

Asfalt Kaplama Yama Yapılması ihalesinin işin ivedilik gerektiren bir iş olduğu bu nedenle Pazarlık usulü ihale yapılabilir mi ? (Danıştay K 2022)

Asfalt Kaplama Pazarlık usulü ihale yapılabilir mi ?

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

2021/3575 E. , 2022/3943 K.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3575

Karar No:2022/3943

TEMYİZ EDENLER : 1. (DAVALI) ... Belediye Başkanlığı

VEKİLİ : Av. ...

2. (MÜDAHİL DAVALI YANINDA) ... Asfalt İnşaat Tesisat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Petrol-Karo ve İnşaat Malzemeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Nilüfer Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü'nce 03/11/2020 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Nilüfer İlçesi Sınırları Dahilinde Bitümlü Sıcak Karışım Asfalt Kaplama ve Yama Yapılması İşi" ihalesinin iptali ile yeniden açık ihale usulüyle ihale yapılması yönünde karar verilmesi istenilmiştir. İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; dava dilekçesinde belirtilen, ihale konusu iş için yeniden açık ihale usulüyle ihale yapılması yönünde karar verilmesi talebi yönünden yapılan incelemede;

Davacının, "yeniden açık ihale yapılması" yönündeki talebinin, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi sonucunu doğuracak bir talep niteliğinde olduğu, bu nedenle işbu istemin incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle bu kısım yönünden davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

"Nilüfer İlçesi Sınırları Dahilinde Bitümlü Sıcak Karışım Asfalt Kaplama ve Yama Yapılması İşi" ihalesinin iptali talebi yönünden yapılan incelenmesinde;

İhale konusu işin doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen durumların, yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliğinin somut olarak ortaya konulamadığı, davalı idarece, ihale konusu işin ilk olarak 06/04/2020 tarihinde açık ihale usulü ile ihale edildiği, ihale sonucu işin yüklenicisi olan firmanın, asfalt plentine ait GSM ruhsatının Bursa Büyükşehir Belediyesi tarafından iptal edilerek tesisin mühürlenmesi nedeniyle, 2020 asfalt yatırım planı doğrultusunda imalatların yapılabilmesi, işlerin devam edebilmesi ve belediye hizmetlerinin devamlılığının sağlanabilmesi için pazarlık usulüyle ihaleye çıkılmasının gerekli olduğu belirtilmişse de, bu durumun, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendinde belirtilen ani ve beklenmeyen bir hâl veya idare tarafından önceden öngörülemeyecek nitelikte olmadığı, ayrıca pazarlık usulünün uygulanabilmesi için Kanun'da aranan şartlardan olan ivedilikten kastın, hem ihale sürecinin bir an önce sonuçlandırılması hem de ihale edilen yapım işinin bir an önce bitirilmesi olarak anlaşılması gerektiği, dava konusu işin bitirilme süresinin 500 gün olarak belirlenmesinin işin ivediliği ile bağdaşmadığı anlaşıldığından, 4734

sayılı Kanun'un 21/b maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalede hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle, kısmen dava konusu işlemin iptaline, kısmen davanın incelemeksizin reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, Belediye sınırları içerisindeki yollardaki hasar, çöküntü ve yaklaşan kış şartları nedeniyle asfalt yapılmasının gerektiği, asfalt yapılması işinin sadece yaz aylarında yapılabildiği, bu nedenle ihale konusu işin ivedilikle yapılması gerektiği, davacı tarafından dava açmadan önce başvurulması zorunlu şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna başvurulmadan dava açıldığı, davayı açmakta davacının hukuki menfaatinin bulunmadığı ileri sürülmektedir.

Davalı yanında müdahil tarafından, davacı tarafından zorunlu başvuru yolu olan şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna başvurulmadan dava açıldığı, davayı açmakta davacının hukuki menfaatinin bulunmadığı, işin süresinin ivedilik durumuna uygun olarak belirlendiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE:

USUL YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Nilüfer Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü'nce 03/11/2020 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle ... ihale kayıt numaralı "Nilüfer İlçesi Sınırları Dahilinde Bitümlü Sıcak Karışım Asfalt Kaplama ve Yama Yapılması İşİ"

ihalesi gerçekleştirilmiş, anılan ihalenin iptali ve yeniden açık ihale usulüyle ihale yapılması istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, iptal davaları, idari işlemler hakkında menfaatleri ihlâl edilenler tarafından, tam yargı davaları ise idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar olarak tanımlanmış; 14. maddesinin 3/c bendinde, dava dilekçelerinin, diğer ilk inceleme konuları yanında ehliyet yönünden de inceleneceği belirtilmiş; aynı Kanun'un 15. maddesinin 1/b bendinde ise, 14. maddenin 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hâllerde davanın reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.

Yargı kararlarında ve doktrinde "menfaat" kavramının davacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade ettiği belirtilmekte ve idarî işlem ile dava açan kişi arasında meşrû, güncel ve ciddî bir alâka söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edilmektedir. İptal davalarında davacı olabilmek için subjektif bir hakkın ihlâl edilmesi şartı aranmamakta, menfaat ihlâli yeterli sayılmaktadır.

İptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirtilen hukukî nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idarî işlemlerin, bu idarî işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat alâkası kurabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Yapım işleri ihalelerinde, isteklilerin ekonomik ve malî yeterliğinin belirlenmesine ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde hangi bilgi ve belgelerin istenebileceği belirtilmiş; Kanun'da sayılan bilgi ve belgelerin şekil ve içeriklerine ilişkin şartlara ise Yapım

İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinde, "İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

... b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;..

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak; a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler, b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler, c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler...e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri..." kuralına yer verilmiştir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İstenecek belgeler" başlıklı 30. maddesinde, ekonomik ve malî yeterlik ile meslekî ve teknik yeterliğin değerlendirilmesinde kullanılmak üzere aday veya isteklilerden istenecek belgelere ilişkin olarak, "yaklaşık maliyetine bakılmaksızın aday veya isteklinin teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgeler ile iş deneyim belgesinin" her ihalede istenilmesinin zorunlu olduğu; "İş deneyimini gösteren belgeler" başlıklı 39. maddesinde, aday veya isteklilerden, yurt içinde veya yurt dışında kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt ettikleri, ihale konusu iş veya benzer işlerdeki deneyimlerini tevsik etmeleri için iş deneyim belgesi istenilmesinin zorunlu olduğu; "Belge düzenleme koşulları" başlıklı 44. maddesinde ise, iş durum belgelerinin, düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl süreyle kullanılabileceği kurala bağlanmıştır.

UYAP ortamında yapılan incelemede, davacı tarafından, 03/03/2021 tarihinde Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Kent Meydanı-Terminal Tramvay Hattı (T2 Hattı) Elektromekanik Tamamlama İşleri" ihalesinin iptali istemiyle açılan davada ... İdare Mahkemesi'nce verilen davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararın temyiz edilmesi üzerine, Dairemizin E:2021/3636 sayılı dosyasında verilen 22/12/2021 ve 24/02/2022 tarihli ara kararlarıyla davacıdan, "yapım işi alanında faaliyette bulunduğunu gösteren tüm iş deneyim belgelerinin istenilmesine" karar verilmiş, ancak davacı tarafından ara kararlarına istinaden herhangi bir iş deneyim belgesi sunulmamış, bunun üzerine, Dairemizin 19/04/2022 tarih ve E:2021/3636, K:2022/1726 sayılı kararıyla, davacı şirket tarafından yapım işi alanında iş deneyimini gösteren belgelerin sunulamadığı dikkate alındığında, uyuşmazlığa konu yapım işi ihalesi ile meşru, güncel ve makûl bir menfaat alâkası bulunmayan davacının bakılan davayı açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle, temyize konu Mahkeme kararının gerekçeli olarak onanmasına karar verilmiştir.

Bu itibarla, iş deneyim belgesi bulunmadığından dava konusu ihaleye mevzuattan kaynaklanan bu engel nedeniyle katılması mümkün olmayan davacı şirketin güncel menfaatinin ihlâl edildiğinden söz edilemeyeceğinden, bakılan davayı açma ehliyetinin bulunmadığı dikkate alındığında, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, esası incelenmek suretiyle verilen dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında usûl kurallarına uygunluk bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalı idarenin ve davalı yanında müdahilin temyiz istemlerinin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının, dava konusu ihalenin iptaline ilişkin kısmı ile davacı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. 2577 sayılı Kanun'un 14/3-c ve 15/1-b maddeleri uyarınca DAVANIN

EHLİYET YÖNÜNDEN REDDİNE,

4. Mahkeme kararının temyiz edilmeyerek kesinleşen kısmı dikkate alındığında, dava kısmen incelemeksizin ret, kısmen ehliyet ret kararıyla sonuçlandığından, ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Toplam ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
6. Toplam ... -TL müdahil yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı idare yanında müdahile verilmesine,
7. Posta giderleri avansından artan tutarların taraflara ve davalı yanında müdahile iadesine,
8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere) 02/11/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.