



Kamu Alımları

Aşırı Düşük Teklifler

İÇİNDEKİLER

- [Giriş](#)
- [Aşırı düşük teklifleri seçmenin getirdiği riskler](#)
- [Aşırı düşük teklifler nasıl tespit edilir?](#)
- [Direktif aşırı düşük teklifler hakkında ne diyor?](#)
- [İnceleme prosedürü](#)
- [Aşırı düşük teklifler ve devlet yardımı](#)
- [Diğer sorunlar- Sorular ve Cevaplar](#)
- [Sektörler](#)
- [Ek Bilgi](#)

Yayın izni SIGMA Programı Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir.

Giriş

Kamu kurumlarının faaliyetleri ve bu kurumlar tarafından alınan kararlar, kamu yararına olan hedeflere ulaşmaya çalışılması ve kamu fonlarının etkin bir şekilde kullanılması ihtiyacı dikkate alınarak yönetilmelidir. Bu kamu ihale kararları ve faaliyetleri için de geçerlidir ve vergi mükelleflerinin paralarının önemli bir kısmı bu şekilde harcanmaktadır.

Pek çok durumda, alım kararları, “ekonomik açıdan en avantajlı teklif” kavramının kapsamına giren ve izin verilen bir seçim kriteri olan en düşük teklif temelinde verilir. İdareler, en düşük teklifin önemli bir finansal hedef olan bütçe tasarrufuna ulaşmayı sağladığını iddia edebilir.

Ancak, en düşük fiyat her zaman uzun vadede paranın karşılığını en iyi sağlayan teklif değildir. 2014 Kamu Sektörü Direktifi (Direktif)¹ bu durumu, “İdareleri kamu sözleşmelerini ekonomik açıdan en avantajlı teklife vermesini zorunlu tutarak” kabul etmektedir. Direktif ayrıca, İdarelerin başlangıçtaki alım fiyatından daha fazlasını değerlendirmeleri ve tekliflerin değerlendirilmesinde niteliksel konuları göz önünde bulundurmaları konusunda İdareleri teşvik ederek kullanım ömrü maliyetlendirmesinin ve diğer maliyet etkinlik yaklaşımların kullanılmasına ilişkin bir çerçeve sunmaktadır. Detaylı bilgi için bakınız SIGMA Kamu Alımları Dosyası 8, *İhale Kriterlerinin Belirlenmesi*, ve SIGMA Kamu Alımları Dosyası 34, *Kullanım Ömrü Maliyetlendimesi*.

Mevcut ekonomik ortamda, işi güvence altına almak, istihdam sağlamak ve piyasadaki varlığını devam ettirmek için rekabetçi ve düşük fiyatlı teklifler sunmak isteyen müteşebbisler arasında sık sık rekabet söz konusu olmaktadır. Düşük fiyatlar İdarelere önemli finansal yararlar sağlayabilmektedir. Ayrıca, düşük fiyatlı tekliflerin “inanılamayacak kadar iyi” olması, paranın karşılığını almak açısından çok düşük değer getirecek şekilde veya hiç teslim edilemeyecek olması da muhtemeldir. İşte “aşırı düşük teklif” kavramı da bu bağlamda ortaya çıkmaktadır.

Direktif, aşırı düşük olduğundan şüphelenilen teklifler için belirli hükümler içermektedir. Bu kurallar, İdarelerin aşırı avantajlı görünen ancak uygulanabilirliği olmayan bir teklifi kabul etmenin olumsuz sonuçlarından kaçınmasını sağlar. Kamu çıkarını bir sözleşmenin uygulanmaması ya da eksik uygulanması riskine karşı korumanın yanında, bu hükümler ayrıca müteşebbisler arasında gerçek bir rekabetin desteklenmesini ve haksız avantajların azaltılmasını da amaçlamaktadır. Örneğin, hükümler düşük fiyatın kamu fonlarından yasa dışı bir şekilde destek alınması ya da bazı iş, sosyal ya da çevresel konulardaki kanunların ihlal edilmesi sonucu verilmesi durumunda İdarenin düşük fiyatlı teklifi reddetmesine izin vermektedir.

Direktif “Aşırı düşük teklif” tanımı yapmamaktadır. Bununla birlikte, müteşebbisin teklif ettiği fiyatın, teklifin ekonomik olarak sürdürülebilir olup olmamasına ve düzgün bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesine ilişkin şüpheye neden olması durumunu içerdiği kabul edilmektedir.

Kamu alımları prosedürlerinde aşırı düşük tekliflerin görülmesinin çeşitli nedenleri vardır.

Yanlış anlama ya da yanlış yorumlama: Aşırı düşük teklif sunulması, müteşebbisin idarenin gerekliliklerini yanlış anlamasından ya da yanlış yorumlamasından kaynaklanabilir.

Örneğin, A Şirketi alımın tüm kapsamını anlamayabilir ve bunun sonucunda tüm zorunlu şartları sağlamayan bir teklif sunar. A Şirketinin teklifi, tekliflerinde İdarenin tüm gerekliliklerini göz önünde bulunduran diğer müteşebbislerin tekliflerinden çok daha düşük olabilir.

¹ Kamu alımlarına ilişkin 2004/18/EC sayılı Direktifi ilga eden 2014/24/AB sayılı Direktif ve 2004/18/EC sayılı ve Direktif

Böyle bir durumda, teklif oldukça iyi görünebilir ancak detaylı inceleme yapıldığında, teklifin İdarenin gerekliliklerine uymadığı ve bu nedenle de gereken hizmetlerin ya da yapım işlerinin tümünü sağlamadığı anlaşılır.

Risklerin Olduğundan Az Hesaplanması: Aşırı düşük teklif sunulması, sözleşmenin gerçekleştirilmesiyle bağlantılı risklerin hafife alınmasının bir sonucu olabilir. Bu olguya iktisat literatüründe “kazananın laneti” adı verilmektedir.

Örneğin, B Şirketi idarenin tüm gerekliliklerine uygun bir teklif sunmaktadır ancak teklif edilen fiyatın hesaplanmasında B Şirketi sözleşmeyi yürütme maliyeti konusunda kendine aşırı güvenmektedir. B Şirketinin sözleşmeyi düzgün bir şekilde gerçekleştirememeye ya da gecikmelerle ve düşük kaliteli ürünlerle gerçekleştirme riski vardır.

Sosyal, iş ve çevresel konularla ilgili kanunlara uymama: Aşırı düşük teklif sunulması, sosyal hukuk, iş ya da çevre hukuku ile ilgili bağlayıcı yasal zorunluluklara uyumsuzluğunun bir sonucu da olabilir.

Örneğin, C şirketi, yasal gerekliliklere uygun olarak ücret ödemiyorsa ya da bu yönetmeliklere uygun iş koşullarını sağlamıyorsa, haksız rekabet avantajı vardır.

Sübvansiyon: Aşırı düşük bir teklif sunulması, müteşebbis tarafından bir sübvansiyon alınmasının sonucu olabilir.

Örneğin, D şirketi, hükümetin yeni kurulan şirketlere verdiği maddi destekten yararlanmaktadır. D şirketi, bu desteğe erişimi olmayan rakiplerinden çok daha düşük bir fiyat sunabilecek durumda olabilir. Sübvansiyonlu şirketlerin kamu alım prosedürlerine katılmasına izin verilmekle birlikte, aşağıda açıklandığı gibi, teklif yasadışı devlet yardımı nedeniyle Aşırı düşük olması halinde reddedilmelidir.

Müteşebbisin kasıtlı stratejisi: Aşırı düşük bir teklif sunulması, müteşebbisin kasıtlı davranışını veya stratejisini gösterebilir.

Örneğin, E Şirketi personeline sürekli istihdam sağlamak için aşırı derece düşük bir fiyat sunmaktadır. F Şirketi, rakiplerini piyasadan sürmek için düşük bir fiyat sunmaktadır. G Şirketi, sözleşmenin gelecekteki değişikliklerini kabul edebileceği ve sözleşmenin uygulanması aşamasında müzakereler yoluyla ücreti artırabileceği varsayımıyla düşük bir fiyat sunmaktadır.

Aşırı düşük teklifleri seçmenin doğurduğu riskler

Sözleşmenin Aşırı düşük teklif veren bir müteşebbise verilmesi İdare için (ve genel olarak kamu yararına olmak üzere) aşağıdaki nedenlerden ötürü zararlıdır.

Temerrüt riski: Aşırı düşük teklif, müteşebbisin özellikle alımın karmaşıklığını yanlış anlaması ya da ihale konusunun teslimine ilişkin tüm riskleri hesaba katmaması halinde, temerrüde düşme riskini de beraberinde getirmektedir. Bu durum müteşebbisin sözleşmeyi yerine getirememesi ya da iflas etmesiyle sonuçlanabilir. İdarenin bu durumda müteşebbisin teslim edemediği hizmetleri ya da yapım işleri için yeniden ihale açması gerekecektir. Sonuçta İdare zaman kaybedecek ve ilave idari yükler ve maliyetler üstlenecektir.

İlave ücretler ya da fiyat artırımları: Aşırı düşük bir teklife göre seçilen bir müteşebbis, sözleşmenin uygulanması sırasında İdareden ek maliyet tahsil etmeye çalışabilir ve daha fazla ücret isteyebilir. sözleşmenin yürütülmesi aşamasında, müteşebbisin pazarlık pozisyonu genellikle güçlüdür. Örneğin, müteşebbis, sözleşmeye dahil olmayan ek ödemeler talep edebilir ve İdarenin bu ek ödemeleri kabul etmemesi durumunda, sözleşmeyi iptal etme tehdidinde bulunur.

Kalite riski: Bir başka risk ise, sunulan malların veya hizmetlerin sözleşmenin şartlarına göre daha düşük kaliteli olmasıdır. Örneğin, aşırı düşük bir teklif veren müteşebbis, kaliteli

materyalleri daha ucuz malzemelerle değiştirerek veya gerekli hizmetleri yerine getirmeksizin sözleşme makamını aldatmaya çalışabilir.

Sosyal, iş ve çevresel yükümlülüklerden kaçınma: Aşırı düşük teklif ile sosyal, iş ve çevre yönetmeliklerine doğru bir şekilde uymama riski vardır. Örneğın, müteşebbis gerekli vergileri, asgari ücretleri veya sosyal harçları ödememeye çalışacaktır. Sonuç olarak, piyasa bozulacak ve dürüst, kanunlara uyan şirketlerin kamu sözleşmelerine başvurma cesaretleri kırılacaktır. Bu da daha az sayıda firmanın alım prosedürlerinde yer alması ve karşılığında fiyatların şişmesiyle uzun vadede rekabetin azalmasına neden olur.

Aşırı düşük teklifler nasıl tespit edilir?

Direktif, Aşırı düşük teklifi tanımlamamakta ya da bu tekliflerin tespit edilmesine yönelik herhangi bir özel yöntem vermemektedir. Direktif yalnızca bir İdarenin, “yapım işlerine, mallara ya da hizmetlere ile ilişkili olarak aşırı düşük gibi görünen” fiyatları veya maliyetleri öneren müteşebbislere açıklama talep etmesi gerektiğini belirtmektedir.

Uygulamada, Aşırı düşük görünen tekliflerin tanımlanmasında sıklıkla aşağıdaki yöntemler kullanılır:

- Bir müteşebbis tarafından önerilen fiyatın (maliyetlerin) alım konusuyla karşılaştırılmasıyla analizi yapılır.
- İhale prosedürü öncesi idarenin tahminlerine dayalı olarak alım bedelinin ihale bedeliyle karşılaştırması yapılır. İdare, fiyatın tahmini değerden sapma oranını değerlendirir.
- Diğer tüm uygun ihalelerde teklif edilen fiyatlarla ihale fiyatının karşılaştırması yapılır. İdare ortalama fiyattan sapmayı değerlendirir veya teklifler arasındaki farkın derecesini doğrular ya da her iki yöntemi de uygular.
- Yukarıda belirtilen yöntemlerin tamamı, bazıları veya bir kombinasyonu uygulanır.

Avrupa Birliğı Adalet Divanı (ABAD) içtihatlarına göre, Aşırı düşük tekliflerin tespitinde aritmetik yöntemler uygulanabilir, ancak bu tekliflerin “otomatik olarak” ihale dışında bırakılmasına neden olmayabilirler². ABAD, Aşırı düşük olduğundan şüphelenilen bir teklif alan İdarenin, ilgili müteşebbisten teklif ile ilgili olarak açıklama talep etmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Müteşebbise, neden bu tür bir teklif sunduğunu açıklama fırsatı verilmelidir ve söz konusu teklif açıklama fırsatı olmadan otomatik olarak ihale dışında tutulamaz³.

Her durumda, aşağıda özetlendiğı gibi, aritmetik yöntem çeşitli nedenlerle ihtiyatlı olarak uygulanmalıdır:

- Aritmetik yöntem, fiyatlar arasındaki farkların büyük olabileceğı fikri hizmetler için çok pratik olmayabilir.
- Bu yöntem çok az sayıda teklif sunulduğunda yanıltıcı olabilir; bazı Üye Devletler bu yöntemin kullanımı için minimum sayıda teklif olmasını gerektirmektedir.
- Referans olarak kullanılan tekliflerin ortalama fiyatı, “ayrık durumdaki tekliflerden” etkilenebilir. Bu terim, bir müteşebbisin İdarenin dikkati çekmek amacıyla bir alım prosedürüne katıldığı ancak sözleşmeyi almayı beklemediğı durumda, çok yüksek “nezaket” tekliflerini ifade eder. Bu nedenle, bazı Üye Devletlerdeki mevzuat bu ayrık teklifleri ortalama fiyat değerlendirmesinin dışında tutmaktadır.

² ABAD, C-285/99 *Impresa Lombardini Davası*

³ ABAD, 76/81 *Transporoute*, C-103/88 *Fratelli Costanzo*, C-599/10 *SAG ELV Slovensko ve Diğerleri Davaları*

- Örneğin bazı müteşebbislerin ihaleye fesat karıştırma planında hazırladıkları ve şişirilmiş fiyat teklif ettikleri; ancak, çok düşük bir teklifin plana dahil olmayan bir istekli tarafından yapıldığı durumda aşırı düşük teklif gerçek ve doğru bir fiyat olabilir.

Aşırı düşük tekliflerin tespitiyle ilgili ulusal çözümler

Birçok Üye Devlet, Aşırı düşük tekliflerin tespiti için herhangi bir yöntem kullanmamaktadır. İdare özel koşulları göz önünde bulundurarak bu değerlendirmeyi her bir olaya göre özel olarak yapmaktadır.

Aşırı düşük olduğu düşünülen tekliflerin tanımlanması için aritmetik yöntemler geçmişte İtalya, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya ve Slovenya gibi bazı Devletlerde de uygulanmıştır. Bu yöntemler, ihale bedelinin, ihalenin tahmini değeri, tekliflerin ortalama bedeli ya da en düşük ve en düşük teklif sayısı arasındaki farklara dayanmaktadır.

İtalya - "anomali eşiği"

İtalya'da sözleşmelerin verilmesi için fiyat tek kriter olsa da kanun "anomali eşiği"nden sapmalar gösteren tekliflerin incelenmesini öngörmektedir. Anomali eşiğinin hesaplanması için beş farklı yöntem kullanılabilir ve İdare, belirli bir davada uygulanacak olanı kurayla belirler. Fiyatların istekliler tarafından manipüle edilmemesi için anomali eşiğinin hesaplanma yöntemi önceden açıklanmamaktadır.⁴

Örneğin, İdare, en yüksek ve en düşük indirimlerin %10'u (tam sayıya yuvarlanmıştır) haricinde "taban fiyata" kıyasla (İdare tarafından belirlenen) önerilen tüm indirimlerin ortalamasına eşit veya bu ortalamalardan daha yüksek bir indirimle ve bu ortalama indirimin üstündeki ortalama indirimlerden ortalama sapma oranıyla artırılan teklifler sunan tüm isteklilerden açıklama talep etmek zorundadır.

Örneğin, aşağıdaki indirimlerle birlikte 11 uygun teklif vardır: %8, %9, %11, %13, %14, %16, %17, %18, %20, %21 ve %25. Ortalama indirim oranının hesaplanması için %8 ve %9 oranında en düşük iki indirim ve %21 ve %25 oranındaki en yüksek iki indirim bir kenara ayrılır (11'in %10'u= 1,1; tam sayıya yuvarlandığında, 2 olur). Ortalama indirim %15,57'dir. Dört teklif, %15,57'den yüksek indirimi göstermektedir: %16, %17, %18 ve %20. Ortalama indirimden ortalama sapmaları %2,18'dir. Bu durumda zorunlu inceleme eşiği ("anomali eşiği") %17,75'tir (%15,57 + %2,18). Sonuç olarak, İdare, tekliflerinde "anomali eşiğini" aşan indirimler yapmaları nedeniyle, %18, %20, %21 ve %25'lik indirimler teklif eden isteklilerden açıklama talep etmek zorunda kalacaktır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriterleri uygulandığında, İdare, fiyat ve diğer ihale kriterleri açısından, sözleşmede öngörülen azami puanın en az beşte dördüne sahip olan isteklilerden açıklama talep etmekle yükümlüdür. Örneğin, alım prosedüründe aşağıdaki kriterler uygulanır: fiyat - maksimum 20 puan; kalite - maksimum 20 puan, ekibin organizasyonu ve yeterlilikleri - maksimum 20 puan; inovasyon - maksimum 20 puan ve uygulama için zaman çizelgesi - maksimum 20 puan. Fiyatları için en az 16 puan ve diğer tüm kriterler için en az 64 puan alan tüm tekliflerle ilgili olarak inceleme prosedürü gerçekleştirilir.

Diğer Üye Devletler bu kadar sofistike aritmetik yöntemler öngörmemektedir.

Polonya

Polonya'da, İdareler, sunulan tüm tekliflerin tahmini değerinden veya ortalama fiyatından %30 daha düşük fiyat içeren bir teklifi veren isteklilerden açıklama talep etmekle

⁴ Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, Madde 97.

yükümlüdürler. Bu yöntemin uygulanması için asgari sayıda ihale teklifi gerekliliği bulunmamaktadır.⁵

Portekiz

Portekiz’de, teklif bedeli, İdare tarafından aşağıdakilere göre belirlenen bütçeye göre fiyattan (“taban fiyat”) daha düşük ise, teklif Aşırı düşük olarak kabul edilir:

- Kamu yapım işleri sözleşmeleri için %40 veya daha fazla;
- Diğer sözleşme türleri için %50 veya daha fazla.

İdare ayrıca farklı “anomali eşikleri” belirleyebilir, ancak bu bilgiyi ihale dokümanındaki olası isteklilere önceden vermelidir⁶.

Romanya

Romanya’da, eski alım yönetmeliklerine göre, bir teklif, teklif edilen fiyatın, KDV hariç, (a) beşten az geçerli teklif sunulduysa, sözleşmenin tahmini değerinin %85’inden düşük olduğu, (b) verilen tekliflerin fiyatının aritmetik ortalamasının %85’inden düşük olduğu durumda gerçekleştirilecek ya da temin edilecek olan şeye ilişkin olarak, en az beş teklif sunulması halinde, önerilen en düşük ve en yüksek fiyatları göz önünde bulundurmadan aşırı düşük teklif olarak değerlendirilir⁷. Bu hükümler 2016 yılında yeni bir Kamu Alımları Kanunu kabul edildiğinde silinmiştir ve yeni Kanun Aşırı düşük bir teklifin tespit edilmesi için aritmetik bir kriter öngörmemektedir⁸.

Slovakya

Slovakya’da, aşağıdaki koşulların yerine getirilmesi halinde, teklif aşırı düşük olarak değerlendirilir:

- 1) Yeterliliğe sahip istekliler tarafından sunulan en az üç teklifin ihalenin şartlarını yerine getirmesi.
- 2) Teklifin, diğer tüm tekliflerin ortalama fiyatından en az %15 daha düşük bir fiyat sunması.
- 3) Teklifin, diğer ikinci düşük tekliften en az %10 daha düşük bir fiyat sunması.

Bir teklifin aşırı düşük olarak değerlendirilmesi için (1), (2) ya da (1) ve (3)’te belirtilen koşulların sağlanması yeterlidir⁹.

Direktif Aşırı düşük teklifler hakkında ne diyor?

İdareler, tekliflerin yapım işleri, mal veya hizmetler ile ilişkili olarak aşırı düşük olduğu hallerde müteşebbislerin ihalede teklif edilen fiyat veya maliyetleri açıklamalarını zorunlu kılmak zorundadır (Direktifin 69 (1). Maddesi).

Bu da İdarenin aşağıdakileri yapmaya izinli olmadığı anlamına gelir:

⁵ 29 Ocak 2004 tarihli Kamu İhale Kanunu, değiştirilmiş haliyle, Madde 90 (1), şu adreste bulunabilir: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0015/30336/Public_Procurement_Law_2015_consolidated.pdf

⁶ *Código dos contratos públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro*, Article 71.

⁷ *HOTĂRÂRE nr. 925 din 19 iulie 2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.*

⁸ *Lege Nr. 98/2016 din 19 mai 2016 privind achizițiile publice.*

⁹ *ZÁKON z 18. novembra 2015 o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, §53 (3).*

- Bu incelemeyi gerçekleştirmeden önce aşırı düşük bir teklifi kabul etmek;
- İsteklinin, fiyatın veya masrafların neden düşük olduğunu açıklamasına izin vermeden, aşırı düşük görünen bir teklifi reddetmek.

Direktif, müteşebbislerden gelen açıklamaların "özellikle" aşağıdakileri belirtebileceğini ifade eder:

- İmalat süreci ekonomisi, sunulan hizmetler veya inşaat yöntemleri;
- Seçilen teknik çözümler veya ürün veya hizmetlerin temini veya yapım işlerinin yürütülmesi için isteklinin kullanabileceği istisnai derecede uygun koşullar;
- İsteklinin teklif ettiği yapım işlerinin, malların veya hizmetlerin özgünlüğü;
- Zorunlu AB yasalarından ya da sosyal, iş ya da çevre konulu hukuk ya da uluslararası iş hukuku alanlarında AB hukukuna uygun ulusal yasadaki kaynaklanan yükümlülükler uygunluk;
- İsteklinin devlet yardımı alma ihtimali.

Direktif, muhtemel açıklamaları sıralamadan önce "özellikle" sözcüğünü kullanır, dolayısıyla bu liste bütün olasılıkları içermez. Liste tamamen gösterge niteliğinde de değildir. ABAD içtihadına göre, idarelerin açıklamaların ilişkili olduğu faktörleri veya unsurları sınırlandırmalarına izin verilmez.

İnceleme prosedürü

Direktif, İdarenin, danışmanlık yapan müteşebbis tarafından sağlanan bilgileri (açıklamaları) değerlendirmesini zorunlu tutmaktadır.

İyi ihale uygulamalarına uygun olarak, İdare fiyat veya maliyetlerin düşük olmasıyla ilgili açıklamaların sunulması için makul bir zaman sınırı belirlemelidir. Direktifte, İdare tarafından belirlenecek minimum süre belirtilmemektedir. Bu süre, ulusal düzenlemeler veya içtihatlar tarafından belirlenir ve Üye Devletler bu konuda farklı yaklaşımlara sahiptir. Örneğin, İtalya'daki kanun hükümleri açıklamaların sunulma süresinin 15 günden az olmamasını gerektirirken, Fransız içtihadı, dört gün gibi kısa bir sürenin yeterli olduğunu teyit etmektedir.

Direktif, İdarenin yalnızca bir veya daha fazla bilgi talebinde bulunup bulunamayacağını belirtmemektedir. Direktifteki ifadeler, istekli tarafından yapılan ilk açıklamalar yeterince açık olmadığı takdirde, İdarelerin ek bilgi veya açıklama talep etmesini engellemez. Ayrıntılar, Üye Devletlerdeki ulusal kanunlar veya uygulamalar tarafından belirlenir.

İnceleme sürecinin tamamlanmasının ardından kabul edilen teklifle ilgili kararlar: İnceleme sürecinin ardından, İdare, aşırı düşük olduğundan şüphelendiği teklifle ilgili bir karar vermelidir.

Direktif¹⁰, İdarenin teklifi, yalnızca müteşebbis tarafından yapılan açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, teklif edilen fiyat ya da maliyetlerin düşüklüğü konusunda sunulan belgeler yeterli bir açıklama yapmadığında reddedebileceğini belirtmektedir. İdare, yalnızca, soruşturmayı takiben, ihaleyi gerçekten aşırı düşürdüğünü tespit ettiği teklifi reddetme hakkına sahiptir. İdarenin müteşebbisle istişare ederek analiz ettiği müteşebbis tarafından yapılan açıklamalar, fiyatın (maliyet) gerçek olduğunu gösteriyorsa, teklif aşırı düşük olarak değerlendirilemez ve reddedilemez.

İdare, bir teklifi aşırı düşük olduğu gerekçesiyle reddederse, müteşebbise ihale reddi sebeplerini olabildiğince hızlı bir şekilde ve her halükarda, müteşebbisin bu bilgilere yönelik yazılı talebinin alınmasından itibaren 15 gün içinde bildirmekle yükümlüdür¹¹.

¹⁰ Madde. 69 (3)

¹¹ Madde. 55 (2) b)

Aşırı düşük olduğu tespit edilen tekliflerin reddedilmesinin nedenleri, İdare hazırlanan ihale prosedürü ile ilgili ayrı raporda da yer almalıdır¹².

Aşırı düşük teklifler ve devlet yardımı

Düşük bir fiyatla veya düşük maliyetle sunulan teklifin açıklamalarından biri, müteşebbin devlet yardımından faydalanması olabilir. Direktif, bu gibi durumlarda teklif reddi ile ilgili özel kurallar sunmaktadır.

Bir İdare, teklifi yalnızca bu gerekçelerle reddedebilir, ancak bu durum yalnızca, müteşebbin, İdarenin talebi üzerine, aldığı yardımın iç pazarla uyumlu olduğunu kanıtlayamaması durumunda gerçekleşebilir. Yardımın yasallığı ile ilgili ispat yükü müteşebbise aittir.

İdare, alınan ekonomik desteğin yasal devlet yardımı olduğunu kanıtlaması için müteşebbise “yeterli”, yani makul bir zaman sınırı belirlemelidir. İdare, ilgili müteşebbise danışarak, devlet yardımı hakkındaki hükümlere uygunluk analizi yapar. Müteşebbin İdare tarafından belirlenen zaman içinde yanıt vermesi zorunludur.

Ayrıca, İdare, bu şartlar altında bir teklif reddi konusunda Avrupa Komisyonu'na bilgi vermekle yükümlüdür.

Sorular ve Cevaplar

İdare aşırı düşük olarak teklifleri reddetmek zorunda mıdır? Direktif, İdarenin, istekli tarafından verilen açıklamaların, aşırı düşük fiyat veya maliyetleri haklı çıkarmadığı durumlarda teklifleri reddetmek zorunda olup olmadığını açıkça belirtmemektedir.

Ancak, Direktif İdareyi yalnızca tek bir durumda teklifi reddetmek zorunda bırakır. Bu durum, İdarenin, teklifin “Birlik hukuku, ulusal hukuk, ulusal toplu sözleşmeler tarafından kurulan çevresel, sosyal veya iş hukuku alanlarında uygulanabilir yükümlülükler” ya da uluslararası çevre, sosyal ve iş hukuku hükümlerine uygun olmaması gerekçesiyle aşırı düşük olduğunu belirlemesi halinde geçerlidir.

Direktifin bu özel durumda bir teklifi reddetme zorunluluğunu vurgulaması, düşük fiyat/maliyetlerin isteklinin ikna edici bir şekilde açıklamadığı diğer tüm durumlarda, İdarenin söz konusu teklifi reddetmek zorunda olmadığı, ancak buna izninin olduğu anlamına gelebilir. Diğer bir deyişle, bu teklifi reddetmek ya da kabul etmek İdarenin kararına kalmıştır.

Bazı Üye Devletlerin ulusal kanunları bu anlamda çok nettir. Örneğin, Polonya ve Fransa’da İdareler, fiyatın aşırı düşük olduğunun teyit edildiği bir teklifi açıkça reddetmek zorundadırlar. Diğer ülkelerin ulusal yasaları Direktifin üslubunu yansıtmaktadır.

İdare aşırı düşük olduğundan şüphelenilen bir teklifi otomatik olarak ihale dışında tutmaya yetkili midir? İdarenin aşırı düşük görünen bir teklifi otomatik olarak ihale dışında bırakması yasaktır. Bu teklifi ihale dışında bırakmadan önce, İdare öncelikle ilgili müteşebbin düşük fiyat veya maliyetleri açıklamasına izin vermelidir.

Üye Devletler, İdarelerin aşırı düşük teklifleri otomatik olarak reddetmesini şart koşamazlar. Otomatik olarak ihale dışı bırakılmanın yasaklanması, yalnızca Direktifin kapsadığı sözleşmeler için değil, aynı zamanda CJEU içtihatlarına göre daha küçük değerde olan ancak sınır ötesi özel bir öneme sahip sözleşmelere de uygulanmaktadır.

Belirli sınır ötesi öneme sahip sözleşmelerde aşırı düşük olduğu düşünülen tekliflerin otomatik olarak ihale dışı bırakılması dolaylı ayrımcılık anlamına gelebilir. Bu durum uygulamada diğer Üye Ülkelerden gelen müteşebbislere dezavantaj oluşturma ihtimali nedeniyle ayrımcı olabilir. Başka bir Üye Devletten gelen müteşebbin sözleşmenin uygulanma halindeyken düşük teklif

¹² Madde 84.

vermek için gerçek nedenleri olabilir. Düşük fiyat veya maliyetler, örneğin, farklı maliyet yapıları, ölçek ekonomileri veya pazara girmek için kâr marjlarında kasti bir indirimle bağlı olabilir.

ABAD'ın içtihatlarına göre¹³, AB mali eşiklerinin **altında** kalan kamu alımlarında teklifleri aşırı düşük olmaları nedeniyle otomatik olarak ihale dışında bırakmak yine de kabul edilebilir bir durum olabilir. Bu ihale dışında bırakma, belirli koşulların sağlanması koşuluyla mümkündür. Öncelikle, alışandan çok sayıda teklif olmalıdır. İkinci olarak, bu aşırı fazla teklif sayısının karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi zorunluluğu İdarenin idari kapasitesini aşıyor olmalıdır. Üçüncüsü, böyle bir değerlendirmenin zorunlu olarak neden olduğu gecikme, projenin uygulanmasını tehlikeye atıyor olmalıdır.

Bu tür sınırlı koşullar altında, ulusal veya yerel mevzuat veya İdareler aşırı düşük tekliflerin otomatik olarak ihale dışında bırakılması için makul bir eşik koyma hakkına sahip olacaktır.

Ulusal mevzuatın bu türden bir yaklaşımı mümkün kıldığı bir duruma örnek, İtalya'dan verilebilir. Kamu alımlarına ilişkin İtalyan hükümleri, İdarelerin belirli bir "anomali eşliğinden" daha düşük fiyatları olan teklifleri otomatik olarak ihale dışı bırakmasına izin vermektedir; bu durum aşağıdaki koşullarda gerçekleşebilir:

- Seçim kriteri yalnızca fiyattır;
- Alımın değeri AB eşiklerinin altındadır;
- Alım prosedüründe en az on teklif sunulmuştur.

İdarenin en düşük ve en yüksek teklifi otomatik olarak reddetme hakkı var mıdır? Kamu alımlarında, bazı Üye Devletlerde hem en düşük fiyatlı hem de en yüksek fiyatlı teklifin otomatik olarak reddedildiğine ve en iyi teklifin, kalan tekliflerin değerlendirmesinden sonra seçildiğine ilişkin popüler bir efsane vardır. Bu uygulama yasaktır.

Bu efsanenin kökeni, ortalama ihale fiyatı temelinde belirlenen "anomali eşikleri" kullanımına ilişkin yanlış anlama olabilir. Nitekim, bazı ulusal mevzuatlara göre, ortalama fiyatlardan büyük ölçüde sapan fiyatları içeren teklifler, sunulan tekliflerin ortalama fiyatı hesaplandığında dikkate alınmaz. Ancak, bu uygulama, bu farklı tekliflerin "reddedildiği" anlamına gelmemektedir. Aslında bu teklifler İdarenin ortalama fiyattan farklılıkları nedeniyle daha ayrıntılı incelenmesi gereken teklifleri belirlemek amacıyla tekliflerin ortalama fiyatını hesaplarken, değerlendirilmektedir, ancak bu teklifler ortalama fiyat hesaplamasına dahil edilmez (Farklı tekliflerin ortalama fiyat üzerindeki etkisini engellemek için).

Bu efsaneye ilişkin diğer olası bir açıklama da, 1980'lerde ve 1990'larda "ortalama fiyat" kriterinin İtalya ve İspanya'da uygulanması olup sözleşmenin ortalama fiyata en yakın fiyat sunan istekliye verildiği durumdur. Sözleşme en düşük ya da ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan istekliye değil de "ortalama" fiyat sunan istekliye verilmiştir. Bu uygulama CJEU tarafından kanuna aykırı bulunmuştur¹⁴.

Aşırı düşük teklif kavramı yalnızca fiyatın (maliyetin) değerlendirilmesiyle mi sınırlıdır yoksa diğer faktörlerle veya İdare tarafından uygulanan seçim kriterleriyle de ilişkili midir? Direktif, aşırı düşük fiyatları (maliyetler) olan tekliflere değil de "aşırı düşük tekliflere" değinmektedir. Aşırı düşük teklifler ile ilgili Direktifte yer alan hükümler, özellikle aşırı düşük gibi görünen "fiyat veya maliyeti" inceleme gerekliliklerine atıfta bulunmaktadır. Ancak, bu hükümler, bir teklifin aşırı düşük olduğunu gösterebilecek fiyat veya maliyet dışı faktörlerin değerlendirilmesini yasaklamaz.

Aşırı düşük teklif kavramının fiyat kriteri dışındaki kriterlere uygulanamayacağını belirten herhangi bir açıklama yoktur. Sözleşme, fiyata ek olarak bir dizi ihale kriterleri uygulayarak

¹³ CJEU Davası C-147/06 *SECAP ve Santorso*.

¹⁴ CJEU Davası 274/83 *Komisyon İtalya'ya karşı*.

ekonomik açıdan en avantajlı teklife verilirse, aşırı düşük teklif şartlarından kaynaklanan gereklilikler sadece fiyat kriterine değil aynı zamanda tekliflerin değerlendirilmesi için kullanılan diğer kriterlere de uygulanır.

Direktif, İdarenin sabit bir maliyet veya fiyat belirlemesine de izin verir ve bu durumda müteşebbislerin yalnızca kalite kriterleri açısından rekabet etmesi sağlanır. Bu durumda teklif, bir isteklinin sunduğu son derece uygun koşullardan (örneğin, hizmet saatleri, garanti süresi veya yapım işlerinin veya hizmetlerin gerçekleştirilme süresi) dolayı aşırı düşük olabilir. Fiyat, “normalliği” konusunda şüphe uyandırmamak için o kadar düşük olmayabilir, ancak teklifin tamamı, teklif edilen fiyata yönelik olarak önerilen şey açısından aşırı düşük olabilir. Böyle bir durumda, İdare tarafından aranan açıklamalar fiyatın kendisiyle değil, bu fiyat için teklif edilen hizmetle ilgilidir.

Bir teklifin aşırı düşük olup olmadığı konusu, teklifin tüm özelliklerine ilişkin olarak dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir müteşebbisin, daha az hizmet sunan diğer müteşebbislerle aynı veya neredeyse aynı fiyata daha fazla hizmet sunması halinde, bu teklif de aşırı düşük kabul edilebilir. Aynı durum, bir sözleşmenin gerçekleştirilme süresinin önemli ölçüde kısaltılmış olduğu bir teklif veya bir sözleşmenin gerçekleştirilmesi için gerekli olan daha az sayıda saat içeren bir teklif için de geçerlidir¹⁵.

İdarenin müteşebbislerden daha önce, örneğin ihale belgelerinde, açıklama talep etme hakkı var mıdır? ABAD içtihadı¹⁶ İdarenin, satın alma sürecini düzene sokmak için, düşük fiyatlar (maliyetler) ile ilgili müteşebbislerden önceden açıklama isteyebileceğini doğrulamaktadır. Bu durumda, İdare, sözleşmenin tahmini bedelini (veya “temel fiyatını”) önceden ihale ilanında (veya ihale belgelerinde) açıklamak zorundadır. Aynı zamanda, daha düşük fiyat veren müteşebbislerin açıklama getirmesi gereken mali seviyeyi de belirlemelidir. Bu şekilde, İdare, verilen açıklamaları analiz etmeden ve müteşebbislerin ek açıklama sunmalarına izin vermeden, düşük teklifleri otomatik olarak ihale dışında bırakamayacaktır.

Sektörler

Sektörler Direktifi'nin¹⁷ 84. Maddesi, aşırı düşük tekliflerle ilgili Direktif ile aynı hükümleri içermektedir.

¹⁵ CJEU T-495/04 *Belfass* Davası.

¹⁶ C-285/99 *Impresa Lombardini*.

¹⁷ 2004/17/EC sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli Direktifi ilga eden su, enerji, nakliye ve posta hizmetleri sektörlerindeki kuruluşlar tarafından yapılan alımlara ilişkin 2014/25/AB sayılı Direktif.

Ek bilgi

Yayınlar

SIGMA (2015), *Kamu Alımları Eğitim El Kitabı – Modül E5*, OECD Yayınları, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

Kamu Alımları Özetleri

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), *İhale Kriterlerini Belirleme*, Dosya 8, OECD Yayınları, Paris

SIGMA (2016), *Tekliflerin Değerlendirilmesi ve İhalenin Sonuçlandırılması*, Dosya 9, OECD Yayınları, Paris

SIGMA (2016), *Kullanım Ömrü Maliyetlendirmesi*, Dosya 34, OECD Yayınları, Paris