

**İhale dokümanı ekinde yer alan analiz formatına uygun aşırı düşük fiyat açıklamanın, sonradan aşın düşük fiyat açıklama istemi ekinde düzenlenen analiz formatına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi**

<b>Toplantı No</b>	: 2019/003
<b>Gündem No</b>	: 22
<b>Karar Tarihi</b>	: 09.01.2019
<b>Karar No</b>	: 2019/MK-6

**BASVURU SAHİBİ:**

Tisan İnşaat ve Sanayi Anonim Şirketi

**İHALEYİ YAPAN İDARE:**

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Barajlar ve HES Dairesi Başkanlığı

**BASVURUYA KONU İHALE:**

2017/65539 İhale Kayıt Numaralı "İznik Barajı" İhalesi

**KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**

**KARAR:**

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Barajlar ve HES Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2017/65539 ihale kayıt numaralı "İznic Barajı" ihalesine ilişkin olarak Tisan İnşaat ve Sanayi Anonim Şirketi itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 06.07.2017 tarihli ve 2017/UY.II-1841 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Tisan İnşaat ve Sanayi Anonim Şirketi tarafından 06.07.2017 tarihli ve 2017/UY.II-1841 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 16. İdare Mahkemesinin 27.11.2017 tarihli ve E:2017/2509, K:2017/3170 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmesi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.06.2018 tarihli ve E:2018/502, K:2018/2055 sayılı kararında "... Sözlük anlamı ile "düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek" olarak tanımlanan "düzenleme", kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; süreklî, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır. Yasama organının - yasama tasarrufları dışında, idare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile, kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir. "Kural işlemler" (ya da diğer adıyla "genel düzenleyici işlemler"), üst hukuk kurallarına uygun olarak düzenleme yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idari işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığı kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin süreklî, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurullar 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 özgüllükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, birtakım kurullar 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 belirtiltikten sonra; maddenin son fıkrasında yer alan hüküm ile, konuya ilişkin detaylı düzenlemeleri yapma yetkisinin Kurum'a verildiği ve ihale komisyonlarının Kurum tarafından yapılacak bu düzenlemeleri esas alacakları kurala bağlanmıştır. Kamu ihale 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 Tebliğ'in 45.1.4. maddesinde, paçal ve özel iş kalemlerine ilişkin analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının ihale dokümanı kapsamında istekli olabileceklere verilmesinin öngörüldüğü; isteklilerin de tekliflerinin aşırı düşük olduğu tespit edilerek kendilerinden açıklama istenmesi durumunda, verilen bu formata göre açıklama yapması gerektiği, nihayet, idarece yapılacak değerlendirmelerde de söz konusu formatların esas alınması gerektiği; söz konusu düzenleme ile, paçal ve özel iş kalemlerine ilişkin aşırı düşük teklif açıklamalarında ihale sürecine katılan bütün taraflar açısından öngörülebilirliğin sağlandığı anlaşılmaktadır.

...

Aktarılan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, paçal ve özel iş kalemlerinin yer aldığı ihalelerde, bu iş kalemlerinde bulunan analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının ihale dokümanı kapsamında istekli olabileceklere verilmesi gerektiği, isteklilerin de tekliflerinin aşırı düşük olduğu tespit edilerek kendilerinden açıklama istenmesi durumunda, verilen bu formata göre açıklama yapması gerektiği anlaşılmakta olup; "davacı tarafından aşırı düşük teklif açıklamaları hakkında idarece bir değerlendirme yapılmasını beklemeden" yapılan bu yöndeki başvurunun, davalı idare tarafından yukarıda aktarılan gerekçelerle reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, istekli olabileceklere ihale dokümanı kapsamında herhangî bir analiz formatının verilmemesi ve ihale dokümanının da bu şekilde kesinleşmiş olması durumunda, teklifi sınır değerinin altında kalan isteklilere gönderilen açıklama isteme yazılarında yeni analiz formatlarına yer verilerek, aşırı düşük teklif açıklamalarının verilen formata uygun olarak yapılmasının istenebileceği; ayrıca, ihale sürecinin devamında aşırı düşük teklif açıklamaları söz konusu formata (aşırı düşük teklif sorgusunda gönderilen format) uygun bulunmaması sebebiyle teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekliler tarafından, ihale dokümanı kapsamında analiz formatı verilmediği iddiasıyla yapılan itirazın şikâyet başvurusunun ise, gelinen bu aşamada değerlendirmeye alınamayacağı açıktır..." gerekçesiyle temyiz isteminin kabulü ile Ankara 16. İdare Mahkemesinin 27.11.2017 tarihli ve E:2017/2509, K:2017/3170 sayılı kararının bozulmasına, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.06.2018 tarihli ve E:2018/502, K:2018/2055 sayılı kararı üzerine Kurul tarafından 08.08.2018 tarihli ve 2018/MK-282 sayılı Kurul kararı ile "1-Kamu İhale Kurulunun 06.07.2017 tarihli ve 2017/UY.II-1841 sayılı kararının iptaline,

2- Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.06.2018 tarihli ve E:2018/502, K:2018/2055 sayılı kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda "Başvurunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Tisan İnşaat ve Sanayi Anonim Şirketi tarafından 08.08.2018 tarihli ve 2018/MK-282 sayılı Kurul kararı iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle dava açıldığı görülmüştür. Ankara 11. İdare Mahkemesi tarafından görülen dava neticesinde alınan 14.11.2018 tarihli ve E:2018/1971 sayılı karar ile "... Uyuşmazlıkta; İznic Barajı Yapımı ihalesine ilişkin olarak 44 adet ihale dokümanı satın alındığı, 10.04.2017 tarihinde yapılan ihaleye aralarında davacı şirketin de olduğu 29 isteklinin katıldığı, ihale dokümanı kapsamında analiz formatının da yer aldığı, bu formatta sadece girdi cinslerinin belirlendiği analiz girdileri ile miktarlarının tutarlarının belirtilmediği, ihale dokümanına ilişkin bir İtiraz olmadığı ve idare tarafından değişiklik mahiyetinde bir işlem tesis edilmediği böylelikle ihale dokümanı ve ekindeki analiz formatının kesinleştiği, dolayısı ile istekliler tarafından teklif verme aşamasında söz konusu analiz formatından da faydalanılabildiği buna karşın idare tarafından aşırı düşük teklif açıklama istemi ekinde isteklilere farklı analiz formatı gönderildiği bu durumun ihalede fiyat tekliflerini doküman ile birlikte verilen (Ek-Y.2)'de yer alan örneğe uyan analiz formatını referans alarak oluşturulan istekliler ile aşırı düşük teklif açıklamasını doküman ile birlikte verilmeyen paçal iş kalemlerine ilişkin analiz formatı üzerinden yapan istekliler arasında eşitsizliğe yol açabilecek olmasına karşın ihale dokümanı ekindeki analiz formatına uygun olarak aşırı düşük fiyat açıklamasını yapan davacının açıklamasının salt aşırı düşük fiyat açıklama istemi yazısı ekindeki analiz formatına uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirmeye alınmadığı ve yukarıda yer verilen Danıştay Kararının gerekçesinin de öncelikli olarak davacının aşırı düşük fiyat açıklaması hakkında bir değerlendirme yapmasına matuf olduğu görülmektedir.

Bu durumda; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.4. maddesi gereği hazırlanıp ihale dokümanı ekinde yer alan ve isteklilerin teklif aşamasına İhale dokümanı ile birlikte edindiği analiz formatına uygun aşırı düşük fiyat açıklamasının, salt sonradan aşırı düşük fiyat açıklama istemi ekinde düzenlenen analiz formatına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilmesinde ve davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki Kurul kararında açıkça hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin; uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 Sayılı Kanunun 27.maddesi uyanınca teminat alınmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına" 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 Kuruluna 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 08.08.2018 tarihli ve 2018/MK-282 sayılı Kurul kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda esasın yeniden incelenmesine geçilmesine,

Oybirliği ile karar verildi.