

**İhale itirazen şikâyet
başvurusunda ileri sürülmemiş
olsa dahi itirazen şikâyet
başvurusunda yer alan
hususların incelenmesi
gerektiği(Danıştay K)**

**İhale itirazen şikâyet
başvurusunda ileri sürülmemiş
olsa dahi itirazen şikâyet
başvurusunda yer alan
hususların incelenmesi
gerektiği**

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/2953 K.**

2021/3483 E. ,

▪

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3483

Karar No:2021/2953

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Altyapı Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

MÜDAHİL (DAVALI YANINDA) : ... İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Karayolları 2. Bölge Müdürlüğü'nce 28/01/2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Gördes – Köprübaşı Yolu Km:0+000-37+763 Arası Toprak Tesviye, Sanat Yapıları ve Üstyapı İşleri" ihalesine yönelik olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 27/01/2021 tarih ve 2021/UY.I-218 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; idareye yapılan şikâyet başvurusunda, dava konusu işlemde 7. ve 8. madde olarak tasnif edilen iddialara yer verilmediği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi ve ilgili düzenlemeler gereğince, şikâyet dilekçesinde yer verilmeyen mezkur iddiaların esasının itirazın şikâyet aşamasında incelenemeyeceği, diğer taraftan, söz konusu iddialara ilişkin şikâyet başvurusunda bulunma süresi sona erdiğinden, başvuru dilekçesinin bu iddialar yönünden incelenmek üzere ilgili idareye gönderilmesinde hukukî yarar bulunmadığı anlaşıldığından, Kurul kararının bu davaya konu 7. ve 8. maddede belirtilen iddialara ilişkin itirazın şikâyet başvurusunun şekil ve süre yönünden reddine dair kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun

bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinde davalı idareye yapılacak başvurularda yalnızca şikâyet başvurusunda yer alan iddialara yer verileceğine yönelik bir sınırlama bulunmadığı, davalı idare tarafından itirazen şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği, 17/12/2020 tarihli şikâyet başvurusunun reddine ilişkin karara karşı 10 gün içinde 25/12/2020 tarihinde itirazen şikâyet başvurusunda bulunulduğundan başvurunun süresi içerisinde yapıldığı, müdahilin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığına yönelik olarak dilekçenin ikinci maddesinde yer alan iddiaya kararda yer verilmediği, bu hususun da Mahkeme tarafından incelenmediği ve bu konuda hüküm kurulmadığı, söz konusu iddia bakımından davacının aşırı düşük açıklamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, şikâyet başvurusunda yer verilmeyen iddiaların itirazen şikâyet kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, ayrıca söz konusu iddialara ilk defa itirazen şikâyet başvurusunda yer verilmesi nedeniyle bu iddialar bakımından başvurunun süresinde de yapılmadığı, davacının dava dilekçesinin ikinci maddesinde yer alan iddiasının da yerinde olmadığı, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Davalı yanında müdahil tarafından, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu, Kurul kararının 7. ve 8. maddesindeki iddialar bakımından başvurunun şekil ve süre yönünden reddi gerektiği, dava dilekçesinin ikinci maddesindeki iddia bakımından ise aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında alınan fiyat teklifinin yetkili kişilerce imzalandığının açık olduğu, davacının iddiaların yerinde olmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin

kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY:

Karayolları 2. Bölge Müdürlüğü tarafından 28/01/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "Gördes – Köprübaşı Yolu Km:0+000-37+763 Arası Toprak Tesviye, Sanat Yapıları ve Üstyapı İşleri" ihalesi sonucunda alınan 03/04/2020 tarihli ihale komisyonu kararı ile müdahil şirketin aşırı düşük teklif açıklaması uygun görülmeyle teklifi değerlendirme dışı bırakılmış ve davacı şirket en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenmiştir. Müdahil şirket tarafından söz konusu karara karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun 22/05/2020 tarih ve 2020/UY.I-935 sayılı Kurul kararı ile reddi üzerine açılan davada ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararı ile anılan Kurul kararının iptaline karar verilmiş ve bu karar Dairemizin 16/12/2020 tarih ve E:2020/3356, K:2020/3713 sayılı kararı ile onanmıştır. Aktarılan süreç neticesinde ihaleyi gerçekleştiren idarenin ... tarih ve ... numaralı ihale komisyonu kararı ile müdahil şirketin aşırı düşük açıklaması kabul edilerek en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenmiş ve ihale üzerinde bırakılmış, davacı şirket ise en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenmiştir.

Bunun üzerine davacı şirket tarafından, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin ve aşırı düşük açıklamasının uygun olmadığı iddialarıyla yapılan 10/12/2020 tarihli şikâyet başvurusunun, idarenin 17/12/2020 tarihli işlemi ile reddi üzerine, davacı şirket tarafından 25/12/2020 tarihli dilekçe ile Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda

bulunulmuştur.

Kurul tarafından yapılan inceleme neticesinde, ihaleyi gerçekleştiren idareye şikâyet başvurusunda yer verilmeyen ve ilk kez itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürülen müdahil şirketinin teklifinin uygun olmadığına ilişkin 1.8. ve 1.9. iddiaların (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen), şikâyet başvurusunda yer almaması nedeniyle itirazen şikâyet kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve bu iddialar bakımından başvurunun süresinde de yapılmadığı gerekçesiyle bahse konu iddialara ilişkin başvurunun şekil ve süre yönünden reddine; davaya konu diğer iddia (aşırı düşük açıklamasının uygun olmadığına ilişkin itirazen şikâyet başvurusundaki 2.9. iddia) bakımından ise esastan inceleme yapılmak suretiyle başvurunun reddine karar verilmiş, bunun üzerine söz konusu iddialar bakımından dava konusu işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

28/06/2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle, 2577 sayılı Kanun’a eklenen “İvedi yargılama usulü”nün düzenlendiği 20/A maddesinde, “1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır: (a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri ... 2. İvedi yargılama usulünde: ... (g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. ... (i) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.” kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “İhalelere yönelik başvurular” başlıklı 54. maddesinin birinci fıkrasında, ihale

sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri; aynı maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendinde, başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin dilekçelerde gösterilmesi gerektiği; "Kuruma itirazın şikâyet başvurusu" başlıklı 56. maddesinin ikinci fıkrasında, Kurum'un itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanmıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazın şikâyet başvurusuna konu edilemez." kuralına, "Başvuru üzerine yapılacak işlemler" başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasında ise, " İdareye başvuruda bulunulması gerekirken doğrudan Kuruma yapılan başvurular ile idareye başvurulmuş olmakla birlikte Kurumun haberdar edilmesine yönelik başvurular veya idarenin on günlük karar alma süresi beklenilmeden yapılan başvurular ihaleyi yapan idareye gönderilir." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

1. Temyize konu Mahkeme kararının, müdahil şirketin teklifinin uygun olmadığına yönelik olarak davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunun 1.8. ve 1.9. maddelerinde yer alan (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen) iddialar bakımından başvurunun şekil ve süre yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına ilişkin kısmı incelendiğinde; Olayda, davacı şirket tarafından, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin ve aşırı düşük açıklamasının uygun olmadığı iddialarıyla yapılan 10/12/2020 tarihli şikâyet başvurusunun ihaleyi gerçekleştiren idarenin 17/12/2020

tarihli işlemi ile reddi üzerine, 25/12/2020 tarihli dilekçe ile Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, söz konusu başvuruda idareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almayan "1.8) İhale üzerinde bırakılan isteklinin sunduğu bilanço belgeleri Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 35'inci maddesine, iş hacmini gösteren belgeler ise aynı Yönetmelik'in 36 ve 37'nci maddelerine uygun şekilde düzenlenmediği ve sunulmadığı, bilanço belgeleri ve iş hacmini gösteren belgelerin Yönetmelik'in 35, 36 ve 37'nci maddelerindeki yeterlik kriterlerini karşılayamadığı, 1.9) İhale üzerinde bırakılan istekli İdari Şartname'nin 35.1.1'inci maddesinde düzenlenen fiyat dışı unsur puanlama tablosundaki bazı iş kalemleri yönünden asgari ve azami teklif aralıklarına uygun teklif vermediği, bu istekliye ait fiyat dışı unsur puanının 50 tam puandan daha düşük olması gerektiği" (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen) şeklindeki iki yeni iddiasının yer aldığı, ancak davalı idare tarafından anılan iddiaların idareye verilen şikâyet dilekçesinde yer almadığı ve bu nedenle itirazın şikâyet kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığından bahisle bu iddialar bakımından başvurunun şekil yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz." kuralı yer almakta olup, bu kuralla idari yargı mercilerine, bireysel işlemlerin yargısal denetiminde bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmâl etme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrasını daraltması nedeniyle, dayanağı Kanun'a aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinin onuncu fıkrasının ihmâl edilerek Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetinde yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, Kanun'da böyle bir sınırlama yapılmadığı,

Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürölüp sürölmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının, şikâyet başvurusunun reddi üzerine 4734 sayılı Kanun'da öngörölün şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu göröldüğünden, davacının itirazen şikâyet başvurusunun 1.8. ve 1.9. maddelerinde yer alan (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen) iddialarının incelenmesi gerekirken, bu iddiaların şikâyet başvurusunda ileri sürölmediği gerekçesiyle itirazen şikâyet başvurusunun şekil yönünden reddine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk, davanın reddine yönelik Mahkeme kararının bu kısmında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

Diğer yandan, davalı idare tarafından davacının şikâyet başvurusunda yer vermediği hususlara itirazen şikâyet başvurusunda yer verilmiş olması nedeniyle İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in" 15. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında başvurunun şikâyetle konu edilmeyen kısımlarının idareye gönderilmesi gerektiği ve bu kuralın uygulanması hâlinde şikâyet başvurusu süresinde yapılmış olmayacağından söz konusu iddialar yönünden başvurunun süresinde de yapılmadığı gerekçesiyle süre yönünden ret kararı verilmiş ise de, ilgili kuralın davalı idareye şikâyet başvurusunda bulunulmaksızın doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulması hâline yönelik bir düzenleme olduğu, somut olayda ise davacının öncelikle idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu ve daha sonra yapmış olduğu itirazen şikâyet başvurusunda ilk başvuruda yer almayan iki hususa daha yer verdiği, davalı idare tarafından bu iddiaların incelenmesi amacıyla ihtiyaç duyulması hâlinde itirazen şikâyet başvurusu incelenmeden önce her türlü bilgi ve belgenin de ilgili idareden istenilmesi suretiyle inceleme yapılabileceği, bu bakımdan söz konusu iddialar yönünden başvurunun ilgili idareye gönderilmesinin zorunluluk arz etmediği ve itirazen şikâyet dilekçesindeki yeni iddiaların incelenmesine engel bir durum bulunmadığı

anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde şikâyet başvurusunda ileri sürülmemiş olsa dahi itirazen şikâyet başvurusunda yer alan hususların incelenmesi gerektiği göz önüne alındığında, 10/12/2020 tarihli şikâyet başvurusunun idarenin 17/12/2020 tarihli işlemi ile reddi üzerine 25/12/2020 tarihinde yapılan itirazen şikâyet başvurusu süresinde olduğundan, dava konusu Kurul kararının başvurunun süre yönünden reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk, davanın reddine yönelik Mahkeme kararının bu kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır.

2. Temyize konu Mahkeme kararı, müdahil şirketin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığına yönelik olarak davacının itirazen şikâyet başvurusunun 2.9. maddesinde yer alan (Kurul kararında 9. iddia altında incelenen) iddia bakımından incelendiğinde;

Dosyanın incelenmesinden, itirazen şikâyet başvurusunda yer alan ve müdahilin şirketin aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında "Amonyum nitrat-fuel oil karışımı" analiz girdisi için almış olduğu fiyat teklifinin yetkili kişilerce imzalanmamış olması nedeniyle geçerli bir fiyat teklifi niteliği taşımadığına yönelik 2.9. iddia (Kurul kararında 9. iddia altında incelenen) yönünden yapılan inceleme sonucunda, dava konusu Kurul kararı ile bu kısım yönünden başvurunun reddine karar verildiği, ancak davacı tarafından dava dilekçesinde belirtilmesine rağmen temyize konu Mahkeme kararında bu iddia yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmadığı ve hüküm kurulmadığı anlaşılmıştır.

Temyize konu Mahkeme kararında, her ne kadar davacının itirazen şikâyet başvurusunun 1.8. ve 1.9. maddelerinde yer alan (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen) iddialar yönünden inceleme yapılmış ise de, müdahil şirketinin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığına yönelik olarak davacının itirazen şikâyet başvurusunun 2.9. maddesinde yer alan (Kurul kararında 9. iddia altında incelenen) iddia incelenmediğinden İdare Mahkemesi kararında yer alan hükmün eksik olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesi ile idarî yargıda başvuru, inceleme ve yargılama usûlüne ilişkin olarak bazı yenilikler getirilmiş, genel yargılama usûlüne göre yargılama sürecini hızlandıracak önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, temyiz incelemesine ilişkin olarak, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinde öngörülen özel yargılama usûlünde genel kural, temyiz incelemesine konu olan kararda hukukî isabet görülmediğinin temyiz mercii tarafından tespit edilmesi hâlinde, dosyanın kararı veren mahkeme veya daireye geri gönderilmesi yerine, uyuşmazlığın esasının bizzat çözümlenerek karara bağlanması olup bozma ile birlikte dosyanın geri gönderilmesi sadece ilk inceleme üzerine verilen kararlarla sınırlı tutulmuştur.

Bununla birlikte, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "Verilen nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir." kuralında geçen "nihaî kararlar"dan anlaşılması gereken, davaya konu edilen işlemlerin ilk derece yargı yeri olarak hukuka uygunluk denetiminin yapılması ve bu konularda verilmiş nihaî bir kararın varlığı olduğundan, ilk derece yargı yerince davanın konusunun yanlış nitelendirilerek uyuşmazlık ile ilgili hukuka uygunluk denetimi yapılmadığı ve hüküm kurulmadığı durumlarda, ilk derecede uyuşmazlıkla ilgili verilmiş nihaî bir karardan söz edilmesi mümkün olmayıp temyiz aşamasında Danıştay'ca, ilk derece mahkemesi tarafından hüküm kurulmayan işlemle ilgili olarak uyuşmazlığın esası incelenerek hüküm kurulması hâlinde Kanun'un öngördüğü iki aşamalı yargısal denetimin gerçekleşmeyeceği açıktır.

2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinde, ilk derece mahkemelerince, uyuşmazlığa konu edilen işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin yapılmamış olması hâlinde, üst derece mahkemesince ne yönde bir karar verileceği hususunda açık bir kural öngörülmemiş ise de bu konunun kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesinin mümkün olmaması ve hukuka uygun olanın, uyuşmazlığın tüm boyutuyla ele alınıp, bu çerçevede bir hüküm kurulması olduğundan, bu istisnai durumun ayrıca yasal metinlerde düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, dava konusu uyuşmazlığın 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesi kapsamında ivedi yargılama usûlüne tâbi "ilk derece" ve "temyiz" olmak üzere iki aşamalı olarak incelenmek zorunda olunması nedeniyle, ilk derece mahkemesince uyuşmazlıkla ilgili hüküm kurulmayan bir konuda, temyiz mercii tarafından dava konusu işlemin esasına ilişkin doğrudan yargılama yapılarak bir hüküm kurulmaması gerekir.

Bu itibarla, dava konusu işlemde ele alınmasına rağmen temyize konu Mahkeme kararında bu kısım hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılmadığı anlaşıldığından, âdil yargılanma hakkı kapsamında iki aşamalı olması gereken yargısal denetimin ilk aşaması olan ilk derecede yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne,
2. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının, şikâyet başvurusunda yer verilmeyen hususların itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemeyeceğinden bahisle şekil ve süre yönünden reddedilen itirazen şikâyet başvurusunun 1.8. ve 1.9. maddelerinde yer alan (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen) iddialar yönünden davanın reddine ilişkin kısmının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. DAVA KONUSU İŞLEMİN BU KISMININ İPTALİNE oyçokluğuyla,
4. Temyize konu Mahkeme kararının müdahil şirketin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığına yönelik olarak davacının itirazen şikâyet başvurusunun 2.9. maddesinde yer alan (Kurul kararında 9. iddia altında incelenen) iddia yönünden hüküm kurulmayan kısmının 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA oybirliğiyle,
5. Bozulan bu kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
6. Dava konusu işlemin kısmen iptaline kesin olarak karar verildiğinden, aşağıda ayrıntısı gösterilen ilk derece ve

temyiz yargılama giderleri toplamı ...-TL'nin yarısı olan ...-TL ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

7. Aşağıda ayrıntısı gösterilen toplam ...-TL müdahil yargılama giderinin yarısı olan ...-TL'nin müdahil üzerinde bırakılmasına,

8. Mahkemece hüküm kurulmayan kısım bakımından bozma kararı sonrasında yeniden bir karar verileceğinden, bu aşamada yargılama ve müdahil yargılama giderlerinin kalan yarısı bakımından hüküm kurulmasına yer olmadığına,

9. Temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmenin durdurulması harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,

10. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 21/09/2021 tarihinde karar verildi.

(X) KARŞI OY :

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54. maddesinde, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu; 55. maddesinde, şikâyet başvurusunun ihaleyi yapan idareye yapılacağı, idarenin, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alacağı, alınan kararın, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirileceği, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kurum'a itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceği; 56. maddesinde ise, idareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hâllerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceği, Kurum'un itirazın

şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanmıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemez." düzenlemesine yer verilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nda şikâyet ve itirazen şikâyet sürecinin kademeli bir şekilde yapılması öngörülmüş ve buna göre, önce idareye usulüne uygun bir şikâyet başvurusunun yapılması, bunun neticesinde alınan karar uygun bulunmaz ise, Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi düzenlenmiştir.

Şikâyet yoluna gidilmeden itirazen şikâyete gidilemeyeceğine göre, şikâyet dilekçesinde belirtilmeyen hususların da itirazen şikâyete konu edilememesi, ileri sürülse bile Kamu İhale Kurumu'nun bu iddiaları incelememesi gerekmektedir.

Bu itibarla, Kamu İhale Kurumu'nun itirazen şikâyet başvurularını şikâyet dilekçesinde ileri sürülen iddialar ve idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlarla sınırlı olarak incelemesi gerekmektedir. Aksi hâlde, şikâyet aşamasında ileri sürülmeyen konu yönünden Kanun'un zorunlu olarak aradığı "şikâyet" aşaması atlanarak doğrudan itirazen şikâyet yolu açılır ki, bu durum mercii tecavüzü oluşturacağı gibi, Kanun'un emredici bir hükmünün uygulanmaması sonucunu doğurur.

Açıklanan nedenlerle, şikâyet dilekçesinde ileri sürülmeyen iddiaların itirazen şikâyet dilekçesinde ileri sürülmesi hâlinde, bu iddialar Kamu İhale Kurumu'nda incelenemeyeceğinden, temyize konu Mahkeme kararının davacı şirketin itirazen şikâyet başvurusunun 1.8. ve 1.9. maddelerinde yer alan (Kurul kararında 7. ve 8. iddia olarak belirtilen) iddialar yönünden davanın reddine ilişkin kısmının onanması gerektiği oyuyla karara bu kısım yönünden

katılmıyoruz.



ihâl
e