

Pazarlık usulü ile ihale yapma gerekçesi olarak işin süresinin yaklaşık 2 yıl olarak belirlenmesi hususu göz önüne alındığında, istisnaî bir yöntem olan pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması için yeterlidir

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2020/2014 K.

2020/2267 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/2267

Karar No:2020/2014

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ...Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ...

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ...Müdürlüğü tarafından ...tarihinde 4734 sayılı Kamu **ihale** Kanunu'nun 21. maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile gerçekleştirilen "... Yolu (Km: 0+000-10+308(G)/0+000 (İ)-34+654,94 Arası, ...Çevre Yolu Dahil), ...-Otoyol Bağlantısı Dâhil Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üstyapı, Köprü ve BSK Yapılması İşİ" **ihalesinin** iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ...İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; önceki **ihalede** projede revizyona gidildiği, ilave işlerden dolayı keşifte artış meydana geldiği ve projenin %20 keşif artışı alınsa dahi tamamlanamayacağına anlaşıldığı, aşınma imalatının keşif içinde tamamlanamadığı, yolun bir bütün olarak tamamlanarak trafiğe açılmadığı, köprü imalatlarının tamamlanmaması durumunda öngörülen ters sehim yapmaya devam edeceğinden köprünün çalışma esaslarında olumsuzluklar oluşacağı, köprü tabliye kesitlerinde proje boyutlandırılmalarına uyulamayacağı, bu nedenle gerek kiriş donatılarındaki korozyonun önlenmesi gerek köprü tabliyesinin projesine uygun olabilmesi için köprü imalatlarının bekletilmeden tamamlanması gerektiği, ... Çevre Yolu Km:5+300'de yer alan alt geçidin yapımına önceki **ihale** kapsamında başlandığı, ancak tamamlanamadığı, yerinde yapılan tespitlerde mevcut donatının korozyona uğradığı, bunun giderilebilmesi için ilave çalışma gerektiği, ...Çevre Yolu boyunca bulunan Devlet Su İşleri'ne (DSİ) ait sulama kanalı faaliyetlerinin güzergâh dışına yapılmış yeni sulama kanalına aktarılabilmesi için eksik kalan çelik boru, sifon yapıları, kanalet ve menfezlerin sulama sezonundan önce tamamlanması gerektiği, **ihale** bünyesinde bulunan ... Devlet Yolu'nda eksik kalan aşınma tabakası imalatlarının tamamlanmaması hâlinde mevcut tekerlek izinde oturmaların artacağı, bunun da trafik güvenliği ve sürüş konforunda olumsuz sonuçlar doğuracağı, bu nedenle imal edilmiş tabakaları korumak için eksik kısımların tamamlanması gerektiği, gerekli onarımların yapılması ve eski imalatların zarar görmesinden kaynaklı mali kayıpların minimuma indirilmesi gerektiği, **ihale** kapsamında bulunan

...Yolu, ...Otoyolu'nun ...bağlantısı olup, mevcutta tek yol olarak hizmet verdiği, söz konusu yolun standardının yükseltilerek bölünmüş yol olarak tamamlanmasının fiziki bütünlüğü sağlayarak trafik güvenliğini arttıracacağı, trafiğe açılmış olan ...Otoyolu, ...gişelerinden ...gibi turizm bölgelerine ulaştıracak olan ...yolunun transit taşıt trafiğinde artış meydana geldiği, anılan kesimde yıllık ortalama günlük trafik miktarının 16.607 araç olduğu, mevcut durumda ...şehir merkezinden geçmekte olan transit taşıt trafiğinin ...şehir merkezinde trafik yoğunluğuna neden olduğu, söz konusu transit taşıt trafiğinin daha da artacağı öngörüldüğünden transit taşıt trafiğinin şehir merkezinden çıkarılarak buradaki trafik yoğunluğunun azaltılması, sürüş süresinin kısaltılması, konforun ve yakıt ekonomisinin sağlanmasında kamu yararı bulunduğu tespitleri neticesinde dava konusu **ihalenin** yapıldığı, **ihale** kapsamında yapılan işin ikmâl **ihalesi** niteliğinde olduğu ve **ihaleye** konu "... Yolu (Km +000-10+308(G)/0+000 (İ)-34+654,94 Arası ...Çevre Yolu Dâhil), ... Şehir Geçişi ve ...Bağlantısı Dâhil Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üstyapı Köprü ve BSK Yapılması İşini"nin 4734 sayılı Kamu **İhale** Kanunu'nun 21. maddesinin (b) bendi kapsamında yapı ile can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliğinin idarece belirlenen hâllerden olduğu görüldüğünden dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

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

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, dava konusu **ihalenin** açık **ihale** veya belli istekliler arasında **ihale** usulü ile yapılmayıp pazarlık usulü ile yapılmasının hukuka aykırı olduğu, yaklaşık maliyeti 220.057.191,44-TL olan ve 700 gün sürecek işin ilansız ve idarenin belirlediği firmalar davet edilerek **ihale** edildiği, Daire kararlarına göre, kanunda aranan şartlardan olan ivedilikten kastın sadece **ihale** sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, **ihale** edilen yapım işinin bir an

önce bitirilmesi şartının da sağlanması gerektiği, ana **ihalesi** 2012 yılında yapılan işin 2015 yılında bitirildiği, pazarlık usulü ile gerçekleştirmeyi gerektirecek ivedilikte olan bir **ihaleye** neden aradan 5 yıl geçtikten sonra çıkıldığının anlaşılmadığı, idarelerin bu bende dayalı olarak **ihale** yapabilmesi için, ihtiyaç doğmadan yeterli bir süre önce gerekli hazırlıkları yapmalarını engelleyen bir durumun ortaya çıkması gerektiği, dava konusu iş için ihtiyacın öncesinde tespitinin ve planlama yapılabilmesinin mümkün olduğu, idarenin pazarlık usulü gerekçelerinin bilimsel ve belgeye dayalı olmadığı, bunların her yapım işinde olması gereken özellikler olduğu, idarenin daha önceki yıllarda benzer nitelikteki **ihaleleri** açık **ihale** usulü ile gerçekleştirdiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, 2012 yılında gerçekleştirilen **ihale** kapsamındaki projede revizyona gidildiği, toprak işleri ve sanat yapılarının arttığı, köprünün genişlediği, kavşak standardının değiştiği, ilave işlerden dolayı keşifte artış meydana geldiği, projenin %20 keşif artışı alınsa dahi tamamlanamayacağını anlaşıldığı, çevre yolunun belirli kesimi varyant olarak projelendirildiğinden kalan imalatların tamamlanmadan hiçbir anlam ifade etmediği, yol trafiğe açılmış olmakla birlikte aşınma imalatının keşif içinde tamamlanamadığı, yolun bir bütün olarak ivedilikle tamamlanarak trafiğe açılması gerektiği, köprü imalatlarının tamamlanmaması durumunda kirişler ters sehim yapmaya devam edeceğinden kiriş donatılarındaki korozyonun önlenemeyeceği ve projeye uyum sağlanamayacağı, tamamlanamayan alt geçitte mevcut donatının korozyona uğradığı anlaşıldığından ilave çalışma gerektiği, DSİ sulama kanalı faaliyetlerinin yeni sulama kanalına aktarılabilmesi için eksik kalan çelik boru, sifon yapıları, kanalet ve menfezlerin önümüzdeki sulama sezonundan önce tamamlanması gerektiği, devlet yolundaki aşınma tabakası imalatlarının tamamlanmaması hâlinde mevcut tekerlek izinde oturmaların artacağı, bunun da trafik güvenliği ve sürüş

konforunda olumsuz sonuçlar doğuracağı, Soma-Savaştepe yolunun standardı yükseltilerek bölünmüş yol olarak tamamlanmasının trafik güvenliğini artıracacağı, 7144 sayılı Kanun'la değişik 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendine göre, yalnızca yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliğinin idarece belirlenmesinin yeterli olduğu, trafiğe açılan ...otoyolunun **ihale** konusu yolun transit taşıt trafiğinde artış meydana getirdiği, bu durumun ...şehir merkezinde trafik yoğunluğuna neden olduğu, dava konusu **ihale**nin bir ikmâl **ihalesi** olduğu, imalatlar yarım kaldığından yapıldığı, davacının iptalini istediği **ihaleye** girebilecek yeterliliği olup olmadığının tespit edilemediği, davacının herhangi bir bölge müdürlüğünde **ihaleli** işi bulunmadığı, hiçbir **ihaleye** teklif dahi vermediği tespit edildiğinden dava açmakta menfaati bulunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN 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 işin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

...Müdürlüğü tarafından, " ... Yolu KM:0+000-10+168,97(G)/0+000(İ)-34+654,94 Arası Toprak Tesviye, Sanat Yapıları, Üstyapı ve BSK İşleri" **ihalesi**, 2012 yılında ...**ihale** kayıt numarası ile açık **ihale** usulü ile yapılmıştır. 20/09/2012 tarihinde sözleşmesi imzalanan iş yapılmakta iken projede revizyona gidilmiş, keşifte artış meydana gelmiş,

ancak tüm imalatlar keşif içinde tamamlanamamış olmakla birlikte yol trafiğe açılmıştır.

Daha sonra dava konusu "... Yolu (Km: 0+000-10+308(G)/0+000 (İ)-34+654,94 Arası,ÇevreYolu Dâhil), ...Şehir Geçişi ve ...Bağlantısı Dâhil Toprak İşleri, Sanat Yapıları, Üstyapı, Köprü ve BSK Yapılması İşİ" işinin ivedi olarak bitirilmesi için 10/12/2019 tarihinde pazarlık usulü ile **ihalesine** çıkmıştır. **İhalede** yaklaşık maliyet ...-TL, işin bitirilme süresi 700 iş günü olarak belirlenmiştir.

Bunun üzerine, davacı şirket tarafından, söz konusu **ihalenin** iptal edilerek herkesin katılımına açık bir **ihale** usulü ile yeniden yapılması gerektiği ileri sürülerek bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu **İhale** Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, "Bu Kanunun uygulanmasında... Yapım İşleri: Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini... ifade eder." tanımına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu **İhale** Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasında, idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak **ihale**lerde; 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 **ihale**lerde 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 **ihale**lerinde 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 kuralların birlikte değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce gerçekleştirilecek **ihale**lerde açık **ihale** usulünün uygulanmasının esas olduğu, diğer **ihale** usullerinin Kanun'da belirtilen özel hâllerde uygulanabileceği; idarelerin Kanun'un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle **ihaleye** çıkabilmeleri için, doğal afet, salgın hastalık, 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 yapılması zorunluluğunun doğması şartlarının bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Pazarlık usulünün uygulanabilmesi için Kanunda aranan

şartlardan olan ivedilikten kastın, sadece **ihale** sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, **ihale** edilen yapım işinin bir an önce bitirilmesi şartının da sağlanması gerektiği, dava konusu işin bitirilme süresinin 700 gün olarak belirlenmesinin işin ivediliği ile bağdaşmadığı, niteliği gereği kısa sürede tamamlanması gereken yapım işinin yaklaşık 24 ay gibi uzun bir sürece yayıldığı, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesindeki şartların ve ivedilikten kastın **ihale** konusu işin acilen bitirilmesi olarak anlaşılması gerektiği açıktır.

Bu itibarla, davalı idarenin pazarlık usulü ile **ihale** yapma gerekçelerinin, işin süresinin yaklaşık iki yıl olarak belirlenmesi hususu göz önüne alındığında, istisnaî bir yöntem olan pazarlık usulü ile **ihaleye** çıkılması için yeterli olmadığı; ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanabilmesi için açıklık ve rekabetin sağlanmasının kamu yararı açısından gerekli olduğu; 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin söz konusu **ihalenin** pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varıldığından, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet görülmemiştir.

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 tutar ile ilk derece ve temyiz aşamalarında kullanılmayan ...-TL+...-TL yürütmeyi durdurma harçlarının istemi hâlinde davacıya 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), 09/09/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.