

geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem ihale süreci içerisinde tesis edilen bir işlem olduğundan Daire kararında değinildiği gibi dava açılmadan öncelikle idareye şikayet başvurusunda bulunarak buradan alınan yanıt üzerine bu işlemleri incelemeye yetkili olan Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikayet başvurusu üzerine dava açılması gerekmekte olup belirtilen idari usul yolu tüketilmeden açılan davanın esasını inceleyen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir

# 1

## KAMU İHALELERİNDE KAMU İHALE KURUMUNA BAŞVURUNUN ZORUNLU DAVA ŞARTI OLDUĞU

T.C DANIŞTAY

İdari Dava Daireleri Kurulu

Esas: 2007/ 2732

Karar: 2011 / 224

Karar Tarihi: 08.04.2011

ÖZET: Davaya konu uyuşmazlıkta, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem ihale süreci içerisinde tesis edilen bir işlem olduğundan, Daire kararında da değinildiği gibi dava açılmadan, öncelikle idareye şikayet başvurusunda bulunarak buradan alınan yanıt üzerine bu işlemleri incelemeye yetkili olan Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikayet başvurusu üzerine dava açılması gerekmekte olup, belirtilen idari usul yolu tüketilmeden açılan davanın esasını inceleyen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

(4734 S. K. m. 11, 54, 55, 56, 57) (2577 S. K. m. 14, 15)

İstemin Özeti: Ankara 6. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 günlü, E:2007/99, K:2007/683 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Şehnaz Gençay Karabulut'un Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Onüçüncü Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal Demirci'nin Düşüncesi: 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 54. maddesinde idareler ve ihale

komisyonlarının ihalelerin bu Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususundaki sorumluluklarının ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun aşağıdaki maddelerde belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikayet suretiyle inceleme talebinde bulunabilecekleri, 55. maddesinde ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından öncelikle idareye şikayette bulunulacağı, idarenin otuz gün içinde gerekçeli bir karar alacağı, alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya isteklinin onbeş gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği, 56. maddesinde itirazın şikayetin dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olduğu ve 57. maddesinde ise şikayetler ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararların mahkemelerde dava konusu edilebileceği belirtilmiştir.

Aynı Kanunun 11/1. maddesinde, bu maddenin devamında, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları belirtilen isteklilerin, bu yasaklara rağmen ihaleye katılmaları halinde, ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davalı idare tarafından 13.09.2004 tarihinde yapılan ... Barajı ve ... Elektromekanik Teçhizat Temin, Tesis ve Montajı işi ihalesine teklif veren davacı şirketin yönetim kurulu üyesinin, aynı zamanda ihaleyi yapan davalı idarenin de genel müdürü olduğu, dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun 11. maddesine aykırı davranıldığından bahisle ihale nedeniyle verdiği geçici teminatın gelir kaydedilmesi gerektiği hususunun ilgili bankaya bildirilmesine ilişkin olarak ihaleyi yapan makam tarafından tesis edilen işlemin iptali istemiyle dava açıldığı, Danıştay Onüçüncü Dairesince, davacı şirketin geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin, ihale sürecinde tesis edilmesi nedeniyle bu

işleme karşı idareye yapılacak şikayet başvurusunun reddi üzerine Kamu İhale Kurumu`na başvurulması gerekirken, bu yollar tüketilmeksizin, ihaleyi yapan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü`ne karşı açılan davada; 2577 sayılı Kanunun 14. ve 15. maddeleri uyarınca, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merdine tevdi kararı verilmesi gerekilen, bu aşamada açılan davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda isabet bulunmadığı gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulduğu, idare mahkemesince, 4734 sayılı Kanunun 11. maddesi kapsamında geçici teminatın irat kaydedilmesi halinde itirazın şikayet yolu işletilmeden doğrudan dava açılabileceği gerekçesiyle kararında ısrar ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle 4734 sayılı Kanunun 54, 55 ve 56. maddelerinde öngörülen usul izlenmeden, başka bir anlatımla öncelikle idareye başvurulmadan ve sonrasında Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusu yapılmadan açılan davada; 2577 sayılı Kanunun 14. maddesinin (3-b) işaretli bendinde belirtilen merci tecavüzü bulunduğundan, anılan Kanunun 15. maddesinin (1-e) işaretli bendi uyarınca dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdiine karar verilmesi gerekirken, işin esası hakkında karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; davalı idarece, 13.09.2004 tarihinde yapılan ... Barajı ve ... Elektromekanik Teçhizat Temin, Tesis ve Montajı işi ihalesine teklif veren davacı şirketin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu`nun 11. maddesine aykırı davrandığından bahisle, ihale nedeniyle verdiği geçici teminatın gelir kaydedileceğinin

bildirilmesine ilişkin 23.5.2005 günlü, 1156 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesinin 8.3.2006 günlü, E:2005/1448, K:2006/348 sayılı kararıyla; yönetim kurulu üyesi olarak davacı şirketin yönetim ve temsilinde yetkili olan kişinin, aynı zamanda ihale kararının alınması ve sonucunun onaylanması aşamalarında ihaleyi yapan idare adına hareket eden kişi konumunda da olması nedeniyle, davacı şirketin 4734 sayılı Yasa'nın 11/d maddesinde yer alan hüküm uyarınca, ihaleye katılması yasak olanlar arasında kabul edilerek, yatırılan geçici teminatın gelir kaydedilmesine yönelik işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 15.1.2007 günlü, E:2006/4755, K:2007/134 sayılı kararıyla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54, 55, 56 ve 57. maddeleri uyarınca, yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, 55. maddede öngörülen usul izlenerek yapılan şikayet başvurusu üzerine idarece verilen kararlara karşı 4734 sayılı Yasa hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumlar belirtilerek Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikayet başvurusunun, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğu; itirazın şikayet başvurusu hakkında yetkili makam olan Kamu İhale Kurulunca verilmiş bir karar olmadıkça idari başvuru yolunun tüketildiğinden söz edilemeyeceği ve bu yol tüketilmeden dava açılmasının mümkün olmadığı; geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin istemin de ihale süreci içerisinde, dolayısıyla da idari itiraz sürecine tabi bir işlem olması nedeniyle bu işleme karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulup Kurulca bir karar alınmadan dava açılabilmesine olanak bulunmadığı, bu nedenle geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin ihale sürecinde tesis edilen işleme karşı idareye yapılacak şikayet başvurusunun reddi üzerine, Kamu İhale Kurumuna başvurulması gerekirken, bu

yollar tüketilmeden açılan davada, 2577 sayılı Yasa'nın 14. ve 15. maddeleri uyarınca idari merci tecavüzü bulunduğundan dosyanın merciine tevdiine karar verilmesi gerekirken, davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak davanın reddi yolundaki önceki kararında ısrar edilmiştir.

Davacı, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 günlü, E:2007/99, K:2007/683 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. ve 55. maddelerinde, idareler ve ihale komisyonlarının, ihalelerin bu Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususunda yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusuna karşı da sorumlu oldukları; bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığını iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun öncelikle idareye şikayette bulunacağı düzenlemesine yer verildikten sonra, idarece şikayet başvurusu üzerine verilecek kararlara karşı ilgilisinin Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

Aynı Yasa'nın 53. maddesinde ise Kamu İhale Kurumu'nun bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerin bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurumun yetkileri arasında bulunduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda açıklanan hükümlerinin birlikte incelenip değerlendirilmesinden; Kamu İhale Kurumu'nun ihale süreci içerisinde, bir başka anlatımla, ihalenin başlangıcından ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan sürede, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri

inceleyerek bu şikayetleri sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Davaya konu uyuşmazlıkta da, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem ihale süreci içerisinde tesis edilen bir işlem olduğundan, Daire kararında da değinildiği gibi dava açılmadan, öncelikle idareye şikayet başvurusunda bulunarak buradan alınan yanıt üzerine bu işlemleri incelemeye yetkili olan Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikayet başvurusu üzerine dava açılması gerekmekte olup, belirtilen idari usul yolu tüketilmeden açılan davanın esasını inceleyen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 6. İdare Mahkemesince verilen 15.3.2007 günlü, E:2007/99, K:2007/683 sayılı ısrar kararının Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 08.04.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

#### KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar Ankara 6. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 günlü, E:2007/99, K:2007/683 sayılı ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.