

# **İhalenin iptali kararına karşı Kamu İhale Kurumun'na itirazın şikayet başvurusunda bulunmaksızın doğrudan dava açılması hk**

halenin iptali kararına karşı Kamu İhale Kurumun'na itirazın şikayet başvurusunda bulunmaksızın doğrudan dava açılmasının mümkün olması – Danıştay 13. Dairesi'nin 30.09.2009 Tarihli, 2009/2769 E. ve 2009/8848 K. Sayılı Kararı

İstemın Özeti: Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.02.2009 tarih ve E:2009/226, K:2009/269 sayılı kararın; 4734 sayılı Kanunun 5812 sayılı Kanun ile değişik 56 maddesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanların itirazın şikayete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabileceğinin hükme bağlandığı, 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin 8. maddesinin de aynı yönde olduğu, 4734 sayılı Kanunu değiştiren 5812 sayılı Kanunun geçici 8. maddesi ile başlamış ihalelerle ilgili hüküm getirildiği, Mahkemenin dilekçeyi Kamu İhale Kurumu'na tevdi üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen 19.03.2009 tarih ve 2009-UY.I-1147 sayılı kararda; 4734 sayılı Kanunun 56. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçe gösterilerek iptal tarihinden önce idareye yapılmış şikayet başvurusu bulunmadığı, bu nedenle iptal kararı ve işlemi ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi

bulunmadığının belirtilerek başvurunun görev yönünden reddedildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir. Savunmanın...

İstemın Özeti: Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.02.2009 tarih ve E:2009/226, K:2009/269 sayılı kararın; 4734 sayılı Kanunun 5812 sayılı Kanun ile değişik 56 maddesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanların itirazın şikayete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabileceğinin hükme bağlandığı, 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin 8. maddesinin de aynı yönde olduğu, 4734 sayılı Kanunu değiştiren 5812 sayılı Kanunun geçici 8. maddesi ile başlamış ihalelerle ilgili hüküm getirildiği, Mahkemenin dilekçeyi Kamu İhale Kurumu'na tevdi üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen 19.03.2009 tarih ve 2009-UY.I-1147 sayılı kararda; 4734 sayılı Kanunun 56. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçe gösterilerek iptal tarihinden önce idareye yapılmış şikayet başvurusu bulunmadığı, bu nedenle iptal kararı ve işlemi ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığının belirtilerek başvurunun görev yönünden reddedildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi: Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5812 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden 05.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5812 sayılı Kanunun 35. maddesinin (b) bendi uyarınca; 4734 sayılı Kanunun 56. maddesini değiştiren 23. maddesinin Resmi Gazete'de yayım tarihinden 30 gün sonra yani 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girdiği, 4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunun 30. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise 35 inci maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe

kadar yani 04.01.2009 tarihine kadar yapılmış olan şikayet başvuruları ile 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddiaları içeren başvuruların, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 4734 sayılı Kanununun 56. maddesinde 5812 sayılı Kanununun 23. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlar herhangi bir ayrıma tutulmaksızın şikayet ve itirazın şikayet başvurularına konu edilebilirken, yapılan değişiklikle, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınan iptal kararlarına karşı 5 gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunmak suretiyle itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesini değiştiren 5812 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 29.01.2009 tarihli dava konusu edilen ihalenin iptali kararının şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınmayıp re'sen alındığı dikkate alındığında, anılan işleme karşı Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunmaksızın, anılan işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması mümkün olduğundan, davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanununun 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar veren idare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi: Davacı şirketin en avantajlı teklif sahibi olarak belirlendiği kanalizasyon inşaat işine ilişkin inşaat ihalesinin iptali işleminin iptali istemiyle açılan davada verilen dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdiine ilişkin kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4734 sayılı Yasanın 4.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5812 sayılı Yasanın 23. maddesi ile değişik 56. maddesinde;

<İdareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanlar itirazın şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.> hükmü yer almış olup, bu dava açılmadan önce 4734 sayılı Yasa hükmünde yapılan değişiklik sonucunda, tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olarak öngörülen usul kuralının dava konusu işlemi de kapsayacak şekilde kaldırıldığı anlaşıldığından, Kamu İhale Kurumu na itirazın şikayet yapılmadığı gerekçesiyle, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdi yolunda verilen kararda usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz konusu kararın bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğiinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin esasa geçilip işin gereği görüşüldü:

Dava, Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) Genel Müdürlüğü tarafından 08.10.2008 tarihinde yapılan işi ihalesine sunulan bütün tekliflerin reddedilerek anılan ihalenin iptal edilmesine ilişkin 26.01.2009 tarihli işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; davada, davacı şirket tarafından davalı idareye ihalenin iptali gerekçelerinin bildirilmesi için yapılan 03.02.2009 tarih ve 8388 sayılı başvurunun 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılmış bir şikayet başvurusu olarak yorumlanarak bu başvuruya verilen cevap üzerine Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu yapılması gerekirken Kamu

İhale Kurumu'na başvurulmadan, yani zorunlu başvuru yolları tüketilmeden dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar verilmiş, bu karar davacı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, ASKİ Genel Müdürlüğü tarafından 08.10.2008 tarihinde işi ihalesinin yapıldığı, anılan davacı şirketin pilot ortağı olduğu ... İnşaat İthalat İhracat Müş. Ticaret Limited Şirketi-... İnşaat Turizm ve Ticaret Limited Şirketi iş ortaklığı tarafından anılan ihaleye teklif verildiği, ihale komisyonunun 26.01.2009 tarihli kararı ile ihaleye sunulan bütün teklifler reddedilerek ihalenin iptal edildiği, davacı şirket tarafından 03.02.2009 tarihli dilekçe ile ihalenin iptaline ilişkin gerekçelerin sorulduğu, davalı idare tarafından verilen 10.02.2009 tarihli cevapta rekabet ortamının oluşmaması nedeniyle ihalenin iptal edildiğinin belirtildiği, ihalenin iptaline ilişkin 26.01.2009 tarihli işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23. maddesi ile değişik 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinde; idareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceği, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanların itirazın şikayete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabileceği, Kurum'un itirazın şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği

açılılarından inceleyeceği, idare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularının ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı inceleneceği, Kanunda belirtilen süreler ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesinin itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunun 30. maddesi ile eklenen başlıklı Geçici 8. maddesinde

Bu Kanunun 35 inci maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış olan şikayet başvuruları ile bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddiaları içeren başvurular, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır.> hükmü yer almıştır.

5812 sayılı Kanunun 35. maddesinin (b) bendinde ise anılan Kanun'un ibaresi ile aynı madde ile Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasında değişiklik yapan hükmün yayımı tarihinden otuz gün sonra> yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıdaki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden 05.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5812 sayılı Kanunun 35. maddesinin (b) bendi uyarınca; 4734 sayılı Kanunun 56. maddesini değiştiren 23. maddesinin Resmi Gazete'de yayım tarihinden 30 gün sonra yani 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girdiği, 4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise 35. maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe kadar yani 04.01.2009 tarihine kadar yapılmış olan şikayet başvuruları ile 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddiaları içeren başvuruların, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılacağı, bu tarihten sonra yapılan başvuruların ise yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre

sonuçlandırılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun' un 56. maddesinde 5812 sayılı Kanunun 23. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlar herhangi bir ayrıma tutulmaksızın şikayet ve itirazın şikayet başvurularına konu edilebilirken, yapılan değişiklikle, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınan iptal kararlarına karşı 5 gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunmak suretiyle itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanunun 56. maddesini değiştiren 5812 sayılı Kanunun 23. maddesinin 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 29.01.2009 tarihli dava konusu edilen ihalenin iptali kararının şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınmayıp re'sen alındığı dikkate alındığında, anılan işleme karşı Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunmaksızın, anılan işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması mümkün olduğundan, davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar veren idare mahkemesi kararında usul kurallarına uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/1-c maddesi uyarınca Ankara 1. İdare Mahkemesinin 26.02.2009 tarih ve E:2009/226, K:2009/269 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 30.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi