,01)*Y*A$ ”,

“07.006/K Taş ton” girdi numaralı “Taş nakli M=38 Km $F=K*(,0007*M+,01)*A$ ”,

“07.006/K PMAT nakli” girdi numaralı “Plent-miks alttemelin yola nakli M=38 Km $F=K*(,0007*M+,01)*A$ ” girdilerinde açıklama

istenildiği;

“07.005/K Konk.arkası” girdi numaralı “Konkasör arkasına taş nakli 200 m”

“07.005/K su nakli” girdi numaralı “Su nakli 1000 m”

“07.005/K PMAT-PMT” girdi numaralı “Agreganın Konkasörden-Plente nakli 250 m” girdilerinde ise açıklama istenilmediği anlaşılmıştır.

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi Evsa Taah. İnş. Prj. Müh. Müş. Enr. Tur. San ve Tic. A. Ş. – Arpacı İnş. Nakl. Turz. Taaah. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Mütevelli Yapı İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak girişiminin aşırı düşük teklif açıklaması incelendiğinde iddiaya konu iş kalemleri olan S/11, S/18, S/19, S/20, S/21, Ü/01, Ü/02 poz numaralı iş kalemlerinin açıklama istenilen nakliye girdilerinden S/18, S/19, S/20, S/21 poz numaralı olanlarında idarenin belirlediği 38 km. mesafe yerine 28 km. mesafe kullanıldığı, diğer iş kalemleri olan S/11, Ü/01, Ü/02 poz numaralı iş kalemlerinde ise idarenin belirlediği 38 km. mesafenin kullanıldığı, bu iş kalemlerinde yer alan taşıma formülünün idare tarafından isteklilere verilen ayrıntılı analiz girdilerinde yer alan formül ile birebir aynı olduğu, anılan istekli tarafından taşıma mesafelerinin düşük tutulmasına gerekçe olarak daha yakın mesafedeki iki ayrı taş ocağının kullanılacağının belirtildiği ve bu taş ocaklarının işleticileri tarafından idareye hitaben yazılmış, taş ocaklarının ve konkasörlerin istekli tarafından işin başından sonuna kadar kullanabileceğine ilişkin taahhütname ile taş ocağı

işletmecilerinin imza sirküleri, taş ocaklarının Madencilik Faaliyetleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatları, Çevresel Etki Değerlendirme Belgeleri, İşletme İzni belgeleri, İşletme Ruhsatı belgelerinin aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulduğu ve kullanılacak taş ocaklarının mevkiinin idarenin isteklilere verdiği itinerer üzerinde işaretlendiği görüldüğünden, davacının bu iddialarının reddine yönelik kısımda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

2-Davaya konu, davacının "ihale üzerinde bırakılan Kayahan İnş. Taah. San ve Tic. A.ř.nin son ortaklık yapısını tevsik edici belgeleri sunmadığından teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği" iddiasının şikayet başvurusunda ileri sürülmediği gerekçesiyle usulden reddine ilişkin kısmının incelemesinden;

Olayda, davacı şirket tarafından, 10.10.2019 tarihinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, itirazın şikâyet başvurusunda idareye verilen şikâyet dilekçesinde yer almayan yeni bir iddia olarak, "ihale üzerinde bırakılan Kayahan İnş. Taah. San ve Tic. A.ř.nin son ortaklık yapısını tevsik edici belgeleri sunmadığı" iddiasının yer aldığı, ancak Kamu İhale Kurulu'nun dava konusu kararında, bu hususun idareye verilen şikâyet dilekçesinde yer almadığından bahisle bu iddianın şekil yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında yer alan tüm iddiaların incelenmesinin gerektiği, Kanun'da sayma suretiyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu'nun, başvuru sahibinin itirazın şikâyet

başvurusundaki iddialarını, bu iddiaların şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelemesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketlerin, şikâyet başvurusunun reddi üzerine, 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu açık olup, davacı şirketlerin söz konusu iddiasının da esaslan değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Davaya konu, davacının "ihale üzerinde bırakılan Kayahan İnş. Taah. San ve Tic. A.Ş.nin son ortaklık yapısını tevsik edici belgeleri sunmadığından teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği" iddiasının şikâyet başvurusunda ileri sürülmediği gerekçesiyle usulden reddine ilişkin kısmının" hukuka aykırı olduğu ..." gerekçesiyle dava konusu işlemin ihale üzerinde bırakılan Kayahan İnş. Taah. San ve Tic. A.Ş.nin son ortaklık yapısını tevsik edici belgeleri sunmadığından teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği iddiasının şikâyet başvurusunda ileri sürülmediği gerekçesiyle usulden reddine ilişkin kısmı yönünden yürütmenin durdurulmasına, davanın diğer kısmı yönünden ise yürütmeyi durdurma isteminin reddine karar verilmiştir.

Bunun üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 01.04.2020 tarihli ve 2020/MK-68 sayılı kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 04.12.2019 tarihli ve 2019/UY.II-1598 sayılı kararının 2'nci

iddiaya ilişkin kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, anılan Kurul kararının 2'nci iddiaya ilişkin kısmının esasının incelenmesine," karar verilmiştir.

Kamu İhale Kurulu'nun 01.04.2020 tarihli ve 2020/MK-68 sayılı kararı doğrultusunda söz konusu iddialar açısından yapılan yeniden inceleme neticesinde, 07.05.2020 tarihli ve 2020/UY.II-814 sayılı Kurul kararı ile "Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine," karar verilmiştir.

Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 26.03.2020 tarih ve E: 2019/2320, K: 2020/637 sayılı kararı ile "davanın ihale üzerinde bırakılan Kayahan İnş. Taah. San. ve Tic. A.Ş.nin son ortaklık yapısını tevsik edici belgeleri sunmadığından teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği iddiasının şikayet başvurusunda ileri sürülmediği gerekçesiyle usulden reddine ilişkin kısmının iptaline, davanın diğer kısmı yönünden ise reddine" karar verilmesi yönündeki esas kararı üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 13.07.2020 tarihli E: 2020/1423, K: 2020/1938 sayılı kararında " Temyize konu Mahkeme kararının, davacının 1. madde kapsamında yer alan iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin kısmı incelendiğinde;

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 (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s.426). “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 taşıdığıının 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. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, ilgili buldukları sektörde düzenleme ve denetleme görevi üstlenmekte olup, bu kuruluşların temel işlevi, toplumsal ve ekonomik hayatın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemektir. Kamu ihaleleriyle ilgili olarak düzenleme yapma yetkisine sahip olan davalı Kurum’un, 4734 sayılı Kanun’la kendisine tanınan bu yetkiyi dava konusu uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınacak kuralları kabul etmek suretiyle kullandığı görülmektedir. Nitekim, 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 belirtildikten sonra; maddenin son fıkrasında yer alan kural ile, konuya ilişkin ayrıntılı 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, ihale sürecine katılan bütün taraflar (ihaleyi gerçekleştiren idare, istekli ve istekli olabilecekler) bakımından bağlayıcı olup, ihale süreçlerine ilişkin öngörülebilirliği ve ihale işlemlerindeki objektifliği sağlamaya hizmet etmektedir. Bu kapsamda, anılan yetkiye dayalı olarak Kurum'ca hazırlanan Kamu İhale 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 alınması gereken mesafelerin belirtileceğine ilişkin düzenleme ile, aşırı düşük teklif açıklamalarında ihale sürecine katılan bütün taraflar açısından öngörülebilirlik ve eşitliğin sağlanması amaçlanmıştır. Öte yandan, istekliler tarafından, ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğunu düşündükleri diğer işlemlerde olduğu gibi, aşırı düşük teklif sorgulama yazısına ilişkin olarak da tebliğinden itibaren süresi içerisinde (ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21' inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hâllerde ise on gün içinde) şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Zira, aşırı düşük teklif sorgulama yazısının itiraz edilmeden kesinleşmesi hâlinde, aşırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesi artık kesinleşen bu sorgu yazısına göre gerçekleştirilecektir. Uyuşmazlığa konu ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından aşırı

düşük teklif açıklaması talep edilen isteklilere gönderilen sorgulama yazısı ekinde, idarece açıklama istenilen iş kalemleri için, her bir iş kalemini oluşturan analiz girdilerinin cins ve miktarlarının bulunduğu analiz formatına, açıklama istenilen ve istenilmeyen analiz girdilerine; ayrıca nakliyeyle ilişkin iş kalemleri yönünden nakliye mesafelerine yer verildiği görülmüştür. Dosyanın incelenmesinden, aşırı düşük teklif açıklama isteme yazısıyla isteklilere gönderilen analizlerde, "S/18, S/19, S/20, S/21" poz numaralı iş kalemlerinde yer alan "07.006/K Taş ton" girdisine ilişkin nakliye mesafesinin 38 km olarak belirlendiği, ne aşırı düşük teklif sorgusunda, ne de aşırı düşük teklif sorgusu ekinde verilen analiz formatlarında, idarece belirlenen nakliye mesafesinin daha altında açıklama yapılabileceğinin belirtilmediği, söz konusu aşırı düşük teklif sorgusunun itiraz edilmeden kesinleştiği, ikinci en avantajlı teklif sahibi Evsa-Arpacı-Mütevelli iş ortaklığı tarafından "07.006/K Taş ton" girdisine ilişkin açıklamanın ise 28 km üzerinden yapıldığı anlaşılmaktadır. Kurum tarafından düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde, Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan kural ve ihaleyi gerçekleştiren idarece aşırı düşük teklif sorgulama istemine ilişkin yazıyla isteklilere gönderilen ihale dokümanı kapsamındaki analiz formatlarının süresi içinde itiraz edilmeden kesinleşmesi durumunda, aşırı düşük sorgulama yazısının ekinde yer alan analiz formatlarında belirlenmiş olan mesafelerin dışında mesafeler kullanılarak aşırı düşük teklif açıklaması yapılamayacağı açıktır. Bu itibarla, temyize konu İdare Mahkemesi kararının, davacı şirketin 1. madde kapsamında yer alan ve idarenin belirlediği nakliye mesafesinin altında açıklama yapıldığına yönelik iddia yönünden davanın reddine ilişkin kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır. " gerekçesiyle davacının 1. madde kapsamında yer alan iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin Mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin bu kısmının iptaline karar verilmiştir.

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 hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm 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,

1- Kamu İhale Kurulunun 04.12.2019 tarihli ve 2019/UY.II-1598 sayılı kararının 1/(ğ,h) nolu iddialarının ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi Evsa Taah. İnş. Prj. Müh. Müş. Enr. Tur. San ve Tic. A. Ş. – Arpacı İnş. Nakl. Turz. Taaah. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Müteveli Yapı İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi ile ilgili değerlendirmelerine yönelik kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Evsa Taah. İnş. Prj. Müh. Müş. Enr. Tur. San ve Tic. A. Ş. – Arpacı İnş. Nakl. Turz. Taaah. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Müteveli Yapı İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimine ait teklifin reddedilmesi yönünde 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.

