

ikinci teklif sahibi şirketin aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun olmadığı yönündeki iddialarla davacı iş ortaklığı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu, Kurul tarafından incelenerek reddedildiği hâlde, iddiaların eksik incelemeye dayalı olarak irdelenerek başvurunun reddedildiği gerekçesiyle dava konusu Kurul kararı iptal edilmiş ise de, Kurul kararının içeriğine ilişkin olarak hukuka uygunluk denetimi yapılmadan karar verilmiş

oĖduđundan

Toplantı No : 2019/038

Gündem No : 43

Karar Tarihi : 08.08.2019

Karar No : 2019/MK-243

BAŞVURU SAHİBİ:

Nesma Yapı Mak. İnş. A.Ş. – Hüsamettin Peker İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları 2. Bölge Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2017/690996 İhale Kayıt Numaralı “(Denizli – Uşak) Ayr – Çivril – Dinar Yolu Km: 0+000 – 37+653,74 Arası Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprü, Üstyapı Ve Bsk İşleri” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları 2. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2017/690996 ihale kayıt numaralı “(Denizli – Uşak) Ayr – Çivril – Dinar Yolu Km: 0+000 – 37+653,74 Arası Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Köprü, Üstyapı ve Bsk İşleri” ihalesine ilişkin olarak Nesma Yapı Mak. İnş. A.Ş. – Hüsamettin Peker İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş ve Kurulca alınan 24.07.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1403 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Davacı Nesma Yapı Mak. İnş. A.Ş. – Hüsamettin Peker İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 13.02.2019 tarihli ve E:2018/2466, K:2019/332 sayılı kararında “...İhale üzerinde bırakılan istekli (müdahil) ile en avantajlı ikinci teklif veren firmanın tekliflerinin

aşırı düşük olduğu ve değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönündeki itiraz açısından;... anılan Tebliğ'in 45.1.13'üncü maddesi kapsamında bilgi ve belgelerin sunulduğu, incelemeye konu ihalenin teklif birim fiyatlı olarak yapıldığı, istekliler tarafından kâr ve genel gider dâhil fiyatlar teklif edildiği, ayrıca analizlerdeki kâr miktarının ayrı bir maliyet kalemi olmadığı ve bu giderlerin idarece aşırı düşük teklif sorgulamasında açıklama istenilecek iş kalemleri olarak belirlenmediği, dolayısıyla ihale üzerinde bırakılan istekli ve diğer aşırı düşük teklif sunan tüm isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamasında sayılan bu giderlerine ilişkin olarak açıklamada bulunmasının gerekmediği, öte yandan söz konusu isteklilerce aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında, belli miktar ve oranlarda kâr tutarları belirlendiği, isteklilerce anılan Tebliğ'in 45.1.5'inci maddesi gereği olarak kamu kurum vb kuruluşlarınca yayınlanan birim fiyatların karsız tutarlarının altında olmamak kaydıyla, belli miktar ve oranlarda kâr tutarları belirlenebileceği ve bu tutarların isteklilerin takdirleri çerçevesinde belirlendiği anlaşıldığından başvuru sahibinin bu yöndeki iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmış olsa da yaklaşık maliyetin %80 oranını oluşturan iş kalemlerine ilişkin vermiş olduğu analizlerde kâr miktarının işin tamamını yapabilecek seviyede olmadığı, belirlenen kâr miktarının şeklen uygun olsa bile fiilen gerçekçi olmadığı, bu sebeple bahse konu işin yarım kalacağından dolayı kamu zararının oluşacağı iddiasının tam olarak karşılanmadığı, öte yandan, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli Yazıcıoğlu Nak. İnş. A.Ş. tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında açıklanması istenilen "polimer modifiye-bitüm katkısı" ve "hipercell selülozik elyaf" özel iş kalemlerine ilişkin olarak birim fiyatları tevsik etmek üzere 03.05.2018 tarih ve 04 sayılı EK-0.6 satış tutarı tespit tutanağının sunulduğu, söz konusu tutanak ekinde bu tutanağı imzalayan meslek mensubuna ait faaliyet belgesinin ve imza sirkülerinin sunulduğu, her sayfasının yetkili meslek mensubu (SMMM) tarafından kaşelendiği ve imzalandığı, TÜRMOB kaşesinin de yer aldığı

anlaşılması olduğu, ayrıca kamu İhale mevzuatında fiyat tekliflerinde fiyat teklifini oluşturan zorunlu unsurlar içerisinde ödeme şekli, vadesi gibi unsurların yer almadığı, anılan istekliler tarafından sunulan fiyat tekliflerinin ihale tarihinden sonra düzenlendiği de dikkate alındığında, söz konusu tekliflerin geçerli olduğu anlaşılması olmakla birlikte, açıklama kapsamında sunulan fiyat tekliflerinin hiçbirinde ödeme şeklinin, vadesinin, naklinin ve geçerlilik süresinin belirtilmediği, bu durumun mevzuata, ticaretin işleyişine ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olduğu, ayrıca sunulan fiyat tekliflerinin gerçeği yansıtmadığı, fiyat tekliflerinin mevzuata uygun düzenlenmediği, fiyat tekliflerinin üzerinde yetkili meslek mensubuna ait kaşe ve mührün bulunmadığı, satış tutarı tespit tutanağının düzenlenmediği, fiyat tekliflerinde yer alan firma yetkilisi imzasının imza sirküleriyle uyuşmadığı, (EK.0.6), satış tutarı tespit tutanağı formatıyla uyuşmadığı, bu durumun Kamu ihale Genel Tebliği'ne aykırı olduğu iddiasının yeterince karşılanmadığı...davacı şirketlerin ilk iddiasına ilişkin olarak, iddialarının eksik incelemeye dayalı biçimde irdelenerek, itirazın şikayet başvurusunun reddedildiği, dolayısıyla dava konusu işleminde bu yönden hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Başvuru sahibinin 2'nci iddiasına ilişkin olarak:...ihale üzerinde bırakılan istekli Sarıosmanoğlu İnş. Mad. Nak. Tur. ve Tic. Ltd. Şti ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli Yazıcıoğlu Nak. İnş. A.Ş. tarafından aşırı düşük teklif açıklama kapsamında ihale üzerinde bırakılan istekli Sarıosmanoğlu İnş. Mad. Nak. Tur. ve Tic. Ltd.Şti ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli Yazıcıoğlu Nak. İnş. A.Ş. tarafından aşırı düşük teklif açıklama kapsamında analizlerdeki açıklama istenilen nakliye girdi birim fiyatlarını KGM tarafından yayımlanan nakliye formülleri kullanılarak veya fiyat teklifi almak suretiyle birim fiyatlarının hesaplandığı, söz konusu formüllerin Karayolları Birim Fiyat Listesinde yer aldığı, nakliye formülünde kullanılan mesafeler için tevsik edici bilgilerin açıklama kapsamında sunulduğu, ayrıca fiyat tekliflerinde

nakliye pozlarına ilişkin bilgilere yer verildiği, hangi tür ve miktarda girdiler kullanılarak taşımanın gerçekleştirileceğinin belirtildiği, malzemenin temin edileceği mesafe bilgilerine de yer verildiği, bu itibarla açıklanan iş kalemleri kapsamında gerçekleştirilecek nakliyeye ilişkin açıklamaların geçerli olduğu anlaşılmış olsa da, başvuran şirketlerin iddiasının yeterli anlamda karşılanmadığı, ... ihale üzerinde bırakılan istekli Sarıosmanoğlu İnş. Mad. Nak. Tur. ve Tic. Ltd. Şti ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli tarafından sunulan nakliyelerde Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan taşıma formüllerinin ve fiyat tekliflerinin kullanıldığı, kazının depoya veya dolguya nakli, su ocağı ve ariyet ocağından getirilecek veya depoya gidecek kazı nakli mesafe değerlerine ilişkin olarak mesafeleri gösterir (itinerer, kroki, vb.) itinererin yer aldığı, bu itibarla, anılan istekliler tarafından aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında, yukarıda belirtilen iş guruplarında öngörülen mesafenin belgelere dayalı olarak hesaplanarak itinerer üzerinde gösterildiğinin anlaşıldığı, ancak, başvuru sahibinin bu konudaki iddialarının yeterli düzeyde karşılanmadığı, anılan istekliler tarafından nakliye girdileri için Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 07.005/K ve 07.006/K poz numaralı taşıma formüllerinin kullanıldığı, ancak ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından, söz konusu formüllerde ve taşıma mesafelerinde herhangi bir hesap hatası bulunmadığı anlaşılmış olmakla birlikte, başvuru sahibinin söz konusu iddiasının karşılanmadığı, açıklaması İstenilen "ÖZELBSK.19-T1" ve "ÖZEL-ÜY2" poz no'lu iş kalemlerinin analizinde bulunan "Konkasör (primer 15'x24'+sekonder 24'xl6'eleme ve yükleme tertibatlı, 25m3/saat 1' ve 40 m3 /saat 2'randımanlı) analiz girdisinin 03.030(Y) pozunu ile açıklama yapıldığı ve yukarıda adı geçen istekliler tarafından konkasör girdisi için Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2017 yılı birim fiyatlarının kullanıldığı, davacı şirketlerin bu iddialarının eksik incelemeye dayalı biçimde irdelenerek,

itirazen şikayet başvurusunun reddedildiği, dolayısıyla dava konusu işlemde bu yönden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Başvuru sahibinin 3'üncü iddiasına ilişkin olarak:

Anılan istekliler tarafından sunulan birim fiyat teklif cetvelinin tutar sütununda (teklif edilen birim fiyat TL) para biriminin yazıldığıının anlaşıldığı, sonuç olarak, davacı şirketin, ihale üzerinde bırakılan istekli ile en avantajlı ikinci teklifi veren firmanın tekliflerinin aşırı düşük olduğu ve değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönündeki iddialarının eksik incelemeye dayalı biçimde irdelenerek, itirazen şikâyet başvurusunun reddedildiği, dolayısıyla dava konusu işlemde bu yönden de hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bununla birlikte, bu karar uyarınca davalı idarece itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarla (dava dilekçesinde yer alan) ilgili olarak yeniden değerlendirme yapılarak işlem tesis edileceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline..." gerekçesiyle anılan Kurul kararının 1'inci iddiasının d ve f maddesi ile 2'nci iddiasının a, b, e, f ve g maddelerinin iptaline karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararının gereklerinin yerine getirilmesini teminen Kamu İhale Kurulu'nun 27.03.2019 tarihli ve 2019/MK-120 sayılı kararı ile "1-Kamu İhale Kurulunun 24.07.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1403 sayılı kararının 1'inci iddiasının d ve f maddesi ile 2'nci iddiasının a,b,e,f ve g iddialarına ilişkin kısmının iptaline,

2-Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin 1'inci iddiasının d ve f maddesi ile 2'nci iddiasının a,b,e,f ve g maddelerindeki iddialara ilişkin esasın yeniden incelenmesine" karar verilmiştir.

Söz konusu Kurul kararının gereklerini yerine getirmek üzere alınan 08.05.2019 tarihli ve 2019/UY.II-564 sayılı Kurul

kararı ile ise "Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine," karar verilmiştir.

Ankara 6. İdare Mahkemesinin anılan kararına karşı Kurum ve ihale üzerinde bırakılan istekli Sariosmanoğlu İnş. Mad. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 26.06.2019 tarihli ve E:2019/1001, K:2019/2258 sayılı kararında "... Dava konusu Kurul kararında, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarına yönelik olarak inceleme ve hukuki değerlendirmelerin yapıldığı, sonuçta iddiaların yerinde olmadığına dair tespit yapılarak itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Temyize konu Mahkeme kararında, itirazın şikâyet başvurusunda belirtilen iddiaların Kurul tarafından eksik incelemeyle reddedildiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de, Kurul kararı irdelendiğinde, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının itirazın şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların değerlendirilerek başvurusunun reddedildiği anlaşıldığından, Mahkeme kararında bu yönden hukukî isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesi ile idarî yargıda başvuru, inceleme ve yargılama usûlüne ilişkin olarak bazı yenilikler getirilmiş, genel yargılama usulüne göre yargılama sürecini hızlandıracak önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, temyiz incelemesine ilişkin olarak, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinde öngörülen özel yargılama usûlünde genel kural, temyiz incelemesine konu olan kararda hukukî isabet görülmediğinin temyiz mercii tarafından tespit edilmesi hâlinde, dosyanın kararı veren mahkeme veya daireye geri gönderilmesi yerine, uyuşmazlığın esasının bizzat çözümlenerek karara bağlanması olup, bozma ile birlikte dosyanın geri gönderilmesi sadece ilk inceleme üzerine verilen kararlarla sınırlı tutulmuştur.

Bununla birlikte, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "Verilen nihaî kararlara

karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.” hükmünde geçen “nihaî kararlardan anlaşılması gereken, davaya konu edilen işlemlerin ilk derece yargı yeri olarak hukuka uygunluk denetiminin yapılması ve bu konularda verilmiş nihaî bir kararın varlığı olduğundan, ilk derece yargı yerince davanın konusunun yanlış nitelendirilerek uyuşmazlık ile ilgili hukuka uygunluk denetimi yapılmadığı ve hüküm kurulmadığı durumlarda, ilk derecede uyuşmazlıkla ilgili verilmiş nihaî bir karardan söz edilmesi mümkün olmayıp, temyiz aşamasında Danıştay’ca, ilk derece hüküm kurulmayan dava konusu işleme ilgili olarak uyuşmazlığın esası incelenerek hüküm kurulması halinde Kanun’un öngördüğü iki aşamalı yargısal denetimin gerçekleşmeyeceği açıktır.

2577 sayılı Kanun’un 20/A maddesinde, ilk derece mahkemelerince, uyuşmazlığa konu edilen işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin yapılmamış olması hâlinde, üst derece mahkemesince ne yönde bir karar verileceği hususunda açık bir kural öngörülmemiş ise de, bu konunun kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesinin mümkün olmaması ve hukuka uygun olanın uyuşmazlığın tüm boyutuyla ele alınıp, bu çerçevede bir hüküm kurulması olduğundan, bu istisnai durumun ayrıca yasal metinlerde düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Dava konusu uyuşmazlığın 2577 sayılı Kanun’un 20/A maddesi kapsamında ivedi yargılama usulüne tabi “ilk derece” ve “temyiz” olmak üzere iki aşamalı olarak incelenmek zorunda olunması nedeniyle, ilk derece mahkemesince uyuşmazlıkla ilgili hüküm kurulmayan bir konuda, temyiz mercii tarafından dava konusu işlemin esasına ilişkin doğrudan yargılama yapılarak bir hüküm kurulmaması gerekir.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince, ihale üzerinde bırakılan şirket ile ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklif sahibi şirketin aşırı düşük teklif açıklamalarının uygun olmadığı yönündeki iddialarla davacı iş ortaklığı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu, Kurul tarafından incelenerek reddedildiği hâlde, iddiaların eksik incelemeye dayalı olarak irdelenerek başvurunun reddedildiği gerekçesiyle dava konusu

Kurul kararı iptal edilmiş ise de, Kurul kararının içeriğine ilişkin olarak hukuka uygunluk denetimi yapılmadan karar verilmiş olduğundan, iki aşamalı olması gereken yargısal denetimin ilk aşaması olan ilk derecede yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının ve davalı yanında müdahilin temyiz istemlerinin kabulüne;

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 13/02/2019 tarih ve E:2018/2466, K:2019/332 sayılı kararının BOZULMASINA,

...

4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine..." kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere) 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 Kurulunca 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 Kurulu'nun 27.03.2019 tarihli ve 2019/MK-120 sayılı kararının iptaline,

2) Kamu İhale Kurulu'nun 27.03.2019 tarihli ve 2019/MK-120 sayılı kararı gereğince yapılan inceleme sonucunda alınan 08.05.2019 tarihli ve 2019/UY.II-564 sayılı kararının iptaline,

3) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda Kamu İhale Kurulu'nun 24.07.2018 tarihli ve 2018/UY.II-1403 sayılı kararının hukuken geçerliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.