

yaklaşık maliyeti * TL olan ihalede yeterli ödeneğin bulunduğu, mevcut ödeneğin ihalede verilen teklifleri karşıladığı, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, rekabetin olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki durumlara aykırı bir hususun tespit edilmediği dikkate alındığında, ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli değişiklik gösterebilecek olan ihale ilân tarihi ile

**ihale tarihi arasındaki borç-
alacak yapısında meydana
gelen değişiklikler veya
nakit akışındaki farklılıklar
ileri sürülerek ihalenin
iptal edilmesinde ve itirazen
şikâyet başvurusunun reddine
ilişkin tesis edilen dava
konusu işlemde hukuka uyarlık
bulunmadığından, davanın
reddi yolunda verilen İdare
Mahkemesi kararında hukuki
isabet görülmemiştir**

**T.C.
Danıştay
13. Daire**

**Esas No:2008/678
Karar No:2011/3674
K. Tarihi:**

**Özeti : 1- İhale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince
onaylanması aşamasında kamu yararı ve hizmet gerekleri
doğrultusunda takdir yetkisi kullanılması**

gerektiği, ihale işlemlerinin takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi, idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idarî istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınmasının zorunlu olduğu,

2- Uyuşmazlık konusu ihalede yeterli ödeneğin bulunduğu, mevcut ödeneğin ihalede yenilen teklifleri karşıladığı, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, rekabetin olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki durumlara aykırı bir hususun saptanmadığı dikkate alındığında, ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli değişiklik gösterebilecek olan ihale ilân tarihi ile ihale tarihi arasındaki borç-alacak yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek ihalenin iptal edilmesinde ve itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Yapı İnşaat Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.

Vekili : Av. ... Karşı

Taraf (Davalı) : Kamu İhale Kurumu

Vekili : Av. ... İstem

Özeti : Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2007 tarih ve E:2007/1329, K:2007/1681 sayılı kararının; 18.08.2006 tarihli ihale onay belgesinde kullanılabılır ödenek tutarının mevcut olduğunun idare tarafından belirtilmesine rağmen ihale sonuçlandıktan sonra ödeme sıkıntısı çekileceği gibi çelişkili bir gerekçeyle ihalenin iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu, ihalede rekabetin sağlandığı, verilen tekliflerin yaklaşık maliyetin altında olduğu, ihale yetkilisince 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ilkelere herhangi bir aykırılığın da tespit edilmediği, nakit akışındaki olumsuzluğun ihalenin iptali için haklı bir gerekçe oluşturmayacağı, takdir yetkisinin keyfî olarak kullanıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi : 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer verilmeyen, idarenin borç-alacak

yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürölerek ihalenin iptal edilmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık görölmediğinden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemin iptali gerekirken, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiğı düşünölmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'in Düşüncesi : Elazığ Araştırma Hastanesi Baş Tabipliğince 20.09.2006 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan Eski Hastane Binasının Deprem Güçlendirme, Tadilat ve Çevre Tanzimi ihalesinin iptal edilmesi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 11.12.2006 günlü, 2006/UY.Z-3141 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda İdare Mahkemesince verilen kararı, davacı şirket temyiz etmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Temel İlkeler başlıklı 5.maddesinin ilk fıkrasında İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliğı, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. hükmüne, beşinci fıkrasında da ödeneğı bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz. hükmüne yer verilmiştir. Dosyanın

incelenmesinden; 20.09.2006 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan Eski Hastane Binasının Deprem Güçlendirme, Tadilat ve Çevre Tanzimi ihalesine beş isteklinin katıldığı, yaklaşık maliyetin 7.980.282.26-YTL olduğu, 6.630.021.11-YTL teklif veren davacı şirkete ihalenin bırakıldığı, ancak ihale yetkilisi tarafından 26.09.2006 tarihinde ihalenin iptal edildiğı, ihalenin iptal gerekçesi olarak, hastanenin alacaklarının yeterince tahsil edilememiş olması nedeniyle mali sıkıntı yaşanmasının belirtildiğı, davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kurul'ca, ihale ilan tarihinde mevcut olan alacakların, ihale tarihi itibarıyla yeterince tahsil edilemediğı, idarenin borçlarının arttığı, bu nedenle mali sıkıntıya düşöldeğı, saymanlık yazısı ile de bu durumun tevsik edildiğı, ihale bedelinin ödenmesinin hastanenin işleyişinde aksaklıklara yol açabileceğinden ihalenin iptal edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verildiğı, davacı şirket tarafından ise bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, İhale ilan tarihi itibariyle yeterli ödeneğin bulunduğu hususunun tartışmasız olduğu, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, yani ödeneğin teklifleri karşıladığı, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırı bir durumun mevcut olmadığı anlaşılmakla, Kanunun aradığı ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli değişiklik gösterebilecek olan, ihale ilan tarihi ile ihale tarihi arasında idarenin alacak-borç yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ayarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, davanın reddi yolunda İdare Mahkemesince verilen kararda hukuki isabet bulunmadığından, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, 20.09.2006 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan Eski Hastane Binasının Deprem Güçlendirme, Tadilat ve Çevre Tanzimi İşleri ihalesinin ihale yetkilisince iptali üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına ilişkin olarak alınan 11.12.2006 tarih ve 2006/UY.Z-3141 sayılı Kamu İhale Kurulu işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, ihaleye beş isteklinin katıldığı, yaklaşık maliyeti 7.980.282,26 TL olan ihalede, 6.630.021,11 TL teklif veren davacı şirkete ihalenin bırakıldığı, ancak 26.09.2006 tarihinde ihale yetkilisi tarafından ihalenin iptal edildiği, Kamu İhale Kurulu'nca da itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığının anlaşıldığı, olayda ihale ilan tarihi olan 28.08.2006 tarihi itibariyle ihaleyi yapan idarenin alacak ve borç dengesinin ihalenin bedelini karşılamaya yettiği, ancak dosyada bulunan saymanlık yazısında da belirtildiği üzere ihalenin yapıldığı tarih olan 20.09.2006 tarihi itibariyle alacakların tahsil edilemediği gibi borçların da arttığı ve alacak-borç dengesinin bozulduğu, bu durum itibariyle ihalenin bedelinin karşılanamayacağı, ihaleyi yapan idarenin hastane olması ve maddi imkanlarının öncelikle

hastanenin aslî giderlerinin karşılanması amacıyla kullanılmasının gerektiği ve bu ihale tarihinden sonra güçlendirme faaliyetleri için bir ihale yapılmadığı, bu ihtiyaçların kısmen de olsa idare tarafından kendi imkanlarıyla karşılandığı göz önüne alındığında, idarenin mali sıkıntıya düştüğü, ihale bedelinin ödenmesinin hastanenin işleyişinde aksaklıklara yol açabileceğinin anlaşıldığı, bu nedenle ihalenin iptal edilmesi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İhale tarihinde yürürlükte bulunan haliyle 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları belirtilmiş, maddenin 5. fıkrasında ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı öngörülmüş, Kanun'un 62. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, yatırım projelerinin planlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibarıyla ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olmasının zorunlu olduğu, ilk yıl için öngörülen ödeneğin proje maliyetinin %10'undan az olamayacağı ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimlerinin sonraki yıllarda azaltılamayacağı belirtilmiştir. Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrasında da, 37. ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı, aynı maddenin 5. fıkrasında, ihale komisyonunun gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunacağı, kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanlarının, teklif edilen bedellerin, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığının, ihale yapılmamış ise, nedenlerinin belirtileceği hükme bağlanmış, 6. fıkrasında ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, 7.

fıkrasında ise, ihalenin, kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir.

İhale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince onaylanması aşamasında kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda takdir yetkisinin kullanılması gerektiği açıktır. İdarece takdir yetkisi kullanılırken hukuken geçerli seçenekler arasından uygun olanın tercih edilmesi veya işlemin yapılıp yapılmaması noktasında makul ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Kamu yararının ve hizmet gereklerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargı yerlerince yapılabilecektir. İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi idare hukukuna hakim olan hukukî güvenilirlik, idari istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, idareler ihaleye çıkma kararını almadan önce yapılacak işe ilişkin olarak yeterli ödeneğin alınmasını sağlamalıdır. İhale süreci devam ederken idare bütçesinde meydana gelebilecek değişimlerden etkilenmemek amacıyla ayrılan ödenek, yaklaşık maliyet dikkate alınarak ayrılmalıdır. Yeterli ödeneği bulunan bir işin ihalesinde idarenin alacak-borç dengesine yönelik değişimlerin ise ihalenin iptali için geçerli sebep oluşturmaması gerekir. Aksi halde idari istikrar ilkesine aykırılık oluşacağı gibi, kamu hizmetinin yürütümünde de aksaklıklar ortaya çıkması riski doğar.

Dosyanın incelenmesinden, 20.09.2006 tarihinde açık ihale usulü ile davaya konu ihalenin yapıldığı, ihaleye 5 isteklinin teklif verdiği, ihalenin davacı üzerinde kaldığı, ancak ihale yetkilisinin 26.09.2006 tarihli işlemiyle Hastanemizin 15.000.000,00 TL alacağı mevcuttur. Şu ana kadar kamu alacaklarının yeteri kadar tahsil edilememiş olması ve bu tarih itibarıyla borçlu durumda olmamız nedeniyle, hastanemizin ihtiyaç ve işlevleri göz önünde bulundurulduğunda söz konusu ihalede, ihale süresi içerisinde ödeme sıkıntısı çekileceğinden ve hastanemizin mali sıkıntıya düşeceği öngörüldüğünden ihalenin iptal edilmesi uygun görülmüştür gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verildiği, davacı şirket tarafından yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine itirazın şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurumu'nun dava konusu

işlemleriyle, ihalenin iptal edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verildiği anlaşılmıştır. Bu

durumda, yaklaşık maliyeti 7.980.282,26 TL olan ihalede yeterli ödeneğin bulunduğu, mevcut ödeneğin ihalede verilen teklifleri karşıladığı, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, rekabetin olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki durumlara aykırı bir hususun tespit edilmediği dikkate alındığında, ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli değişiklik gösterebilecek olan ihale ilân tarihi ile ihale tarihi arasındaki borç-alacak yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek ihalenin iptal edilmesinde ve itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2007 tarih ve E:2007/1329, K:2007/1681 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 13.09.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.