

# **Benzer İhalelerdeki Kırım Oranının Yakalanmadığı Tekliflerin Piyasa Rayiç Bedelini Yansıtmadığı Ve İhalede Yeterli Rekabet Ortamı Oluşmadığından Bahisle İhalenin İptal edilirmi ?**

Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2019/1211 E. , 2019/1602 K.

Danıştay İçtihat Metni

T.C.

D A N I Ş T A Y

Onüçüncü Daire

Esas No:2019/1211

Karar No:2019/1602

Temyiz Eden (Davacı) :

Vekili :

Karşı Taraf (Davalı) :

Vekili :

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

Yargılama Süreci :

Dava konusu istem: Davacı şirket tarafından; 2018/523046 ihale kayıt numaralı "... Merkez ... 24 Derslikli İlkokul İnşaatı Yapımı ve Çevre Düzenlemesi İşi" ihalesine ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 39. maddesi gereğince, idare tarafından re'sen ihalenin iptaline ilişkin 29/11/2018 tarihli işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce; ... İl Özel İdaresi tarafından; 2018/... ihale kayıt numaralı "... Merkez ... 24 Derslikli İlkokul İnşaatı Yapımı ve Çevre Düzenlemesi Yapım İşi" ihalesi için 13/11/2018 tarihinde ihale yapılması amacıyla ilana çıkıldığı, yaklaşık maliyetin ... olarak tespit edildiği, açık ihale usulüyle gerçekleştirilen 13/11/2018 tarihli ihalede, onyeddi firma tarafından ihale dökümanının satın alındığı, dokuz istekli tarafından teklif verildiği, dört isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak beş isteklinin teklifinin geçerli sayıldığı, geçerli teklif veren beş istekli arasında en avantajlı birinci teklifin KDV hariç ... ile davacı şirket tarafından verildiği, anılan ihalede benzer ihalelerdeki kırım oranının yakalanmadığı, tekliflerin piyasa rayiç bedelini yansıtmadığı ve ihalede yeterli rekabet ortamı oluşmadığından bahisle 4734 sayılı Kanun'un 39. maddesi gereğince tüm tekliflerin reddedilerek ihale yetkilisince ... tarihli onayla ihalenin iptaline karar verildiği, Mahkemelerinin ... tarihli ara kararına cevaben davalı idare tarafından gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesinden, açık ihale usulüyle ... tarihinde gerçekleştirilen, 2017/... ihale kayıt nolu "... Merkez 24 Derslikli ... Ortaokulu Binası Yapımı ve Çevre Düzenlemesi" yapım işi ihalesinde yaklaşık maliyetin ... olarak tespit edildiği, ihalede toplam sekiz isteklinin geçerli teklif sunduğu, ihalenin bunlardan ... teklif sunan istekli üzerinde bırakılarak sözleşme imzalandığı, yine açık ihale usulüyle 01/06/2017 tarihinde 2017/... ihale kayıt nolu "... Merkez ... 24 Derslikli Okul Binası Yapımı, Mevcut Binanın Yıkımı ve Çevre Düzenlemesi" yapım işi ihalesinde yaklaşık maliyetin ... olarak tespit edildiği, ihalede toplam on bir isteklinin geçerli teklif sunduğu, ihalenin bunlardan ... teklif sunan istekli üzerinde bırakılarak sözleşme imzalandığı, 13/08/2018 tarihinde yine açık ihale usulüyle 2018/... ihale kayıt nolu "... İl Emniyet Müdürlüğüne bağlı ... 32 Daireli Lojman İnşaatı Yapımı ve Çevre Düzenlemesi İşi" yapım işi ihalesinde yaklaşık maliyetin ... olarak tespit edildiği, ihalede toplam yedi isteklinin geçerli teklif sunduğu, ihalenin bunlardan ... teklif

sunan istekli üzerinde bırakılarak sözleşme imzalandığı, 06/08/2018 tarihinde gerçekleştirilen 2018/... ihale kayıt nolu "... Merkez ... 7 Daireli Lojman Binası İnşaatı Yapımı ve Çevre Düzenlemesi İşi" yapım işi ihalesinde yaklaşık maliyetin ... olarak tespit edildiği, ihalede toplam dört isteklinin geçerli teklif sunduğu, ihalenin bunlardan ... teklif sunan istekli üzerinde bırakılarak sözleşme imzalandığı, bu ihalelerin kapsadığı yapım işinin dava konusu ihaleyle benzer nitelikte olup aynı fiziki ortamlarda çalışmayı gerektirdiği, davalı idarenin bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmek hususunda takdir yetkisi bulunduğu, ancak bu yetkinin sınırsız ve mutlak bir yetki olmayıp, kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda ve kamu yararı amacıyla kullanılması gerektiği, bu durumda; dava konusu ihaleye benzer nitelikte olup aynı fiziki ortamlarda çalışmayı gerektirir ihalelerin, daha yüksek kırım oranları ile ihale edildiği, bu ihalelere katılan istekli sayısının dava konusu ihaleden fazla olduğu, dava konusu ihaleye yalnızca beş isteklinin geçerli teklif verdiği, yaklaşık maliyete göre tenzilat oranının ve katılım sayısının aynı tarihte gerçekleştirilen emsal nitelikteki dört ihaledeki yaklaşık maliyete göre tenzilat oranının ve katılım sayısının çok altında kaldığı ve rekabetin de sağlanamadığı göz önüne alındığında dava konusu ihalede kamu yararı şartları oluşmadığı gibi kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin de gerçekleşmediği anlaşıldığından, ihalenin iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz Edenin İddiaları : Davacı tarafından, emsal gösterilen 2017/... ihale kayıt numaralı "... Merkez 24 Derslikli ... Ortaokulu Binası Yapımı ve Çevre Düzenlemesi" yapım işinin 08/09/2007 tarihinde, 2017/162500 ihale kayıt nolu "... Merkez ... 24 Derslikli Okul Binası Yapımı, Mevcut Binanın Yıkımı ve Çevre Düzenlemesi" yapım işi ihalesinin ise 20/06/2017 tarihinde sözleşmelerinin imzalandığı; davalı idare tarafından emsal gösterilen ihalelerin ilan, ihale ve sözleşme tarihlerinin dava konusu ihaleden farklı olduğu; ihalelerin 2017 yılına

ilişkin olup TÜİK verilerinin %50'nin üzerinde arttığı 2018 yılında yapılmadığı; Türkiye İstatistik Kurumu'nun 22/11/2018 tarih ve 27751 sayılı Maliyet Endekslerine ilişkin açıklamaları incelendiğinde, maliyetlerin bir önceki yıla göre, toplamda %67,31 oranında arttığına görüldüğü, firma tarafından yapılan tenzilat oranının %68,31'e tekabül ettiği, bu bağlamda ihalede %2 oranında kırım yapıldığına ilişkin gerekçenin Devletin resmi açıklamalarına aykırılık teşkil ettiği; Kamu İhale Kurumu'nun web sayfasına bakıldığında, birçok işin kırım oranının döviz kurundaki artış nedeniyle yaklaşık maliyetin sadece %1 altında ve bazılarının da yaklaşık maliyetin üzerinde ihale edildiğinin görüldüğü; her ihalenin kendine özgü maddi ve hukuki koşullarının bulunduğu, tenzilat oranlarında kıyas yapılmasının emsal yargı kararlarına aykırılık teşkil edeceği; mevzuatta tekliflerin yaklaşık maliyetin belli bir oranının altında olması gerektiğine dair bir düzenleme olmadığı; ihalede altı isteklinin teklif sunduğu, teklifin yaklaşık maliyetin altında olduğu bu nedenle kamu zararından ve rekabetin oluşmadığından söz edilemeyeceği; dava konusu iş okul ihalesi olduğundan, ihalenin iptali ile okul ihtiyacı zamanında karşılanamayacağından 4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinde yer alan "ihtiyacın zamanında karşılanmaması" ilkesine de aykırılık olduğu, emsal yargı kararlarında kamu hizmetinin kesintisizliği, ihtiyaçların zamanında karşılanması ile ihtiyacın niteliği ve öneminin esas alındığı ileri sürülmektedir.

**Karşı Tarafın Savunması :** Davalı idare tarafından, davacı tarafca emsal gösterilen %1 tenzilatlı ihalelerin okul yapımı ihalesine emsal olmadığı, yargı denetiminden geçmediği; benzer işlerde %38 kırım oranı olduğu; söz konusu ihale dosyasında dokuz isteklinin teklif sunduğu, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin ... ile davacı şirkete ait olduğu, yaklaşık maliyetin (KDV Dahil) ... ve tenzilat oranının %2,26 olduğu, bu oranın düşük olması nedeniyle kamu yararı gözetilerek, idarenin takdir hakkı kapsamında, ihalenin ihale yetkilisi tarafından

iptal edildiği; benzer şekilde yapılan "... Merkez 24 Derslikli ... Ortaokulu Binası Yapımı ve Çevre Düzenlemesi" yapım işi ihalesinde %37,29, "... Merkez ... 24 Derslikli Okul Binası Yapımı, Mevcut Binanın Yıkımı ve Çevre Düzenlemesi" yapım işi ihalesinde %38,54 tenzilat oranı uygulandığı, bu ihalelerin bitiş tarihinin 2018 yılı olduğu; alınan iptal kararının Kamu İhale Kurumu'nun kararları doğrultusunda ve kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılması amacıyla alındığı; Milli Eğitim Bakanlığı'nın 27/12/2018 tarih, ... sayılı "ihalelerin durdurulması" konulu yazısında, Cumhurbaşkanlığı'nın 10/10/2018 tarih ve 2018/12 sayılı 2019-2021 dönemi Yatırım Hazırlama Genelgesinde, tasarruf tedbirleri kapsamında 2019 Yatırım Programına yeni proje alınmayacağına, ihale ilanına çıkıldığı hâlde ihale sonucu ilan edilmemiş ve yüklenici ile sözleşme imzalanmamış projelerin ihale süreçlerinin Bakanlığın ikinci bir duyurusuna kadar bekletileceğinin belirtildiği, sözleşme imzalanmadığı için ihale iptal edilmese dahi ilgili yazı gereği durdurulacağı, Genelge dikkate alındığında 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırı bir durum olmadığı; ihaleye dokuz firmanın katıldığı, beşinin geçerli teklif verdiği, bunun da rekabetin oluşmamasına ve kamu zararına sebebiyet verdiği; anılan 5. maddede belirtilen "saydamlık, rekabet, güvenilirlik, gizlilik" ilkelerinin ihlal edildiği; dava konusu ihalede verilen tekliflerin yaklaşık maliyete ve birbirine çok yakın olduğu, bu nedenle rekabet ortamı oluşmadığı; ihalelerin hiçbirinde yaklaşık maliyet hesaplanırken TÜİK verilerinin dikkate alınmadığı; ihale onay belgesinde "31/12/2012 tarih ve 24980/3 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan esaslara göre fiyat farkı ödenecektir." ifadesi olduğu, bu anlamda enflasyon nedeni ile oluşan fiyat farklarının hak ediş ödeme tarihlerinde verileceği; davacı şirketin katıldığı 2018 yılına ait diğer ihaleler incelendiğinde %20-25 tenzilat oranında teklifler sunduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ: Temyiz isteminin reddi

ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması 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 işin gereği görüşüldü:

### Hukuki Değerlendirme :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

### Karar Sonucu:

#### Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle 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 ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine,
5. Kullanılmayan ...TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
6. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
7. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak

üzere), 08/05/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.