



MALİ KILAVUZ

Yıl: 18

Sayı: 72

Nisan-Haziran 2016

ISSN: 1302-5597

Mustafa İNAL

Belediyeler Tarafından İndirilecek Katma Değer Vergisi Hesabının Hatalı Kullanılması

Ahmet ARSLAN

Sosyal Tesislerin Mali, İstatistiki ve Hukuki Yönden Analizi

Duygu KILIÇ ÇAYLI, İlyas KILIÇ

İhalede Birden Fazla Geçerli Teklif Varken, Ekonomik Açıdan En Avantajlı İkinci Teklifin Belirlenmemesi Mümkün müdür?

Engin GÜLBAY

Üniversite Döner Sermaye İşletmelerinde Mesai Saati Uygulaması

Murat AYDIN

5018 Sayılı Kanuna Göre İç Denetim Müessesesi ve İşlerliği

Ahmet ARSLAN, Abdullah KOÇ

Belediye Şirketlerinde Yönetim Kurulunun (Müdürlerin) Görev, Yetki, Yükümlülük ve Sorumlulukları

Yasin ERTÜRK

Kamu Alacaklarının Tahsil Edilmesi Sürecinde Mahsup Sırası

Mustafa KARAKOÇ

2981 sayılı Kanun Kapsamında Hazine Taşınmazları Üzerinde Bulunan Gecekondukların Hukuki Durumu, Kanunun Uygulanması ve Çözümüne Yönelik Yeni Bir Öneri

Zeynep YAROĞLU

Türkiye Muhasebe Standartları Kapsamında Saklı Türev Ürünler ve Muhasebeleştirilmesi

Faruk YÜKSEL

Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanan Aylık ve Gelirlerin Birleşmesi

SORULAR & CEVAPLAR

www.malikelavuz.com



İhalede Birden Fazla Geçerli Teklif Varken, Ekonomik Açıdan En Avantajlı İkinci Teklifin Belirlenmemesi Mümkün müdür?

Av. Duygu KILIÇ ÇAYLI

Ankara Barosu Avukatı
duygukilic@kilichukuk.org

İlyas KILIÇ

Kamu Yönetimi Uzmanı
ilyaskilic@kilichukuk.org

Özet

İhalede birden fazla geçerli teklif varken, ihaleyi yapan idarelerin sadece bir teklifi ekonomik olarak en avantajlı teklif olarak belirlemesi, ikinci teklifi belirlemeden ihaleyi sonuçlandırması, ihale sistemimiz içerisinde karşılaşılan bir durumdur.¹ Ancak ihalede en avantajlı ikinci isteklinin belirlenmemesinin, oldukça fazla riski bulunmaktadır. Birden fazla geçerli teklif varken idarenin, sadece bir istekli üzerinde ihale bırakması ve ekonomik olarak en avantajlı ikinci teklifi belirlenmeksizin ihalenin sonuçlandırılmasının sonuçları, bu makalede değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Geçerli Teklif, Ekonomik Olarak En Avantajlı Teklif, Ekonomik Olarak En Avantajlı İkinci Teklif, İdarenin Takdir Hakkı, Kamu Zararı

Giriş

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen ihale sistemimiz; geçerli teklifler arasından ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olmak üzere, iki teklifin belirlenmesine cevaz vermektedir. Bunun sebebi ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmeden önceki yıllarda yaşanan sıkıntılardır. Keza 2003 yılından önce, yürürlükte olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, sadece bir istekli üzerinde ihalenin bırakılmasına olanak vermekteydi. Böylece ihale, ihaleye katılan istekliler arasında en düşük teklif veren istekli üzerinde bırakılmakta ve ihale süreci bu isteklinin sözleşme imzalayıp imzalamaması inisiyatifine terk edilmekteydi. Bu durumda ihale üzerine bırakılan tek istekli sözleşme yapmaya yanaşmazsa, idarenin yeniden ihaleye çıkmak zorunda kalması, ihtiyaçların karşılanmasının gecikmesi veya daha az rekabetçi ihale usulleri ile ihtiyaçların karşılanması ihtimalini gündeme getirmekteydi.

¹ Bkz. Kamu İhale Kurumu'nun 15.04.2015 tarihli 2015/UH.II-1058 kararı

2003 yılında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile daha rekabetçi ve zamanında alım gerçekleştirme amacı güdülmüştür. Keza Kanun gerekçesi, *“İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması durumunda, ikinci ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ile ihalenin sonuçlandırılmasına imkân tanınmıştır.”* şeklindedir.²

Kanun gerekçesine paralel olarak, aynı konuda birden fazla hükme de yer verilmiştir. Örneğin anılan Kanun’unun, *“İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması”* başlıklı 40’inci maddesi; *“...İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.”* hükmündedir.

Aynı şekilde, Kanun’un *“Sözleşme Yapılmasında İsteklinin Görev ve Sorumluluğu”* başlıklı 44’üncü maddesi ise; *“İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli*

ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42 nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42 nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılır. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.” hükmündedir.

Dolayısıyla mevcut ihale sistemimizin, geçerli teklifler varsa, birinci ve ikinci teklifin belirlenmesi üzerine kurulduğu açıktır.

Ancak bazı ihale uygulamalarının ve Kamu İhale Kurumu kararlarının, yukarıdaki hükümlerin tersi yönünde işlediği de görülmektedir. Aşağıda bu husus örnek olayla anlatılmaktadır.

1. İhalenin Tek İstekli Üzerine Bırakılabileceği Yönündeki Değerlendirme

Örnek olayda İdare tarafından 10.06.2015 tarihinde açık ihale usulü ile *“Personel Taşıma Hizmeti”* ihalesi gerçekleştirilmiştir. İhalede birden fazla geçerli teklif bulunmasına rağmen idare; en düşük teklif veren istekli üzerine ihaleyi bırakmış, ikinci teklifi belirlememiştir. Teklifi ikinci olan şirket ise idarenin ikinci en avantajlı teklifi de belirlenmesi gerektiği iddiasıyla önce şikâyet başvurusunda bulunmuş, reddedilmesi üzerine de itirazın şikâyet başvurularında bulunmuştur.

Hem idarenin hem de Kamu İhale

² Bkz. <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Genel Gerekçeleri

Kurulu'nun, yapılan başvuruya karşı verdikleri cevap ise özetle; "İhale komisyonunun ekonomikaçından en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğunu gerektirecek emredici bir hükmün bulunmadığı, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu, bu sebeple söz konusu ihalede idarece ekonomikaçından en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemiş olmasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır...."³ şeklinde olmuştur.

Gerek İdarelerin gerekse Kamu İhale Kurulu'nun aldığı kararda; Kanun'da ekonomik olarak en avantajlı teklifin belirleneceği yönünde açık bir düzenleme yapılmadığı ve bu nedenle ihalenin ekonomik olarak en avantajlı teklifi belirlememe takdir hakkının olduğu yönündedir.

2. İhalenin Tek İstekli Üzerine Bırakılamayacağı Yönündeki Değerlendirme

İhalede geçerli teklifler varsa, ikinci en avantajlı teklifin de belirlenmesi gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır. Keza örnek olayımızdaki Kurul kararına şerh koyan Kurul üyeleri; "İhale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyi belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak, anılan takdir yetkisi sınırsız olmayıp, alımın niteliği ve Kanun'un temel ilkeleri göz önüne alınarak kullanılacağı açıktır. Bu itibarla, ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi belirlenmeksizin sonuçlandırılmasının yerinde olmadığı..." yönünde görüş bildirmişlerdir.

³ Bkz. Kamu İhale Kurulu'nun 05.11.2015 tarih, 2015/UH.III-2906 sayılı kararı

Öğretide de; "İhalelerde birden fazla geçerli teklifin bulunması durumunda, ihale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de mutlaka belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.... İhalelerde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin belirlenmemesi yukarıda belirtilen (Kanun ve ikincil mevzuat) hükümlerinin uygulanma olanağını da ortadan kaldıracaktır." şeklinde görüşler bulunmaktadır.⁴

3. İdarenin, En Avantajlı İkinci Teklifi Belirlemeden, İhaleyi Sonuçlandırma Hususunda Takdir Yetkisi Var mıdır?

Örnek olayda, Kurul tarafından verilen karardaki iki farklı görüş, uygulamada tereddütler yaratmaktadır. Ancak yaşanan tereddütlü durumun yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle yukarıda da belirtildiği üzere; 4734 sayılı Kanun'un gerekçesi, geçerli teklifler varken ikinci en avantajlı teklifin belirlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Keza yukarıda belirtildiği üzere Kanun'un 40 ve 44'üncü madde hükümleri de; ihalelerde geçerli birden fazla teklifin olması durumunda, ikinci en avantajlı teklifin belirlenmesi gerektiği üzerine kurgulanarak kaleme alınmıştır.

İkincil mevzuatta da "ikinci en avantajlı teklifler" ihalenin asli unsurlarını oluşturmaktadır. Örneğin Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Yaklaşık Maliyetin Üzerindeki Teklifler" başlıklı 16.3'üncü maddesinde "...İhale komisyonu; ... verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese eder ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak, teklif fiyatlarını

⁴ Bkz. Murat ARAPGİRLİ, Hizmet Alım İhaleleri, İİksan Matbaası Yayınları, Eylül-2015, s.656,657

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.” düzenlemesi yer almaktadır.

İkincil mevzuatla ilgili bir diğer örnek ise “Kesinleşen İhale Kararının Bildirilmesi Formu”dur. İdarelerin kesinleşen ihale kararlarını bildirdikleri bu formda da ikinci en avantajlı teklifin belirlenmesi yönünde düzenleme bulunmaktadır.⁵

4734 sayılı Kanun, Kanun’un gerekçesi, ikincil mevzuat ve öğretisi birlikte incelendiğinde; idarelere geçerli birden fazla teklif olması durumunda, takdir yetkisini sadece bir teklifi belirleyerek ihale kararı almalarını yönünde kullanamayacakları anlaşılmaktadır. Kaldı ki Kanun; birden fazla geçerli teklif olması halinde, İdarelere “ikinci en avantajlı belirleme” görevini vermektedir. Kanaatimizce geçerli birden fazla teklifin olduğu ihalelerde, iki isteklinin belirlenerek kesinleşen ihale kararı alınması, idareler açısından bir zorunluluktur. Keza idari yargı kararları da ikinci en avantajlı teklifin belirlenmesi gerektiği yönündedir.⁶

⁵ Bkz. “Standart Form — KİK019.1/H Kesinleşen İhale Kararının Bildirilmesi Formu” incelendiğinde; standart formda “[İşin adı] işine ait ihale [üzerine ihale yapılan isteklinin adı ve soyadı/ ticaret unvanı]’da kalmıştır. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi [ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin adı veya ticaret unvanı/bulunmamakta]’dır. İhale yetkilisince onaylanan ihale kararı ekte yer almaktadır.” ifadesinin olduğu ve böylece kesinleşen ihale kararının bildirilmesi esnasında, ikinci avantajlı teklifin belirtilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

⁶ Bkz. Ankara 11. İdare Mahkemesi’nin 11.03.2016 tarihli ve E:2015/3251 sayılı kararı

4. Ekonomik Olarak En Avantajlı Teklifin Belirlememesinin, Ne Tür Mahsurları Vardır?

Bilindiği üzere en rekabetçi ihale olan “açık ihale usulü” ile gerçekleştirilen bir ihale iptal edildiğinde, idare daha az rekabetin sağlandığı “pazarlık ihale usulü” veya “doğrudan temin alım” ile ihtiyaçlarını karşılamak zorundadır.

Açık ihale usulü ile yapılan fakat ikinci en avantajlı teklifin belirlenmediği bir ihalede, ihale üzerine bırakılan istekli sözleşme yapmaya yanaşmadığında ihalenin iptal edilmesi kaçınılmaz olacaktır. İdare, yeniden “açık ihale usulü” ile ihale yapmaya kadar geçecek 100-150 gün süresince ihtiyaçlarını karşılamak için, daha pahalıya mal olan “pazarlık usulü ihale” veya “doğrudan temin” alım yöntemini kullanacağından, kurum zararı ortaya çıkacaktır. Bu durum ise idareye “pazarlık ihalesi” veya “doğrudan teminle” iş yapan yüklenicinin işine gelecektir.

Örneğin idareye mal alımı kapsamında temizlik malzemesi satan bir yüklenici için, idarenin başka bir yükleniciden alacağı temizlik hizmet alım ihalesinin iptal edilmesi, kendisine fayda getirecektir. Ya da idareye sürekli “pazarlık usulü ihale” veya “doğrudan temin” ile hizmet sunan bir yüklenici için, “açık ihale usulü” ile yapılan bir temizlik hizmet alımı ihalesinin iptal edilmesi, menfaat sağlayacaktır. Bu yüzden de idareler birden fazla geçerli teklif varsa, birinci ve de ikinci en avantajlı teklifi seçmek suretiyle, “açık ihale usulü” ile yapılan bir ihalenin kaderini tek istekliye bırakmamalıdır. Keza yukarıda belirtilen hususların kötü niyetli kişilerce de kullanılması mümkündür. Çünkü

her ihale iptali, yerel firmalara menfaat sağlayacaktır.

Sonuç ve Öneri

İdare tarafından geçerli birden fazla teklif olmasına rağmen, tek teklif üzerine ihale bırakılması, ihale sürecini tek isteklinin inisiyatifine bırakmak anlamına gelecektir. Eğer istekli sözleşme yapmaktan vazgeçerse, idare yeniden ihale sürecini başlatacak, süre kaybedecek, kurum zararı oluşacaktır.

Bu yüzden de ihalelerde birden fazla geçerli teklif olması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci teklifin belirlenmesi gerekmektedir.

İdarelerin kesinleşen ihale kararını verirken tereddüt yaşamaması için, Kamu İhale Kurumu tarafından, ikincil mevzuata açıklayıcı bazı hususların eklenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, ikinci mevzuata *“Geçerli birden fazla teklifin bulunması halinde, idareler ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci teklifleri belirlemek zorundadır.”* şeklinde ekleme yapılmalıdır. Bu düzenleme, 4734 sayılı Kanun’un ruhuna uygun olacağı gibi, idareleri de tereddüt etmekten kurtaracaktır.