

ihale itirazen Şikâyet başvurusunda yer alan ihale kapsamında paçal olan pozlara ilişkin analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının ihale dokümanı içerisinde yer alması gerektiği ancak ihale dokümanında söz konusu analiz formatlarına yer verilmediği; kamu ihale mevzuatı çerçevesinde paçal olan pozlara ait rayiç ve analiz girdilerini gösteren analiz formatlarının zeyilname ile isteklilere gönderilmesinin bir zorunluluk olduğu, söz konusu analiz formatlarının

zeyilname ile verilmemesi nedeniyle analiz girdileri oluşturulurken agrega ve katkı maddesi gibi verilerin hangi değer üzerinden kullanıldığının bilinemediği, bu sebeple fiyat dışı unsurlara ilişkin teknik bir hesaplamanın yapılmasının mümkün olamayacağı hk Mahkeme kararının bozulması Hk

ihale itirazen şikâyet başvurusunda yer alan ihale kapsamında paçal olan pozlara ilişkin analiz girdileri bulunmaması

T.C.

D A N I ř T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/4299

Karar No:2022/4793

TEMYİZ EDENLER : 1- ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

2- MÜDAHİL (DAVALI YANINDA)

... Asfalt Maden İnşaat Nakliye Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLLERİ : Av. ...

Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Avrupa Yakası Yol Bakım ve Onarım Müdürlüğü'nce 30/05/2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Avrupa Yakası 1, 3 ve 4. Bölge Genelindeki Yollarda Asfalt Kaplama-Yama Yapılması ile Baca-Izgara Yükseltme İşi" ihalesinin dokümanına ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair 29/06/2022 tarih ve 2022/UY.I-782 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunda yer alan, "ihale kapsamında paçal olan pozlara ilişkin analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının ihale dokümanı içerisinde yer alması gerektiği, ancak ihale dokümanında söz konusu analiz formatlarına yer verilmediği; kamu ihale mevzuatı çerçevesinde paçal olan pozlara ait rayiç ve analiz girdilerini gösteren analiz formatlarının zeyilname ile isteklilere gönderilmesinin bir zorunluluk olduğu, söz konusu analiz formatlarının zeyilname ile verilmemesi nedeniyle analiz girdileri oluşturulurken agrega ve katkı maddesi gibi verilerin hangi değer üzerinden kullanıldığının

bilinmediği, bu sebeple fiyat dışı unsurlara ilişkin teknik bir hesaplamanın yapılmasının mümkün olamayacağı” şeklindeki birinci iddiası yönünden; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.3. ve 45.1.4. maddeleri incelendiğinde, idarelerin, gerçekteştirecekleri ihaleler için hazırlanması öngörülen ihale dokümanlarında birer analiz formatı tanzim etmeleri ve bu formatın isteklilere verilmesi gerektiği, anılan gerekliliğin isteklilerce teklif hazırlama işlemiyle bağlantılı olduğu, analiz girdi ve miktarlarının gösterildiği paçal pozlara yönelik analiz formatının ihale dokümanı kapsamında veya aşırı düşük tekliflere yönelik açıklama istenmesine ilişkin yazı ekinde bulunması gerektiği, davaya konu olan ihale dokümanı incelendiğinde, ihaleyi gerçekteştiren idare tarafından analiz formatının doküman ekinde verildiğinin anlaşıldığı, diğer bir ifadeyle, Tebliğ'in sunduğu takdir yetkisi idarece 'ihale dokümanında analiz formatının verilmesi' şeklinde kullanılarak Tebliğ hükümleri çerçevesinde hareket edildiği, ancak söz konusu analiz formatında davacı şirket tarafından ileri sürülen analiz girdi ve miktarlarının yer almadığı, dolayısıyla bu eksikliğin aşırı düşük teklif açıklaması ekinde giderilmesinin beklenmesi durumunun kamu ihale mevzuatının amaçladığı saydamlık, rekabet, eşit muamele ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmayacağı ve ihale dokümanı kapsamında yer alan bütün belgelerin bir arada değerlendirilmesi neticesinde paçal pozların imalat girdi ve miktarlarının bilinmeden isteklilerce teklif sunulamayacağı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı;

Davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunda yer alan, "idare tarafından düzenlenen fiyat dışı unsurların ihale mevzuatına aykırılık teşkil ettiği ve yaklaşık maliyetteki birim bedelleri bilenler ağısından bir avantaj sağlayabileceği" şeklindeki ikinci iddiası yönünden; fiyat dışı unsurların ihale ilanında yer verilmesi gereken bir husus olmadığı, bu nedenle söz konusu hususun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, ihale ilan

metninde fiyat dışı unsurların yer aldığı, ancak başvuru süresi ve benzeri usule ilişkin kuralların dar yorumlanmaması gerektiği, aksi takdirde, idarelerin her konuyu ihale ilanlarına eklemesi yoluna giderek başvuru sürelerini kısaltabileceği, bu uygulamanın ise Anayasal güvence altındaki hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık teşkil edeceği, davacı şirket tarafından, itirazın şikâyet başvurusuna konu edilen 'fiyat dışı unsurların' ihale ilanında yer almasının zorunlu olmadığı, anılan konuya ilişkin yapılacak müracaatların süresinin ihale dokümanının alındığı tarihten itibaren başlatılması gerektiği dikkate alındığında, davacı şirketin başvurusunun süresinde olmadığı yönündeki dava konusu Kurul kararının bu kısmında da hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

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

TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, Tebliğ'in ilgili maddesine göre paçal iş kalemi için bu iş kalemlerinde bulunan analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarına ihale dokümanında yer verilebileceği gibi söz konusu analiz formatlarının aşırı düşük tekliflere yönelik açıklama istenmesine ilişkin yazı ekinde de isteklilere verilebileceği, analiz formatlarına ihale dokümanında yer verilmemesinin ihale mevzuatına aykırılık teşkil etmediği, ihale dokümanının ilana yansıyan hükümlerine yönelik olarak, ihale ilan tarihinden itibaren 10 gün içerisinde şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken, belirtilen süre içerisinde başvuru yapılmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince ihale ilanında bulunması zorunlu hususlardan olup olmadığına bakılmaksızın ihale ilanında yer alan konularda başvuru süresinin, ihaleye teklif verecek aday veya istekli ile istekli olabilecekler tarafından durumun farkına varıldığı tarih dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği;

Davalı yanında müdahil tarafından ise, yeterlilik kriterlerinin ilanda yer aldığı ve davacının dava açma

ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, idarenin paçal pozlara ilişkin girdi ve miktarları içeren formatı vermemesinin Tebliğ'e aykırı olduğu, itirazın şikâyet başvurusuna konu olan fiyat dışı unsurların ihale ilanında yer alması zorunlu olmadığından, bu konuya yönelik iddialarda başvuru süresinin, ihale dokümanına alındığı tarihten başlaması gerektiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... 'İN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Avrupa Yakası Yol Bakım ve Onarım Müdürlüğü'nce 30/05/2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Avrupa Yakası 1, 3 ve 4. Bölge Genelindeki Yollarda Asfalt Kaplama-Yama Yapılması ile Baca-Izgara Yükseltme İşi" ihalesine ilişkin ihale ilanı 29/04/2022 tarihinde EKAP'ta yayınlanmıştır.

İhale dokümanını 15/05/2022 tarihinde EKAP üzerinden indiren davacı şirket tarafından ihaleyi gerçekleştiren idareye 23/05/2022 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulmuş, bu başvuru 26/05/2022 tarihli yazı ile reddedilmiş, akabinde 06/06/2022 tarihinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, Kurul'un 29/06/2022 tarih ve 2022/UY.I-782 sayılı kararıyla itirazın şikâyet başvurusunun

reddine karar verilmiştir.

Bunun üzerine, anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İdareye şikâyet başvurusu" başlıklı 55. maddesinde, "Şikâyet başvurusu, 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 ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar.

İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetler birinci fıkradaki süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir... " kuralı yer almıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Başvuru süreleri" başlıklı 6. maddesinde, "(1) İdareye şikâyet süresi; ihale sürecindeki şikâyete konu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelere yönelik başvurularda beş gün, diğer hâllerde on gündür.

(2) Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikâyetler, birinci fıkradaki süreleri aşmamak kaydıyla başvuru veya teklif sunulmadan önce en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir.(...)"; "Süreler ile ilgili genel esaslar" başlıklı 7. maddesinde, "(1) Süreler;

a) İlana yönelik başvurularda ilk ilan tarihini,

b) Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın EKAP üzerinden e-imza kullanılarak

indirildiği tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi,

(...)

izleyen günden itibaren başlar.” kuralına yer verilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin “Sınır değer tespiti ve aşırı düşük teklifler” başlıklı 45. maddesinde, “...45.1.4. İdare tarafından ihale dokümanı kapsamında; a) Teklif birim fiyatlı işlerde; her bir iş kaleminin yapım şartlarına, tarif ve içeriğine göre analizde yer almasını istediği “malzeme, işçilik, makine ve diğerleri (varsa; nakliyeler, inşaat yerindeki yükleme, boşaltma, yatay ve düşey taşımalar, zamlar vb.)” sadece girdi cinslerinin belirlendiği, analiz girdileri ile miktarlarının ve tutarlarının belirtilmediği,

(...)

İdare tarafından bütün iş kalemleri/iş grupları için tek bir analiz formatı düzenlenebileceği gibi, iş kalemleri/iş gruplarının yapım şartlarına göre birden fazla analiz formatı da düzenlenebilir. Ancak bu durumda, idare ihale dokümanında hangi analiz formatının hangi iş kalemleri/iş grupları için kullanılacağını belirtmek zorundadır.

Kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmış birim fiyatlar ile uyumlu olmayan iş kalemleri (özel iş kalemleri) ile idarelerce tasarlanan ve birden fazla iş kalemini ihtiva eden iş kalemleri (paçal iş kalemi) için bu iş kalemlerinde bulunan analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının, ihale dokümanı kapsamında veya aşırı düşük tekliflere yönelik açıklama istenmesine ilişkin yazı ekinde verilmesi gerekmektedir. Ancak idarece niteliği gereği analiz formatı hazırlanamayan iş kalemlerine ilişkin isteklilerin açıklamaları kapsamında analiz sunmalarına gerek olmayıp, anılan iş kalemlerine ilişkin açıklamalar 45.1.13 maddesi uyarınca yapılabilir.” açıklamasına yer verilmiştir.

İdari Şartname'nin “Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi” başlıklı 35'inci ve İhale İlanı'nın 5'inci maddesinde, Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin, fiyatla birlikte fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği belirtilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunda yer alan birinci iddiasına yönelik Kurul kararının iptali yönünden;

Aktarılan kurallardan, ihale dokümanı kapsamında aşırı düşük teklif açıklaması istenilecek iş kalemlerine ait analiz formatının verilmesindeki amacın, teklifi sınır değer altında kalan isteklilerin teklif bedellerini açıklamaları sırasında kullanabilmelerini sağlamak olduğu, idarelerce tasarlanan ve birden fazla iş kalemini ihtiva eden iş kalemleri (paçal iş kalemi) için oluşturulan iş kalemlerinde bulunan analiz girdileri ve miktarlarının gösterildiği analiz formatlarının, ihale dokümanı kapsamında veya aşırı düşük tekliflere yönelik açıklama istenmesine ilişkin yazı ekinde isteklilere veya istekli olabileceklere verilmesi gerektiği yönünde idarelere seçimlik yetki verildiği, bu doğrultuda söz konusu paçal pozlara ait analiz girdilerinin ve formatlarının, ihale dokümanı kapsamında verilmemesi durumunda, aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında idarece hazırlanarak teklifi sınır değer altında kalan isteklilere aşırı düşük teklif sorgulama yazıları ekinde gönderilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

İhale dokümanı kapsamında tüm iş kalemleri için analiz formatının ve ayrıca birim fiyat teklif cetvelinde yer alan tüm iş kalemlerine ait birim fiyat tariflerinin verildiği, birim fiyat teklif alınmak suretiyle ihale edilen yapım işlerinde isteklilerin tekliflerini, birim fiyat teklif cetvelinde bulunan iş kalemlerine ilişkin ihale dokümanında idarece yer verilen birim fiyat tariflerini dikkate alarak hazırlayabilecekleri, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve basiretli tacir olması beklenen bütün isteklilerce ihale dokümanı kapsamında yer verilen birim fiyat tariflerinde bulunan açıklamalar doğrultusunda iş kalemlerinin maliyetlerinin hesap edilebileceği ve fiyat dışı unsurdan azami puan alabilmeleri için İdari Şartname'nin 35'inci maddesinde yer verilen iş kalemleri için talep edilen oran aralığını dikkate alarak kendi tekliflerinin dağılımını belirleyebilecekleri, fiyat dışı unsur düzenlemesinde amacın

isteklilerce fiyat dışı unsur puanlamasındaki iş kalemlerinin isteklilerin kendi toplam maliyeti içerisindeki ağırlığının belirlenmesi olduğu da dikkate alındığında isteklilerin eşit şartlarda teklif hazırlamasının önünde engel bulunmadığı anlaşıldığından, paçal pozlara ilişkin analiz formatlarına ihale dokümanında yer verilmemesinde ve davacının bu yöndeki iddiasının reddine ilişkin Kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunda yer alan ikinci iddiasına yönelik Kurul kararının iptali yönünden;

Aktarılan kurallardan, ihale ilanında yer alan hususlara yönelik başvuruların süresinin ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımaya diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresinin ise dokümanın satın alındığı tarihte başlayacağı ve şikâyetlerin bu tarihlerden başlamak üzere 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hâllerde ise on günü aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından itirazın şikâyete konu edilen ve İdari Şartname'nin 35. maddesinde yer verilen fiyat dışı unsurlara ilişkin düzenlemeye İhale İlanı'nın 5. maddesinde aynen yer verildiği, dolayısıyla söz konusu iddianın ihale dokümanının ilana yansıyan hükümlerine yönelik olduğu ve davacı tarafından hukuka aykırı olduğu ileri sürülen düzenlemenin farkına varılmış olması gerektiği tarihin ilan tarihi olan 29/04/2022 tarihi olduğu görülmektedir.

Aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca, ihale ilanının yayımlandığı 29/04/2022 tarihinden itibaren 10 günlük süre içerisinde ihale dokümanının ilgili kısmına yönelik olarak başvuruda bulunulması gerekirken davacı şirket tarafından 23/05/2022 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu anlaşıldığından, davacı şirketin bu iddiasının 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince süre yönünden reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık,

dava konusu işlemin iptaline ilişkin temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının müdahilin 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. ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
6. Müdahil tarafından yapılan toplam ...-TL yargılama giderinin davacıdan alınarak müdahile verilmesine,
7. Temyiz aşamasında davalı ve müdahil tarafından yatırılan ve kullanılmayan ...-TL + ...-TL yürütmeyi durdurma harçlarının istemleri hâlinde davalı idareye ve müdahile ayrı ayrı iadesine,
8. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara ve müdahile iadesine,
9. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
10. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 14/12/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

