

**Uyuşmazlık konusu ihalenin davalı idare ile Avrupa Yatırım Bankası arasında imzalanan kredi anlaşması gereğince dış kaynak temin edilmek suretiyle Avrupa Yatırım Bankası'nın öngördüğü FIDIC kurallarına göre yapıldığı, bu nedenle ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendi gereğince istisna kapsamında yapılabileceğinin kabulü gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde öngörülen şartlar oluşmadan ihalenin istisna kapsamında yapılması**

**nedeniyle hukuka aykırı olduğundan bahisle ihalenin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmadığı hakkında.**

**T.C.**

**DANIŞTAY**

**Onüçüncü Daire**

Esas No : 2009/860

Karar No : 2012/937

**Anahtar Kelimeler :** *İhale, Dış Finansman, İstisna Kapsamı*

**Özeti :** *Uyuşmazlık konusu ihalenin davalı idare ile Avrupa Yatırım*

*Bankası arasında imzalanan kredi anlaşması gereğince dış kaynak temin edilmek suretiyle Avrupa Yatırım Bankası'nın öngördüğü FIDIC kurallarına göre yapıldığı, bu nedenle ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendi gereğince istisna kapsamında yapılabileceğinin kabulü gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde öngörülen şartlar oluşmadan ihalenin istisna kapsamında yapılması nedeniyle hukuka aykırı olduğundan*

*bahisle ihalenin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmadığı hakkında.*

**Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1-** (Davalı) Mersin Su ve Kanalizasyon İdaresi (MESKİ) Genel Müdürlüğü

**Vekili :** Av. ...

**2-** (Davalı Yanında Müdahil) Sistem Yapı İnşaat ve Ticaret A.Ş

**Vekilleri :** Av. ...

**3-** (Davalı Yanında Müdahil)

... Tecnolocigi S.P.A.

**Vekili :** Av. ...

**Karşı Taraf (Davacı) :** ...

**İstem Özet i :** Mersin 1. İdare Mahkemesi'nin 28.11.2008 tarih ve

E:2007/750, K:2008/1472 sayılı kararının; davalı idare tarafından; ihale

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

255

dokümanlarını müşavirlik hizmeti satın alınmak suretiyle FIDIC kurallarına

göre hazırladıkları, müşavirlik hizmet alımının giderlerinin de Avrupa

Yatırım Bankası'nın hibesiyle karşılandığı, Avrupa Yatırım Bankası ile

akdedilen kredi anlaşması 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe

girmesinde önce imzalandığından bu anlaşmanın sonradan yürürlüğe giren

Kanun hükümlerine uymadığını ileri sürmenin mümkün olmadığı, Avrupa

Yatırım Bankası ile Hazine Müsteşarlığı arasında imzalanan çerçeve

anlaşma gereğince Avrupa Yatırım Bankası'nın ihalelerde kendi usul ve

esaslarını uygulatma yetkisine sahip olduğu ileri sürülerek, müdahil

şirketler tarafından ise; kredi anlaşmasının imzalanmasından sonra

yürürlüğe giren kanun hükmüne dayanılarak ihalenin iptal edilmesinin

hukuka aykırı olduğu, kredi anlaşmasının imzalandığı tarihte 2886 sayılı

Devlet İhale Kanunu'nun yürürlükte olduğu, anlaşmanın da 2886 sayılı

Kanun hükümlerine uygun olarak imzalandığı, ihale konusu işin bitme

aşamasına gelmiş olması nedeniyle Mahkeme tarafından verilen kararın

uygulanmasının fiilen mümkün olmadığı ileri sürülerek bozulması

istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti :** Temyiz istemlerinin reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Tetkik Hâkimi İsmail BİRSEN'in Düşüncesi :** Temyize konu

İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

**Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi :** 24.11.2006

tarihinde yapılan ve 15.1.2007 tarih ve 7 sayılı MESKİ Yönetim Kurulu

kararıyla onaylanan Karaduvar Biyolojik Atıksu Arıtma Tesisi Yapımına

ilişkin ihalenin iptali istemiyle açılan davada; idare mahkemesince; dava

konusu projenin uluslararası anlaşmalar çerçevesinde sağlanan dış

finansman ile yapılacağı açık olmakla birlikte, farklı ihale usul ve esaslarının

uygulanacağına yönelik olarak finansman anlaşmasında bir hükme yer

verilmediğinden, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında ihalenin yapılmasında

hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu ihale işleminin

iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Mersin Atıksu Arıtma Projesi ile ilgili

olarak MESKİ Genel Müdürlüğü ile Avrupa Yatırım Banka arasında  
11.10.2001 tarihinde 60 milyon avro tutarında kredi anlaşması  
yapıldığı,

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

256

finansmanı Avrupa Yatırım Bankası tarafından karşılanan Mersin  
Atık Su

Projesi kapsamındaki söz konusu yatırımı, Banka ile MESKİ  
arasında

imzalanan Mali Sözleşmenin 6.04. maddesinde yer alan  
"Borçlunun proje

için mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini Bankaca uygun  
görülecek ve

Bankayı tatmin edecek şekilde tüm ülkelerin vatandaşlarına  
eşit şartlarda

açık uluslararası ihale ile yapacağı" hükmü uyarınca (FİDİC)  
kurallarına göre

ihale edildiği ve Avrupa Yatırım Bankasının bu yöntemi  
onayladığı, ihale

ilanının mahalli usul ve Resmî Gazete ile Avrupa Birliği Resmî  
Gazetesinde

yayımlandığı, Avrupa Yatırım Bankası ile imzalanan finansman

sözleşmesine uygun olarak söz konusu projenin 1. aşaması olan  
Karaduvar

Biyolojik Atıksu Arıtma Tesisi Pompa İstasyonları Basınçlı Boru Hatları Deniz

Deşarj Yapısı ile Mevcut İki Pompa İstasyonunda Değişiklik Yapılması

İşlerinin Anahtar Teslimi Tasarımı İnşaatı ve 60 ay süreyle işletilmesi ile ilgili

ihalenin 15.1.2007 tarihinde MESKİ Yönetim Kurulu tarafından onaylandığı,

yapılan ihale sonucunda en düşük teklifi vererek ihaleyi alan konsorsiyum

ile imzalanan sözleşmeden sonra hazırlanan proje kapsamında ihale

konusu işe başlandığı, davacının fahiş ihale bedeli ile yapıldığını ileri

sürdüğü dava konusu ihalenin iptali istemiyle bakılan davayı açtığı, diğer

yandan davacının söz konusu ihale ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'na

başvuruda bulunduğu, davacının ihale ile ilgili olarak yaptığı başvuru

üzerine Kamu İhale Kurulu 19.3.2007 tarih ve 2007/UY.Z-988 sayılı

kararıyla, 10.11.2001 günlü Avrupa Yatırım Bankası ile imzalanan

finansman sözleşmesinden sonra Banka tarafından MESKİ'ye yazılan

7.11.2001 günlü yazıda yer alan hususlar ile 4734 sayılı Kamu İhale

Kanununun 3, 12 ve 63. maddeleri birlikte değerlendirildikten sonra sonuç

olarak; MESKİ Genel Müdürlüğü ile Avrupa Yatırım Bankası arasında

imzalanan sözleşmede, farklı usul ve esasların uygulanacağını belirlenmediği, 63. maddede yerli istekliler lehine yapılabileceği öngörülen

düzenlemelerin yapılmaması ve 12. madde çerçevesinde uluslararası ilan

yapılması suretiyle Avrupa Yatırım Bankasının istemiş olduğu şartların

karşılanmış olacağı, bu ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması

gerekirken, kanun kapsamı dışında gerçekleştirilmiş olmasının mevzuata

aykırı olduğu belirtilerek, ihale işlemlerini değerlendirmek ve bu

aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

257

inceleme ve/veya soruşturma başlatılmak üzere konunun İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, finansmanı Avrupa Yatırım Bankası



tarafından

karşılanan Mersin Atık Su Projesi kapsamındaki söz konusu yatırım için

Avrupa Yatırım Bankası ile MESKİ arasında 11.10.2001 tarihinde imzalanan

Mali Sözleşmenin 6.04. maddesinde yer alan "Borçlunun proje için mal ve

hizmet alımları ile yapım işlerini Bankaca uygun görülecek ve Bankayı

tatmin edecek şekilde tüm ülkelerin vatandaşlarına eşit şartlarda açık

uluslararası ihale ile yapacağı" hükmü uyarınca (FIDIC) kurallarına göre söz

konusu ihalenin yapıldığı ve Bankaca da bu yöntemin onaylandığı

görülmektedir. Dolayısıyla, idarece, söz konusu yatırımın finansmanı

Avrupa Yatırım Bankasından sağlandığına ve adı geçen Banka tarafından

finansmanın temini için ileri sürülen FIDIC standartlarının kullanılması şartı

kabul edildiğine göre, FIDIC kuralları uyarınca uluslararasına açık olarak

yapılan ihalede 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına olanak

bulunmamaktadır.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanunun 3/c maddesi ile uluslararası

anlaşmalar

gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan yatırım projeleri;

ihale usul ve esasları bakımından 4734 sayılı Kanundan istisna tutulmuş

olup, dava konusu ihalenin de bu kapsamda bulunduğu görülmektedir.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce

Avrupa Yatırım Bankası ile imzalanan Mali Sözleşmenin 6.04. maddesinde

öngörülen FIDIC kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen ve 4734 sayılı

Kanunun 3/c maddesinde belirtilen ve bu Kanundan istisna tutulan

uluslararası anlaşmalar kapsamında bulunduğu sonucuna varılan dava

konusu ihale işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığından, aksi yönde

dava konusu ihale işlemini iptal eden idare mahkemesi kararında hukuki

isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın bozulmasına karar

verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, işin

gereği görüşüldü:

Dava; MESKİ Genel Müdürlüğü tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (c) bendi gereğince istisna kapsamında yapılan

“Karaduvar Atıksu Arıtma Tesisi İhalesi”nin iptali istemiyle açılmış; İdare

Mahkemesi'nce, davalı idarece, Avrupa Yatırım Bankası ile imzalanan Mali

Sözleşmenin 6.04 maddesinde yer alan “Borçlu, Banka'ca uygun ve

tatminkar şekilde tüm ülkelerin uluslarına eşit şartlarda uluslararası ihale

yaparak Proje için mal ve hizmetler temin edecektir” hükmü gereğince

(FIDIC) kurallarına göre ihaleye çıkarılan işin 4734 sayılı Kanun'un 3.

maddesinin (c) bendi uyarınca bu Kanun'da belirtilen ihale usul ve

esaslarına tabi olmadığı ileri sürüldüğünden, bahse konu yapım işinin 4734

sayılı Kanun'un 3/c maddesinde belirtilen istisna kapsamında olup

olmadığının ortaya konulmasının uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil ettiği,

uyuşmazlık konusu olayda, Mersin Atıksu Arıtma Projesinin finansmanına

yönelik olarak davacı MESKİ Genel Müdürlüğü ile Avrupa Yatırım Bankası

arasında 11.10.2001 tarihli Mali Sözleşmenin imzalandığının görüldüğü, bir

örneği dava dosyasında yer alan mali sözleşmenin 1.01 "Kredi Tutarı"

başlığını taşıyan maddesi ile davalı idareye 60 milyon Euro tutarında bir

kredinin projenin finansmanında kullanılmak üzere tahsis edildiği,

dolayısıyla da anılan projenin sağlanan dış finansmanla yaptırıldığı

noktasında bir tereddüt olmamakla birlikte, bu durumun varlığı anılan işin

4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendi uyarınca bu Kanun'da

belirtilen ihale usul ve esaslarına tabi olmadan ihaleye çıkarılabileceği

sonucunu doğurmayacağı, zira anılan maddedeki istisna hükmünün uygulanabilmesinin, bu şartla birlikte finansman anlaşmasında farklı ihale

usul ve esaslarının uygulanacağına belirtilmiş olması halinde mümkün

olduğu, mali sözleşmenin bu yönüyle incelendiđinde, projenin ihalesine

yönelik sözleşmede farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı noktasında

herhangi bir hükme yer verilmediđinin görüldüğü, 10.01.2008 tarihli ara

kararla, anılan sözleşme dışında ihale usulüne ve şartlarına dair bir

anlaşmanın mevcut olup olmadığı açıklığa kavuşturularak, var ise söz

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

259

konusu bilgi ve belgelerin gönderilmesinin davalı idareden istenildiđi,

11.02.2008 havale tarihli yazıda mali sözleşmenin dışında ihale usul ve

şartlarına dair başka bir anlaşmanın mevcut olmadığıнын bildirildiği, bu

durumda, davaya konu projenin uluslararası anlaşmalar gereğince

sağlanan dış finansman ile yaptırılacağı açık olmakla birlikte, farklı ihale

usul ve esaslarının uygulanacağına yönelik finansman anlaşmasında bir

hükme yer verilmediğinden, uyuşmazlık konusu işin 4734 sayılı

Kanun

dışında yapılması için anılan Kanun'da öngörülen iki şartın birlikte

gerçekleşmediği sonucuna ulaşıldığından, 4734 sayılı Kanun kapsamında

yapılması gereken dava konusu ihalenin, yukarıda metni anılan 4734 sayılı

Kanun'un 3. maddesi gerekçe gösterilerek bu Kanun kapsamı dışında

yapılmasında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu

işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare ve müdahil şirketler

tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (c) bendinde

uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak

olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının

uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin

ihalelerin 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Mersin Atıksu Projesi ile ilgili olarak

MESKİ Genel Müdürlüğü ile Avrupa Yatırım Bankası arasında 11.10.2001

tarihinde 60 milyon Euro tutarında kredi anlaşması yapıldığı,  
MESKİ

tarafından Avrupa Yatırım Bankası'ndan sağlanan kredi ile 4734  
sayılı

Kanun'un 3. maddesinin (c) bendi gereğince istisna kapsamında

Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC)  
kurallarına göre

24.11.2006 tarihinde "Karaduvar Biyolojik Atıksu Arıtma Tesisi  
İhalesi"nin

yapılarak 15.01.2007 tarih ve 7 sayılı MESKİ Yönetim Kurulu  
kararıyla

onaylandığı, bu ihalenin iptali istemiyle bakılan davanın  
açıldığı

anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için bir ihalenin 4734 sayılı

Kanun'un 3/c bendi gereğince istisna kapsamında yapılabilmesi  
için hangi

şartların bulunması gerektiğinin irdelenmesi gerekmektedir.  
Yukarıda

aktarılan madde metninde bu husus için iki şartın gerektiği  
ifade edilmiştir.

Bunlardan ilki, ihalenin uluslararası anlaşmalar gereğince dış  
finansman

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

sağlanarak yapılması; ikincisi ise ihalede finansman anlaşması gereğince

farklı ihale esas ve usullerine yer verilmesidir. Kanun koyucu her iki şartın

birlikte gerçekleşmesi durumunda ihalenin 4734 sayılı Kanun'a tabi

olmadan yapılabileceğini kabul etmiştir.

Yapılan bu açıklama kapsamında uyuşmazlık konusu ihalede

yukarıda bahsedilen her iki şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin

irdelenmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu ihale yapılmadan önce Avrupa Yatırım Bankası ile imzalanan kredi anlaşması gereğince davalı idarenin Avrupa Yatırım

Bankası'ndan 60 milyon Euro kredi aldığı açık olduğundan ihalenin dış

finansman sağlanarak yapıldığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Davalı idare ile Avrupa Yatırım Bankası arasında imzalanan kredi

anlaşmasının "İhale Usulleri" başlıklı 6.04. maddesinde "Borçlu, Banka'ca

uygun ve tatminkar şekilde tüm ülkelerin uluslarına eşit şartlarda

uluslararası ihale yaparak proje için mal ve hizmetler temin edecektir."



kuralına yer verilmiş, bu amaçtan hareketle yapılan ihale Resmî Gazete ile

Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanarak uluslararası katılımın

sağlanması amaçlanmış, ihalede yerli istekliler lehine avantaj sağlayıcı

herhangi bir kurala yer verilmemiş; kredi anlaşmasının "Ödeme Şartları"

başlıklı 1.04. maddesinde "Borçlu, inşaat sözleşmesinin, atıksu arıtma

tesisinin işletilmesi ve bakımının ilk beş yılı için Banka'nın istediği şartları

içerdiğini garanti edecektir." kuralına yer verilmek suretiyle davalı idare,

ihalenin yapılmasından sonraki sürece de etki edecek şekilde Avrupa

Yatırım Bankası'nın şartlarını kabul ettiğini ikrar etmiş, konuya ilişkin

oluşan tereddütün giderilmesi için Avrupa Yatırım Bankası yetkililerinin

davalı idareye yazdıkları 24.05.2007 tarihli yazıda da ihale dokümanlarının

FIDIC kılavuzlarına göre hazırlanmış olmasının Banka'nın finansman

sağlama konusunda onay kararı vermesine baz teşkil eden ön koşullardan

biri olduğu ifade edilmek suretiyle Banka'nın finansmanı ile yapılan

ihalelerin FIDIC kurallarına göre yapılmasının zorunlu olduğu açıkça ifade

edilmiştir.

Bu durumda; uyuşmazlık konusu ihalenin davalı idare ile Avrupa Yatırım Bankası arasında imzalanan kredi anlaşması gereğince dış kaynak

temin edilmek suretiyle Avrupa Yatırım Bankası'nın öngördüğü FIDIC

İdari Dava Daireleri Kararları

Onüçüncü Daire

D a n ı ş t a y D e r g i s i Y ı l : 2013 Say ı : 132

261

kurallarına göre yapıldığı, bu nedenle ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 3.

maddesinin (c) bendi gereğince istisna kapsamında yapılabileceğinin

kabulü gerektiğinden; 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde

öngörülen şartlar oluşmadan ihalenin istisna kapsamında yapılması

nedeniyle hukuka aykırı olduğundan bahisle ihalenin iptaline ilişkin temyize

konu Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun

49. maddesinin 1. fıkrası uyarınca temyiz isteminin kabulüne,

Mersin 1.

İdare Mahkemesi'nin 28.11.2008 tarih ve E:2007/750,  
K:2008/1472 sayılı

kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere  
dosyanın adı

geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, fazladan yatırılan 125,10 TL  
harcın

istemi halinde müdahil şirketlere iadesine, bu kararın tebliğ  
tarihini izleyen

15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık  
olmak üzere,

03.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.