

ihalenin pazarlık usulü ihale yöntemi ile gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı hk Danıştay Kararı

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

2021/3882 E. , 2021/3059 K.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3882

Karar No:2021/3059

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Asfalt Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.
VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ...Genel Müdürlüğü
VEKİLİ : Av. ...

MÜDAHİL (DAVALI YANINDA): ... İnşaat Yapı Sanayi ve Ticaret A.Ş.
VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Karayolları 14. Bölge Müdürlüğü'nce 25/12/2020 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “Bilecik Ayr- Söğüt-

(Bozüyük-Eskişehir) Ayr. İl Yolu Km: 0+000-46+337 Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üstyapı (BSK) Yapım İşi" ihalesinin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelerde temel usullerin açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü olarak belirlendiği, pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesinin belirli şartlara bağlandığı; doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması hâlinin, pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek durumlar arasında sayıldığı; bu hâlde, ilan yapılması zorunluluğuna yer verilmediği, en az üç istekli olmak üzere davet edilenlerin yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini vererek katılımının sağlanmasının yeterli görüldüğü,

Olayda, daha önce yapılan ihaleler kapsamında "Bilecik Ayr.-Söğüt (Bozüyük-Eskişehir) Ayr. İl Yolunun" bir kısmının toprak işleri, sanat yapıları ve üstyapı işlerinin tamamlandığı, "Km:20+250" de yol dışında meydana gelen heyelan ve kopmaların yol gövdesine yaklaşması, kış mevsiminin yağışlarla oluşturacağı olumsuz etkiler sonucu ilerleme hızının artması ve yol gövdesinden de kopmaların olacağı ihtimalinin görüldüğü, bu durumun yol güvenliğini tehlikeye düşürdüğü, tedbir alınarak hazırlanacak olan heyelan önleme projesinin tatbiki, ileride daha büyük maliyetlere yol açacak çaptaki bozulmaların önüne geçilmesi, vatandaşların can ve mal emniyetinin sağlanması ve trafik açısından tehlike arz eden durumların ortadan kaldırılması için yol yapım işinin ivedi şekilde tamamlanmasının zorunlu olduğu yönünde tespitlere yer verilen 14/12/2020 tarihli gerekçe raporunun hazırlandığı, işbu rapor doğrultusunda 14/12/2020 tarihli Genel Müdürlük Oluru neticesinde dava konusu ihalenin yapıldığı,

Dava konusu ihale kapsamındaki işin "Bilecik Ayr.-Söğüt Ayr."

yolunun daha önce gerçekleştirilen ihaleler dışında kalan 46,337 km'lik kısmının ikmal işi niteliğinde olduğu, ihaleye esas bölge içerisinde meydana gelen heyelan, toprak kopmaları sonucu yol sathında meydana gelen bozulmaların, köy yollarıyla sağlanamayan bağlantıların, trafik yükünün artışı olarak belirtilen nedenlerin söz konusu yörede ikamet eden ya da bölgeyi geçiş güzergahı olarak kullanan vatandaşların can ve mal emniyetini olumsuz yönde etkilediği ve trafik güvenliğini tehlikeye düşürme riski barındırdığı hususlarının birlikte değerlendirilmesiyle, her ne kadar ihale konusu işin geçici kabul süresi 400 gün olarak belirlenmiş ise de, can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedi olarak işe başlama zorunluluğunun kabul edilmesi gerektiğinden, dava konusu ihaleye konu işin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile yapılabilecek işlerden olduğu ve anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usule uygun olarak gerçekleştirildiği anlaşıldığından, dava konusu ihale işlemi hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine oyçokluğu ile karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, ihale konusu işin 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde sayılan şartları taşımadığı, ihalenin pazarlık usulüyle gerçekleştirilemeyeceği, ihalede, yapım tekniği açısından özellik arz eden bir durum olmadığı, ihale konusu işi yapabilecek kapasitede birçok firma olduğu, pazarlık usulünün uygulanabilmesi için 4734 sayılı Kanun'da aranan şartlardan olan ivedilikten kastın, sadece ihale sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, ihale edilen işin bir an önce bitirilmesi gerektiği şartının da sağlanması gerektiği, ihale konusu işin süresinin 400 gün olarak belirlenmesinin işin ivediliği ile bağdaşmadığı, süresi 400 gün olarak belirlenen bir iş için istisnaî bir yöntem olarak belirlenen pazarlık usulü ile ihaleye çıkılmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacı şirketin ihalenin iptalini talep etmesinde güncel hukuki bir menfaatinin, dolayısıyla dava açma ehliyetinin bulunmadığı zira, iş deneyiminin ihale konusu işi yapabilecek kabiliyetinin olmadığını ortaya koyduğu, ihalede 4734 sayılı Kanun'un aradığı rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin tamamının sağlandığı, kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetildiği ve rekabet koşullarının oluşturulduğu, yeterliliği bilinen 7 firmanın ihaleye davet edildiği, teklif veren firmaların iş deneyim belgelerinin geçerli olduğu, ilgili yol güzergahındaki yoğunluk ve heyelan riski sebebiyle inşaatın bir an önce tamamlanmasının kamu yararı açısından büyük önem, aciliyet ve zorunluluk arz ettiği, ihale sürecinde yapılan işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'NİN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü 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:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

"Bilecik Ayr.-Söğüt (Bozüyük-Eskişehir) Ayr. İl Yolu"nda daha önce gerçekleştirilen ihaleler kapsamında yolun "Km:0+000-1+000, Km:13+260-16+260 ve Km:21+960-46+337" kısmı bitümlü sıcak karışım kaplamalı olarak tamamlanmış, "Km:1+000-13+260 arası ve Km:16+260-21+960" arası sathi kaplamalı olarak kalmış, platform genişliğindeki

farklılıkların beraberinde farklı proje hızları getirdiği, bu durumun satih cinsindeki farklılıklarla birlikte trafik, can ve mal emniyetini riskli duruma getirdiği, yol güzergahında heyelan riski bulunduğu gerekçeleriyle, ... ihale kayıt numaralı "Bilecik Ayr- Söğüt (Bozüyük-Eskişehir) Ayr İl Yolu Km: 0+000-46+337 Toprak İşleri, Sanat Yapıları ve Üstyapı (BSK) Yapım İşİ" için 25/12/2020 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile ihaleye çıkılmış; ihaleye yedi şirket davet edilmiş, verilen teklifler neticesinde iş müdahil ... İnşaat Yapı Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ye ihale edilmiştir. Bunun üzerine, pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalenin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasında, idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu; dördüncü fıkrasında, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulünün ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu, diğer ihale usullerinin Kanun'da belirtilen özel hâllerde kullanılabileceği; 18. maddesinde, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak usullerin; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olduğu kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'un "Pazarlık usulü" başlıklı 21. maddesinde, "Aşağıda belirtilen hâllerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

...

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden

öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

...

(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hâllerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hâllerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kanun hükümleri uyarınca, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usûlünün temel ihale usûlü olduğu ve dolayısıyla 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce yapılacak ihalelerde öncelikle açık ihale usûlünün uygulanması gerektiği, diğer ihale usûllerinin Kanun'da belirtilen özel hâllerde kullanılabileceği, idarelerin, ihaleleri pazarlık usûlü ile yapabilmeleri için, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde aranan şartların gerçekleşmesi gerektiği açıktır.

4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesi uyarınca gerçekleştirilen pazarlık usûlü, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi âni ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması şeklinde belirlenen ihtimallerden birinin veya birden fazlasının varlığının "ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" şartı ile birlikte gerçekleşmesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ... tarih ve ... sayılı Olur'unda, dava konusu ihalenin, "yapım tekniği açısından özellik arz eden, can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği" nedeniyle 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesine göre pazarlık usûlüyle yapıldığı belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un ilk şeklinde Kanun'un 21. maddesinin (b) bendi "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından

önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” şeklinde düzenlenmişken, 16/05/2018 tarihinde kabul edilen 7144 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle Kanun’un 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “beklenmeyen veya” ibaresinden sonra gelmek üzere “yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut” ibaresi eklenmiştir. 4734 sayılı Kanun’un 21. maddesinin (b) bendine 7144 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle eklenen değişikliğin gerekçesi, “4734 sayılı Kamu İhale Kanun’un “Pazarlık usulü” başlıklı 21. maddesinin (b) bendinde yer alan “Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” hükmü yorumu açık olup, değişiklik ile uygulamaya netlik kazandırılması amaçlanmıştır” şeklinde açıklanmıştır.

7144 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde pazarlık usûlünün uygulanabileceği açıktır. Ancak Kanun’un 21. maddesinin (b) bendinde sayılan ve Kanun’daki diğer şartlardan bağımsız olarak aranan “ivedilik” şartı, ihale konusunun niteliğinden kaynaklı olarak ve önceden öngörülemeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden durumlarda ihale konusu işin bir an önce bitirilmesine ya da mal veya hizmetin hızlıca temin edilmesinin sağlanmasına yöneliktir. Bu bakımdan pazarlık usûlü ile ulaşılmak istenen amaç kesintiye uğrayan idari faaliyetlerin ve kamu hizmetlerinin devamlılığının bir an önce sağlanmasıdır. Zira idare pazarlık usûlünde, temel ihale usûlünden ayrılarak, âni, beklenmeyen, yapım tekniği açısından özellik arz eden, can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedi olarak yapılması zorunlu olan bir işi hızlıca tamamlama ya da ivedi ihtiyaç duyduğu mal veya hizmeti alma yetkisini kullanabilmektedir.

Her ne kadar davalı idarece, ihale kapsamındaki yolun sathi kaplamalı olarak kalması ve yol güzergahında heyelan riski bulunması sebebiyle trafik, can ve mal güvenliği açısından ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunluluk arz ettiği gerekçeleriyle ihalenin pazarlık usûlü uygulanarak yapılmasına karar verilmiş ise de, dava konusu işin bitirilme süresinin 400 gün olarak belirlenmesinin ivedilik şartı ile bağdaşmadığı, niteliği gereği kısa sürede tamamlanması gerektiği ileri sürülen yapım işinin 400 gün gibi uzun bir sürece yayıldığı, heyelan riski olduğu belirtilen yoldan çok daha fazla olan yolun ihale kapsamına alındığı, yaşanan trafik kazalarının trafik, can ve mal kaybı tehlikesi oluşturmasının âni ve beklenmeyen olaylar olarak değerlendirilemeyeceği, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesindeki şartların gerçekleştiğinin bu anlamda idarece ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, anılan ihalenin pazarlık usûlü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz yargılama giderleri toplamı ...-TL ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,
5. Posta giderleri avansından artan tutarın ve istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davacıya iadesine,
6. Müdahil yargılama gideri olan ...-TL'nin müdahil üzerinde bırakılmasına,
7. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
8. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i)

bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 29/09/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.