

pazarlık usulü İşin Eksik ve Kusurların Yüklenicinin Nam ve Hesabına Yaptırılması İş ihalesinin yüklenicinin nam ve hesabına yaptırılmasına ilişkin Danıştay K 2023

pazarlık usulü İşin Eksik ve Kusurları

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/1125 K.

2023/693 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2023/693

Karar No:2023/1125

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) : 1- ... Yapı Ticaret A.Ş.

2- ... Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Bakanlığı

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Davacı şirketler tarafından, Gençlik ve

Spor Bakanlığı Yatırım ve İşletmeler Genel Müdürlüğü'nce 28/09/2022 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi gereğince pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu Yapım İşİ Eksik ve Kusurların Yüklenicinin Nam ve Hesabına Yaptırılması İşİ" ihalesinin yüklenicinin nam ve hesabına yaptırılmasına ilişkin kısmının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirketlerin, 04/05/2016 tarihinde gerçekleştirilen "Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu İnşaatı Yapım İşİ" ihalesine iş ortaklığı sıfatıyla istekli olarak katıldığı, ihalenin iş ortaklığı üzerinde kaldığı, 30/06/2016 tarihinde sözleşme imzalandığı, sözleşmeye konu işin 14/02/2019 tarihinde geçici kabulünün yapıldığı, geçici kabul işlemi yapılırken birtakım eksikliklerin tespit edildiği, ancak söz konusu eksikliklerin geçici kabule engel teşkil etmediğinin belirtildiği, eksikliklerin giderimi için davacıların oluşturduğu iş ortaklığına 35 gün süre verildiği, iş ortaklığının eksiklikleri giderdiğini 03/04/2019 tarihinde davalı idareye bildirmesi üzerine 01/07/2019 tarihinde geçici kabul işleminin onaylandığı, davacı şirketlerin 30/07/2021 tarihinde davalı idareye başvurarak kesin kabul işlemlerinin yapılmasını talep etmesi üzerine 26/08/2021 tarihinde yerinde inceleme yapıldığı ve birtakım eksikliklerin tespit edildiği ve tutanağa bağlandığı, 01/11/2021 tarihinde davacı şirketlerin kesin kabul tutanağı ile eksiklikler listesini imzalamak için çağrıldığı ancak davacı şirketlerin imza için gitmediği, bunun üzerine ... tarih ve ... sayılı işlem ile kesin kabul tutanağında tespit edilen eksikliklerin giderilmesi için davacı şirketlere 26/11/2021 tarihine kadar süre verildiği, 25/11/2021 tarihinde davacı şirketler tarafından davalı idareye başvurularak eksikliklerin tamamlandığı belirtilerek kesin kabul işlemlerinin yapılmasının talep edildiği, akabinde 18/02/2022 tarihinde yerinde inceleme yapıldığı ve kesin kabul tutanağında belirtilen eksik ve kusurların

tamamının giderilmediğinin tespit edildiği, bunun üzerine ... tarih ve ... sayılı işlem ile davacı şirketlere eksik ve kusurların 30 gün içerisinde giderilmesi aksi hâlde Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 25, 41 ve 44. maddeleri gereğince işlem yapılacağına davacı şirketlere bildirildiği, davacı şirketler tarafında verilen sürede eksik ve kusurların giderilmemesi üzerine Gençlik ve Spor Bakanlığı Yatırım ve İşletmeler Genel Müdürlüğü'nün ... tarih ve .. sayılı işlemi ile eksik ve kusurların yüklenicinin nam ve hesabına yaptırılmasına karar verildiği, bunun üzerine 28/09/2022 tarihinde "Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu Yapım İşi Eksik ve Kusurların Yüklenicinin Nam ve Hesabına Yaptırılması İşi" ihalesinin gerçekleştirildiği; Uyuşmazlıkta, yerinde yapılan incelemelerde tespit edilen hususlar göz önüne alındığında, davacı şirketlerin 30/06/2016 tarihli sözleşme ile üstlendiği edimleri eksiksiz ve kusursuz olarak yerine getirmediği anlaşıldığından, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 25. maddesi uyarınca işletmede tespit edilen eksiklik ve kusurların davacı şirketlerin nam ve hesabına ihale edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, yapılan sözleşme kapsamında yürütülen işin fen, sanat kuralları ile sözleşme ve eki şartnamelere göre gerçekleştirilerek tamamlandığı, işin geçici kabulünün yapıldığı, geçici kabul tutanağında yer alan eksiklerin müvekkil tarafından giderilmesinden sonra işletmeye hazır hâle getirilen yüzme havuzunun davalı idare yetkililerince Konya Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü yetkilisine Devir Teslim Tutanağı ile teslimi sağlanarak tesisin davalı idarece işletmeye alındığı, bu aşamadan sonra tesisin işletilmesinden kaynaklı problemlerin çözümünde kendilerinin sorumluluğunun bulunmadığı, dolayısı ile tesisin devrinden sonra geçen sürede tesisin işletilmesi, işletilmemesi,

kullanılması veya kullanılmaması ya da tesisin işletilmesine ilişkin mevsimsel rutin bakımlarının yapılmaması, yanlış kullanılması nedeniyle işletmeden kaynaklı meydana gelen arıza yıpranma vb. eksiklerin işletme sorumluluğunda olmasına rağmen, bunların davalı idarece yüklenici namı hesabına yaptırılmasına ilişkin idari işlemin hukuki dayanağı bulunmadığı ileri sürülmektedir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE:

USUL YÖNÜNDEN:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde, dava dilekçelerinin görev ve yetki yönünden ilk incelemeye tâbi tutulacağı; "İlk inceleme üzerine verilecek karar" başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise, adlî yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

İdarî yargı mercilerinde yargısal denetimi yapılarak çözümlenecek uyuşmazlıklarda, öncelikle davaya konu işlemin idarî bir işlem olup olmadığı hususunun, başka bir anlatımla idare hukuku kurallarına göre tesis edilen, kamu gücüne dayanılarak diğer tarafın rızasını aramaya gerek olmaksızın hukukî durumda tek yanlı irade açıklamasıyla değişiklik meydana getiren bir işlem olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. İdarî makamlar tarafından tesis edilmiş olsa bile, özel hukuk hükümlerine tâbi olan işlem ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde adlî yargı mercileri görevlidir.

İhale mevzuatının uygulanması kapsamında idarece tesis

edilen işlemlerden “ihale süreci”ne ilişkin olanlar, kesin ve icraî olmaları şartıyla, idarî işlemlerin diğer özelliklerini taşıdıkları için “idarî işlem” olarak nitelendirilebilecek ve iptal davasına konu edilebilecek işlemlerdir. İhale sözleşmesinin imzalanmasından sonra kamu gücü kullanılmak suretiyle değil, sözleşmenin tanıdığı yetkilere dayanılarak özel hukuk kurallarına göre tesis edilen işlemler, idarî işlem olarak nitelendirilemeyeceğinden ve iptal davasına konu edilemeyeceğinden bu işlemler adli yargıda dava konusu edilebilecektir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketlerin, Gençlik ve Spor Bakanlığı Yatırım ve İşletmeler Genel Müdürlüğü’nce ... tarihinde gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu İnşaatı Yapım İşi” ihalesine iş ortaklığı sıfatıyla istekli olarak katıldıkları, ihalenin iş ortaklığı üzerinde kaldığı ve 30/06/2016 tarihinde davalı idare ile aralarında sözleşme imzalandığı, sözleşmeye konu işin 09/05/2018 tarihinde bitirildiği, 14/02/2019 tarihinde geçici kabulünün yapıldığı ve 03/04/2019 tarihinde yüzme havuzunun davalı idareye devrinin yapıldığı, bilahare davalı idarece 28/09/2022 tarihinde işin bitirilmediği gerekçesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 21/b maddesi gereğince pazarlık usulü ile “Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu Yapım İşi Eksik ve Kusurların Yüklenicinin Nam ve Hesabına Yaptırılması İşi” ihalesine çıkılması üzerine söz konusu ihalenin yüklenicinin nam ve hesabına yaptırılmasına ilişkin kısmının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Dava dilekçesi incelendiğinde, davacıların muradının “Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu Yapım İşi Eksik ve Kusurların Yüklenicinin Nam ve Hesabına Yaptırılması İşi” ihalesinin tümüyle iptal edilmesi değil, söz konusu ihalenin “yüklenicinin nam ve hesabına yaptırılması”na ilişkin kısmının iptal edilmesi olduğu açıkça görülmektedir.

Uyuşmazlık konusu ihalenin “Kısmi Nam-ı Hesabına Yaptırılması”nın dayanağının ise 24/05/2022 tarihli idare

Olur'unda yer verildiği üzere Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Yüklenicinin bakım ve düzeltme sorumlulukları" başlıklı 25. maddesinde (... ihale kayıt numaralı ihale tarihinde yürürlükte olan hâli ile) yer alan "Taahhüt konusu yapım işinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanacağı tarihe kadar tamamen yükleniciye aittir. Yüklenici, gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksiklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır. Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse, yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere 4734 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir. İdare bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir." hükmü olduğu anlaşılmaktadır.

Davacılar ile idare arasında ... tarihinde akdedilen ... ihale kayıt numaralı Konya Beyşehir Yarı Olimpik Yüzme Havuzu İnşaatı Yapım İşine Ait Sözleşme'nin "Sözleşmenin ekleri" başlıklı 8. maddesinin 8.1. numaralı alt bendinde, sözleşmenin ekindeki ihale dokümanı ve diğer belgelerle bir bütün olduğu öngörülmüş, aynı maddenin 8.2. numaralı alt bendinde "Yapım İşleri Genel Şartnamesi" ihale dokümanını oluşturan belgeler arasında sayılmıştır.

Bu çerçevede, davacıların dava konusu ihalenin iptali isteminin dava konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun'a aykırılığı, dolayısıyla da ihaleye ilişkin idari işlemlere ilişkin olmayıp, 04/05/2016 tarihinde gerçekleştirilen ihaleye istinaden idare ile akdettiği 30/06/2016 tarihli sözleşme gereği sözleşmenin eki sayılan Yapım İşleri Genel

Şartnamesi'nin 25. maddesi uyarınca sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmedeği iddia edilen onarım, düzeltme ve bakım işlerinin (kesin kabul kusur ve noksanlıklarının) bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere 4734 sayılı Kanun'da gösterilen usullerden biri ile yaptırılmasına ilişkin olduğu, dolayısıyla da uyuşmazlığın özünün idari bir uyuşmazlığa değil, ihale sonucu akdedilen özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme ve eki (Yapım İşleri Genel Şartnamesi) hükümlerinin uygulanması nedeniyle ihlâl edildiği ileri sürülen davacıların mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olduğu, bu anlamda uyuşmazlığın anılan sözleşme hükümlerinin yorumlanarak sözleşmenin ihlâl edilip edilmediği yönünde yapılacak bir değerlendirme ile çözümlenebileceği, bir başka anlatımla dava konusu işlemin sebep unsurunun sözleşme hükümleri olduğu dikkate alındığında, özel hukuk hükümlerine tâbi olan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adlî yargı mercilerinin görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla, davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası incelenerek verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında usûl hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un "Kapsam ve nitelik" başlıklı 1. maddesinin ilk fıkrasında, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanunda gösterilen usûllere tâbidir." kuralına yer verilmiştir.

2577 sayılı Kanun'a 6545 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen "İvedi yargılama usulü" başlıklı 20/A maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda söz konusu yargılama usulünün uygulanacağı; (g) bendinde ise, verilen nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca, Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Kanun yolları da, yargılama usûlleri

arasında yer alır. Yargı yerlerince yapılacak incelemeler sonunda verilecek kararlardan hangisinin kesin olduğunun belli edilmesi dahi, anılan madde hükmü ile Anayasa'daki temel ilkelere ve güvence kurallarına aykırı olmamak üzere yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır (AYM kararı, E:1985/23, K:1986/2, Karar tarihi: 20/01/1986).

Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini belirten Anayasa'nın 142. maddesinin de kanuni hâkim güvencesinin değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır. Kanuni hâkim güvencesi, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün kanunla düzenlenmesini ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirir. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararlarında, kişinin hangi mahkemede yargılanacağını önceden ve kesin olarak bilmesini gerektiren doğal hâkim ilkesini koruyan bir hüküm olarak ele alınmaktadır (AYM kararı, Muhammed Deniz başvurusu, B. No: 2014/10728, Karar tarihi:18/07/2018).

Aktarılan kanunî düzenlemelere göre, 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle birlikte 20/07/2016 tarihinden sonra ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı genel kanun yolunun istinaf olarak belirlendiği, yalnızca 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde tahdidî olarak sayılan uyuşmazlıklarla ilgili kararlara karşı istinaf kanun yolundan sonra temyiz kanun yoluna da başvurulabileceği, 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen özel ve istisnai bir yargılama usûlü olan ivedi yargılama usulüne tâbi olan uyuşmazlıklarla ilgili olarak ise ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı hangi tarihte verildiğine bakılmaksızın doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulabileceği açıktır.

2577 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca idarî yargının görevine giren uyuşmazlıkların çözümü bu Kanun'da gösterilen usûllere tâbi bulunduğu ve anılan Kanun'un 20/A maddesinde yer verilen ivedi yargılama usûlü öncelikle ve süratle sonuçlandırılması önem taşıyan bazı

idarî dava türleri için öngörülen özel bir yargılama usûlü olduğundan; adlî yargının görevinde olduğu değerlendirilen uyuşmazlıklar bakımından Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usûlü belirleyen 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen özel bir yargılama usûlü olan ivedi yargılama usûlü uygulanarak karar verilmesi mümkün değildir. Ayrıca, istisnaî bir yargılama usûlü olan ivedi yargılama usûlünün bu şekilde geniş bir yorum yoluyla genel yargılama usûlü yerine uygulanmasının Anayasal kurallar uyarınca Kanunla belirlenmesi zorunlu olan yargılama usûlüne ilişkin konulardan biri olan mahkeme kararlarına karşı başvurulacak kanun yolunu etkileyeceği açıktır.

Bu itibarla, dava konusu uyuşmazlığın ihale sonucu akdedilen sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle açılan bir dava olduğu dikkate alındığında, çözümü adlî yargının görevinde olan, 2577 sayılı Kanun ve bu Kanunda düzenlenen usûllerin uygulanmasına ve öncelikle sonuçlandırılması özel önem taşıyan uyuşmazlık olarak nitelendirilmesine imkân bulunmayan ve bu anlamda ivedi yargılama usulü kapsamında yer almayan dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak, genel yargılama usûlü yerine ivedi yargılama usûlü uygulanarak karar verilmesinde de usûl hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. Kullanılmayan ...TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacılara iadesine,
4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
5. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı

olmak üzere), 13/03/2023 tarihinde oybirliđiyle karar verildi.