

**Kamu ihale Kanunu uyarınca idarenin ihaleyi iptal etmesi konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı bu kapsamda da yargı merciilerine söz konusu yetkinin kullanılmasının gerekçesinin gösterilmek zorunda olduğu açıktır Bu bağlamda davalı idarece dava konusu ihalede anılan yetkinin kullanılma sebebi olarak tekliflerin yaklaşık maliyetin çok üzerinde olması gösterilmekte ise de ihaleyi yapan idarenin tutanakları ile sabit olduğu üzere**

yaklaşık maliyetin \* yılı için hesaplandığı dolayısıyla günümüz rayiç bedellerini göstermediği ihale aşamasında komisyon tarafından yaklaşık maliyet güncelleştirme çalışmaları yapılsada söz konusu güncelleştirilmiş yaklaşık maliyet hesaplaması yapılırken ihale konusu harcamayı oluşturacak girdilerin fiyatlarının ihale tarihi itibarıyla araştırılması gerekirken bu tarihten yaklaşık sonraki fiyatların esas alındığı ve anılan bu zaman aralığı döneminde özellikle demir

fiyatlarında büyük oranda düşüş olduğu da dikkate alındığında davacı şirketin de içerisinde bulunduğu isteklilerin tekliflerinin ihale tarihi itibarıyla ve güncelleştirilmiş ya da yeniden hesaplanmış yaklaşık maliyet üzerinden değerlendirilmesi yapılarak buna göre ihalenin iptaline ya da ihalenin en avantajlı teklifi veren şirket üzerinde kalmasına karar verilmesi gerekirken bu araştırmalar yapılmaksızın söz konusu ihalenin iptali yönünde tesis edilen kararda hukuka uyarlık

# görülmemiştir 1

Konu: İhale komisyonunun yaklaşık maliyeti inceleme sorumluluğu hakkında.

**Karar:** Ankara 1. İdare Mahkemesinin 17.12.2009 tarih ve E:2009/1797 sayılı kararı.

**Özet:** TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından 09.07.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "2 Adet 50 Vagon Taşıma Kapasiteli Feribot Alımı İle Bunlara Ait İskele Onarımı ve Tevsii Bakım Onarım Tesislerinin Yapımı" ihalesine ilişkin olarak Torgem Gemi İnş. San. ve Tic. A.Ş.-Nursoy İnş. Uluslararası Nak. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığının 09.02.2009 tarih ve 3950 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile ihalenin idarece iptali işlemine karşı yaptığı başvurunun Kamu İhale Kurulu'nun 16.02.2009 tarih ve 2009/UM.II-835 sayılı ve 27.04.2009 tarih ve 2009/UM.II-1391 sayılı Kararları ile reddi sonrasında açılan davada Ankara 4 üncü İdare Mahkemesince verilen 29.06.2009 tarih ve E:2009/693 sayılı yürütmenin durdurulması kararı üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 17.08.2009 tarih ve 2009/MK-124 sayılı kararında "başvurunun esasının incelenmesine geçilmesine" karar verilmiş ve Kurumca yapılan inceleme sonucunda Kamu İhale Kurulu'nun 01.10.2009 tarih ve 2009/UM.II-2423 sayılı Kararı ile, "4734 sayılı Kanunun ihale tarihinde yürürlükte bulunan 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına" karar verilmiştir.

Davacı Torgem Gemi İnş. San. ve Tic. A.Ş.- Nursoy İnş. Uluslararası Nak. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı tarafından 01.10.2009 tarih ve 2009/UM.II-2423 sayılı Kurul Kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada, Ankara 1 inci İdare Mahkemesince verilen 17.12.2009 tarih ve E:2009/1797 sayılı kararda,

"...Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirketin 9/7/2008

tarihinde gerçekleştirilen ihaleye teklif verdiği, 28/1/2009 tarihli karar ile ihalenin iptal edildiği, iptal kararının gerekçesi olarak; Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki idarenin kamu kaynaklarını verimli kullanmakla sorumlu olduğu ilkesine atıfta bulunduğu, idarenin bu ilkeyi ihalenin tüm aşamalarında dikkate almakla yükümlü olduğu belirtilerek yaklaşık maliyetin üzerinde ve gelinen aşamada piyasa rayiçlerini yansıtmayan teklif fiyatlarının uygun olmaması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi hususunda değerlendirme yapıldığı, ihalenin iptali kararının idarenin 29/1/2009 tarihli yazısı ile 3/2/2009 da davacıya tebliğ edildiği, davacı şirketin ihalenin iptali kararına karşı ihaleyi yapan idareye dilekçe ile başvuruda bulunmadığı, ihalenin iptali işlemine karşı 09.02.2009 tarihli dilekçe ile davalı idareye başvuruda bulunduğu ve Ankara 4. İDARE MAHKEMESİ'nde dava açtığı, dava dilekçesinde işleme karşı itirazın şikayet yoluyla davalı idareye başvuruda bulunulduğu belirtilmediğinden anılan Mahkemenin 12.03.2009 tarih ve E:2009/305, K:2009/419 sayılı kararı ile dosyanın merciine tevdiine karar verildiği, itirazın şikayet başvurusu üzerine ise davalı idarenin 16.02.2009 tarih ve 2009/UM.II-835 sayılı kararı ile Kamu İhale Kurumunun görevlerinin 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde düzenlendiği, bu görevlerin arasında anılan Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin itirazın şikayet başvurularını inceleyerek sonuçlandırmak görevi bulunduğu, incelemeye konu ihalenin, yaklaşık maliyetin üzerinde olan ve piyasa rayiçlerini de yansıtmayan tekliflerin uygun olmadığı gerekçesi ile 28.01.2009 tarihinde iptal edildiği, başvuru konusunun söz konusu iptal işleminin iptaline yönelik olduğu ve ihalenin iptali kararının herhangi bir şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu üzerine alınmadığı anlaşıldığından anılan başvuruya ilişkin Kurumun inceleme yetkisi bulunmadığı, bu nedenle 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin (c) bendi uyarınca, başvurunun görev yönünden reddi gerektiğine karar verildiği, Mahkemenin merciine tevdi kararından sonra dosya kendisine tevdi edilen davalı idarece yapılan inceleme ve değerlendirme neticesinde

ise dava konusu Kamu ihale Kurumu kararı ile davacının itirazının ihalenin idarece iptali işlemine karşı olduğu ve şikayet konusu hususun öğrenildiği tarihten itibaren mevzuata uygun olarak 15 gün içerisinde idareye şikayette bulunulmadığı gerekçesiyle başvurunun süre yönünden reddine, iddiaların incelenmesine gerek bulunmadığına ve dava dilekçesi ve eklerinin Ulaştırma Bakanlığı'na gönderilmesine karar verildiği, bu karara karşı Ankara 4. İdare Mahkemesi'nde açılan 'iptal' davasında (29/6/2009 günlü E:2009/463) Mahkemece "verilen merciine tevdi kararı ardından yeniden yapılan inceleme sonucunda ihalenin iptaline yönelik işlemin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken davacının itirazının ... süre yönünden reddedilmesine yönelik işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle işlemin 'yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği, söz konusu mahkeme kararı neticesinde davalı kurumca ihalenin iptaline yönelik iddialar incelenerek itirazın şikayet başvurusunun reddine karar verilmesi üzerine de bu işlemin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Yaklaşık Maliyetin Üzerindeki Teklifler" başlıklı 16.3. maddesinde; "Yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilip edilemeyeceği hususunda tereddütler olduğu anlaşılmaktadır. İhale komisyonu;

1. Yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen herhangi bir husus olup olmadığını,
2. Yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellenmenin doğru yapıp yapılmadığını,
3. Verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtıp yansıtmadığını,

Sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese eder ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak, teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ihalenin iptaline karar vermek hususunda takdir

yetkisine sahiptir.

Yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir. Bu durumda sorumluluk idareye aittir” hükmü yer almaktadır.

4734 sayılı Kanununun 39 uncu maddesi uyarınca, idarenin ihaleyi iptal etmesi hususunda takdir yetkisi bulunduğu açık ise de bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılabileceği bu bağlamda da söz konusu yetkiyi kullanırken de mevzuatın öngördüğü gerekli araştırma ve değerlendirmeyi yapıp yapmadığı, yetkinin kullanımına keyfilik ya da amaçsal anlamda bir hukuka aykırılık bulunup bulunmadığının denetiminin yapılacağı da yerleşmiş idare ve idari yargılama hukuku ilkelerindedir.

İhale işlem dosyasında yer alan ve ihale komisyonu tarafından tutulan 2 nolu tutanakta yukarıda yer alan tebliğ hükümleri uyarınca yaklaşık maliyetin sorgulanması kapsamında; ihtiyaca ait yaklaşık maliyetin 2006 yılı fiyatları baz alınarak 2007 yılında oluşturulduğu, feribot alımı ve deniz yapılan olarak iki başlık altında yer alan ihale konusu işte, demir ve çelik pozlarının yoğunluğu, dünya ve ülke piyasalarında bu ürünlerdeki değişimler de göz önünde bulundurulduğunda teklif edilen fiyatın kabul edilebilir nitelikte olduğu kanaati oluşmuştur.” ifadesinin yer aldığı görülmektedir. Bu ifadeye göre 09.07.2008 tarihinde yapılan ihaleye 2006 yılı fiyatları ile çıkıldığı, yaklaşık maliyet güncellemesi yapılmadığı ve ihale komisyonunun, ilk aşamada, ihale gününün piyasa koşullarına göre ihaleye verilen teklifleri uygun bulduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, ihale komisyonu tarafından anılan tutanaktan farklı olarak ihalenin iptal edilmesine ilişkin karar da; özellikle demir çelik maliyetlerinin ihale konusu işin

bünyesinde önemli bir yer tuttuğu dikkate alınarak demir çelik fiyatları için ilgili firmalardan fiyat alındığı, ihale sürecinde oluşan demir çelik fiyatlarının yaklaşık maliyetin (Türk Lirası ve Euro olarak) tespiti için dikkate alınan fiyatlar ile karşılaştırıldığı, ihale için teklif edilen fiyatın piyasa rayiç fiyatlarının üzerinde olduğuna dair tespit yapıldığı, ihalede verilmiş en düşük teklif fiyatın ihale konusu iş için ayrılmış bulunan ödenek tutarını aştığından ödenek artırımının mümkün olup olmadığı hususunda idare bünyesinde çalışmalar yapıldığı ve ilgili birimlerden görüş alındığı, ihale konusu iş için yeterli ödenek temin edilemediği, ayrıca anılan isteklinin teklif bedelinin (60.509.710,59 Euro) söz konusu proje için 2009 yılı Yatırım Programı'nda belirlenmiş olan Toplam Proje Tutarının üstünde kaldığı hususları görülmektedir.

İhale hukukunda ihale dokümanı alarak ihaleye katılan istekliler tarafından verilecek tekliflerin ihale tarihindeki piyasa rayicini yansıttığı dolayısıyla yaklaşık maliyetin de o dönemdeki piyasa koşullarına göre hesaplanması gerektiği kuşku götürmez bir gerçektir. Bilindiği üzere aksi bir tutum yaklaşık maliyet ile verilen teklifler arasındaki fiyat farkının anlaşılabilir derecede fazla olmasına yol açar ki bu durumda kamu alımı için en avantajlı teklifin bulunmasına imkân kalmaz.

Uyuşmazlık konusu olayda, ihale komisyonunca tutulan tutanaklarla da sabit olduğu üzere, 2008 yılında yapılan ihalenin yaklaşık maliyetini hesaplarken yeni bir çalışmanın yapılmadığı, hatta 2006 yılı için öngörülmüş olan yaklaşık maliyetin yeni dönem fiyatlarına göre güncellenmediği anlaşılmaktadır. Söz konusu bu davranışla günün değişen fiyat koşulları karşısında hesaplanmayan yaklaşık maliyet ile teklif edilen bedeller arasındaki, (ekonomik olmayan) fark nedeniyle tekliflerin avantajlı olup olmadığının sorgulanmasını gerektirmiştir. Her ne kadar yukarıda yer verilen tebliğ hükümleri uyarınca 2006 yılı için hazırlanmış olan yaklaşık



maliyet miktarının güncelleştirilmesi için gerekli araştırmalar ve yazışmalar yapılmış ve ihale komisyonunca davacı şirketin teklifinin kabul edilebilir olduğu yönünde tutanak tutulmuş ise de, sonradan ihale komisyonunca “yaklaşık maliyetin üstünde olan ve geline bu aşamada piyasa rayiçlerini de yansıtmaz hale gelen teklif fiyatlarının uygun da olmadığı kanaatine varıldığı gerekçesiyle” ihalenin iptaline karar verilmiştir.

Dosyada, yer alan belgelerden, ihalenin yapıldığı zaman diliminde hem dünyadaki hem de ülkemizdeki demir fiyatlarının en üst seviyede olduğu ve başvuru sahibinin, teklifini ihale günündeki rayiçlere göre hazırlayarak teklif sunduğu, idarenin ihale tarihinden 5 ay sonra (23.01.2009) yaptığı ve iptal kararını aldığı oturumda ise demir fiyatlarını, Ocak 2009 fiyatlarına göre ve fabrika çıkış fiyatı ile mukayese ederek düşmüş bulunan fiyatlara göre teklifin değerlendirildiği ve ihale tarihi itibarıyla uygun olduğu tespit edilen teklif bedelinin sonraki değerlendirilmesinde yüksek bulunduğu görölmektedir.

Yukarıda yer verilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde; her ne kadar Kamu ihale Kanunu uyarınca idarenin ihaleyi iptal etmesi konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de, yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı bu kapsamda da yargı merciilerine söz konusu yetkinin kullanılmasının gerekçesinin gösterilmek zorunda olduğu açıktır. Bu bağlamda, davalı idarece dava konusu ihalede anılan yetkinin kullanılma sebebi olarak tekliflerin, “yaklaşık maliyetin” çok üzerinde olması gösterilmekte ise de, ihaleyi yapan idarenin tutanakları ile sabit olduğu üzere “yaklaşık maliyetin” 2006 yılı için hesaplandığı dolayısıyla günümüz rayiç bedellerini göstermediği, ihale aşamasında komisyon tarafından “yaklaşık maliyet” güncelleştirme çalışmaları yapılsa da, söz konusu güncelleştirilmiş yaklaşık maliyet hesaplaması yapılırken ihale konusu harcamayı oluşturacak girdilerin fiyatlarının ihale tarihi itibarıyla araştırılması gerekirken bu tarihten

yaklaşık 5 ay sonraki fiyatların esas alındığı ve anılan bu zaman aralığı döneminde özellikle demir fiyatlarında büyük oranda düşüş olduğu da dikkate alındığında, davacı şirketin de içerisinde bulunduğu isteklilerin tekliflerinin ihale tarihi itibarıyla ve güncelleştirilmiş ya da yeniden hesaplanmış "yaklaşık maliyet" üzerinden değerlendirilmesi yapılarak buna göre ihalenin iptaline ya da ihalenin en avantajlı teklifi veren şirket üzerinde kalmasına karar verilmesi gerekirken bu araştırmalar yapılmaksızın söz konusu ihalenin iptali yönünde tesis edilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir." gerekçesiyle dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir