

İhaleye Katılamayacak Olanlar başlıklı 11 inci maddesinde; doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına ihalelere katılamayacaklar belirtilmiş, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatı gelir kaydedilerek, ihalenin iptal

edileceği hk

T.C.

Danıştay

1. Daire

Esas No:2004/36

Karar No:2004/42

K. Tarihi:13.4.2004

" İdarelerce ihalelerin iptal edilmesi durumunda, bu iptal işlemlerine karşı yapılan itirazın şikayet başvurularını Kamu İhale Kurumunun incelemeye yetkili olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Başbakanlığın 13.3.2004 günlü, Kanunlar Kararlar Genel Müdürlüğü 1184 sayılı yazısının ekinde gönderilen Kamu İhale Kurumunun 5.3.2004 günlü ye 242-2381 sayılı yazısında aynen;
4734 sayılı Kamu İhale Kanununun;

Kamu İhale Kurumu başlıklı 53 üncü maddesinin;

(a) bendinde; bu Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kurulan Kamu İhale Kurumunun bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu,

(b) bendinin 1 inci fıkrasında; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurumun görev ve yetkilen arasında bulunduğu,

Kamu İhale Kurulu Tarafından İnceleme başlıklı 56 ncı maddesinin; 1 inci fıkrasında; ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından Kamu İhale Kurumunun nihai kararları üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilmek suretiyle bu Kanun

hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla, önceki maddelerde belirtilen hallerde ve sürede Kamu İhale Kurumuna sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceği, 2 nci fıkrasında; Kurulun, Kuruma gelen itirazın şikayet başvurularıyla ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle;

a- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda düzeltici işlemi belirleyeceği,

b- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde ihale işlemlerini iptal edeceği,

c- İtirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmadığını belirleyeceği, 6 ncı fıkrasında; itirazın şikayetin dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olduğu,

hükümleri yer almaktadır.

Yukarıda anılan Kanun hükümleri uyarınca Kanun kapsamındaki idareler tarafından yapılan ihalelerde tesis edilen ihale işlemlerinin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla istekliler (yapım müteahhidi, hizmet sunucusu ve tedarikçi) tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusu üzerine ihale işlemlerini inceleyerek sonuçlandırmak, Kamu İhale Kurumunun görevleri arasındadır.

İhalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece tesis edilen işlemlerin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuata aykırı olduğu yolundaki itirazın şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca:

a- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda düzeltici işlemi belirler veya,

b- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde ihale işlemlerini iptal eder ya da,

c- İtirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığını belirler.

Öte yandan Kanunun, İhaleye Katılamayacak Olanlar başlıklı 11 inci maddesinde; doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına ihalelere katılamayacaklar belirtilmiş, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatı gelir kaydedilerek, ihalenin iptal edileceği,

İhale Saatinden Önce İhalenin İptal edilmesi başlıklı 16 ncı maddesinde; idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği, bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiğinin isteklilere hemen ilan edilerek duyurulacağı, bu aşamaya kadar teklif vermiş olanlara ihalenin iptal edildiğinin ayrıca tebliğ edileceği, ihalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütün tekliflerin reddedilmiş sayılacağı ve bu tekliflerin açılmaksızın isteklilere iade edileceği, ihalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulmayacağı, ihalenin iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabileceği,

Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali başlıklı 39 uncu maddesinde; ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, ihalenin iptal edilmesi halinde bu durumun bütün isteklilere derhal bildirileceği, idarenin bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği, ancak, idarenin isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildireceği,

İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması başlıklı 40 inci maddesinin 6 ncı fıkrasında; ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş işgünü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, hükümleri yer almıştır.

4734 sayılı Kanunun yukarıda anılan 11, 16, 39 ve 40 inci maddeleri uyarınca ihalenin, ihaleyi yapan idare tarafından iptal edilmesi, ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri tesis tarihi itibarıyla ortadan kaldıran bir işlem niteliğindedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerin bir idari işlem olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Kamu İhale Kurumunun ihalelerle ilgili olarak yapılacak şikayetleri inceleyebilmesi için ortada bir ihale olması gerekmektedir.

İdari İşlemler, yargısal denetim yollarıyla başlangıcından beri hüküm ifade etmemek üzere geçmişe etkili olarak iptal edilebilir. İhalenin idare tarafından iptali durumunda, Kamu İhale Kurumunca yapılan mevzuata aykırılık incelemesi yönünden, iptal edilen ihale hiç yapılmamış, hukuk alanında doğmamış gibi sonuç doğurmakta ve idari işlemin, dolayısıyla ihale işlemlerinin idarece iptalini, eğer bu işleme karşı yargısal yollara başvurulmamışsa yararlandığı hukukilik karinesi nedeniyle iptal işleminin hukuki sonuçlarını doğurmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11, ve 16, 39 ve 40 inci

maddelerinde bulunan ihale işlemlerinin iptali ile ilgili özel düzenlemeler, geçmişe yönelik olarak ihale işlemlerinin geçersiz sayılmış olduğu ve artık ortada bir ihaleden ve ihaleye ilişkin bir süreçten bahsetme olanağı kalmadığından Kamu İhale Kurumuna da bir itirazen şikayet başvurusunda bulunma olanağından söz edilemeyecektir. Bu işlemler, ancak idari yargıda idari işlemin unsurları (yetki, şekil, sebep, konu, maksat) açısından hukuka aykırı olduğu savıyla dava konusu yapılabilir. İdarece verilen iptal kararı nedeniyle ortada bir ihale kalmadığından, bununla ilgili bir süreçten, dolayısıyla bu sürece ilişkin bir şikayet sürecinden söz etme olanağı, başka bir ifade ile belirtilen bu durum nedeniyle; artık ihale süreci içinde tüketilmesi zorunlu, dava açılması öncesi kullanılması gereken bir yol bulunmamaktadır. Aksi halde Kamu İhale Kurulunca yapılacak bu inceleme sonucunda ihale iptal işleminin Kamu İhale Kurulunca iptal edilmesi halinde idarelerin zorunlu olarak ihaleyi sürdürmek durumunda kalacakları sonucu ortaya çıkmakla birlikte iptal kararının; idari davaya konu olacak nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olması nedeniyle de itirazen şikayet yoluyla incelenmesi mümkün değildir.

Öte yandan ihalenin idarece iptaline ilişkin işlemin, ihale sürecinde tesis edilen bir ihale işlemi niteliğinde olması nedeniyle Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca idarece verilen ihalenin iptali işleminin de mevzuata aykırılık yönünden itirazen şikayet başvurusuna konu edilerek, Kamu İhale Kurulunca incelenmesi de mümkündür.

Bu itibarla; 4734 sayılı Kanun, çeşitli maddelerinde idarelere ihalenin iptali yönünde tanınan yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlere karşı Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvuruları üzerine Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesine göre itirazen şikayetin esasını inceleme konusunda görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda duraksamaya düşülmüştür.

Bu nedenle; yazımızın konu ile ilgili görüşleri alınmak üzere 2575 sayılı Danıştay Kanununun Danıştay'ın Görevleri başlıklı 23 üncü maddesinin (e) fıkrası uyarınca istişari görüş alınmak üzere Danıştay'a gönderilmesi hususunda gereğini arz ederim. denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Kamu İhale Kurumu Hukuk Danışmanları ... ve ..., Maliye Bakanlığı ... ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Hukuk Müşavirleri ... ve ...'in sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

İdarelerce ihalelerin iptal edilmesi durumunda bu iptal işlemlerine karşı yapılan itirazın şikayet başvurularını Kamu İhale Kurumunun incelemeye yetkili olup olmadığı hususunda düşölün duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesine göre ihalelere katılmaları yasak olanlardan ihaleye katılanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceğı, ayrıca bu durumun tekliflerin değeriendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceğı, 16 ncı maddesinde, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunun tespit edildiğı hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceğı, 39 uncu maddesinde, ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğı, 40 inci maddesinde, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş işgünü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceğı, 53 üncü maddesinde, Kamu İhale Kurumunun, bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğı, ihalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece

yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurumunun görev ve yetkileri arasında bulunduğu, 56 ncı maddesinde de, ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, sözleşme imzalanmadan önce Kuruma bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceği hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda açıklanan hükümlerden, Kamu İhale Kurumunun, ihalelerin başlangıcından ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek bu şikayetleri sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu açıktır.

Bu durumda, ihalelerin iptaline ilişkin idarenin işlemlerinin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumunun bu işlemlere karşı yapılacak şikayetleri incelemeye yetkili olduğu sonucuna varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.4.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.