

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 getirilen düzenlemede hukuka uygunluk görülmemiştir.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

2017/464 E. , / K.

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2017/464

Davacı ve Yürütmenin

Durdurulmasını İsteyen : ...İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili :

...

Davacı Yanında Müdahil :

Vekili :

1425. Cad., No:32/90 Çukurambar – Çankaya / ANKARA

Davalı :

Mevlana Bulvarı (Konya Yolu) No:186 – Balgat / ANKARA

Vekili : Av. – Aynı adreste

İstemin Özeti : .. tarih ve .. sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 3. maddesiyle, Kamu İhale Genel Tebliği’ne eklenen 16.5.3. maddesinin; 7. maddesiyle, Kamu İhale Genel Tebliği’nin 45.1.1. maddesinde yapılan “4734 sayılı Kanun’un 36. maddesi uyarınca ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatını usulüne uygun sunan” şeklindeki değişikliğin ve anılan Tebliğ’e eklenen 45.1.1.5. ve 45.1.13.14. maddelerin iptali ve yürütmesinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi ...’un Düşüncesi : Kamu İhale Genel Tebliği’nin 45.1.1. maddesinde yapılan “4734 sayılı Kanun’un 36. maddesi uyarınca ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatını usulüne uygun sunan” şeklindeki değişiklik ile anılan Tebliğ’e eklenen 45.1.1.5. maddesinin yürütmesinin durdurulması isteminin reddi; Tebliğ’e eklenen 16.5.3. maddesi ile 45.1.13.14. maddesinin yürütmesinin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Dairemizin 13.07.2017 tarih ve E:2017/464 sayılı ara kararı cevabı alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, ara kararı cevabının geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüldü:

Dava, 25.01.2017 tarih ve 29959 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 3. maddesiyle, Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 16.5.3. maddesinin; 7. maddesiyle, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.1. maddesinde yapılan "4734 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatını usulüne uygun sunan" şeklindeki değişikliğin ve anılan Tebliğ'e eklenen 45.1.1.5. ve 45.1.13.14. maddelerin iptali istemiyle açılmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.1. maddesinde yapılan "4734 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatını usulüne uygun sunan" şeklindeki değişikliğin ve anılan Tebliğ'e eklenen 45.1.1.5. maddesinin yürütmesinin durdurulması hakkındaki istemin, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde yer alan şartların gerçekleşmediği görüldüğünden reddi gerekmektedir.

Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 16.5.3. maddedeki "Elektronik araçlar yardımıyla tablolaştırma programları (MS Excel, Numbers, LibreOffice Calc ve benzerleri) kullanılarak oluşturulan teklif mektubu eki cetvelin çarpım ve toplamlarında yazılımdan kaynaklanan yuvarlamalar nedeniyle oluşan hesaplama farklılıkları, toplam teklif fiyatının binde birine eşit veya daha az olması ve ihalenin sonuçlandırılmasına esas teklif sıralamasının değişmemesi kaydıyla aritmetik hata olarak kabul edilmeyecek ve bu farklılıklar isteklinin teklif cetvelinde yazılı birim fiyatlar esas alınarak ihale komisyonu tarafından re'sen düzeltilenektir. Yapılan bu düzeltme sonucu bulunan tutar, sınır değeri hesabı hariç, isteklinin teklif ve yeterlik değerlendirmesine esas nihai teklif fiyatı olarak kabul edilecektir." düzenlemesine gelince;

4734 sayılı Kanun'un "Tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 37. maddesinin 2. fıkrasında, "Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36'ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir.

Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması hâlinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır.” kuralı bulunmaktadır. Anılan Kanun maddesinin 5812 sayılı Kanununun 11. maddesiyle getirilen değişiklikten önceki metni, “En son aşamada, isteklilerin teklif mektubu eki cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Teklif edilen fiyatları gösteren teklif mektubu eki cetvelde çarpım ve toplamlarda aritmetik hata bulunması hâlinde, isteklilerce teklif edilen birim fiyatlar esas alınmak kaydıyla, aritmetik hatalar ihale komisyonu tarafından re’sen düzeltilir. Yapılan bu düzeltme sonucu bulunan teklif isteklinin esas teklifi olarak kabul edilir ve bu durum hemen istekliye yazı ile bildirilir. İstekli düzeltilmiş teklifi kabul edip etmediğini tebliğ tarihini izleyen beş gün içinde yazılı olarak bildirmek zorundadır. İsteklinin düzeltilmiş teklifi kabul etmediğini süresinde bildirmesi veya bu süre içinde herhangi bir cevap vermemesi hâlinde, teklifi değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatı gelir kaydedilir.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle, “Uygulamada belge tamamlama konusunda ortaya çıkan problemler ve suiistimallerin önlenmesi amacıyla, belge tamamlama yerine sunulan belgelerdeki bilgilerin tamamlanması ve yazılı bildirimle rağmen eksiklikleri gidermeyen istekliler hakkında yaptırım uygulanması

öngörülmektedir.

Ayrıca birim fiyat teklif istenen ihalelerde birim fiyat teklif cetvelindeki aritmetik hatanın re'sen düzeltilmesi uygulamasının Kanununun 36'ncı maddesinde öngörülen isteklilere ait teklif fiyatlarının açıklanması şeklindeki saydamlık anlayışıyla bağdaşmadığı ve uygulamada kötüye kullanılan örnekleri görüldüğünden aritmetik hatalı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması öngörülmektedir." gerekçesiyle değişiklik yapılmıştır.

Anılan Kanun düzenlemesinin gerekçesiyle birlikte değerlendirilmesinden, Kanun maddesinin önceki hâlinde ihale komisyonu tarafından isteklilerin teklif mektubu eki cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığının kontrol edildiği, teklif edilen fiyatları gösteren teklif mektubu eki cetvelde çarpım ve toplamlarda aritmetik hata bulunması hâlinde, isteklilerce teklif edilen birim fiyatlar esas alınmak kaydıyla, aritmetik hataların ihale komisyonu tarafından re'sen düzeltildiği, ancak aritmetik hatanın re'sen düzeltilmesi uygulamasının saydamlık anlayışıyla bağdaşmadığı, uygulamada kötüye kullanılan örneklerinin görüldüğü, bu sebeple de aritmetik hatanın düzeltilebileceği şeklindeki düzenlemenin 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ortadan kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

İdarelerin, takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği düzenleyici işlemlerin, normlar hiyerarşisi uyarınca dayanağı üst hukuk normlarına uygun olması ve kamu yararı amacını gözetmesi gerektiği açıktır.

Dairemizin ara kararına 'nca verilen cevapta, iptali istenen düzenlemenin konusunun aritmetik hata değil, hesaplama farklılıkları olduğu, isteklinin iradesi ile beyanı arasında uyumsuzluk olmamakla birlikte teklifini hazırlarken kullandığı tablolama programları nedeniyle oluşan hesaplama farklılıklarının teklifinin değerlendirme dışı bırakılma sebebi olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin olduğu ileri sürülse de; anılan Kanun maddesinde aritmetik hataların düzeltilemeyeceği kurala bağlandığından, Tebliğ maddesiyle aksi yönde bir düzenleme getirilmesi üst hukuk normlarına

uygun olmayıp, Kanun'a aykırı olarak Tebliğ ile yapılan bu düzenlemenin yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir.

Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 45.1.13.14. maddedeki "İstekliler tarafından akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatlarının altında sunulan açıklamalar geçerli kabul edilmeyecektir." düzenlemesine gelince;

4734 sayılı Kanun'un "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; a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması, b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar, c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir..." hükmü yer almaktadır.

"İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesinde, "37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir." kuralı bulunmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Sınır değer tespiti ve aşırı

düşük teklifler” başlıklı 45. maddesinin 1. fıkrasının 13. bendinde, teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerin, tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili olarak aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında yapacakları açıklamada, sorgulamaya konu iş kalemlerine/gruplarına ilişkin analizler ile bu analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgeleri sunmaları gerektiği, bu 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, kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili mal veya hizmetlere ilişkin ilan edilen asgari fiyatlar, ürettiği, aldığı veya sattığı mallara ilişkin maliyet/satış tutarı tespit tutanakları, stoğunda bulunan mallara ilişkin stok tespit tutanakları, idarece istenmesi durumunda yardımcı analizler vb. olduğu belirtilerek isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarında sunabilecekleri belgeler sayılmış; 45.1.13.1. maddesinde 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) düzenleneceği, bu tutanakların ilgili meslek mensubu (serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir) tarafından ilgili ibarelerin yazılması suretiyle imzalanarak iletişim bilgileri de yazılmak suretiyle kaşeleneceği/mühürleneceği, 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 gerektiği düzenlenmiştir.

Aktarılan düzenlemelere göre, ihale komisyonunun teklif fiyatı aşırı düşük olan isteklileri tespit ettikten sonra teklif sahiplerinden açıklama isteyebileceği, aşırı düşük teklif sahiplerinin sorgulamaya konu iş kalemlerine ilişkin analizler

ile bu analizlere dayanak teşkil eden bilgi ve belgeleri sunmaları gerektiği, hangi belgelere dayanarak açıklama yapılabileceğinin belirlendiği, istekliler tarafından aşırı düşük teklif açıklamalarında fiyat teklifleri ile açıklama yapılabileceği, fiyat teklifine dayanak olarak sunulan maliyet tespit tutanağında birim fiyatın tespit edilen maliyetin altında olmaması gerektiği, ihale komisyonunca teklif sahiplerinin açıklamalarının, ekonomiklik, avantajlı koşullar ve özgünlük yönünden değerlendirileceği ve değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılacağı anlaşılmaktadır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının; yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin düzenlenmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanun'un "Fiyat oluşumu" başlıklı 10. maddesinde, "Petrol alım satımında fiyatlar en yakın erişilebilir dünya serbest piyasa koşullarına göre oluşur. Yerli ham petrol için, teslim yeri olan en yakın liman veya rafineride teşekkül eden "Piyasa Fiyatı" fiyat olarak kabul edilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan Kanun'a dayanılarak çıkarılan Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği'nin "Tarife, fiyat listesi ve fiyat ilanına ilişkin ilkeler" başlıklı 6. maddesinin 6. fıkrasında, "Fiyat listelerinde açıklamalar, tarifelerde indirim ve hadler yer alabilir.", aynı maddenin 7. fıkrasında, "Tarifelerde indirimler; a) Depolama ve iletim tarifelerinde; 1) Hizmet verilen, ham petrol ve akaryakıt miktarının ve/veya depolama süresinin artışına, 2) Hizmet verilen, ham petrolün gravitesinin yükselişine, 3) Bazı hizmetlerin alınmamasına, 4) Hizmetin mesai saatleri dâhilinde yapılmasına, b) Rafinerici ve dağıtıcı tarifelerinde; 1) Verilen mal ve hizmet miktarının artışına, 2) Bazı hizmetlerin alınmamasına göre yapılabilir." düzenlemeleri yer almıştır.

Akaryakıt fiyatları en yakın erişilebilir dünya serbest piyasa koşullarına göre oluşmakta; EPDK tarafından, web sitesinde, en yüksek işlem hacimli sekiz firmanın akaryakıt fiyatlarına ilişkin rapor ve illere göre akaryakıt bayi fiyatları raporu olarak günlük bazda yayımlanmaktadır. Ancak, aktarılan yönetmelik düzenlemesi gereği belirlenen şartlara göre akaryakıt fiyatlarında indirim imkânı bulunmaktadır.

Dava konusu düzenleme ile, aşırı düşük teklif açıklamaları kapsamında akaryakıt girdisine ilişkin olarak EPDK tarafından yayımlanan fiyatların altında sunulan açıklamaların kabul edilmeyeceği öngörülmektedir. Ara kararı ile, en düşük bayi fiyatı bile belli bir oranda kâr içerirken EPDK tarafından yayımlanan fiyatın altına inilmesine izin verilmeme gerekçesi sorulmuş, tarafından verilen cevapta; farklı tutarda akaryakıt alışverişinin kabulü hâlinde isteklilerin kendilerine fiyat avantajı sağlamak adına piyasadan alacağı gerçek dışı fiyat teklifleri ile ihaleye katılmalarına imkân sağlanacağı, düzenlemenin yapım işi ihalelerini kapsadığı ve yapım işi ihalelerinde yüklenicilerin akaryakıt sektöründe nihai tüketici olduğundan bir akaryakıt bayisinin ilgili yükleniciye kârsız veya EPDK fiyatı altında düşük kârla satış yapmasını beklemenin ticari hayatın gereklerine uygun olmadığı, istekliler arasında objektif ve eşit uygulama imkânının ortadan kalkacağı beyan edilmiştir.

tarafından, her ne kadar, EPDK tarafından yayımlanan fiyatların altında sunulan açıklamaların kabulü hâlinde isteklilerin avantaj sağlamak adına piyasadan alacakları gerçek dışı fiyatlarla ihaleye katılmalarına imkân sağlanacağı ileri sürülmüş ise de, Kamu İhale Genel Tebliği'nde, teklif sahipleri tarafından sunulan fiyat tekliflerinin doğru olup olmadığı yönünde meslek mensubu tarafından ilgili ibarelerin yazılarak, imzalanıp kaşeleneceği yönünde mevcut olan düzenleme ile, istekliler tarafından gerçek dışı fiyat sunulmasının önüne geçilmesi sağlanmaktadır. Gerçek dışı fiyatların önüne geçilmesi amacıyla dava konusu düzenlemenin yapıldığı kabul edilecek olsa diğer iş kalemlerine ilişkin olarak da benzer düzenlemelerin yapılması gerektiği gibi bir

sonuca ulaşılabacaktır. Oysa, gerçek dışı fiyat tekliflerinin önlenmesi konusunda gerekli düzenlemeler zaten mevcut bulunmaktadır.

Aktarılan Kamu İhale 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 yukarıda bahsi geçen Yönetmelik maddesi uyarınca da indirim yapılabileceğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

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 getirilen düzenlemede hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen şartlar gerçekleştiğinden dava konusu Tebliğle Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 16.5.3 ve 45.1.13.14. maddelerinin YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASINA; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bulunmaması nedeniyle Kamu İhale Genel Tebliği'nin 45.1.1. maddesinde yapılan "4734 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatını usulüne uygun sunan" şeklindeki değişikliğin ve anılan Tebliğ'e eklenen 45.1.1.5. maddesinin YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE; kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz yolu açık olmak üzere, 29.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye