

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR (İdare Hukuk görüşleri)

Kanun'un Kapsamı

Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetiminde olan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının 2. ve 3. maddede sayılan istisnalar hariç olmak üzere kanun kapsamında olduğu bu konuda açılan davalar örnek verilmek suretiyle konu tartışıldı.

Kanun'un İstisnaları

İstisna kapsamında yapılmış olan bir ihale ile ilgili olarak açılacak davalarda kanunun 53. maddesine göre Kamu İhale Kurumu'nun görev ve yetkisi bulunmadığı için merciine tevdi kararı verilmeyip mahkemece işin esasının incelenmesi gerektiği hususu müzakere edildi. (E:2009/6110)

Kanun'un Temel İlkeleri

Bu maddenin genel itibarıyla ihalenin idare tarafından iptalinde rekabet koşullarının oluşmadığı iddiası çerçevesinde değerlendirildiği, idarenin bu maddede sayılan temel ilkelere ihale sürecinin tüm aşamasında uyması gerektiği, ödenek bulunmadan ihaleye çıkılamayacağı ilkesinin kanuna getirilen en önemli ilkelerden bir tanesi olduğu hususu müzakere edildi. (E:2009/230, E:2008/3185, E:2008/2867, E:2010/1620)

Yaklaşık Maliyet

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan farklı olarak 4734 sayılı

Kanun'da yaklaşık maliyetin gizliliğinin esas olduğu, yaklaşık maliyetin doğru olarak tespit edilmesinin doğrudan ihale sürecini ve sonucunu etkilediği, ayrıca sınır değerin tespitinde de yaklaşık maliyetin çok önemli bir unsur olduğu müzakere edildi. (E:2011/2049,

İş Deneyim Belgesi

Özel sektöre taahhüt edilen bir iş kapsamında iş deneyim belgesi verilip verilemeyeceği, sözleşmenin açıkça bir bedel içermemesi halinde sunulan diğer belgelerle birlikte iş deneyim belgesinin kabul edilip edilmeyeceği, idari şartnamede işin alt yüklenicilere yaptırılmayacağına dair düzenleme bulunması halinde o alt yükleniciye iş deneyim belgesi verilip verilemeyeceği hususları müzakere edildi. (E:2011/3874, E:2008/3212, 2007/15270)

İhaleye Katılamayacak Olan Kişiler

Kanun'un sistematığında üç tür yasaklılık halinin sayıldığı, bunların; idarelerce yasaklama, mahkeme kararı ile yasaklama ve kanundan kaynaklı yasaklama olduğu, Kanun'un 59 maddesi uyarınca haklarında kamu davası açılanların yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacağı açık olmakla birlikte 11. maddede 10.11.2012 tarihinde yapılan değişiklik ile hakkında kamu davası açılanlara ilişkin olarak yeni bir düzenleme yapıldığı, bu düzenleme uyarınca anılan durumda bulunan kişilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği, teminatın irat kaydı ve yasaklama işlemlerinin uygulanamayacağı, bu kanun çıkmadan önce hakkında yasaklama kararı verilmiş olanlar için de bu kanun lehe bir düzenleme getirdiğinden yeni kanun hükmünün uygulanması gerektiği hususu müzakere edildi. (E:2011/4031, E:2012/3192)

Ortak Girişimlerin Durumu

Dava açma ehliyeti açısından ortak girişimi oluşturan ortakların durumu tartışıldı, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik ve Tebliğ'de yer alan düzenlemelerin Kamu

İhale Kurumu'nu bağladığı, ehliyet noktasında 2577 sayılı Kanun'un 2 maddesinin değerlendirilmesi gerektiği, bu kapsamda şirketlerin birlikte dava açması veya herhangi bir ortağın dava açması halinde ehliyetli görülerek işin esasının incelenmesi gerektiği hususu müzakere edildi. (E:2012/847)

Pazarlık Usulüyle Yapılacak İhaleler

4734 sayılı Kanun'a göre açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulü olarak öngörülmüş olup, pazarlık usulü ile ihale yapılmış olması halinde Kanun'un 21. maddesinde yer alan koşulların oluşup oluşmadığının irdelenmesi gerektiği, 04/07/2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 4734 sayılı Kanun'un 28. maddesine eklenen cümle ile ilan yapılmayan hallerde ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı şeklindeki düzenlemenin ortaya çıkaracağı sakıncalar müzakere edildi. (E:2009/4101, E:2011/892)

Doğrudan Temin Usulü

4734 sayılı Kanun'un ilk halinde doğrudan temin bir ihale usulü olarak öngörülmüş iken 2003 yılında yapılan değişiklik ile ihale usulü olmaktan çıkarıldığı ve bir alım usulü haline dönüştürüldüğü, bu kapsamda Kanun'un 53. maddesinde kamu ihale kurumunun görevinin bu kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak inceleme yapılacağından, doğrudan temin ile yapılan bir alımda Kamu İhale Kurumu'nun herhangi bir görev ve yetkisinin bulunmadığı, dolayısıyla bu konuda açılacak olan davalarda merciine tevdi kararı verilmemesi gerektiği, ayrıca doğrudan temin ile yapılacak olan alımlar ile ilgili olarak yasaklama kararı verilip verilemeyeceği hususu müzakere edildi. (E:2010/3512)

Re'sen İhale İptalleri

İdarelerin ihaleyi iptal etme hususunda takdir yetkilerinin bulunduğu, fakat bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, ihalenin iptali halinde yapılacak yargı denetiminde ihalenin

iptalinin gerekçelerinin ortaya konulması ve bunun hukuken kabul edilebilir olması gerektiği hususu tartışıldı. (E:2009/788, E:2009/3516)

Re'sen ihale iptallerinde eğer daha önceden yapılmış bir şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu yoksa bu durumda ihalenin iptaline ilişkin işleme karşı doğrudan dava açılabileceği; eğer daha önce yapılmış bir şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu varsa bu durumda merciine tevdi kararı verilerek dosyanın Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesi gerektiği hususu müzakere edildi. (E:2011/4032, E:2010/17, E:2011/3527)

Eksik Bilgi ve Belgelerin Tamamlanması

2008 yılı Aralık ayında yapılan değişiklikten önce teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan belge ve bilginin tamamlatabileceği düzenlenmiş iken şu anda teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan belgede bilgi eksikliğinin tamamlatabileceğinin düzenlendiği, bu haliyle teklif zarfı içerisinde belgenin bulunması gerektiği, belgede bilgi eksikliği bulunması halinde ise bu eksikliğin tamamlatabileceği, birincil ve ikincil düzenlemelerde teklifin esasını değiştirecek nitelikte olan belgelerin sayılmadığı, bu nedenle mahkemenin önüne gelen ihtilaflarda bu hususun değerlendirilmesi gerektiği müzakere edildi. (E:2012/2116)

Aşırı Düşük Teklif Sorgulaması

Aşırı düşük teklif sorgulamasında, yapım işleri ihalelerinde sınır değer tespit edileceği, teklifi sınır değer altında olan isteklilere aşırı düşük teklif sorgulaması yapılacağı, mal alımı ve hizmet alımı ihalelerinde sınır değer hesaplanmasına ilişkin herhangi bir yöntemin tespit edilmediği, o durumda da diğer tekliflere veya yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olan tekliflere, aşırı düşük teklif sorgulaması yapılacağı, verilecek cevabın kamu ihale

mevzuatında öngörülen usullere uygun olması halinde kabul edileceği, uygun olmayan tekliflerin reddedileceği hususları müzakere edildi. (E:2009/5292, E:2012/945)

Aşırı düşük teklif sorgulaması kapsamında giyim maliyetinin tevsiki için sunulan belgelerin mevzuata uygun olması durumunda bu belgelerde yer alan fiyatların hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle teklifin değerlendirme dışı bırakılamayacağı, bu durumda teklifin geçerli olduğu kabul edilerek bu durumun araştırılması için vergi dairesine bildirimde bulunulması gerektiği hususu tartışıldı. (E:2010/319)

Kesin Teminat ve Sözleşmenin Feshinde Görevli Yargı Yeri

Kesin teminatın irad kaydı ile ilgili olarak görev ayrımının nasıl yapılması gerektiği hususu müzakere edildi. Bu kapsamda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21.maddesinde yer alan hüküm nedeni ile teminatın irad kaydının ve sözleşmenin feshinin

sözleşmeden önceki bir aşamadan kaynaklı olması halinde idari yargının görevli olduğu, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklı irad kaydı ve sözleşmenin feshi durumunda ise adli yargının görevli olduğunu hususu tartışıldı. (E:2010/55, E:2010/2469, E:2010/2816)

Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvurusu

□ İhale sürecine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce şikâyet ve itirazen şikâyet yollarının işletilmesi gerektiği, bu başvuru yolları işletilmeden dava açılması durumunda merciine tevdi kararı verilerek dilekçenin aşamasına göre kamu İhale Kurumu'na veya ihaleyi yapan idareye gönderilmesi gerektiği, (E:2008/5335)

□ Aday, istekli ve istekli olabilecekler dışındaki kişilerin ihaleye ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açtıkları davalarda merciine tevdi kararı verilemeyeceği, bu tür

davalarda ihaleyi yapan idarenin yargı çevresi bakımından bağılı bulunduğu yer idare mahkemesinin yetkili olduğu, (E:2011/444)

□ 2008 yılında yapılan değışiklik ile Kurul'un inceleme yetkisinin daraltıldığı, bu durumun dolaylı olarak yargılama yetkisinin de daraltılması sonucunu doğurması nedeniyle bu değışikliğin Anayasa'ya aykırı olabileceği, (E:2012/372)

□ Kurul'un eğıt muamele kapsamında yapacağı incelemenin kapsamının geniş olduğunun kabul edilmesi gerektiği,

□ Kanun'un 65. maddesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularına ilişkin sürelerin hesabında da dikkate alınması gerektiği hususları müzakere edildi.

İhalelere Katılmaktan Yasaklama

4734 sayılı Kanun'da üç tür yasaklamadan bahsedildiği, bunların; idarece yasaklama, ceza mahkemesince yasaklama ve hakkında kamu davası açılanların yargılamanın sonuna kadar ihaleye katılamayacağına ilişkin kanundan kaynaklı yasaklama olduğu, idarece yasaklamanın da kendi içerisinde ikiye ayrıldığı, 17. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri hariç sözleşme imzalamayanlar hakkında ise 6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadar yasaklama kararı verilebileceği, yasaklamalarda fiil veya davranışın özelliğine göre alt haddin ayrılarak daha yüksek ceza verilebileceği, yasak fiil ve davranışın tespit edildiği tarihten itibaren 45 gün içinde yasaklama kararı verilmesi gerektiği, tespit tarihinin ise yasaklama kararı verecek olan makama bildirimin ulaştığı tarihin kabul edileceği, yasaklama kararına karşı açılacak davalarda, Resmi Gazete'deki ilan tarihinden değıl tebliğ tarihinden, eğer karar tebliğ edilmemiş ise yasaklama kararın öğrenildiği tarihten itibaren süresi içerisinde dava açılması gerektiği

hususları müzakere edildi. (E:2012/448, E:2009/2206, E:2011/2976)

Hakkında Kamu Davası Açılanların Durumu

□ Hakkında kamu davası açılanların ve Kanun'un 58. maddede sayılanların yargılamanın sonuna kadar ihalelere katılamayacağı şeklinde düzenleme bulunduğu, 10/11/2012 tarihinde yapılan değişiklik ile hakkında kamu davası açılanların ihaleye katılamayacak olanlar başlıklı 11. maddesinin kapsamından çıkarıldığı, dolayısıyla bu kapsamda olup ihaleye katılanların yasaklanamayacağı, sadece Kanun'un 59. maddesindeki (ihaleye katılamayacak) ibaresinden hareketle teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği, bu kanun değişikliğinden önce ihaleye katılması nedeni ile yasaklama kararı verilenler için lehe düzenleme bulunduğu ve yeni kanundan yararlanması gerektiği hususları müzakere edildi. (E:2011/4031, E:2012/3192)

4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR

4735 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu hükmünden bahisle yapılan ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği, sözleşme imzalandıktan sonra olsa dahi sözleşmeden önceki bir aşamadan bahisle sözleşme fesh edilmiş ve kesin teminat irad kaydedilmiş ise uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiği hususu tartışıldı. (E:2010/3215, E:2010/2816)

2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR

Devlet İhale Kanunu'nun

□ 35. maddesinde ihale usullerinin neler olduğu

□ 36. maddesinde temel ihale usulünün kapalı teklif usulü olduğu,

□ 51. maddesi uyarınca pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde anılan kanun maddesinde sayılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi gerektiği,

□ 51. Maddesi uyarınca yapılacak ihalelere konu taşınmazların ancak Hazine'ye ait veya devletin hüküm ve tasarrufundaki altındaki taşınmazları kapsadığı hususu tartışıldı, bunlar dışındaki taşınmazların bu usulle ihale edilemeyeceği hususu tartışıldı.

□ 71. vd maddelerinde sayılan yöntemler ihale niteliğinde olmadığından bu maddeler gereğince yapılan işler nedeniyle yasaklama kararı verilemeyeceği hususu tartışıldı.

□ 84. maddesinde ihalelerden geçici yasaklama hususunun düzenlendiği,

□ 83. maddede sayılan yasak fiil ve davranışların gerçekleşmesi halinde bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği,

□ 84. maddenin 3. fıkrası uyarınca da üzerine ihale yapıldığı halde sözleşme yapmayan, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışından taahhüdünü

yerine getirmeyen istekliler hakkında yasaklama kararının sadece ihaleyi yapan idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği hususları müzakere edildi. (E:2011/3537)