

İhale itirazen şikayet Başvuru bedellerinin geri alınabileceğini gösteren Güncel Mahkeme kararı(1)

*İhale itirazen şikayet Başvuru bedellerinin geri alınabileceğini
gösteren Güncel Mahkeme kararı*

İHALE KARAR ÖZETİ :

Mersin Belediye Başkanlığı Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen 2021/496353 İhale Kayıt Numaralı "Mersin İli, Akdeniz, Toroslar, Mezitli, Yenişehir, Tarsus İlçeleri Muhtelif Mahalle ve Caddelerde Asfalt Yama ve Tamirat Yapım İşİ" ihalesine ilişkin olarak Baş-Ka İnşaat Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından 20.12.2022 tarih ve 67892 sayılı Kurum Kayıtlarına alınan dilekçe ile yaptığı itirazın şikâyet başvurusu kapsamında yatırmış olduğu başvuru bedelinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Geçici 21'inci maddesi uyarınca idadesi talebinde bulunulmuş,

bu talebe ilişkin olarak Kurul tarafından alınan 12.01.2023 tarihli ve 2023/YK-344 sayılı karar ile "Bu çerçevede Kuruma yapılan talep incelendiğinde, ihaleyle ilişkin yapılan itirazın şikâyet başvurusu incelemesinde talep sahibinin iddialarının bir kısmının gelinen aşamadaki güncel hukuki duruma göre de haklı görülmediği ve dolayısıyla Kanunun öngördüğü şekilde "başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması" koşulunun gerçekleşmediği anlaşıldığından, itirazın şikâyet başvurusu kapsamında ödenen başvuru bedelinin idadesi talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliği edildiği veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Başvuru bedel iadesi talebinin reddine," karar verilmiştir.

Bunun üzerine Baş-Ka İnşaat Mad. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesi'nin 19.06.2023 tarihli ve E:2023/457, K:2023/1585 sayılı kararında "…Geriye yürümezlik ilkesinin bir gereği olarak; kanunlar, yürürlük tarihinden itibaren uygulanmak üzere çıkarılırlar ve idari işlemlerin yargısal denetimi, işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata ve hukuki duruma göre gerçekleştirilir.

Genel kural bu olmakla birlikte, kanun koyucunun özel bir düzenleme yaparak kanunları geriye yürüt (makale şamil) olarak çıkarması da mümkündür ancak bu durum istisnadır. Genel kuralın ve istisnalarının belirlenmesi hususunda, genel kuralın geniş, istisnaların dar yorumlanması da hukukun genel ilkelerindendir.

Yukarıda alıntısı yapılan kanun hükümleri bu çerçevede ele alındığında; 4734 sayılı Kanun'un 53/j maddesine 7421 sayılı Kanunla eklenen paragrafta, Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvuruları sırasında başvuru bedelinin belli şartlarla ilgisine iade edileceği yolunda düzenleme yapıldığı, geçici mahiyetteki ikinci düzenleme ile de, Kanun'un yürürlük tarihini izleyen günden itibaren otuz gün içinde başvurulmak kaydıyla, anılan düzenlemenin, kanunun yürürlük tarihinden önce alınan ve iade için belirlenen koşulları sağlayan Kurul kararları bakımından da uygulanmasının öngörüldüğü, başka bir ifadeyle yeni çıkarılan kanun hükmünün belli şartlar dâhilinde geçmişe yürütülmesini öngören bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir.

Diğer taraftan; yeni yapılan kanunî düzenlemenin, yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş Kurul kararları bakımından geçici maddede belirtilen şartlarla uygulanacağı açık olmakla birlikte, bu kararlardan dava konusu edilmiş olanlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise, bu hususta geçici maddede açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle bir belirsizlik söz konusudur.

Madde metninde, dava edilmiş veya edilmemiş idari işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat ve hukuki duruma göre yapılması yolundaki genel ilkenin ve hukukta genel kuralın geniş, istisnaların ise dar yorumlanması gerektiği yolundaki ilkenin buna engel olduğu değerlendirilmektedir.

Buna göre; geçici madde hükmünde, yeni düzenlemenin kanunun yürürlük tarihinden önce itirazın şikâyet bedelinin idadesi talebiyle açılmış ve halen devam eden davalarda da uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle söz konusu düzenlemenin devam eden davalar bakımından uygulanmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, geçici madde hükmünde, ilgililerin Kamu İhale Kurumuna başvuruları için öngörülen bir aylık süre zarfında mahkemelerin elindeki davalarla ilgili karar verip veremeyecekleri, bir aylık başvuru süresinin geçmesini bekleyip beklemeyecekleri, bu süre zarfında ilgililerce Kuruma başvurulmasının veya başvurulmamasının mahkemenin vereceği kararı nasıl etkileyeceği gibi konularda bir düzenleme yapılmaması olması da bu sonucu doğrulamaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da, yine idari işlemlerin denetiminin kural olarak idari işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan mevzuat ve hukuki durum çerçevesinde yapılması ilkesinin bir yansıması olarak ortaya çıkan, bu ilkenin, yeni düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış bulunan bütün davalar bakımından uygulanması gerekliliğidir.

Anılan kapsamda açılmış bulunan yüzlerce davadan bir kısmı mahkemelerde 7421 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 26.11.2022 tarihinden önce sonuçlandırılmışken, bir kısmı da doğal olarak anılan tarih itibarıyla derdest durmaktadır.

Aynı hukuki durumda olan kişilerin açtıkları davaların bir kısmının, dava konusu işlemin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunmayan yeni düzenlemeye göre çözümleneceğinin kabulü (ki yukarıda izah edildiği üzere, geçici madde böyle gerekliliği açıkça ve haklı bir gerekçeye dayalı olarak öngörmemektedir.) eşitlik, hakkaniyet ve hukuki güvenlik ilkeleriyle de bağdaşır bir durum değildir.

Yeni düzenlemeden önceki hukuki durumun ana hatlarıyla ortaya konulması ve yeni düzenleme ile karşılaştırılması, son izah edilen hususun daha iyi anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. 4734 sayılı Kanunun 53/j maddesinde, itirazın şikâyet başvuru bedeli, Kamu İhale Kurumunun gelirleri arasında sayılmaktadır ve 7421 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeden önceki haliyle Kanunda bu bedelin geri verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

İtirazın şikâyet başvuru bedelinin idadesi talebiyle açılan davalarda idarî yargı mercilerince davanın reddi yönünde kararlar verirken, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyumsuzlukta, Kamu İhale Kurumuna yaptığı itirazın şikâyet başvurusu haklı bulunan bir başvuru bedelinin ödendiği bedelin kendisine iade edilmemesinin mülkiyet hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. (Bireysel Başvuru No: 2017/33177). Anayasa Mahkemesinin bu ihlal kararı sonrasında, anılan kararın bir sonucu olarak idarî yargı mercilerince de iptal kararları verilmeye başlanmış, bir anlamda yapılan yargısal denetimin hukukî çerçevesini de Anayasa Mahkemesinin anılan kararı oluşturmuştur.

Bu çerçevede; idarî yargı mercilerince verilen kararlarda, itirazın şikâyet başvurusu sonucunda başvuru bedelinin iade edilmesi gerektiğine karar verilmiş ve talep edilen dosyalarda idareye başvuru tarihinden itibaren faiz ödenmesi kabul edilmiştir.

Yeni getirilen düzenleme ise, iade için başvuru bedelinin bütün şikâyet konularında haklı bulunması şartını getirmekte ve başvuru tarihinden itibaren iade için öngörülen 30 günlük sürenin sonuna kadar faiz ödenmeyeceğini kurala bağlamaktadır. Bu düzenlemelerin, kanunun yürürlük tarihinden önce açılmış bulunan davalara da uygulanması halinde aynı tarihlerde ve aynı hukuki durum mevcutken açılmış olan davalar arasında sonuç bakımından çok büyük farklılıkların ortaya çıkacağı ve bu durumun eşitlik, hakkaniyet ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır.

Açıklanan bu durum karşısında; 4734 sayılı Kanun'da, itirazın şikâyet bedelinin iadesi ile ilgili olarak 7421 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerin, anılan Kanunun yürürlük tarihi olan 26.11.2022 tarihinden önce açılmış bulunan eldeki dava bakımında uygulanma kabiliyetinin bulunmadığına karar verilerek uyumsuzluğun anılan düzenlemeden önceki hukukî durum çerçevesinde incelemesine geçildi.

Anayasa Mahkemesince 19.03.2020 tarihli ve 31073 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 15/1/2020 tarihli ve 2017/37300 sayılı Başvuru Numaralı kararda; itirazın şikâyet yolu için başvuru bedeli alınmasının amacının yersiz başvuruların önüne geçmek ve idari sürecin etkin bir şekilde işlemlerini sağlamak olduğu, itirazın şikâyet başvuru bedeli alınması belirtilen kamu yararı amacına dayanmakla birlikte haklı çıktıkları sonra kararlarda iade edilmemesi şeklinde mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, itirazın şikâyet yoluna başvuranlar hakkında aşırı bir külfet yüklememesi gerektiği,

4734 sayılı Kanun'da öngörülen idari yollar tüketilmeden dava açılmasının mümkün olmadığı, doğrudan dava açılabilseydi ilgililer tarafından itirazın şikâyet başvuru bedeli ödenmeyeceği ve davasında haklı çıkması durumunda ise yargılama giderlerinin karşı tarafa yükleneceği, diğer taraftan itirazın şikâyet başvuru bedelinin idari yargıda dava açma masraflarıyla karşılaştırıldığında çok yüksek olduğu, ihaleye katılan isteklilerin hukuka aykırı bir durumla karşılaştıklarında haklı çıksalar dahi itirazın şikâyet başvuru bedelinin kendilerine iade edilmeyeceğini bilmelerinin bu yola başvurularını engelleyebileceği belirtilerek

Kamu İhale Kurumuna yaptığı itirazın şikâyet başvurusu neticesinde haklı bulunan şirkete itirazın şikâyet başvurusu sırasında ödenen bedelin iade edilmemesinin, şirketin mal varlığında eksilmeye yol açması dolayısıyla aşırı külfet yüklediği ve mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale olarak değerlendirilmek suretiyle Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

İdare, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık, boşluk veya ilgili personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi şeklinde tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlenmesi, geç işlenmesi veya hiç işlenmesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükünün doğmasına yol açmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin ihaleyle ilişkin şikâyet başvurusunun reddedilmesi üzerine idari yargı merciinde dava açmadan önce ilgili mevzuatın amir hükmü gereği zorunlu idari başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu yapmak ve itirazın şikâyet başvurusunun incelenmesi için başvuru bedeli ödemek zorunda kaldığı, ihaleyi yapan idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle idari yollara başvurmak zorunda kalan davacı şirkete şikâyetinde haklı çıkmasına rağmen başvuru bedelinin iade edilmediği ve neticede davacı şirketin mal varlığında ödenen bedel kadar eksilme meydana geldiği,

yukarıda özet gerekçesine yer verilen Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, davacı şirkete haklı çıkmasına rağmen itirazın şikâyet başvuru bedelinin iade edilmemesi suretiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği açık olduğundan davacı şirket tarafından, itirazın şikâyet başvuru bedeli olarak ödenmiş olan 30.750,00-TL'nin davalı idare tarafından davacıya iadesi gerekirken, davacı şirketin talebinin reddi yönünde tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin iptaline." karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliği edildiği veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1) Kamu İhale Kurulunun 12.01.2023 tarihli ve 2023/YK-344 sayılı kararının iptaline,

2) Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru bedelinin iadesine, Oybirliği ile karar verildi.

Toplantı No	: 2023/037
Gündem No	: 9
Karar Tarihi	: 19.07.2023
Karar No	: 2023/MK-151

