

ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verileceği hükmüne yer verilmiş ise de Tebliğın Kanuna aykırı olamayacağı böyle bir durumda Kanuna göre uyuşmazlığın çözüleceği açık olup sözleşmenin imzalanacağı tarihte ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi sonucunda ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı

olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine ilişkin 4734 sayılı Kanununda düzenleme bulunmaması karşısında ihalenin iptaline ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka ve mevzuata uygunluk bulunmadığı öte yandan dava konusu ihale kararının iptal edildiğinin davacı şirkete tebliğine ilişkin EKAP bildirim kaydında 10 gün içerisinde idareye şikayet başvurusunda bulunulabileceğinin belirtildiği herhangi bir şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusu olmaksızın ihale

kararının idarece resen iptal edilmesi hâlinde Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı hk

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2018/503 K.

2017/2939 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2017/2939

Karar No:2018/503

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) ...

Vekili : ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : ...

İstemin Özeti : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 30.5.2. bendinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanun'unun 42. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme tarihinde yapılan yasaklılık teyidi sonucunda yasaklı olduğunun teyit edilmiş olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verileceğinin düzenlendiği, bu çerçevede tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu, bu süreçte sadece ihale yetkilisinin onayladığı isteklinin yasaklı olup olmadığının teyit edildiği, sözleşmenin imzalanmasına ilişkin süreci düzenleyen mevzuatta ikinci en avantajlı teklifi veren istekliye ilişkin her hangi bir düzenleme bulunmadığı, davacının ihale komisyon kararının iptal edilmesinden sonra

yeni bir karar alınmak suretiyle ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı 2. teklif sahibi olan kendisinin üzerinde bırakılması gerektiği yönündeki iddiasının yasal dayanağının bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi ...'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının, Dairemiz kararında belirtilen gerekçe ile 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 işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı tarafından; İnşaat ve Emlak Daire Başkanlığı tarafından 26.10.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "... SĞİM'ne 2 adet insan asansörü ve ... SSGM'ne 1 adet insan asansörü yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak ihale kararının iptali yönündeki davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; davacı şirketin ihaleye katıldığı, yaklaşık maliyetin 325.146,13-TL, sınır değer 253.500-TL olarak belirlendiği; söz konusu ihaleye 4 (dört) isteklinin teklif sunduğu, ihalenin 289.000,00.-TL fiyat teklifi ile ...-... Ticaret (... Asansörleri) firması üzerinde bırakıldığı ve davacının 289.000,00.-TL teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlendiği, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığına ilişkin yapılan teyitte ...'ın **4735** sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu gereğince 15.11.2016 tarihinden başlamak üzere bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiğinin anlaşılması üzerine 29.11.2016 tarihinde ihale kararının iptal edildiğinin 30.11.2016 tarihinde EKAP üzerinden davacı şirkete

bildirilerek 10 gün içinde idareye şikayet başvurusunda bulunabileceğinin belirtildiği, iptal kararına karşı davacı tarafından 08.12.2016 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu İnşaat ve Emlak Daire Başkanlığı'na şikâyet başvurusunda bulunulduğu, idarenin 13/12/2016 tarihli kararı ile başvurunun reddi sonrasında, 22.12.2016 tarihinde Kamu İhale Kurumu'na itirâzen şikâyet başvurusunda bulunulduğu, Kurulun 28.12.2016 tarihli ve ... sayılı karar ile başvurunun görev yönünden reddine karar verilmesi üzerine davacı şirket tarafından ihalenin iptali yönündeki davalı idare işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, dava konusu olayda her ne kadar; Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Teyit işlemleri" başlıklı 30.5.1 maddesinde 4734 sayılı Kanunun 40. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda ihale üzerinde bırakılan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci isteklinin ikisinin de yasaklı olduğunun tespiti durumunda ihalenin iptaline, anılan Kanunun 42. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verileceği hükmüne yer verilmiş ise de Tebliğin Kanuna aykırı olamayacağı, böyle bir durumda Kanuna göre uyuşmazlığın çözüleceği açık olup sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi sonucunda ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine ilişkin 4734 sayılı Kanunu'nda düzenleme bulunmaması karşısında ihalenin iptaline ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka ve mevzuata uygunluk bulunmadığı, öte yandan; dava konusu ihale kararının iptal edildiğinin davacı şirkete tebliğine ilişkin EKAP bildirim kaydında 10 gün içerisinde idareye şikayet başvurusunda bulunulabileceğinin belirtildiği, herhangi bir şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusu olmaksızın ihale kararının idarece re'sen iptal edilmesi hâlinde Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı açık olup, ihale kararının iptaline ilişkin işleme karşı doğrudan dava

açılması mümkün olmasına rağmen dava konusu işleminde gösterilen başvuru yolunun hatalı gösterilmesi nedeniyle idarenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve hak arama özgürlüğünün ihlal edilmiş olması karşısında, 30.11.2016 tarihinde davacıya yapılan tebliğin dava açma süresini başlatmadığı ve 01.02.2017 tarihinde açılan dava süresinde olup davalı idarenin süre itirazı yerinde görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (Kanun) "İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesinin son fıkrasında "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.", "Sözleşmeye davet" başlıklı 42. maddesinin birinci fıkrasında "41'inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir. Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi zorunludur.", "Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu" başlıklı 44. maddesinin ikinci fıkrasında ise "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." kuralı yer almaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasında, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiş, ancak ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olduğunun tespit edilmesi hâlinde ne yapılacağı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasında ise, ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanamaması durumunda, ihale yetkilisinin uygun görmesi şartıyla, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile Kanun'da belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalama konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, İnşaat ve Emlak Daire Başkanlığı tarafından 26.10.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "... SĞİM'ne 2 adet insan asansörü ve ... SSGM'ne 1 adet insan asansörü yapım İşi" ihalesine 4 (dört) isteklinin teklif sunduğu, ihalenin 289.000,00.-TL fiyat teklifi ile ...-... Ticaret (... Asansörleri) firması üzerinde bırakıldığı ve davacının 289.000,00.-TL teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlendiği, ihale komisyonu kararının 31.10.2016 tarihinde ihale yetkilisi tarafından onaylandığı, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ihale üzerinde bırakılan istekli ...'ın bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklandığının anlaşılması üzerine 29.11.2016 tarihinde ihale kararının iptal edildiği, davacı şirket tarafından söz konusu davalı idare işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin (Tebliğ) 30.5.2. maddesinin (III-b) bendinde yer alan "4734 sayılı Kanununun 40 ıncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda ihale üzerinde bırakılan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci isteklinin ikisinin de yasaklı

olduğunun tespiti durumunda ihalenin iptaline, anılan Kanunun 42 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verilecektir.” açıklaması uyarınca davalı idare tarafından ihalenin iptaline karar verilmiş ise de, 4734 sayılı Kanun’un 44. maddesinin ikinci fıkrasıyla ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanamaması durumunda, ihale yetkilisinin uygun görmesi şartıyla ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalama konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin, anılan Tebliğ’de yer alan açıklama ile ortadan kaldırıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin belirlendiği uyuşmazlığa konu ihalede, ihale komisyonu kararının ihale yetkilisi tarafından onaylanması sonrasında, ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olduğunun tespiti üzerine, idarenin, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile uygun bulursa sözleşme imzalamak aksi halde ihaleyi iptal etmek konusunda sahip olduğu takdir yetkisini, ihaleye devam etmek seçeneği açısından ortadan kaldıran Tebliğ hükmüne dayanılarak tesis edilen dava konusu işleminde hukuka uygunluk, Kanun’un 44. maddesi yerine 42. maddesini gerekçe yaparak dava konusu işlemi iptal eden Mahkeme kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu ... İdare Mahkemesi’nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle ONANMASINA; dosyanın anılan Mahkeme’ye gönderilmesine, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, posta giderleri avansından artan tutarın davalı idareye iadesine, 2577 sayılı Kanun’un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 15.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.