

iş ortaklığının ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem tesisi nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığı yahut zarara uğramasının muhtemel olduğu yönündeki iddiasının esasının davalı idarece irdelenmesi gerektiği aksinin kabulü ile davacı iş ortaklığının başvurusunun esasının incelenmemesi halinde ise Kanunda zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen itirazen şikayet başvurusunun işlevini tam ve gereği gibi yerine getiremeyeceği yine ilgililerin hak arama

**hürriyetinin kanunda
öngörülmeven bir
sınırlandırmaya tabi
tutulması sonucunu doğuracağı
anlaşılmacla dava konusu
kurul kararında bu iddianın
esası incelenmeksizin görev
yönünden reddedilmesinde
hukuka uyarlık bulunmadığı
sonucuna varılmıştır
gerekçesiyle dava konusu
işlemin kısmen iptaline dair
karar**

Toplantı No	: 2021/021
Gündem No	: 17
Karar Tarihi	: 26.05.2021
Karar No	: 2021/MK-217

BASVURU SAHİBİ:

Refüj Organizasyon Anonim Şirketi-Atlas Mad. Ürün Oto.İnş.San. ve Tic. Ltd.Şti

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 2. Bölge Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2019/337382 İhale Kayıt Numaralı "İzmir Ödemiş Beydağ Sulaması 2 Kısım Yapım İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Devlet Su İşleri 2. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/337382 ihale kayıt numaralı "İzmir Ödemiş Beydağ Sulaması 2 Kısım Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak Refüj Org. A.Ş. – Atlas Maden Ürün. Otom. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 03.02.2021 tarihli ve 2021/UY.I-331 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Refüj Org. A.Ş. – Atlas Maden Ürün. Otom. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 21.04.2021 tarihli ve E:2021/374, K:2021/737 sayılı kararında "...Olayda, davacı iş ortaklığına ilişkin olarak Kamu İhale Kurulunca yapılan inceleme sonucunda, yapılan itirazın şikâyet başvuru tarihi itibarıyla ihale komisyonu tarafından alınmış kesinleşen ihale komisyonu kararı bulunmadığı, başvuru sahibinin iddia konuları ile ilgili olarak idare tarafından 4734 sayılı Kanunun 40. maddesi uyarınca tesis edilmiş kesin ve icrai nitelikte bir işlem bulunmadığı ve idarece yürütülmesi zorunlu bir idari işlem tesis edilmeden kuruma 12/1/2021 tarihinde başvuruda bulunulduğu, dolayısıyla bu aşamada şikâyetle konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem bulunmaksızın yapılan başvurunun anılan Kanunun 53. maddesi çerçevesinde Kurumun görev alanında bulunmadığı gerekçesiyle başvuru sahibinin söz konusu iddialarının 4734 sayılı Kanunun 54. maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince görev yönünden reddine karar verilmiş ise de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin birinci alt bendinde, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerle ilgili olarak, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak Kamu İhale Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında sayıldığı, ayrıca mevzuatta yalnızca kesinleşen ihale kararına karşı şikâyet ve/veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceğine yönelik sınırlandırıcı bir hükme de yer verilmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, dava dışı istekliler tarafından yapılan şikâyet başvurusu üzerine ihale yetkilisince tesis edilen ve itirazın şikâyetle konu edilen 4734 sayılı Kanunun 54. maddesinin 11. fıkrasının (b) bendi ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin (b) bendi gereğince düzeltici işlem kararının, ihaleyi gerçekleştiren idarenin kamu gücüne dayanarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis ettiği ve hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir ifadeyle, davacı iş ortaklığının hukukunu etkileyen işlem niteliğine haiz olduğu, hal böyle olunca, itirazın şikâyetle konu edilen işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu olan idari işlem vasfına haiz olduğu, bu haliyle davacı iş ortaklığının ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem tesisini nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığı yahut zarara uğramasının muhtemel olduğu yönündeki iddiasının esasının davalı idarece irdelenmesi gerektiği, aksinin kabulü ile davacı iş ortaklığının başvurusunun esasının incelenmemesi halinde ise, Kanunda zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen itirazın şikâyet başvurusunun işlevini tam ve gereği gibi yerine getiremeyeceği, yine ilgililerin hak arama hürriyetinin kanunda öngörülmeden bir sınırlandırmaya tabi tutulması sonucunu doğuracağı anlaşılmakla, dava konusu kurul kararında bu iddianın esaslı incelenmeksizin görev yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır..." gerekçesiyle dava konusu işlemin kısmen 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 hükmüne 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 geçemeyeceği 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 tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 03.02.2021 tarihli ve 2021/UY.I-331 sayılı kararında başvuru sahibin iddialarının görev yönünden reddedilen kısmına ilişkin değerlendirmelerin iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin iddialarının görev yönünden reddedilen kısmının esasının incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.