

ihale konusu işin
maliyetinin kâr oranı
eklenmiş ve kâr oranı
eklenmemiş hâliyle
hesaplanması ve bu
hesaplamaya göre davacı
şirketin verdiği teklifin
aşırı düşük teklif olarak
değerlendirilip
değerlendirilemeyeceği
konusunda dosya üzerinden
bilirkişi incelemesi hk

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2019/1237 K.

2013/1369 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2013/1369

Karar No:2019/1237

TEMYİZ EDEN (DAVACI) :

VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVALI) :

VEKİLİ :

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem :... A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından 22/12/2010 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Elektrik Bakım, Aydınlatma ve Birtakım Elektrik İşleri Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak aşırı düşük teklif açıklaması uygun bulunmayan davacı şirket tarafından yapılan şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 07/02/2011 tarih ve 0602 sayılı işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; Mahkemelerinin 20/03/2012 tarihli ara kararıyla, ihale konusu işin maliyetinin (kâr oranı eklenmiş ve kâr oranı eklenmemiş hâliyle) hesaplanması ve bu hesaplama göre davacı şirketin verdiği teklifin aşırı düşük teklif olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda dosya üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, 28/05/2012 tarihli bilirkişi raporunda, yaklaşık maliyet bedeline ilişkin hesaplamalara ve davacı şirketin teklifinin hesaplanan maliyete göre aşırı düşük teklif olarak nitelendirilmesi gerektiği tespitine yer verildiği, 20/12/2012 tarihli ara kararıyla bilirkişiden, davacı şirket ile ihaleyi kazanan şirketin aşırı düşük teklif sorgulaması için yaptığı savunmaların gerçekçi olup olmadığının teklif bileşenleri ile birlikte değerlendirildiği, davacı şirketin aşırı düşük teklif sorgulamasına verdiği cevapta idareye ibraz ettiği belgelerin Kamu İhale Genel Tebliği'nde (Tebliğ) belirtilen şekil şartlarına uygun olup olmadığının açıklandığı ek rapor istenildiği, 14/01/2013 tarihli ek raporda, davacı şirket

tarafından aşırı düşük teklif sorgulamasına sunulan belge ve yapılan savunmaların gerçekçilikten uzak olduğu, buna karşılık ihaleyi kazanan firmanın aşırı düşük teklif sorgulamasına yapmış olduğu savunmasında tüm teklif bileşenlerini açıkladığı, davacı şirketin aşırı düşük teklif savunmasında dosyaya sunmuş olduğu belgelerin Tebliğ'de belirtilen şekil şartlarına uygun belgeler olmadığı yönünde tespitte bulunulduğu, davacının itirazlarının bilirkişi raporunu kusurlandırıcı bulunmadığı, bilirkişi raporundaki açıklamaların hükme esas alınabilir nitelik ve yeterlikte bulunduğu, davacı şirketin ve ihaleyi kazanan firmanın tekliflerinin aşırı düşük teklif olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, davacı şirketin aşırı düşük teklif açıklaması ve ibraz ettiği proforma faturaların Tebliğ'e aykırı olduğu, ihaleyi kazanan şirketin aşırı düşük teklif açıklaması ve ibraz ettiği belgelerin ise Tebliğ'e uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, bilirkişinin yaklaşık maliyet hesabı yapmasının yerinde olmadığı, yaklaşık maliyetin ihaleyi gerçekleştiren idarece hesaplanacağı, aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan belgelerin mevzuata uygun olduğu, ihalede sunulan teklifin aşırı düşük olmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının gerekçeli onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Dosyanın incelenmesinden, ... A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından 22/12/2010 tarihinde açık ihale usulü ile “Elektrik Bakım, Aydınlatma ve Birtakım Elektrik İşleri Hizmet Alımı” ihalesinin gerçekleştirildiği, ihaleye katılan yedi firmadan beşinin teklifinin idari şartname ve teknik şartnameye aykırılık nedeniyle değerlendirme dışı bırakıldığı, davacı şirket ile diğer istekli ... Ltd. Şti.’nin tekliflerinin aşırı düşük teklif olarak değerlendirildiği ve iki şirketten açıklama istendiği, davacı şirketçe aşırı düşük teklif sorgulaması kapsamında yapılan açıklamanın mevzuata uygun olmadığından bahisle teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, ihalenin diğer istekli üzerinde bırakılmasına karar verildiği, davacı tarafından 04/02/2011 tarihli dilekçeyle aşırı düşük teklif açıklamasının mevzuata uygun olduğu belirtilerek idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu, anılan başvurunun reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesiyle atıfta bulunulan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Bilirkişi İncelemesi” başlıklı beşinci bölümünde yer alan 266. maddesinde, ilk derece mahkemesinin karar tarihindeki hâliyle, mahkemenin çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Anılan maddede, 24/11/2016 tarih ve 29898 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6754 sayılı Kanun’un 49. maddesi ile yapılan değişiklikle, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı belirtilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde; kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüslerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan

karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, "istisnalar" başlıklı 3. maddesinin (g) bendinde; 2. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde, doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üç yüz milyar Türk lirasını aşmayan mal veya hizmet alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu kanuna tâbi olmadığı kuralı yer almaktadır.

04/12/2008 tarih ve 27074 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ... A.Ş. Genel Müdürlüğü'nün 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmeliğin 59. maddesinde, teklifler değerlendirilirken, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olan teklifler reddedilmeden önce, belirlenen süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenlerle ilgili ayrıntıların yazılı olarak isteneceği, ihale komisyonunca, yapılan yazılı açıklamalar dikkate alınarak aşırı düşük tekliflerin değerlendirileceği, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifinin reddedileceği; 62. maddesinde, açık ihale usulüyle yapılan ihalelerde hak kaybına veya zarar uğradığını veyahut zarar uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden teklif sunan istekli, hak kaybını öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren beş gün içinde yazılı şikâyet suretiyle inceleme telebinde bulunabileceği; 95. maddesinde ise, bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hususlarda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, **4735** sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, bu kanunların uygulanmasını teminen yayımlanan ikincil mevzuat, ... A.Ş. Ana Statüsü ile bu konulardaki diğer mevzuat hükümlerinin uygulanacağı kurallarına yer verilmiştir.

İşlem tarihinde yürürlükte olan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79.4. maddesinde, ihale komisyonu tarafından, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri ile personel çalıştırılmasına dayalı olmamakla birlikte ihale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatinin tamamının idarede kullanılacağı hizmet alımı ihalelerinde asgari işçilik maliyeti, sözleşme giderleri ve genel giderler ile varsa malzeme ve diğer maliyet kalemleri, bunlar dışında kalan hizmet alımı ihalelerinde ise ihale dokümanında belirtilen teklif fiyata dahil giderler dikkate alınmak suretiyle tekliflerin değerlendirilmesi yapılarak, 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca teklifi aşırı düşük görülen isteklilerden işin niteliğine göre ihale komisyonunca belirlenen önemli teklif bileşenleri ile ilgili açıklama isteneceği, 79.4.1. maddesinde, isteklilerce yapılacak aşırı düşük teklife ilişkin açıklamaların belgelere dayanması gerektiği ve belgelere dayanılmaksızın yapılan açıklamaların kabul edilmeyerek söz konusu tekliflerin reddedileceği, 79.4.2.4. maddesinde, tedarikçi veya üreticilerden alınan birim fiyatları gösteren proforma fatura sunulurken açıklama yapılması durumunda, proforma faturadaki birim satış tutarının, maliyete dayalı açıklama yapıldığında, maliyet satış tutarı tespit tutanağında yer alan (Ek-0.5) ağırlıklı ortalama birim maliyetin, satışlar üzerinden açıklama yapıldığında, maliyet satış tutarı tespit tutanağında yer alan ağırlıklı ortalama birim satış tutarının %80'inin altında olamayacağı, maliyete dayalı açıklama yapıldığında, mükellefle tam tasdik sözleşmesi yapan veya beyannamelerini imzalamaya yetkili olan meslek mensubu tarafından proforma fatura üzerine "birim satış tutarının mükellefin yasal defter ve belgelerine göre çıkartılan ve tarafımdan onaylanan maliyet satış tutarı tespit tutanağındaki ağırlıklı ortalama birim maliyet tutarının altında olmadığını beyan ederim" ibaresinin yazılarak imzalanması ve iletişim bilgileri de belirtilmek suretiyle kaşelenmesi/mühürlenmesi gerektiği, satışlar üzerinden açıklama yapıldığında, mükellefle tam tasdik sözleşmesi yapan veya beyannamelerini imzalamaya yetkili olan

meslek mensubu tarafından proforma fatura üzerine "birim satış tutarının, mükellefin yasal defter ve belgelerine göre çıkartılan ve tarafımdan onaylanan maliyet/satış tutarı tespit tutanağındaki ağırlıklı ortalama birim satış tutarının % 80'inin altında olmadığını beyan ederim." ibaresinin yazılarak imzalanması ve iletişim bilgileri de belirtilmek suretiyle kaşelenmesi/mühürlenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Uyuşmazlığın çözümünün, hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektirmesi hâlinde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verileceği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda ise bilirkişiye başvurulamayacağı açıktır.

Hukukî konular, anlaşılabilmesi için hakimin bilemeyeceği özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan konular değildir. Bilirkişi, davadaki hukukî meselede değil, maddi meselede görüşüne başvuru alan kişidir. Bu bağlamda, özel bilgi; hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalında ortaya konulan sonuçlara ilişkin bilgiyi ifade etmekte iken, teknik bilgi; fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya elverişli bilgi olarak tanımlanmaktadır. (Atalay, O., Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1922)

Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konular dışında özel veya teknik bilgiyi içeren uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması adil yargılanma hakkının gereği olarak değerlendirilmelidir. Çünkü hâkim, bir delil değerlendirme vasıtası olan bilirkişi incelemesinden de yararlanarak önüne gelen sorunu çözerek adaletin gerçekleşmesini temin etmektedir. Bununla birlikte hukuk kurallarını re'sen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin işidir. (AYM Kararı, E:2017/20, K:2018/75, T:05/07/2018, § 41)

6754 sayılı Kanun'un gerekçesinde de açıklandığı üzere, hukuki sorunları hâkimin mesleki bilgi ve deneyimleriyle çözmesi

gerektiğinden, bu sorunların en yetkin kişisi hâkim olup Anayasa'nın 138. maddesinde de hukuka uygun olarak hüküm verme yetkisi hâkime tanınmıştır. Ayrıca 6754 sayılı Kanun'un ilgili madde gerekçesinde, düzenlemenin amacının hâkime verilen mutlak yargı yetkisinin -bilirkişi vasıtasıyla dahi olsa- bir başkasına devrini önlemek olduğu, hukuk kurallarını resen araştırmak, yorumlamak ve uygulamak hâkimin görevi kapsamında kaldığından, uyuşmazlık hakkında bir de bilirkişi atanmasının gereksiz yere yargılama giderlerinin artmasına ve buna bağlı olarak yargılama sürelerinin uzamasına sebebiyet vereceği, salt hukuki konularda bilirkişiye ihtiyaç bulunmadığı belirtilmiştir. (AYM Kararı, E:2017/20, K:2018/75, T:05/07/2018, § 36).

Hukukî konularda gereksiz yere bilirkişiye başvurulması, gereksiz masraf yapılmasına ve zaman kaybına neden olması yönleriyle, gerek Anayasa'nın 141. maddesinde, gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde belirtilen usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır. (Atalay, O., Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1929)

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nce bireysel başvuru üzerine verilen bir kararda, uyuşmazlığın çözümüne hiçbir yarar sağlamadığı ilk bakışta açıkça anlaşılan bir delilin toplanması sonucu oluşan giderlerin ilgili tarafa yükletilmesinin gereksiz yere yargılamanın uzamasına sebep olacağı gibi mal varlığından gerekli olmadığı hâlde yol açılan eksilme sebebiyle ilgili tarafın mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil edeceği belirtilmiş, başvurucu tarafından sadece idari para cezasının hukuki denetimi ile sınırlı olarak itirazda bulunulduğu hâlde Sulh Ceza Hâkimliğince hukukçu bir bilirkişiye rapor düzenlettirildiği, bilirkişiden hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılması mümkün olmayan teknik veya bilimsel herhangi bir konuda görüş istenmediği, bilirkişinin de raporunda, hukuki denetim ile ilgili olarak görüş bildirdiği, somut olayda bilirkişi görüşüne başvurulmasının gerekli olmadığının anlaşıldığı, itirazı bakımından hiçbir yarar sağlamadığı hâlde bilirkişi ücreti ödemek durumunda kalan başvurucunun aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi

suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuruçuya yüklediği külfetin, içerdiği kamu yararı amacıyla dahi meşru kılınmadığı belirtilerek kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvuruçuyu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir. (AYM Kararı, A.D. Başvurusu, B. No: 2015/10393, T:09/01/2019, §§ 84-87).

Uyuşmazlıkta Mahkeme tarafından bilirkişiden, "davalı idarenin ihale konusu işin maliyetini uygun belirleyip belirlemediği ve davacı şirketin teklifinin aşırı düşük teklif olarak nitelendirilip nitelendirilmediği" hususu ile "davacı şirket ile ihaleyi kazanan şirketin aşırı düşük teklif sorgulaması için yaptığı savunmaların değerlendirilmesi ve davacı şirketin ibraz ettiği belgelerin Kamu İhale Genel Tebliği'nde belirtilen şekil şartlarına uygun olup olmadığı" hususuna yönelik görüş talep edilmiştir. Bilirkişi raporlarında ise, "davacı şirketin teklifinin aşırı düşük teklif olarak nitelendirilmesi gerektiği", "davacı şirketin yapmış olduğu aşırı düşük teklif savunmalarının Kamu İhale Genel Tebliği'ne uygun olmadığı" "ihaleyi kazanan firma tarafından Kamu İhale Genel Tebliği'ne uygun olarak açıklama yapıldığı", "davacı şirket tarafından sunulan belgelerin Tebliğ'de öngörülen şekil şartlarına uygun olmadığı" gibi hukukî tespitlerde bulunulmuştur. Ayrıca söz konusu tespitler, İdare Mahkemesi kararının gerekçesini oluşturarak hükme esas alınmıştır.

Uyuşmazlığın çözümü için başvuruçunun bilirkişi raporlarında yer verilen hususların, Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan düzenleyici kuralların somut olaya uygulanmasına ilişkin olduğu, açıklanan hususların hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılabilecek mahiyette oldukları görülmektedir. Aşırı düşük teklif için gerekli unsurların oluşup oluşmadığı, yapılan aşırı düşük teklif açıklamalarının Tebliğ'e uygun bulunup bulunmadığı, ibraz edilen belgelerin Tebliğ'de öngörülen şekil şartlarını taşıyıp taşımadığı gibi hâkim tarafından yargı yetkisi çerçevesinde karara bağlanabilecek

hususlar hakkında bilirkişi görüşüne ihtiyaç olmadığı açıktır. Bu itibarla, İdare Mahkemesi'nce, çözümün hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektirdiği düşüncesiyle bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verildiği görülmekle birlikte, Mahkemece hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan bir uyuşmazlıkta bilirkişi raporu alınması ve bu bilirkişi raporunun hükme esas alınarak karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk görülmemiştir.

Öte yandan, Tebliğ'in aktarılan hükümleri uyarınca, istekliler tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan belgelerin, şeklî açıdan bir takım unsurları taşıması gerektiği, istekliler tarafından tedarikçi veya üreticilerden alınan birim fiyatları gösteren proforma fatura sunularak açıklama yapılması durumunda, mükellefle tam tasdik sözleşmesi yapan veya beyannamelerini imzalamaya yetkili olan meslek mensubu tarafından proforma fatura üzerine Tebliğ'in 79.4.2.4. maddesinde yer alan ibarenin yazılarak imzalanması ve iletişim bilgileri de belirtilmek suretiyle kaşelenmesi/mühürlenmesi gerektiği, davacı tarafından sunulan ve ... A.Ş. tarafından düzenlenen 24/01/2011 tarihli proforma faturanın Tebliğ'de öngörülen şekil şartlarına uygun olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının aşırı düşük teklif açıklamasının mevzuata uygun olmadığından bahisle şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, davanın reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

- 1.Davacının temyiz isteminin reddine,
- 2.Davanın reddi yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen GEREKÇEYLE ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine,

5. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
6. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 16/04/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.