

Sözleşmesi fesh edilen firmanın aynı idarenin başka bir ihalesine katılması

ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu, bu idare tarafından ispat edilen isteklilerin herhangi bir şekilde ihalelere katılmalarının önlenmediği, ihale işlemleri ve ihale süreci, ihale tarihinden sonra da devam ettiğinden, sürecin devamında, idarelerin, isteklinin başka bir ihale sonucu imzalanan sözleşme kapsamında yaptığı işler sırasında, iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğunu ispat etmesi durumunda, bu istekliler hakkında da ihale dışı bırakmaya karar verebilmesinde engel bir durumun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Karar Veren Mahkeme: Danıştay 13. Dairesi

Karar Tarihi: 10.04.2009

Karar Sayısı : E: 2008/4091, K: 2009/4056

Olay Özeti Karar ve Sonuç:

Dava, ...Genel Müdürlüğü tarafından 10.10.2006 tarihinde pazarlık usulü ile yapılan "Ambarlı Atık Su Arıtma Tesisi ve Deniz Deşarjı İnşaatı" ihalesini davacı şirketlerin oluşturduğu konsorsiyumun kazanmasına rağmen, bu konsorsiyumun % 14 ortağı olan davacı M... Ltd. Şti.'nin "Avrupa Yakası 2006 Yılı 3. Kısım Atık Su Kanalı, Yağmur Suyu Kanalı ve Dere Islahı" ihalesine ilişkin sözleşmesinin feshedilerek, ihalelerden 2 yıl yasaklanması nedeniyle, konsorsiyumun ihale dışı bırakılarak ihalenin iptal edilmesine ilişkin İSKİ Yönetim Kurulunun 5.4.2007 tarih ve 162 sayılı işleminin geri

alınması ve sözleşme imzalanması istemiyle konsorsiyumun yaptığı şikâyetin reddi üzerine, Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına ilişkin Kamu İhale Kurulunun 12.07.2007 tarih ve 2007/UY.Z-2337 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, idari işlemlerin idari yargı mercilerince iptal edilmesi halinde, işlemin hiç tesis edilmemiş gibi tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacağına idare hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu, dava konusu olayda, ihalenin iptaline gerekçe olarak gösterilen konsorsiyum ortaklarından M... Ltd. Şti.'nin 26.04.2007 tarihinde tüm ihalelerden yasaklanmasına ilişkin işlemin Mahkemelerinin 22.11.2007 tarih ve E:2007/355, K:2007/2296 sayılı kararı ile iptal edildiği ve iptal hükmü doğrultusunda M... Ltd. Şti.'nin ihalelere katılmasına engel bir durumunun kalmadığı anlaşılmakta olup, davacı konsorsiyum ortakları tarafından, ihalenin iptal edilmesine ilişkin idare kararının iptal edilerek sözleşme imzalanmaya davet edilmelerinin gerektiği iddialarıyla Kamu İhale Kurumu'na yaptıkları itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kanunu'nun 4. maddesinde "ihale" kavramının, bu Kanun'da yazılı usul ve şartlarla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade edeceği;

5/1. maddesinde, 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 oldukları;

10.maddesinin son fıkrasının (f) bendinde; ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler

sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı; ihalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik'in 4. maddesinde "ihale süreci" nin, ihale yetkilisince ihale onayı verildiği tarihten itibaren başlayan; sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici taraflarca imzalanıp notere onaylattırılması ve tesciliyle, notere onay ve tescil gerekmeyen hallerde taraflarca sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan süreci ifade edeceği belirtilmiştir.

Anılan Kanun hükümlerinden, bu Kanun'un hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, idarelerin ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu kılınmasının gerekli görüldüğü; ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu, bu idare tarafından ispat edilen isteklilerin herhangi bir şekilde ihalelere katılmalarının önlenildiği, ihale işlemleri ve ihale süreci, ihale tarihinden sonra da devam ettiğinden, sürecin devamında, idarelerin, isteklinin başka bir ihale sonucu imzalanan sözleşme kapsamında yaptığı işler sırasında, iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğunu ispat etmesi durumunda, bu istekliler hakkında da ihale dışı bırakmaya karar verebilmesinde engel bir durumun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Başka bir anlatımla, mevzuattaki tanımlarıyla ihale ve ihale süreci sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanacağından, ihale tarihinden sonra gerçekleşen, başka bir iş kapsamındaki iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyet nedeniyle, henüz süreç tamamlanmadığından ihale dışı bırakma kararı verilebileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, 10.10.2006 tarihinde İstanbul Su ve Kanalizasyon idaresi Genel Müdürlüğü tarafından Pazarlık Usulü ile yapılan "Ambarlı Atık Su Arıtma Tesisi ve Deniz Deşarjı

inşaatı" ihalesinin İSKİ Yönetim Kurulu'nun 20.11.2006 tarihli kararı ile davacı şirketlerin oluşturduğu konsorsiyumun üzerinde bırakıldığı, ancak, konsorsiyum ortaklarından M... Ltd. Şti.'nin üzerinde kalan "Avrupa Yakası 2006 Yılı 3. Kısım Atık Su Kanalı, Yağmur Suyu Kanalı ve Dere Islahı" işinde 4735 sayılı Yasanın 25/d bendinde belirtilen "Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek" fiilini işlediğinin tespit edildiği nedeniyle aynı Yasanın 20. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereğince İSKİ Yönetim Kurulu'nun 15.03.2007 tarih ve 135 sayılı kararı ile sözleşmesi feshedildiğinden, M... Ltd. Şti.'nin de özel ortak olarak içinde bulunduğu davacı konsorsiyumun değerlendirme dışı bırakılarak, 09.11.2006 tarih ve 4 sayılı ihale komisyonu kararının iptaline, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi A... İnş.A.Ş.'nin teklifi de yüksek görüldüğünden, ikinci istekliyle de sözleşme yapılmadan ihalenin iptal edilmesine karar verilmesi üzerine, konsorsiyum ortaklarının, ihalenin iptaline ilişkin kararın yerinde olmadığı, iptal kararına dayanak olarak gösterilen yasaklama kararının konsorsiyum için değil, konsorsiyumun % 14 pay sahibi olan ortağı hakkında verildiği ve bu yasaklama kararına karşı idare Mahkemesinde açılan davanın derdest olduğu, ihalenin iptal edilmesine ilişkin idare kararının iptal edilerek sözleşme imzalanmaya davet edilmelerinin gerektiği iddialarıyla yaptıkları itirazın şikâyet başvurusunun Kamu İhale Kurulunun dava konusu 12.07.2007 tarih ve 2007/UY.Z-2337 sayılı kararı ile; "başvuru sahibi ortak girişim ortaklarından M... Ltd. Şti.'nin idareye yaptığı "Avrupa Yakası 2006 Yılı 3. Kısım Atıksu Kanalı, Yağmursuyu Kanalı ve Dere Islahı" işinde 4735 sayılı Kanununun 25 inci maddesinin (d) bendinde belirtilen "Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek" yasak fiilini işlediği gerekçesiyle 15.3.2007 tarih 2007/135 Sayılı Yönetim Kurulu Kararı ile sözleşmesinin feshedildiği ve adı geçen şirketin 26.4.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan karar ile 2 yıl süre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklandığının anlaşıldığı, Kamu İhale Genel Tebliğinin I. Bölümünün ihalelere Katılmaktan Yasaklamaya ilişkin XV. Maddesinin G bendinde; "...ihale veya son başvuru

tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan veya haklarında kamu davası açılmamış aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi veya haklarında kamu davası açılması durumunda yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayım tarihinden veya haklarında kamu davası açıldığı tarihten önce teklif vermiş olan istekliler açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir, ihale sürecine göre, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayı iptal edilecek ve usulüne uygun olarak verilmiş diğer teklifler değerlendirilmeye tabi tutularak ihale süreci tamamlanacaktır. Bu durum hakkında, usulüne uygun şekilde teklif vermiş olan diğer aday veya isteklilere yazılı olarak bilgi verilecektir.” hükmünün yer aldığı,

4735 sayılı Kanununun 26 ncı maddesinde 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmeyeceklerinin hükme bağlandığı, Kamu İhale Genel Tebliği ile 4735 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinin yukarıda aktarılan hükümleri gereği, idare tarafından 4735 sayılı Kanunun 25 inci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle 15.3.2007 tarihinde sözleşmesi feshedilerek hakkından yasaklama işlemlerine başlanılan ve 26.4.2007 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan karar ile 2 yıl süre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan M... Ltd. Şti.’nin ortaklığı ile oluşturulan başvuru sahibi ortak girişimin ihale dışı bırakılmasına ilişkin idare işleminde mevzuata aykırılık görülmediği, şikâyetçinin ihale dışı bırakılması neticesinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatın uygun görülmesinin, 4734 sayılı Kanun’un 44 üncü maddesi hükmü gereğince ihale yetkilisinin takdirinde olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda; ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin de kabul edilmeyerek ihalenin iptal edilmesi

işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı" gerekçesiyle uygun bulunmaması üzerine, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı konsorsiyum ortaklarından M... Ltd. Şti.'nin 26.04.2007 tarihinde tüm ihalelerden yasaklanmasına ilişkin işlemin iptaline ilişkin Ankara 4. İdare Mahkemesinin 22.11.2007 tarih ve E:2007/355, K:2007/2296 sayılı kararı Dairemizin 10.01.2009 tarih ve E:2008/3201, K:2009/4055 sayılı kararı ile onanmış ise de; M... Ltd. Şti.'nin, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğüne yaptığı, "Avrupa Yakası 2006 Yılı 3. Kısım Atık Su Kanalı, Yağmur Suyu Kanalı ve Dere Islahı" işi ile ilgili olarak, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereğince sözleşmesinin feshedilerek 05.04.2007 tarihinde ihalenin iptal edildiği anlaşıldığından, aynı idareye karşı yaptığı işlerde ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunan firmanın ihale dışı bırakılması gerektiğinden, sonuç itibariyle yerinde bulunan dava konusu işlemin iptali isteminin reddi gerekirken, dava konusu işlemin iptalinde isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararı; "davacıların değerlendirme dışı bırakılması ve en avantajlı ikinci teklif sahibinin teklifinin de kabul edilmeyerek ihalenin iptal edilmesi işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığından, şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına " ilişkin olduğundan, ihalenin iptaline ilişkin kısmın da incelenmesi gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 11.03.2008 tarih ve E:2007/1378, K:2008/688 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 10.04.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.