

idarenin ihalede düzeltici işlem kararının yerine getirilmesi için alınan 2.nci ihale komisyonu kararı ile ihalede en avantajlı teklif sahibi olan istekli ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olan isteklinin değişmesi nedeniyle, ihale sürecinde davacı şirketin hak kaybına uğradığını iddia edebileceği yeni bir işlemin ortaya çıktığının kabulü gerektiği (Danıştay K)

T.C.

D A N I ř T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3603

Karar No:2021/3148

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

MÜDAHİL (DAVALI YANINDA) : ... Elektrik Otomasyon Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Kontrol Teknolojileri ve Otomasyon Sanayi

Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nce 11/11/2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Orta Gerilim Motor, Frekans Konvertörü ve Motor Besleme Hücresi Temini, Montajı ve Demontajı" ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun süre yönünden reddine dair Kamu İhale Kurulu'nun 21/04/2021 tarih ve 2021/UM.I-847 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; 25/01/2021 tarihinde tebliğ edilen kesinleşen ihale komisyonu kararına göre ihalenin davacı şirketin uhdesinde bırakıldığı ve müdahilin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlendiği, bunun üzerine davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine yönelik olarak müdahil tarafından 03/02/2021 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu, idarenin 12/02/2021 tarihinde tebliğ edilen "şikâyete cevap" konulu yazısında, davacı şirketin teklif ettiği Fuji marka Frenic4600 serisi 0G frekans konvertörünün Frekans Konvertörü Şartnamesi'nin 8.3. maddesinde düzenlenen saklama koşullarını sağlamadığının belirlendiğine yer verilerek ihalede düzeltici işlem tesis edilmesine karar verildiğinin bildirildiği, bu bildirim üzerine teklif ettikleri cihazın Frekans Konvertörü Şartnamesi'nin 8.3. maddesindeki düzenlemelere uygun olduğuna

yönelik ilgili kataloglar ve üretici teyit yazıları da eklenerek idareye 15/02/2021 tarihinde davacı şirket tarafından başvuruda bulunulduğu, böylelikle idarenin tereddüt duyduğu hususlarda gerekli açıklamaların yapıldığı ve tekliflerinin yeniden değerlendirmeye alınmasının talep edildiği, ancak 10/03/2021 tarihinde tebliğ edilen düzeltici işlem ihale komisyonu kararına göre belirtilen bildirim yazısındaki gerekçe ile davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı ve ihalenin ... Elektrik Otomasyon Tic. Ltd. Şti. üzerinde bırakıldığı, söz konusu karar üzerine idareye 17/03/2021 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulduğu, idare tarafından şikâyet başvurularınının 26/03/2021 tarihinde bildirilen yazı ile reddedilmesi üzerine 05/04/2021 tarihinde davalı idare kayıtlarına giren dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, dava konusu Kurul kararında "başvuru sahibi şirketin, teklif edilen cihazın Teknik Şartname'nin 8.3. maddesindeki kriterleri karşılamadığı hususunda idarece düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiğine karar verildiğinden 12/02/2021 tarihinde haberdar olunduğu, bu hâliyle şikâyete konu işlemin farkına varıldığı/farkına varılması gereken tarihin 10/03/2021 tarihi değil, idarece başvuru sahibi istekli dâhil ihaleye katılan tüm isteklilere gönderilen şikâyete cevap yazısınının tebliğ tarihi olan 12/02/2021 tarihi olduğu" gerekçesine yer verilerek başvurunun süre yönünden reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı;

Uyuşmazlıkta, idarenin düzeltici işlem kararınının yerine getirilmesi için alınan 01/03/2021 tarihli ikinci ihale komisyonu kararı ile ihalede en avantajlı teklif sahibi olan istekli ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olan isteklinin değişmesi nedeniyle, ihale sürecinde davacı şirketin hak kaybına uğradığını iddia edebileceği yeni bir işlemin ortaya çıktığınının kabulü gerektiği, ihale sürecinde yeni bir hukukî durum meydana getiren ihale sürecine etkili bir kararın alınması üzerine başvuruya konu edilebilecek işlemi ve hukuka aykırılık nedenini öğrenen ilgililerin bu tarihten itibaren Kanun'da öngörülen sürede idareye

başvurmalarına hukukî bir engel bulunmadığı;

Bu itibarla, ihale sürecinde yeni bir işlem olarak ortaya çıkan, ihalenin bütün hüküm ve sonuçlarının yer aldığı 01/03/2021 tarihli kesinleşen ihale kararının davacıya tebliğ edildiği 10/03/2021 tarihinden sonra davacı şirket tarafından 17/03/2021 tarihinde yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun süresinde olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, 13/01/2021 tarihli ihale komisyonu kararına karşı müdahil şirketçe yapılan şikâyet başvurusu üzerine verilen ve 12/02/2021 tarihinde tebliğ edilen şikâyete cevap yazısında, davacı şirketçe teklif edilen cihazın Teknik Şartname'nin 8.3. maddesindeki kriterleri karşılamadığı ve bu hususa ilişkin düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiğine ilişkin karar verildiği, bu karara karşı başvuru yapılabilecek itiraz süresi ve merciinin, on gün içinde Kamu İhale Kurumu olarak belirtildiği, bu durumda davacı şirketin şikâyete konu işlemin farkına vardığı tarih olan 12/02/2021 tarihini izleyen günden itibaren on gün içinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, başvurusunun süresinde yapılmadığının anlaşıldığı, davacı şirketin basiretli tacir olarak mevzuatın kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmesi ve kamu düzeni gereği kanunla düzenlenen süreye ilişkin kurallara uygun hareket etmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, dava konusu kararın eksik, hatalı ve kanuna aykırı olduğu, 12/02/2021 tarihli bildirimde sadece düzeltici işleme ilişkin ihale komisyonu kararı tesis edileceğinin belirtildiği, ancak düzeltici işlemin içeriğinin açıklanmadığı, düzeltici işleme ilişkin karar tebliğ edilmeden, ihale komisyonu kararının içeriği bilinmeden davalı idareye itirazın şikâyet yoluna

başvurulmasının usul ve yasaya aykırılık teşkil edeceği, kaldı ki kesinleşen ihale komisyon kararı alınmadan 15/02/2021 tarihinde 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca idarenin tereddüt yaşadığı katalog bilgisini açıklayan ve teyit eden üretici firma yazısının idareye sunulduğu, bu yazının kesinlikle idareye şikâyet başvurusu değil, süreç devam ederken idareyi aydınlatmaya yönelik bir içerik taşıdığı, düzeltici işleme ilişkin ihale komisyonu kararının 01/03/2021 tarihinde verildiği ve 10/03/2021 tarihinde EKAP üzerinden kendilerine tebliğ edildiği, bu tebliğin üst yazısında, 10 gün içerisinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulabileceğine yer verildiği, idarenin yönlendirmesi ile yasal süre içinde 17/03/2021 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCEİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin reddine,
2. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davalıya iadesine,
5. Kullanılmayan ... -TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davalı idareye iadesine,
6. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
7. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 04/10/2021 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İdareye şikâyet başvurusu" başlıklı 55. maddesinin 1. fıkrasında, "Şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hâllerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. ..."; 3. fıkrasında, "İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan karar, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz."; "Kuruma itirazın şikâyet başvurusu" başlıklı 56. maddesinde, "İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55'inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hâllerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. ..." kurallarına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından teklif edilen cihazın Teknik Şartname'nin 8.3. maddesindeki kriterleri karşılamadığı ve düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiğine ilişkin olarak verilen kararın "şikâyete cevap" konulu yazı ekinde 12/02/2021 tarihinde davacı şirkete tebliğ edildiği, düzeltici işlem tesis edilmesine ilişkin kararda bu karara karşı başvuru yapılabilecek itiraz süresi ve merciinin açıkça on gün içinde Kamu İhale Kurumu olduğuna yer verildiği, dolayısıyla davacı şirketin şikâyete konu işlemin farkına vardığı tarih olan 12/02/2021 tarihini izleyen günden itibaren on gün içinde en geç 22/02/2021 tarihine kadar Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 05/04/2021 tarihinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğundan, davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun süresi içinde yapılmadığının anlaşıldığı, ayrıca şikâyete cevap yazısından sonra alınan 01/03/2021 tarihli ikinci ihale komisyonu kararının davacı şirkete tebliğ edilmesinin sona ermiş olan şikâyet süresini yeniden başlatmayacağı da açıktır.

Bu itibarla, davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun süresinde yapılmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararının bozulmasına, davanın reddine karar verilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.