

**İsteklinin ihaledeki
harcamalarını belgeyle
ispatlanması hâlinde bu
harcamaların menfi zarar
kapsamında kabulüne karar
verilmesi gerektiği (Danıştay
K.2022)**

İsteklinin ihaledeki harcamalarını belgeyle ispatlanması
hâlinde bu harcamaların menfi zarar kapsamında kabulüne
karar verilmesi gerektiği

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2022/4242 K.

2020/731 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/731

Karar No:2022/4242

TEMYİZ EDENLER : 1. (DAVALI) ... Üniversitesi

VEKİLİ : Av. ...

2. (DAVACI) ... Nakliyat Akaryakıt Petrol İnşaat

Orman Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari
Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararının

davacı tarafından esas, davalı idare tarafından vekâlet ücreti yönünden temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Mersin Üniversitesi'nce 10/07/2008 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Açık ve Kapalı Spor Tesisleri (Spor Salonu+Güneş Enerji Isıtmalı Yarı Olimpik Yüzme Havuzu) İnşaatı İşİ" ihalesinde davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik ihale komisyonu kararına karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine yönelik 20/10/2008 tarih ve 2008/UY.I-4281 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararıyla iptal edildiği ve hukuka aykırı şekilde teklifinin değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle uğranıldığı iddia olunan zararlarının tazminine yönelik olarak 425.000,00-TL maddi tazminatın işletilecek faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; davacının teklifinin hukuka aykırı şekilde değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle oluştuğunu iddia ettiği zararın, zararın doğduğu öne sürülen ihalenin ilgililerin uhdesinde kalması ve borcun sözleşmede öngörülen koşullarda ifa edilmesi şartına bağlı elde edilecek yoksun kalınan kâr olduğu, uyuşmazlıkta somut maddi zararından söz edilemeyeceği, kazanılabileceği umulan gelirden yoksun kalınması ve ihtimale dayalı iddialarla tazminat istenildiği;

İdari yargılama hukukunda tazminata hükmedilebilmesi için idari eylem ya da işlemde doğan bir zararın bulunması ve bu zararın para ile ölçülebilecek olması ve gerçekleşeceğinin kesinlikle anlaşılabilecek nitelikte olması şartlarının bir arada arandığı, doğması muhtemel zararların tazmine hükmedilemeyeceği, zararın varlığının belgelerle kanıtlanması yükümlülüğünün zarara maruz kaldığını iddia

eden tarafa ait olduğu;

Uyuşmazlıkta, ihale konusu işin bir başka istekli tarafından yerine getirilmesi nedeniyle yoksun kalınan kârının tazminin için 425.000,00-TL'nin ödenmesine karar verilmesinin istenildiği, zararın, gerçekleşmiş, kesin ve belirli bir zarar niteliğinde olması gerektiği, henüz doğmamış ve doğması muhtemel zararlar ile doğmuş olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte belli bir miktar olarak ispatlanamayan zararların idare tarafından tazminine karar verilemeyeceği;

Bu itibarla, açıklanan gerekçelerle, şartların gerçekleşmeyen maddi tazminat isteminin reddine ve karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle davanın reddi ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.362,00-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nce; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davalı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, lehlerine nispî vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Davacı tarafından, teklifinin hukuka aykırı şekilde değerlendirme dışı bırakıldığı, zararının tazmini için idareye başvurduğu, zararını ortaya koyan bilgi ve belgeleri sunduğu, idarenin hukuka aykırı işleminden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu, kârdan mahrum kaldığı ileri sürülmektedir.

TARAFLARIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava dışı

istekli ile sözleşme akdedildiği, sözleşme uyarınca borcun ifa edildiği, davanın süresinde açılmadığı, kendilerine atfedilebilecek herhangi bir kusurun bulunmadığı, Kurul kararının iptaline yönelik ... İdare Mahkemesi kararının yerine getirilmesinin imkânsız olduğu, muhtemel zararın tazmine karar verilemeyeceği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ :

1.Temyize konu Mahkeme kararının olumsuz zarar istemi yönünden hüküm kurulmamasına ilişkin İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine yönelik kısmının Dairemiz kararında yer verilen gerekçelerle bozulması gerektiği düşünülmektedir.

2.Temyize konu Mahkeme kararının olumlu zararının tazmini istemi yönünden davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yapılan istinaf başvurusunun reddine yönelik kısmının incelenmesinden ise;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesinin 7. fıkrasında, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." kuralına yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, "İdari dava türleri şunlardır: (...) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, (...)" kuralına yer verilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasında, "Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler." kuralına yer verilmiştir.

Tam yargı davaları 2577 sayılı Kanun'da tanımlanmakla birlikte, davaların nasıl yürütüleceği ve sonuçlandırılacağı, idarenin işlem ve eyleminden doğan zararların nasıl hesaplanacağı ve hüküm altına alınacağı

Kanun'da düzenlenmemektedir. Bu bakımdan, idari yargı hukukunun birçok alanında olduğu gibi, tam yargı davalarına ilişkin öğretisi de yargı kararları ve özellikle Danıştay içtihatlarıyla geliştirilmektedir.

Zarar, kişinin malvarlığından meydana gelen eksilmedir. Zarar kavramı, doğrudan-dolaylı, olumlu-olumsuz, mevcut-müstekbel-muhtemel, fiili-mahrum kalınan kâr-normatif zarar olarak bir çok ayrıma tâbi tutulmaktadır. Fiili zarar, mal varlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artma olması hâli, yoksun kalınan kâr ise ileri ortaya çıkması muhtemel, mal varlığının aktifindeki artmanın veya pasifindeki azalmanın engellenmesi olarak tanımlanmaktadır. (M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.,40.)

İdari yargı içtihatları uyarınca, tam yargı davalarında, idarenin hukuka aykırı işlem veya eylemlerinden doğan ve dava açma tarihi itibarıyla ortaya çıkmış olan fiili zararların tazmin edileceği, yoksun kalınan kârın ise fiili zarar olmadığı ve ileri doğması muhtemel bir zarar olduğu, bu nedenle tazminine karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. İdari yargıda tazmin edilecek zarar, fiili zarar, yani gerçek zarardır. (Bu konuda Bkz.: Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 229 vd.)

Yoksun kalınan kâr, Roma Hukuku'nda "lucrum cessans" olarak adlandırılmaktadır. Roma Hukuku'nda kural olarak tazminat fiili zarara ilişkindir. Yoksun kalınan kârın tazmin edilmesi Roma Hukuku'nun son devirlerinde ve istisnai olarak kabul edilmiştir. Fakat çağdaş özel hukukta fiili zarar ile yoksun kalınan kârın tazmini arasında fark kalmamıştır. Fiili zararın hesaplanmasında sorun bulunmamaktaysa da yoksun kalınan kârın hesaplanmasında zorluklar bulunmaktadır. (Murat Topuz, "İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010, s. 42 vd.)

Yoksun kalınan kârın hesaplanmasındaki zorluğu dikkate alan kanun koyucu 6098 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasında, hâkime olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önemleri dikkate alarak hakkaniyete göre yoksun kalınan kârı serbestçe takdir etme imkânı tanımıştır.

Hâkim, mahrum kalınan kârın hesabında, yalnız zarar verici olay meydana gelmeseydi kesinlikle ortaya çıkacak kârı göz önüne almamalı ancak davacı tarafından ileri sürülen aşırı ve abartılı meblağları da kabul etmemelidir. Yine yoksun kalınan kârın hesabında muhtemel zarar dikkate alınmamalıdır. Zira muhtemel zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. (Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 yılı 1. Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 66 vd.) Bu hususların hâkim tarafından takdir edileceği anlaşılmaktadır.

Mevzuatta, tam yargı davalarında, yoksun kalınan kârın tazmine karar verilemeyeceğine yönelik düzenleme bulunmamaktadır. Bilakis Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrasıyla idarenin vermiş olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu ve 6098 sayılı Kanun'da olduğu gibi sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmediği göz önüne alındığında idari yargı hâkiminin tazminatı belirleme konusunda adlî yargı hâkimine göre daha geniş takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Özel hukuk uyarınca adlî yargı yerlerince tazmine karar verilen yoksun kalınan kârın idari yargı yerlerince tazminine karar verilmemesi, zarar verinin niteliğine göre, benzer fiiller nedeniyle zarar görenlerin farklı tazminat almalarına yol açacaktır. Bu durumun ise adalete ve hakkaniyete aykırı olduğu düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları da göz önüne alındığında, idari yargı yerlerinin yoksun kalınan kâra yönelik içtihatlarını değiştirmeleri gerekliliği daha da net görülmektedir. Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlâline karar verdiği bir kararında, "Somut olayda başvurusunun idare tarafından yapılan ihalede mülkiyetini edindiği aracının trafik siciline tescil edilmemesi yönündeki

müdahalenin kanuna aykırı olduğu İdare Mahkemesince kabul edilmiştir. Nitekim bu karar doğrultusunda aracın başvuru adına trafik siciline tescil edildiği görülmüştür. Ancak bu aracın trafik siciline tescil edilmiş olması tek başına başvuru kişinin mağdur sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Başvuru kişinin mağdur sıfatının ortadan kalkması için ileri sürülen ihlâlin hem zamanında hem de mağdurun bu hakkı kullanmadığı süre gözönüne alınarak telafi edilmesi gerekmektedir. (...) Başvuru kişinin açtığı tam yargı davasında İdare Mahkemesi iki gerekçeyle tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme, aracın tamiri için yapılan masrafların hizmet kusurundan kaynaklanmadığını belirtmiş; ayrıca aracın ticari faaliyette kullanılıp kullanılmayacağı belirli olmadığı için zararın kesin olarak tespit edilemeyeceğine dayanmıştır. Hâlbuki başvuru kişinin şoför olarak hayatını idame ettirdiği ve şehirler arası taşımacılık alanında faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Buna göre başvuru kişinin satın aldığı kamyonun mesleki ve ticari faaliyeti açısından önem taşıdığı ve ekonomik bir değer ifade ettiği, bundan yararlanmadığı dönem bakımından başvuru kişinin kendisi açısından önemli bir kazançtan yoksun kaldığı açıkça ortadadır. Başvuru kişinin söz konusu dönemde aracı ticari faaliyette kullanıp kullanamayacağı veya devamlı surette iş bulup bulamayacağı gibi hususları mutlak bir biçimde gösterebilmesi, bu dönemde aracı kullanması olanaksızlaştırıldığı için mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte başvuru kişinin idareye güvenerek satın aldığı kamyonunu yine idarenin hatası sebebiyle yaklaşık bir yıl boyunca kullanmadığı ve bunun da başvuru kişinin zararına yol açtığı bir tereddüde yer vermeyecek biçimde açıktır. Elbette ki söz konusu zararın nasıl hesaplanacağı ve miktarının ne olacağı gibi hususlar, ilk elden delilleri değerlendirme imkânına sahip olan ve bu konuda uzmanlaşmış bulunan derece mahkemelerinin takdirindedir. Ancak zararın varlığı kabul edildiği hâlde miktarının ispatının somut olayda olduğu gibi katı koşullara bağlanması idarenin hatasından doğan mağduriyetin giderilmemesine yol açmaktadır.

Sonuç olarak başvurucunun idarenin düzenlediği bir açık artırmada iyi niyetli olarak satın aldığı aracın yaklaşık bir yıl boyunca trafik siciline tescil edilmemesinin başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği, bu müdahale sebebiyle oluşan zararın ise giderilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda herhangi bir tazminatın da ödenmediği dikkate alındığında somut olayda müdahale ile başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfetin yüklendiği, kamu yararı amacı ile mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.” (...) (Ali Rıza Akarsu, B. No: 2015/6999, 12/9/2018, § 45 vd.) gerekçesine yer vermiştir. Yine benzer bir kararında, “Somut olaydaki müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesi bakımından asıl önem taşıyan ölçüt orantılılıktır. Öngörülen tedbirin maliki olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla, uygulanan tedbirle başvuru sahiplerine aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerekmektedir.

Başvuru sahipleri, iş yeri olarak kiraya verdikleri taşınmazın bulunduğu sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılmasının, bu taşınmazın normal koşullardaki rayiç bedeli üzerinden kiraya verilme potansiyelini önemli ölçüde zayıflattığını ileri sürmüş; tedbirin uygulanmaya başlandığı dönemden sonra elde edilen kira gelirinin 3.000 TL’den 1.000 TL’ye düştüğünü gösteren bazı banka dekontlarını başvuru dilekçesine eklemişlerdir. Taşınmazın kira gelirinin düştüğüne ilişkin olarak yetkili makamlar tarafından aksi bir itiraz öne sürülmediği gibi Derece Mahkemeleri tarafından da aksine bir tespitle bulunulmamıştır.

Kamu yararına dönük ve neticelerinden tüm toplumun yarar sağladığı kamusal müdahalelerin olumsuz sonuçlarına belli sayıdaki kişi veya kişilerin katlanması, müdahaleyle ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireylerin hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi zedeleyebilir; bireye aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklenmesi sonucunu

doğurabilir. Uygulanan önlemle hedeflenen olumlu sonuçlardan toplumun tümü yarar elde ettiğine göre bu önlemle hakkına müdahale edilen kişi veya kişilerin yüklendiği külfetin de tüm topluma pay edilerek kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasındaki dengenin sağlanması gerekir. Aksi takdirde idarenin bir işlem veya eyleminin nimetlerinden toplumun tamamı yararlanırken bunlardan kaynaklanan külfete ise sadece belli kişi veya kişiler katlanmış olur. Diğer bir ifadeyle hakkına müdahale edilen kişi veya kişiler toplumun diğer bireylerinden daha fazla bir fedakârlığı göğüslemek mecburiyetine düşer olabilirler. Bu durum, fertlerin eşitliği temeline dayanan demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Kira gelirinin düşmesi nedeniyle kiralandan taşınmazdan elde edilen ekonomik değerin azalmış olmasının başvurularda külfet yüklediği ortadadır. Türkiye Cumhuriyeti devletinin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin bir gereği olarak uygulanan İsrail Büyükelçiliğinin bulunduğu sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması önlemiyle başvurularda tahmil edilen bu yükün telafi edilmesi, orantılılık ilkesinin bir gereğidir. Ancak olayda İlk Derece Mahkemesince idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesine dayanılarak başvurularda, zararın ve zararla fiil/işlem arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlama fırsatı tanınmaksızın dava reddedilmiştir. Mahkemenin idarenin sorumluluğunu kusurunun bulunması şartıyla sınırlayan bu yorumu, başvurularda yüklenen külfetin hafifletilerek dengelenmesini önlemiştir.

Oysa Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, kanuni dayanağı bulunan ve hukuka uygun olan müdahalelerde dahi malikin menfaatini dengeleyici birtakım imkânların getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Malikin menfaatinin de korunması amacına matuf olan bu imkânlar - zorunlu bir unsur olmamakla beraber- somut olayın koşulları çerçevesinde tazminat ödenmesini içerebilmektedir. Tazminat ödenmesi gerekip gerekmediği, zararın ve müdahale teşkil eden önlem ile zarar arasında illiyet bağının varlığı

hususunda edinilecek kanaate bağlı olarak derece mahkemesinin takdirinde olmakla birlikte tazminatın kusur şartına tabi kılınması, Anayasa'nın 35. maddesi mucibi olan orantılılık denetiminin yapılmasını daha baştan engellemiş olmaktadır. (...)

Sonuç olarak Mahkemenin, sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması nedeniyle meydana geldiği ileri sürülen zararın tazminine yönelik olarak açılan tazminat davasında zarar ve illiyet bağının varlığına yönelik bir inceleme yapılmasının idarenin kusurunun bulunması koşuluna bağlayan yorumu sebebiyle başvurucular, uğradıkları zararı ve idarenin fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlayarak tazminat elde etme ve bu suretle yüklendikleri külfeti dengeleme imkânından mahrum kalmışlardır. Başvurucuların toplumun tümünün menfaatine olan bu tedbirden doğan külfete tahammül gösterme mecburiyetiyle karşı karşıya bırakılmaları, kamu yararı amacı ile malikin mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine bozulması sonucunu doğurmakta ve mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kılmaktadır." (...) gerekçelerine yer verilerek başvurucunun mülkiyet hakkının ihlâl edildiği sonucuna varıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının sınırlanması durumunda, mülkiyet hakkı sahibinin aşırı külfet altında kalmaması için miktarı ilk derece mahkemelerinin takdirinde olan bir tazminatın verilmesini aramaktadır. Fiili zararın bulunmadığı durumlarda, yoksun kalınan kârın tazminine karar verilmesinin mülkiyet hakkı sahibinin aşırı külfet altında kalmaması için zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının teklifinin hukuka aykırı olarak değerlendirme dışı bırakıldığı, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik işlem hukuk aleminde kaldırılana kadar ihale konusu işin ifa edilerek tamamlanması nedeniyle, davacının teklifinin fiili imknsızlıktan bahisle değerlendirmeye alınmadığı, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında ve ihaleyi kazanma şansının elinden alınmasında idarenin kusurunun

bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, anılan hususlar dikkate alınarak, hayatın olağan akışında, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması sonrası yoksun kaldığı kârın tazmini konusunda idare hâkiminin takdir yetkisi bulunduğu ancak temyize konu Mahkeme kararında buna yönelik bir değerlendirme yapılmadığı, anılan kârdan yoksunlukla idarenin hizmet kusuru arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının değerlendirilmediği, eksik incelemeyle hüküm kurulduğu, Dairemiz kararına bu kısımda belirtilen gerekçelerde eklenmek suretiyle bozulması gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Mersin Üniversitesi'nce 10/07/2008 tarihinde açık ihale usulüyle ... ihale kayıt numaralı "Açık ve Kapalı Spor Tesisleri (Spor Salonu+Güneş Enerji Isıtmalı Yarı Olimpik Yüzme Havuzu) İnşaatı İşi" ihalesi gerçekleştirilmiştir. Davacı, en avantajlı teklif verilmiş olmasına karşın, teklif bedelini gösteren hesap cetveli olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmış, bu karara karşı 18/08/2008 gününde yaptığı şikâyet başvurusunun reddi üzerine, ... tarih ve ... sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 10/09/2008 tarihli dilekçesi ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ise de 20/10/2008 tarih ve 2008/UY.I-4281 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararıyla itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararıyla davanın reddine karar verildiği ancak

kararın Dairemizin 13/12/2013 tarih ve E:2009/6132, K:2013/3644 sayılı kararıyla anılan kararın bozulması üzerine, ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararıyla dava konusu Kurul kararının iptal edildiği ve bu kararın Dairemizin 09/03/2015 tarih ve E:2014/5214, K:2015/932 onandığı, yapılan karar düzeltme başvurusunun da Dairemizin 11/11/2016 tarih ve E:2015/3653, K:2016/3682 sayılı kararıyla reddedilerek Kurul kararının iptaline ilişkin hükmün kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Bunun üzerine hukuka aykırı şekilde teklifinin değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle uğranıldığı iddia olunan zararlarının tazminine yönelik olarak 425.000,00-TL maddi tazminatın işletilecek faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi'nde, ilgililerin haklarını ihlâl eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası açabileceği gibi ilk önce iptal davası açıp bu davada verilen kararın tebliği üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilecekleri kurala bağlanmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

İdari dava türlerinden birisi olan tam yargı davası ile idare hukuku alanında ihlâl edilen bir hakkın yerine getirilmesi ya da uğranılan zararın giderilmesi istenir. İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup, idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hâllerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin

sorumluluğunun doğmasına yol açmaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her hâlde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Zarar kavramı, "bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında ortaya çıkan azalma" şeklinde ifade edilmektedir. Genel olarak menfi zarar; sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir: Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi;

Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar; Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar: Gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi; sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; Hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar; Dava masrafları. (Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 yılı 1. Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.427-428). Buna karşılık sözleşmenin hiç veya gereği gibi uygulanmamasından doğan zarar ise müspet zarar kapsamında değerlendirilir (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.482). Müspet zarar kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12/05/2010, E:2010/14-244, K:2010/260).

Bu kapsamda sözleşme pulu, karar pulu, teminat mektubu ve teminat mektubu için yapılan masraflar, KİK payı, banka referans mektubu masrafları, şartname dosya bedeli, itirazın şikâyet bedeli gibi masraflar menfi zarar, yoksun kalınan kâr ise müspet zarar olarak kabul edilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından dava dilekçesinde, uğranıldığı iddia olunan maddi zararların tazmini için 425.000,00-TL'nin işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi talep ettiği, Mahkeme'nin 25/12/2018 tarihli ara kararıyla dava konusu zararların kalem kalem açıklanmasının istenildiği, davacının 14/01/2019 tarihli ara kararı cevabında müteahhitlik yoksun kalınan kârı ile birlikte yapılan giderlerin listesine yer verilerek yapılan giderlerin tazminin istenildiği, bu kalemler içerisinde menfi zarar kalemlerinin bulunduğu ancak maddi tazminat isteminin reddine karar verilirken bu yönden herhangi bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmektedir.

İdare Mahkemesinin davacının maddi tazminat isteminin müteahhitlik kâr kaybı olarak nitelendirilen kısmı yönünden yaptığı hukuki değerlendirmede isabetsizlik bulunmamaktadır. Maddi tazminat isteminin menfi zarar olarak nitelendirilen

kısmı yönünden yapılan incelemede,

Davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik işlemin hukuka aykırı olduğu, anılan işlemin hukuk aleminden kaldırılmasından önce ihale konusu işin yapıldığı, davacının teklifinin değerlendirmeye alınmasında hukukî menfaati kalmadığı, dolayısıyla davacının ihaleyi kazanma şansının idare tarafından elinden alındığı, bu hususun idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığı anlaşıldığından, davacının ihalenin hukuka uygun şekilde sonuçlandırılacağına güvenerek yapmış olduğu masrafların (menfi zarar) idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, Mahkemece, davacı tarafından ihalenin hukuka uygun şekilde sonuçlandırılacağına güvenerek yaptığı zorunlu gerçek harcamaların neler olduğu araştırılarak, belgeyle ispatlanması hâlinde bu harcamaların menfi zarar kapsamında kabulüne karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak eksik hüküm kurulmasında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, davalı idare tarafından lehine nispî vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de, yeniden yapılacak yargılama sonucu vekâlet ücreti yönünden de yeniden bir değerlendirme yapılacağı açıktır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 16/11/2022 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar