

ihalede menfi zarar sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından yürütülebilmesi ve tarafların sürece dahil olabilmesi için yapılan, belgelendirilebilir nitelikteki zorunlu masraflar (sözleşme noter masrafı, damga vergisi, karar pulu, kesin teminat mektubu, Kamu İhale Kurumu payı vb.) menfi zarar kabul edilip,ödenmesi gerektiğine hükmedilmesi (Danıştay K561)

Maddi ve Manevi Tazminat Talebi

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde idarî işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idarî bir dava türü olan tam yargı davasının açılabileceği belirtilmiş,

aynı Kanun'un 12. maddesinde ise, ilgililerin haklarını ihlâl

eden bir idarî işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemelerden, bir idari işlem olan ihaleden yasaklama işlemine karşı önce iptal davası açılıp, iptal kararı alınması üzerine maddi ve/veya manevi tazminat istemiyle tam yargı davası açılabileceği gibi; yasaklama kararının iptali ile birlikte tam yargı davası da açılabileceği anlaşılmaktadır.

Cezalandırma amacı güden ihaleden yasaklama kararı, yürürlükte kaldığı süre boyunca bu amaca uygun olarak hakkında uygulandığı kişileri bir takım haklarından mahrum bırakmaktadır.

İhaleden yasaklama işlemine karşı açılacak bir iptal davasında işlemin hukuka aykırılığının yargı organlarınca ortaya koyulması halinde, kişilerin bu işlem vasıtasıyla mahrum bırakıldıkları haklarından kaynaklanan maddi/manevi zararlarını talep edebilme imkanı vardır.

Maddi zararın ne olduğuna ilişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 14.12.2020 tarih ve E:2015/2584, K:2020/6116 sayılı kararında,

“İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar...” açıklaması yapılmıştır.

Danıştay tarafından, maddi teminat açısından içtihat haline gelmiş hususlardanbiri, tazmini istenen zararın muhtemel

olmaması, kesin ve belli olmasıdır. Açılan davalarda, menfi, müspet zarar ayrımı yapılmaktadır.

İhale sürecinin Danıştay 13. Dairesi'nin 25.02.2019 tarih ve E:2013/1144, K:2019/554 sayılı kararı,

"... Zarar kavramı, "bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında ortaya çıkan azalma" şeklinde ifade edilmektedir Genel olarak *menfi zarar; sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; yürütülebilmesi ve tarafların sürece dahil olabilmesi için yapılan, belgelendirilebilir nitelikteki zorunlu masraflar (sözleşme noter masrafı, damga vergisi, karar pulu, kesin teminat mektubu, Kamu İhale Kurumu payı vb.) menfi zarar kabul edilip,ödenmesi gerektiğine hükmedilmektedir.*

Ancak, ihaleden yasaklananlar tarafından, bu işlemin iptali akabinde açılan maddi tazminat istemli davalarda, genel olarak mahrum kalınan kâr talep edilmekte,ihaleye katılamama nedeniyle mahrum kalınan kârın bilirkışı vasıtasıyla yargı organlarınca hesaplatılarak ödenmesi istenmektedir.

Ancak Danıştay bu hususta, "...davacı şirketin hukuka aykırılığı tespit edilen davalı idare işlemi ile 05/03/2009-2010 tarihleri arasında 1 yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklandığı, ancak davacının maddi zararının, muhtemel ve hesaplanabilirlik kabiliyeti olmayan bir zarar olması nedeniyle davacının maddi tazminata ilişkin isteminin yerinde olmadığı..." gerekçesiyle haklı olarak bu şekildeki maddi tazminat taleplerinin reddine karar vermektedir.

Zira, idarenin sırf değerlendirme hatası nedeniyle tesis ettiği yasaklama kararları nedeniyle müspet zarardan da sorumlu tutulması, yasaklama yaptırımını uygulanmasını engelleyebilecek ve yasaklama ile korunması amaçlanan ihale düzeni bozulacaktır.