

İhalede aşırı düşük teklif açıklamasının akaryakıt girdilerinden EPDK'nın günlük il bazında açıkladığı fiyatın %90'nın altında olduğu Genel Tebliğe aykırı olduğu şirketin açıklamasının EPDK tarafından bildirilen fiyatlara dayalı bir açıklama olmadığı 3. kişilerden alınan fiyat teklifiyle yapılan açıklamaya dayandığı bu hâliyle geçerli bir açıklama kabul edilmesi gerekirken dağıtım şirketlerinden akaryakıt alınmasını engelleyen bir düzenleme olmamasına rağmen akaryakıt

**bayilere ilişkin il bazında
EPDK tarafından açıklanan en
düşük fiyatın %90'ının
altında olduğu hk(Danıştay K)**

**İhale aşırı düşükte akaryakıt
girdileri**

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3398

Karar No:2021/308

TEMYİZ EDENLER : 1- (DAVALI) ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

2- (DAVALI YANINDA MÜDAHİLLER)

... İnşaat Madencilik Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

... Enerji Üretim Anonim Şirketi ... Enerji İnşaat Taahhüt Sanayi
ve Ticaret Anonim Şirketi (İş Ortaklığı)

VEKİLİ : Av. ...

... İnşaat Harfiyat Madencilik Tarım Nakliye Petrol Taahhüt
Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Yapı Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

VEKİLİ : Av. ...

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

İHALE YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Karayolları Genel Müdürlüğü'nce 04/02/2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Nevşehir-Aksaray Devlet Yolu Km: 23+788-78+760 Arası Yapım" işi ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazden şikâyet başvurusunun reddine dair Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 10/06/2020 tarih ve 2020/UY.I-1019 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

Karar No:2021/308

İlk Derece Mahkemesi [ihale kararının özeti](#): ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; sınır değerin altında teklif sunan davacı şirketten NAY/01, NAY/05, NAY/10, NAY/24, NAY/27, NAY/28 numaralı iş kalemleri için İdari Şartname'nin 33.2. maddesi gereğince açıklama istenildiği, yapılan açıklamanın analiz girdileri arasında yer alan "mazot (motorin) (iş başında)" pozunun birim fiyatı olarak 3,85-TL alındığı,

bu açıklamanın Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde belirtilen EPDK tarafından il bazında ilan edilen fiyat olan 5,4828-TL/lt birim fiyatınının %90'ı olan 4,9889TL/kg birim fiyatınının altında olduğu gerekçesiyle uygun bulunmayarak teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verildiği; Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 11/02/2020 tarih ve E:2017/464, K:2020/411 sayılı kararıyla iptal edilen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde yapılan yeni düzenlemenin, anılan Daire kararında yer alan gerekçe dikkate alınmadan yapıldığı,

bu durumun, 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesine aykırı olduğu, 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinde belirtilen "düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı" kuralı gereğince, üst hukuk normuna aykırı olan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesi dikkate alınmadan davanın çözümlenmesi gerektiği; davacı şirket tarafından açıklama istenilen iş kalemleri olarak belirtilen mazot girdisinin üçüncü kişiden alınan fiyat teklifine dayandığı,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.1. maddesinde belirtilen şekilde fiyat teklifini veren kişiyle tam tasdik sözleşmesi yapan veya beyannamelerini imzalamaya yetkili olan meslek mensubu tarafından ilgisine göre teklife konu mal veya hizmet için satış tutarı tespit tutanağı (Ek-0.6) düzenlenerek açıklandığı, davacı şirket tarafından akaryakıt dağıtıcısından iş başında teslim edilmek üzere 3,85-TL birim fiyattan yapılan ve serbest meslek mensubunca tasdik edilmiş bulunan açıklamanın mevzuatta aranan şartları taşıdığı; bu durumda,

davacı şirketin aşırı düşük teklif açıklamasının akaryakıt girdilerinden EPDK'nın günlük il bazında açıkladığı fiyatın %90'nın altında olduğundan bahisle Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde belirtilen özel düzenlemeye aykırı olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmişse de, davacı şirketin açıklamasının EPDK tarafından bildirilen fiyatlara dayalı bir açıklama olmadığı, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13. maddesinde belirtilen açıklama yöntemlerinden olan üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifiyle yapılan açıklamaya dayandığı, bu hâliyle geçerli bir açıklama kabul edilmesi gerekirken, dağıtım şirketlerinden akaryakıt alınmasını engelleyen bir düzenleme olmamasına rağmen akaryakıt bayilere ilişkin il bazında EPDK tarafından açıklanan en düşük fiyatın %90'ının altında olduğu gerekçesiyle açıklamanın uygun bulunmayarak teklifin reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13. maddesi uyarınca istekliler tarafından aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizler ile bu analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerin sunulması gerektiği, anılan Tebliğ'in 45.1.13.5. maddesi uyarınca ise açıklaması yapılacak girdinin fiyatının, kamu kurum ve kuruluşlarınca ilan edilen ilgili mal veya hizmete ilişkin asgari fiyatların kullanılması hâlinde, söz konusu fiyatın ilan/davet ile ihale tarihi arasında (ihale tarihi hariç) geçerli olduğunun belgelendirilmesi gerektiği açıklamasına yer verildiği, anılan Tebliğ'in 45.1.13.14. maddesinde ise akaryakıt girdisinin açıklanmasına ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiş olup,

EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceği, ayrıca motorine yönelik olarak öngörülen tutarın TL/lt cinsinden hesaplanmasında EPDK'nın ilgili düzenlemelerinin dikkate alınacağına ifade edildiği, EPDK tarafından Aksaray ve Nevşehir ilinde ihale ilan tarihi (30/12/2019) ile ihale tarihi (03/02/2020) arasında yayımlanan günlük motorin birim fiyatları incelendiğinde, en düşük motorin litre fiyatının 5,4828-TL (Aksaray-Soypet) olduğu,

söz konusu fiyatın KDV hariç 4,6464-TL (5,4828/1,18) olduğu, litreden kilograma dönüştürme işlemi için motorin yoğunluk katsayısının (0,820 – 0,845 kg/lt) en yüksek değerinin (0,845) esas alınması durumunda 5,4987-TL/kg (4,6464/0,845) tutarına ulaşılacağı ve söz konusu tutarın Kamu İhale Genel Tebliği'nin "...45.1.13.14. İstekliler tarafından akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının % 90'ının altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir..." açıklaması uyarınca %90'ına denk gelen tutarın 4,9488-TL (5,4987 x 0,90) olacağı,

dolayısıyla isteklilerin akaryakıt girdisi için bu tutarın altında teklif sunamayacakları, yapılan incelemede, üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin aşırı düşük teklif açıklama yöntemlerinden biri olmasına rağmen, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde akaryakıt girdisinin açıklanmasına ilişkin özel düzenlemeye yer verildiği, söz konusu düzenleme uyarınca EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceği,

davacı şirket tarafından sunulan aşırı düşük teklif açıklamasında "Mazot (motorin) (iş başında)" girdi fiyatının tevsiki için kullanılan 3,85-TL/kg tutarındaki fiyat teklifinin, EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında olduğu, dolayısıyla davacı şirket tarafından sunulan açıklamaya ilişkin olarak ihale komisyonu kararında belirtilen uygun bulunmama gerekçesinin mevzuata uygun olduğu, itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair Kurul kararının hukuka uygun olarak tesis edildiği ileri sürülmektedir.

Davalı idare yanına müdahil (... İnşaat Madencilik Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi – ... Enerji Üretim Anonim Şirketi – ... Enerji İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi İş Ortaklığı) tarafından, davacı şirketin yönetim kurulu üyesi olan B.Ş.'nin, aynı zamanda fiyat teklifi alınan ... Pet. İnş. Taah. San. A.Ş.'nin %100 sahibi olan ... Holding A.Ş.'nin yönetim kurulu başkanı ve ortağı olduğu, diğer taraftan, Karar No:2021/308

... Holding A.Ş.'nin ortağı olan G.Ş. ve A.Ş.'nin de, davacı şirketin ortağı olduğu, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.8. maddesi uyarınca, isteklinin ortağı olduğu tüzel kişiye ait işletmeden mal çekmesi veya satın alması durumunda söz konusu malın emsal bedeli ile değerlendirilmesi gerektiği, Vergi Usul Kanunu'na göre hazırlanan emsal bedelin davacı şirket tarafından sunulmadığı, davacı şirket tarafından "mazot (motorin) (iş başında)" pozunun birim fiyatı olarak 3,85-TL/kg

teklif sunulduğu, bu teklifin, en yüksek yoğunlukla çarpılması durumunda birim fiyat teklifinin 3,25-TL/lt olduğu, 2019 yılı 3. ve 4. dönemi içinde en düşük motorin rafineri satış fiyatının ağustos ayında gerçekleştiği,

bu dönemde kdv, nakliye, kâr vs. giderler hariç motorin maliyetinin 4,34916-TL/lt olduğu, davacı şirket tarafından 3,25-TL/lt fiyat verilmesinin mevzuata aykırı olduğu, ayrıca, ... Pet. İnş. Taah. San. A.Ş. tarafından stok tespit tutanağının sunulmadığı, anılan şirketin depolama lisansının bulunmadığı, bu kapsamda, dava konusu Kurul kararının hukuka uygun olarak tesis edildiği ileri sürülmüştür.

Davalı idare yanında müdahil (... İnşaat Harfiyat Madencilik Tarım Nakliye Petrol Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi) tarafından, Kamu İhale Genel Tebliği'nde aşırı düşük teklif açıklamalarının nasıl yapılacağının düzenlendiği, davacı şirket tarafından sunulan teklife yönelik açıklamanın anılan Tebliğ'e uygun olmadığı, bu kapsamda dava konusu Kurul kararının hukuka uygun olarak tesis edildiği ileri sürülmüştür.

KARŞI TARAFIN_SAVUNMASI : Davacı tarafından, savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ: Temyiz istemlerinin kabulü gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE :

ESAS YÖNÜNDEN:

İHALE MADDİ OLAY:

Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından 04/02/2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Nevşehir-Aksaray Devlet Yolu Km: 23+788-78+760 Arası Yapım" ihalesine 108 isteklinin katıldığı, 26 isteklinin teklifinin aşırı düşük teklif açıklaması sunmadığı gerekçesiyle, aralarında davacı şirketin de bulunduğu 4 isteklinin teklifinin, aşırı düşük teklif açıklaması uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, 24 isteklinin teklifinin ise, çeşitli gerekçelerle değerlendirme dışı bırakılarak ihalenin, teklif fiyatı sınır değer üzerinde olan ... İnşaat Madencilik Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi – ... Enerji Üretim Anonim Şirketi – ... Enerji İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi İş Ortaklığı üzerinde bırakıldığı, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak ise ... İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin belirlendiği görülmüştür.

İdare tarafından sınır değer altında teklif sunan isteklilere EKAP üzerinden 19/03/2020 tarihli "aşırı düşük teklif açıklama talebi" yazılarının gönderildiği, söz konusu yazı ekinde açıklama istenecek iş kalemlerine ait analiz formatları ile açıklama istenecek/istenmeyecek analiz girdileri tablolarının bulunduğu anlaşılmıştır.

Davacı şirket tarafından sunulan aşırı düşük teklif açıklamasının, idarece "Mazot (motorin) (iş başında) pozunun birim fiyatı için sunulan 3,85-TL tutarındaki fiyat teklifinin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde yer alan açıklama uyarınca EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında (ilan tarihi ile ihale tarihi arasında Aksaray ve Nevşehir ilinde tespit edilen en düşük bayi fiyatının 5,4826-TL/lt olduğu, bu fiyatın KDV hariç (0,845 lt/kg) %90'ının 4,9489-TL/kg olduğu görülmüştür." gerekçesiyle reddedilmiş olup, davacı şirket tarafından 17/04/2020 tarihinde yapılan şikâyet başvurusunun idarenin 20/04/2020 tarihli yazısı ile reddi üzerine,

29/04/2020 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Bu başvuru, 10/06/2020 tarih ve 2020/UY.I-1019 sayılı Kurul kararı ile reddedilmiştir.

Bunun üzerine anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

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

İhale komisyonu;

1. a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
2. b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
3. c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin ...lüğü,

gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen açıklama

istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değer altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır.” kuralına yer verilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Sınır değer tespiti ve aşırı düşük teklifler" başlıklı 45. maddesinde,

...

45.1.5. İsteklilerin iş kalemleri/iş grupları için kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmış cari yıl birim fiyatları veya bu fiyatlardan daha yüksek fiyatları teklif etmeleri ve söz konusu iş kalemleri/grupları için; hangi kamu kurum ve kuruluşunun birim fiyatını kullandıklarını, birim fiyat poz numarasını da yazmak suretiyle liste halinde belirterek açıklamaları kapsamında sunmaları durumunda analiz düzenlemeleri zorunlu değildir. Bu kapsamda; isteklilerin, kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmış "kar ve genel gider içermeyen birim fiyatların" üzerine, kendi belirledikleri "kar ve genel gideri" ilave ederek birim fiyatlarını oluşturmaları durumunda da; hangi kamu kurum ve kuruluşunun "kar ve genel gider hariç birim fiyatını" kullandıklarını ve kendi belirledikleri "kar ve genel gider" tutarını yazmak suretiyle liste halinde belirterek açıklamaları kapsamında sunmaları halinde de, söz konusu iş kalemleri/iş grupları için analiz düzenlemeleri zorunlu değildir. Bu kapsamda isteklilerin analiz düzenlemeleri zorunlu olmayan söz konusu iş kalemleri/grupları için 45.1.13 maddesinde belirtilen belgeleri sunmalarına da gerek bulunmamaktadır.

...

45.1.6. Analizler ile yardımcı ve/veya alt analizlerde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından belirlenerek yayımlanmış rayiçleri kullanan ve söz konusu rayiçleri poz numaralarını da belirtmek suretiyle liste halinde sunan isteklilerin, söz konusu rayiçlere ilişkin olarak 45.1.13 maddesinde belirtilen belgeleri sunmalarına gerek bulunmamaktadır.

...

45.1.13. Teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerin, tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanunun 38 inci maddesi uyarınca yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizler ile bu analizlere dayanak teşkileden bilgi ve belgeleri sunmaları gerekmektedir.

İsteklilerin analizlerine dayanak teşkil eden bilgi ve belgeler;

1. Üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifleri,
2. Çimento ve demir ürünleri için ilan edilmiş üretici fiyat tarifeleri,
3. Kamukurum ve kuruluşları tarafından sunulan mal ve hizmetlere ilişkin ilan edilmiş fiyat tarifeleri veya bunlardan alınmış fiyat teklifleri,

ç. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili mal veya hizmetlere ilişkin ilan edilen asgari fiyatlar,

1. Ürettiği, aldığı veya sattığı mallara ilişkin maliyet/satış tutarı tespit tutanakları,
2. Stoğunda bulunan mallara ilişkin stok tespit tutanakları,
3. İdarece istenmesi durumunda yardımcı analizler v.b. dir.

İstekliler tekliflerine ilişkin olarak yukarıda sayılan belgelerden kendileri için uygun olanları açıklamaları kapsamında sunacaklardır.

45.1.13.1. (Dava konusu ihale tarihi itibarıyla yürürlükte olan hâliyle) Teklifi oluşturan maliyet bileşenlerine ilişkin üçüncü kişilerden fiyat teklifi alınması durumunda, öncelikli olarak fiyat teklifini veren kişiyle tam tasdik sözleşmesi yapan veya beyannamelerini imzalamaya yetkili olan meslek mensubu tarafından ilgisine göre teklife konu mal veya hizmet için maliyet tespit tutanağı (Ek-0.5) veya satış tutarı tespit tutanağı (Ek-0.6) düzenlenecektir. Tutanaklar fiyat teklifinin dayanağı olarak düzenlenecek olup, meslek mensubu tarafından muhafaza edilecek ve fiyat teklifinin ekinde idareye verilmeyecektir. Ancak idare veya Kurum tarafından gerekli görülmesi hâlinde bu tutanaklar meslek mensubundan istenebilecektir.

Maliyet tespit tutanağı dayanak alınarak fiyat teklifi sunulabilmesi için, fiyat teklifinin mamul/mala ilişkin olması hâlinde mamul/malın birim fiyatının, tutanakta tespit edilen ağırlıklı ortalama birim maliyetin altında olmaması; fiyat teklifinin hizmete ilişkin olması hâlinde ise bu hizmetin birim fiyatının, tutanakta tespit edilen toplam birim maliyetin altında olmaması, bu tespitin (Ek-0.5) formunda yapılması, fiyat teklifi üzerine meslek mensubu tarafından "Bu fiyat teklifindeki birim fiyatın, mükellefin yasal defter ve belgelerine göre tarafımda düzenlenerek onaylanan (.../.../...) tarih ve (...) sayılı maliyet tespit tutanağındaki ortalama/toplam birim maliyet tutarının altında olmadığını beyan ederim." ibaresinin yazılarak imzalanması ve iletişim bilgileri de belirtilmek suretiyle kaşelenmesi/mühürlenmesi gerekmektedir.

Satış tutarı tespit tutanağı dayanak alınarak fiyat teklifi sunulabilmesi için teklif edilen birim fiyatın, ilgili tutanakta tespit edilen ağırlıklı ortalama birim satış tutarının % 80'inin altında olmaması, bu tespitin (Ek-0.6) formunda yapılması, fiyat teklifi üzerine meslek mensubu tarafından "Bu fiyat teklifindeki birim fiyatın, mükellefin yasal defter ve belgelerine göre tarafımda düzenlenerek

onaylanan (.../.../...) tarih ve (...) sayılı 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 gerekmektedir.

Üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin teklife konu alanda faaliyet gösterenlerden alınması gerekmekte olup, bu belgelerin ihale tarihinden önce düzenlenmiş olması zorunlu değildir.

...

45.1.13.4. İsteklinin, kamu kurum ve kuruluşları tarafından sunulan mal ve hizmetlere ilişkin ilan edilen fiyat tarifelerinde belirtilen fiyatları kullanması hâlinde, sadece ilan/davet ile ihale tarihi arasında (ihale tarihi hariç) geçerli olan bir tarifeyi gösterir belgeyi sunması yeterlidir. (Örnek: Orman Genel Müdürlüğüne bağlı işletmeler tarafından satılan ürünlere ilişkin ilan edilmiş fiyatlar vb.)

...

45.1.13.10. Meslek mensubu; üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifi üzerindeki beyanın ve emsal bedel beyanı ile Ek-0.5, Ek-0.6, Ek-0.7 ve Ek-0.8 numaralı tutanaklardaki bilgilerin doğruluğundan sorumludur. Meslek mensubu ibaresinden Yeminli Mali Müşavirler veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler anlaşılır.

...

45.1.13.14. (Dava konusu ihale tarihi itibarıyla yürürlükte olan hâliyle) İstekliler tarafından akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının % 90'ının altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir.

Motorin veya benzine yönelik olarak öngörülen tutarın TL/lt

cinsinden hesaplanmasında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun ilgili düzenlemeleri dikkate alınacaktır.

” kuralları yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

İdare Mahkemesi’nce, Dairemizin 11/02/2020 tarih ve E:2017/464, K:2020/411 sayılı kararıyla iptal edilen Kamu İhale Genel Tebliği’nin 45.1.13.14. maddesinde yapılan yeni düzenlemenin, Daire kararında yer alan gerekçe dikkate alınmadan yapıldığı, bu durumun, 4734 sayılı Kanun’un 38. maddesine aykırı olduğu, 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinde belirtilen “düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı” kuralı gereğince, üst hukuk normuna aykırı olan Kamu İhale Genel Tebliği’nin 45.1.13.14. maddesi dikkate alınmadan davanın c z mlenmesi gerektiği belirtilmek suretiyle hüküm kurulduğu görülmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Aşırı düşük teklifler” başlıklı 38. maddesinin  c nc  fıkrasında Kurum’un, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterlerini belirlemeye ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkili olduğu, ihale komisyonunca bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemelerinin esas alınması gerektiği belirtilmiş olup, 4734 sayılı Kanun’un 53. maddesinde de, Kamu İhale Kurumu’nun, bu Kanun’a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek konusunda görevli ve yetkili olduğu, Kurul kararıyla bu Kanun’un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler cıkarmaya yetkili olduğu, Kurul’un ve Kurum’un yetkilerini,

düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar olarak kullanacağı kurala bağlanmıştır. Bu kapsamda, 4734 sayılı Kanun'un 38. ve 53. maddeleri uyarınca uygulamayı yönlendirme yetkisini haiz Kamu İhale Kurumu'nca, aşırı düşük Karar No:2021/308 tekliflere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Sınır değer tespiti ve aşırı düşük teklifler

" başlıklı 45. maddesinde yapılmıştır.

Anılan Tebliğ'in 45.1.13.14. maddesinde yer alan (İstekliler tarafından akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir.) kuralının iptali istemiyle açılan davada, Dairemizin 11/02/2020 tarih ve E:2017/464, K:2020/411 sayılı kararı ile "kamu ihale ve petrol piyasası mevzuatına göre, aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında teklif sahipleri tarafından fiyat teklifleri ile ilgili açıklama yapılabileceği, bu açıklamalarda maliyetin altına inilmeden fiyatlarda indirim imkânı bulunduğu, akaryakıt bayilerinin kârdan vazgeçmelerinin önünde herhangi bir engel olmadığı, ticari hayat ve serbest rekabet piyasası gereği bayilerin indirim yapabileceğinin tabii olduğu, nitekim Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği'nde de indirim yapılabileceğinin düzenlendiği; bu itibarla, petrol piyasası mevzuatı uyarınca indirim uygulama imkânı varken, bu uygulamayı imkânsız kılacak şekilde akaryakıt girdisine ilişkin olarak aşırı düşük teklif açıklamalarında EPDK tarafından yayımlanan akaryakıt fiyatlarının altında sunulan açıklamaların kabul edilmeyeceği yönünde kural getiren dava konusu Tebliğ'in 45.1.13.14. maddesinde hukuka uygunluk görülmediği" gerekçesiyle anılan maddenin iptaline karar verilmiştir.

06/02/2018 tarih ve 30324 Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 5. maddesiyle yapılan değişiklikle Tebliğ'in 45.1.13.14. maddesi, "İstekliler tarafından akaryakıt

girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının % 90'ının altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir." hâlini almıştır.

Öte yandan, anılan değişiklik sonrası Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesi kapsamında tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, Dairemizin 16/11/2020 tarih ve E:2020/3227, K:2020/3158 sayılı kararı ile 26/10/2020 tarih ve E:2020/2840, K:2020/2748 sayılı kararında, anılan maddede yer alan akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından internet sitesinde il bazında günlük olarak yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceğine ilişkin kuralda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamış ve bu kural kapsamında değerlendirme yapılmak suretiyle karar verilmiş olup, İdare Mahkemesi'nin Kamu İhale Genel Tebliğinin 45.1.13.14. maddesinde yapılan yeni düzenlemenin iptal gerekçesi dikkate alınmadan yapıldığı yönündeki değerlendirmesinde hukuki isabet bulunmadığından, uyuşmazlığın mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Aşırı düşük teklif sorgulaması isteklilerce gerçekçi fiyat teklifi hazırlanıp hazırlanmadığının tespiti açısından önem taşımaktadır. Aşırı düşük teklif sorgulamasına yönelik ilke ve kuralların önceden belirlenerek tüm istekliler açısından aleniyetin sağlanması gerekmekte olup, ihale mevzuatının uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirilmesi ve bu hususlarda uyulması gerekli esasların belirlenmesine ilişkin olarak çıkartılan Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan açıklamaların da bu kapsamda dikkate alınması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından 30/03/2020 tarihinde yapılan aşırı düşük teklif açıklamasında, "Mazot (motorin) (iş başında)" girdi fiyatının tevsiki için ... Petrol İnş. Taah. San. ve Tic. A.Ş.'den alınan 3,85-TL/kg tutarındaki fiyat teklifinin sunulduğu, 08/04/2020 tarihli ihale komisyonu kararı ile, "Mazot (motorin) (iş başında) pozunun birim fiyatı

için sunulan 3,85-TL tutarındaki fiyat teklifinin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde yer alan açıklama uyarınca EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarınının %90'ının altında (ilan tarihi ile ihale tarihi arasında Aksaray ve Nevşehir ilinde tespit edilen en düşük bayi fiyatınının 5,4826-TL/lt olduğu, bu fiyatın KDV hariç (0,845 lt/kg) %90'ınının 4,9489-TL/kg olduğu görülmüştür." gerekçesiyle, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45. maddesinde yer alan düzenlemelere uygun olarak açıklama yapılmadığından bahisle, İdari Şartname'nin 33.2. maddesi uyarınca davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nde, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirilmesi ve bu hususlarda uyulması gerekli esasların belirlenmesi amaçlandığından, Tebliğ'de yer alan kuralların tek başına değil, Tebliğ'in tümü göz önünde bulundurulur ve kendine özgü sistematigi içerisinde yorumlanması gerekir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin uyuşmazlığa konu kısmı sistematik olarak incelendiğinde, Tebliğ'in 45.1.5. maddesinde, isteklilerin iş kalemleri/iş grupları için kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmış carî yıl birim fiyatları veya bu fiyatlardan daha yüksek fiyatları teklif etmeleri ve söz konusu iş kalemleri/grupları için hangi kamu kurum ve kuruluşunun birim fiyatını kullandıklarını, birim fiyat poz numarasını da yazmak suretiyle liste hâlinde belirterek açıklamaları kapsamında sunmaları durumunda analiz düzenlemelerinin zorunlu olmadığı,

bu kapsamda, isteklilerin analiz düzenlemeleri zorunlu olmayan söz konusu iş kalemleri/grupları için 45.1.13. maddesinde belirtilen belgeleri sunmalarına da gerek bulunmadığı; 45.1.6. maddesinde, analizler ile yardımcı ve/veya alt analizlerde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından belirlenerek yayımlanmış rayiçleri kullanan ve bu rayiçleri poz numaralarını da belirtmek suretiyle liste hâlinde sunan

isteklilerin, söz konusu rayiçlere ilişkin olarak Tebliğ'in 45.1.13. maddesinde belirtilen belgeleri sunmalarına gerek bulunmadığı;

45.1.13. maddesinde ise, teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerin, tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizler ile bu analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgeleri sunmaları gerektiği belirtildikten sonra, maddenin devamında, isteklilerin analizlerine dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerin, "üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifleri, çimento ve demir ürünleri için ilan edilmiş üretici fiyat tarifeleri, kamu kurum ve kuruluşları tarafından sunulan mal ve hizmetlere ilişkin ilan edilmiş fiyat tarifeleri veya bunlardan alınmış fiyat teklifleri, maliyet/satış tutarı tespit tutanakları, stok tespit tutanakları, idarece istenmesi durumunda yardımcı analizler" olarak sayıldığı; Tebliğ'in 45.1.13.1. ile 45.1.13.14. maddeleri arasında ise, 45.1.13. maddede sayılan belgelerin şekil şartlarına, hangi hususları içermesi ve nerelerden alınması gerektiğine, belgeleri düzenleyenlerin sorumluluğuna ve hangi hâllerde aşırı düşük teklif açıklamasında kabul edileceğine yönelik kurallara yer verildiği görülmektedir.

Bu bağlamda, isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarında, Tebliğ'in 45.1.5. ve 45.1.6. maddeleri uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmış birim fiyatları kullanmaları durumunda bu açıklamanın yeterli kabul edileceği; ayrıca Tebliğ'in 45.1.13. maddesinde belirtilen fiyat teklifleri, fiyat tarifeleri, maliyet/satış tutarı tespit tutanakları, stok tespit tutanakları gibi belgelerin istenmeyeceği; ancak, isteklilerin Tebliğ'in 45.1.13. maddesinde belirtilen belgelerle açıklama yapmaları durumunda, bu belgeleri Tebliğ'in 45.1.13.1. ile 45.1.13.14. maddeleri arasında yer alan kurallara göre hazırlamaları gerekeceği sonucuna

varılmaktadır.

Anılan Tebliğ'in 45.1.13.14. maddesinde ise, akaryakıt girdisinin açıklanmasına ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiş olup, EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceği, ayrıca motorine yönelik olarak öngörülen tutarın TL/lt cinsinden hesaplanmasında EPDK'nın ilgili düzenlemelerinin dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

EPDK tarafından Aksaray ve Nevşehir ilinde ihale ilan tarihi (30/12/2019) ile ihale tarihi (03/02/2020) arasında yayımlanan günlük motorin birim fiyatları incelendiğinde, en düşük motorin litre fiyatının 5,4828-TL (Aksaray-Soypet) olduğu, söz konusu fiyatın KDV hariç 4,6464-TL (5,4828/1,18) olduğu, litreden kilograma dönüştürme işlemi için motorin yoğunluk katsayısının (0,820 – 0,845 kg/lt) en yüksek değerinin (0,845) esas alınması durumunda 5,4987-TL/kg (4,6464 / 0,845) tutarına ulaşıldığı ve söz konusu tutarın Kamu İhale Genel Tebliği'nin "...45.1.13.14. İstekliler tarafından akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının % 90'nın altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir..." açıklaması uyarınca %90'ına denk gelen tutarın 4,9488-TL (5,4987 x 0,90) olduğu, dolayısıyla isteklilerin akaryakıt girdisi için yapacakları açıklamaların bu tutarın altında olamayacağı anlaşılmıştır.

Bu durumda, her ne kadar üçüncü kişilerden alınan fiyat teklifleri ile aşırı düşük teklif açıklaması yapılabilecek ise de, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.13.14. maddesinde akaryakıt girdisinin açıklanmasına ilişkin olarak özel bir kurala yer verildiği, söz konusu kural uyarınca EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının %90'ının altında sunulan açıklamaların geçerli kabul edilmeyeceği, davacı şirket tarafından sunulan aşırı düşük teklif açıklamasında "Mazot (motorin) (iş başında)" girdi fiyatının tevsiki için öngörülen 3,85-TL/kg tutarındaki fiyatın, EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan

akaryakıt fiyatının %90'ının altında olduğu görüldüğünden, davacı şirket tarafından yapılan açıklamanın uygun bulunmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu Kurul kararının iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının ve davalı yanında müdahillerin temyiz istemlerinin kabulüne;

2.2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:...sayılı kararının BOZULMASINA,

3. DAVANIN REDDİNE,

4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

5. Davalı idare tarafından yapılan ve ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

6. İstemi hâlinde kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine, 7.Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL müdahil yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı yanında müdahile (... İnşaat Madencilik Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi – ... Enerji Üretim Anonim Şirketi – ... Enerji İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi) verilmesine, 8. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL müdahil yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı yanında müdahile (... İnşaat Harfiyat Madencilik Tarım Nakliye Petrol Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi)

verilmesine,

7. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine,
8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 27/01/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihal

e