



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA 4734 VE 4735
SAYILI KANUN UYARINCA VERİLEN İHALEDEN
YASAKLAMA KARARLARI**

Leyla BAKIR AZ

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Çınar Can EVREN**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

TEMMUZ 2021



**DANIşTAY KARARLARI IşIĞINDA 4734 VE 4735 SAYILI KANUN
UYARINCA VERİLEN İHALEDEN YASAKLAMA KARARLARI**

Leyla BAKIR AZ

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

TEMMUZ 2021

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Leyla BAKIR AZ

13.07.2021

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA 4734 VE 4735 SAYILI KANUN UYARINCA VERİLEN
İHALEDEN YASAKLAMA KARARLARI
(Yüksek Lisans)

Leyla BAKIR AZ

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Temmuz 2021

ÖZET

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Türk Hukuku'na yakın zamanda giren Kanunlardır. Avrupa Birliği'nin kamu ihalelerine ilişkin direktifleri ile uyumlu bir kamu ihale sistemi kurmaya yönelik bu kanunların yürürlük tarihinden önce kamu ihalelerinin çoğunda uygulanmakta olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulama alanı oldukça daralmıştır.

Ekonomik kamu düzeninin sağlanması ile doğrudan ilgili olan kamu ihale sisteminin sağlıklı işleyebilmesi için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda temel ilkeler belirlenmiştir. Bu temel ilkelerin korunması ve bu kanunlarda öngörülen hükümlere uygun şekilde ihale sürecinin yürütülmesi amacıyla idarelere bir takım yaptırımlar uygulama yetkisi verilmiştir. Bu yaptırımlardan biri olan, idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararları çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamanın hukuki niteliği, bu müessesenin uygulanması sırasında dikkate alınması gereken ilkeler, ihaleden yasaklama kararının sebep unsurunu teşkil eden fiil ve davranışlar ile bu yaptırım karşısında başvurulacak idari ve yargısal yollar ele alınmıştır. Bu hususlar ele alınırken de Danıştay'ın yaklaşımından bahsedilerek yargı kararlarından örnekler verilmiştir.

Bilim Kodu : 111607

Anahtar Kelimeler : ihale, yasaklama, yasaklılık

Sayfa Adedi : 151

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Çınar Can EVREN

Öğrenci : Leyla BAKIR AZ

DECISION ON THE PROHIBITION FROM TENDER PROCEEDINGS, RENDERED IN
ACCORDANCE WITH THE LAWS NUMBERED 4734 AND 4735, IN THE LIGHT OF THE
JUDGEMENTS OF THE COUNCIL OF STATE
(M.Sc.)

Leyla BAKIR AZ

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

July 2021

ABSTRACT

The Public Procurement Law numbered 4734 and The Public Procurement Contracts Law numbered 4735 has been introduced in the Turkish Law recently. Before the entry into force of these laws towards the establishment of a public procurement system compatible with the directives of the European Union on the public procurements, the implementation area of the State Procurement Law numbered 2886, applied for the majority of the public procurements, became narrow substantially.

Main principles were determined in the Public Procurement Law numbered 4734 for the proper functioning of the public procurement system, directly related with the maintenance of economic public order. In order to protect these main principles and to carry out tender proceedings compatible with the provisions prescribed in these laws, the public administrations are entitled to apply certain sanctions. One of these sanctions, the decisions on the prohibition from the participation in tender proceedings given by the public administrations, are the subject matter of our study.

The legal nature of the prohibition from the participation in tender proceedings, the principles required to be taken into attention during the implementation of this prohibition, the acts and conducts constituting the reason of the decision on the prohibition from tender proceedings and the administrative and judicial remedies to be applied against this sanction were discussed. While discussing these issues, the approach of the Council of State was also mentioned and the examples from the judicial decisions were given.

Science Code : 111607

Key Words : tender, prohibition, disqualification

Page Number : 151

Supervisor : Doç. Dr. Çınar Can EVREN

Student : Leyla BAKIR AZ

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
1. GİRİŞ	1
2. GENEL OLARAK İHALE	3
2.1. Tanım ve Kavram.....	3
2.2. İhale Süreci.....	4
2.3. İhale Kanunları	6
2.3.1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu.....	8
2.3.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.....	11
2.3.3. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu	12
2.4. Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkeler	13
2.4.1. Genel Olarak.....	13
2.4.2. Saydamlık (Aheniyet / Açıklık) İlkesi.....	15
2.4.3. Rekabet İlkesi	17
2.4.4. Eşit Muamele İlkesi	19
2.4.5. Güvenilirlik İlkesi	20
2.4.6. Gizlilik İlkesi	21
2.4.7. Kamuoyu Denetimi İlkesi.....	23
2.4.8. Ödeneği Bulunmayan Hiçbir İş İçin İhaleye Çıkılmaması İlkesi	24
2.4.9. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi.....	25
2.4.10. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri İçin Ayrı Ayrı İhaleye Çıkılması İlkesi.....	26
2.4.11. İhtiyaçların Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşlanması İlkesi	27

	Sayfa
3. KAMU İHALELERİNE KATILMAKTAN YASAKLAMA	29
3.1. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Amacı.....	29
3.1.1. Tanımı.....	29
3.1.2. Hukuki Niteliği	30
3.1.3. Amacı.....	36
3.2. Uygulanacak Ceza Hukuku İlkeleri.....	38
3.2.1. Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi	39
3.2.2. Lehe Kanun Uygulaması	47
3.2.3. Cezaların Şahsiliği İlkesi	49
3.2.4. Ölçülülük (Orantılılık) İlkesi	52
3.2.5. Ne Bis İn İdem İlkesi	53
3.2.6. Savunma Hakkı.....	55
3.3. 4734 ve 4735 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Göre Yasaklama Sebepleri .	56
3.3.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Göre Yasaklama Sebepleri.....	56
3.3.2. 4735 sayılı kamu ihale kanununa göre yasaklama sebepleri	92
3.4. Mahkeme Kararı ile İhaleden Yasaklama	104
4. İHALEYE KATILMAKTAN YASAKLAMA KARARININ UYGULANMASI.....	107
4.1. İhaleye Katılmaktan Yasaklama Kararının Verilmesi ve Uygulanması Usulü	107
4.1.1. Yasaklama Kararının Verilme Süresi	107
4.1.2. Yasaklamanın Kapsamı	111
4.1.3. Yasaklama Kararını Verecek İdari Makamlar	112
4.1.4. Yasaklama Kararının Yürürlüğe Girmesine Kadar Uygulanacak Tedbir.....	120
4.1.5. Yasaklama Kararının Süresi	121
4.1.6. Yasaklamaya İlişkin Tutulacak Sicil	126

4.2. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararına Karşı Başvuru Yolları.....	127
4.2.1. Şikâyet ve İtirazen Şikayet Yolu	127
4.2.2. İptal Davası ve İptal Davası Açma Süresinin Başlangıcı	128
4.2.3. Maddi ve Manevi Tazminat Talebi.....	134
5. SONUÇ	141
KAYNAKLAR	147
ÖZGEÇMİŞ	151

1. GİRİŞ

Toplumların endüstrileşme alanındaki hızlı atılımları ve bu gelişmelere bağlı olarak doğan problemler, devletlerin ekonomik ve sosyal hayata müdahale etmelerine ve hatta “sosyal devlet” sıfatını almalarına neden olmuştur.¹ Ulusal ve uluslararası uygulamalar bakımından da kamu, en büyük mal ve hizmet satın alıcısı veya satıcısı olarak ihale mekanizmasını sıklıkla kullanmaktadır.² İhale mekanizması, sosyal devlet olmanın bir gerekliliği olarak eğitim, sağlık, güvenlik gibi alanlarda ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak üzere, kamu yararı amacıyla kullanılan yöntemdir. İdare, üstlendiği bu kamu hizmetlerini etkili olarak yerine getirme amacına binaen mal ve hizmet satın alınması, yapım işleri gibi işleri kamu ihalesi yoluyla gerçekleştirir.

Kamu yararını doğrudan ilgilendiren kamu ihalelerinin yapılması belli kurallara tabidir. Hem kamuya gelir elde etmek için hem de kamunun ihtiyaçlarını karşılamak için işletilen ihale mekanizmasına hakim olan ilkeleri güvence altına almak adına, 4734 sayılı Kanun, 4735 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun’da bir takım idari prosedür ve yaptırımlar düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu mevzuatımızda aynı anda yürürlükte bulunmaktadır. Ancak bu Kanunların uygulama alanları farklıdır. Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar ve birliklerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür. Bu kapsamda, Devlet İhale Kanunu’nun uygulama sahasını oluşturan ihaleler ise, kamuya gelir sağlanmasına yönelik olarak gerçekleştirilen, satım, kira, trampa ve mülkiyetten başka ayni hakkın tesisi işlemine ilişkindir.³ 4735 sayılı Kanun ise 4734 sayılı Kanun’a göre gerçekleştirilen ihalelere yönelik olarak yapılan sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması amacı taşımaktadır.

¹ Teziç, E. (2014). *Anayasa Hukuku*, İstanbul, s. 314.

² Aksoy, M./Erbay, K.E. (2006). “Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci”, *Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayını*, s.V

³ Mahmutoglu, F. (2014). “Tekliflerin Şartnameye Uygunluğunun Değerlendirilmesi Safhasında Gerçekleştirilen Hileli Davranışlar Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, *Kamu İhale Hukuku’na İlişkin Tebliğler ve Makaleler-2*, s. 66.

İhalelerin söz konusu kanunlara uygun şekilde, düzenli ve sağlıklı olarak yapılmasını sağlamak amacıyla, bu kanunlarda düzenlenen yasak fiil veya davranışlarda bulunanların ihaleden yasaklanması yöntemi öngörülmüştür.

Bu çalışmanın amacı, ihaleden yasaklama işleminin hukuki niteliği, hangi durumlarda ve ne şekilde tesis edileceği, uygulanması, bu işleme karşı idari ve yargısal yollara başvurulması gibi hususlarda tereddüt oluşturabilecek noktalara, bu konulardaki uyuşmazlıkları Danıştay'ın ele alış biçimi de aktararak değinmektir.

Çalışmada yasaklama işlemi yalnızca 4734 ve 4735 sayılı Kanun'da düzenlendiği şekliyle ve konuya ilişkin Danıştay 13. Dairesi kararları ışığında ele alınmıştır. 2886 sayılı Kanun'da düzenlenen ihaleden yasaklamayı kapsamamaktadır.



2. GENEL OLARAK İHALE

Çalışmanın ilk bölümü olan bu bölümde, öncelikle ihalenin tanımı, ihale kavramının ve ihale sürecinin ne olduğu, ihalelere ilişkin temel kanunlar ve kısaca içerikleri ele alınacaktır. Daha sonra, çalışmanın ilerleyen bölümünde ele alınan ve asıl konumuz olan ihaleden yasaklama işlemi ile korunması amaçlanan, 4734 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde de sayma suretiyle belirtilen, ihale sürecine hakim olan temel ilkelerin neler olduğundan ve öneminden bahsedilecektir.

2.1. Tanım ve Kavram

İhale, Büyük Türkçe Sözlük'te "İş, mal ve bu gibileri birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma" olarak tanımlanmıştır.⁴

Devlet kamu hizmetinin üretimini kendi işgücü eliyle doğrudan yapabileceği gibi, kural olarak kendisiyle hukuki bir bağı olmayan piyasa unsurlarından da satın alabilir.⁵ İhale sözcüğünün ilk ve en yaygın kullanım alanı devletin kendisine ait kamu kaynağını kullanarak yine kendi sorumluluğunda bulunan bir kamu hizmetini sözleşme kullanarak çeşitli yüklenicilere yaptırmasıdır.⁶

Geniş anlamda ihale kavramı, kamu ekonomisi içerisinde kamu idareleri tarafından yapılan gelir, gider ve mal varlığı ile ilgili her türlü ihale şeklini düzenleyen tüm kuralları kapsamakta; dar ve genel olarak kullanılan anlamıyla ihale kavramı, kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin satın alınmasını, yapım işlerinin sonuçlandırılmasını anlatmaktadır.⁷

Danıştay 13. Dairesinin 10.02.2010 tarih ve E:2007/6240, K:2010/1169 sayılı kararında ihale kavramına ilişkin olarak,

"...İhale kavramı; idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak

⁴ <http://www.tdk.gov.tr/>

⁵ Akpınar, N. (2020). 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme), *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(38), 133.

⁶ Toprak, E. (2019). Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram Ve Kapsam Üzerine İnceleme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019(145). 373

⁷ Özkan, G. (2014). *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Ankara, s.33

imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri ifade eder.”

açıklamasına yer verilmiştir.

İdari işlem konusunda doktrin ve yargı kararlarında kabul edilen ortak bir tanım olmamakla birlikte Danıştay⁸ tarafından, idari işlem; “İdarî işlemler, idarî makamların, kamu gücü kullanarak, idare işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran, muhataplarının hukukî durumlarında değişiklik yapan tek yanlı irade açıklamalarıdır.” şeklinde tanımlanmakta, “... idarî işlemlerin ‘idarî makamlarca tesis edilmiş olma’, ‘tek yanlı olma’ ve ‘icraîlik niteliğini taşıma’ unsurlarını bünyesinde barındırması gerekmektedir.” denerek idari işlemin özellikleri sayılmaktadır. Buradan hareketle, ihale işleminin idari makamlarca tesis edilen, tek yanlı ve icrai bir işlem olması nedeniyle idari işlem olduğu söylenebilir.

Danıştay 13. Dairesi’nin 05.12.2019 tarih ve E.2019/4037, K:2019/4144 sayılı kararında;

“İhale işlemlerine ilişkin idarî usulü düzenleyen temel kanunlardaki tanımlamalar ve istikrar kazanan içtihatlar ile ihaleden yasaklamaya yönelik kurallar uyarınca, ihale işlemleri, ihale ilanı ile başlayıp sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan süreçte idarece tesis edilen ve ihale sürecini bir sonraki aşamaya taşımaya yönelik işlemleri; ihaleden yasaklama işlemi ise, ihale sürecindeki ve/veya sözleşmenin imzalanmasından sonraki fiil veya davranışlar nedeniyle kanunda belirtilen fiil ve davranışları gerçekleştirenler için belirli bir süreliğine uygulanan yaptırımını ifade etmektedir.”

şeklindeki ifade ile ihale işlemlerinin ne olduğu açıklanmıştır. Buna göre ihale işlemleri, ihale ilanı ile başlayıp sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan süreçte idarece tesis edilen ve ihale sürecini bir sonraki aşamaya taşımaya yönelik işlemlerdir.

2.2. İhale Süreci

İhale sürecini, ihale yetkilisince ihale onayı verilmesi ile başlayan sözleşmenin imzalanmasına (notere onay ve tescil gerektiren hallerde onay ve tescilin yapılmasına) kadar geçen süreç⁹ şeklinde tanımlamak mümkündür.

⁸ Danıştay 13. Dairesi’nin 29.12.2020 tarih ve E:2020/3529, K:2020/4014 sayılı kararı

⁹ Zor, Ö.T., Yosunkaya, B. (2004). *100 Soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama*, İstanbul, s. 314.

Gerçek kişiler sözleşmeye girerken sözleşme iradelerini salt zihinsel süreçte oluştururken idare, sözleşmelerde hukuka uygunluğu, kamu yararını ve denetlenebilirliği gerçekleştirebilmek için hukuken belli yöntemlere tabi tutulmuştur.¹⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun bu yöntemleri içeren, "İkinci Kısım" başlığı altında yer alan ve 18. maddeden 53. maddeye kadar olan bölümü "İhale Süreci" olarak düzenlenmiştir. Bu süreç, ihalenin hangi usul¹¹ ile yapılacağını belirlenmesinden sonra ihale onayı ile başlar; ihalenin ve ön yeterliğin ilanı, ihale dokümanının verilmesi, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ile devam eder; kesinleşen ihale kararının bildirilmesi, sözleşmeye davet ve ihalenin sözleşmeye bağlanması ile de sona erer.

Danıştay 13. Dairesi'nin yukarıda yer verilen 05.12.2019 tarih ve E:2019/4037, K:2019/4144 sayılı kararı içerisinde,

"İhaleden yasaklamaya yönelik kurallar ile davacıların fiil ve davranışları birlikte değerlendirildiğinde, ihaleden yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışların ihale sürecinde ortaya çıkması ve ihale sürecini etkileyecek nitelikte olması veya sözleşmenin tarafı olanlar bakımından kanunda öngörülen sebepler dışında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemiş olması gerektiği; davacıların yasaklama işlemine konu fiil ve davranışlarının yasaklama işlemine esas alınan proje işinin ihale sürecine ilişkin olmadığı, proje işine ilişkin sözleşmenin uygulanması aşamasında davacının şahsî bilgi ve tecrübesiyle elde ettiği bilgilere dayalı olarak gerçekleştirilen yorum ve eleştirilerden ibaret olan fiilinin tamamlanmış proje ihalesine yönelik süreci etkileyecek nitelikte olmadığı; bahse konu projenin yapım işine yönelik ihalenin ilerleyen dönemlerde gerçekleştirileceği belirtilmekle birlikte, dava konusu yasaklama işleminin sebep unsurunu oluşturan fiil ve davranışların gerçekleştirildiği tarihte ihale ilanı yapılmak suretiyle süreci başlatılan bir yapım ihalesinin bulunmadığı; davacının fiil ve davranışlarının ancak süreci başlatılmış bir ihaleye yönelik sonuçları olabileceği ve fakat henüz süreci başlatılmamakla birlikte gelecekte gerçekleştirilmesi muhtemel bir ihaleye yönelik etki ve sonuçları olamayacağı, dolayısıyla davacının fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kanunun 17. maddesinde sayılan fiil ve davranışlardan olmadığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir."

ifadelerine yer verilerek ihale sürecinden ne anlaşılması gerektiğine ve bunun neden önemli olduğuna değinilmiştir.

Yukarıda yer verilen kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, 4734 sayılı Kanun uyarınca yasaklama kararı verilmesini gerektirecek fiil veya davranışın ihale süreci

¹⁰ Karahanoğulları, O. (2004). *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, s.320

¹¹ İhale usulleri 4734 sayılı Kanun'da açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olarak düzenlenmiştir.

içerisinde gerçekleşmiş olması şarttır. Yani ihale onayı verilmeden önce ve sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar ihale sürecinde gerçekleşmediğinden, 4734 sayılı Kanun'a göre ihaleden yasaklama işlemi tesis edilemeyecektir. Ancak, sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreci düzenleyen 4735 sayılı Kanun, sözleşme imzalandıktan yani ihale süreci sona erdikten sonra gerçekleşen bazı fiil ve davranışlar yönünden de ihaleden yasaklama işlemi tesis edileceğini düzenlemiştir. İhale süreci öncesindeki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle ihaleden yasaklama kararı verilmesi mümkün değilken, ihale süreci sonrasında, sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar ise yalnızca 4735 sayılı Kanun'a dayanılarak ihaleden yasaklama işleminin sebep unsurunu oluşturabilir.

2.3. İhale Kanunları

Mevzuatımızda genel bir ihale usulü kanunu mevcut değildir.¹² Farklı ihale işlerini düzenleyen birden fazla ihale kanunu bulunmaktadır.¹³ Bu konuda yasama organı tarafından birçok düzenleme yapılmış olmasına rağmen yapılan düzenlemelerin hiçbiri kapsam itibarıyla kamu kurum ve kuruluşlarının yapmış olduğu tüm sözleşmeleri kapsamamaktadır.¹⁴

Kamu İhalelerini düzenleyen yasal metinler kamu kesimi harcama hukukunun bütçe metinleri ile birlikte en önemli belgeleri arasında yer almaktadır.¹⁵ Kamu ihale hukukuna ilişkin sorunların bir kısmı, bu konuyu düzenleyen birden fazla kanun ve çok sayıda ikincil mevzuatın varlığından kaynaklanmaktadır.

Kamu ihaleleri, mevzuatımıza 02.06.1934 tarihli ve 2490 sayılı Arttırma Eksiltme ve İhale Kanunu ile girmiş, 08.09.1983 tarih ve 18161 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar, genel bütçeye dahil idarelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin tamamına

¹² Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku*, Bursa, 104.

¹³ Gözler, a.g.e., 2009, 104.

¹⁴ Sezer, Y. (2002). "Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet", *Amme İdaresi Dergisi*, 35(4), 58.

¹⁵ Özkan, a.g.e., 2014, 36

uygulanen temel düzenleme durumundaydı. Bu tarihten sonra ise, istisnalar dışında tüm mal, hizmet ve yapım işi alımlarına 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanmaktadır. Mal ve hizmet alımları ile yapım işleri dışında kalan işlerde ise 2886 sayılı Kanun'un uygulanmasına devam edilmektedir.

Bu iki kanun kapsamına girmeyen ihaleler kendi özel kanunlarına tabidir. Kamu harcama usullerine ilişkin ihale işlemleri¹⁶,

- 1910 tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun
- 16.8.1961 tarih ve 351 sayılı Yükseköğrenim Kredi Yurtlar Kurumu Kanunu
- 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun
- 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun
- 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun
- 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 22.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
- 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da,

Gelir getirici ihale işlemleri¹⁷ ise,

- 26.6.1939 tarih ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun
- 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu

¹⁶ Toprak, a.g.m., 2019, 373

¹⁷ Toprak, a.g.m., 2019, 374

- 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun
- 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu (Md. 178 vd.)
- 27.4.2005 tarih ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Md. 33)
- 27.2.2008 tarih ve 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir.

4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan kamu ihale süreci akabinde sözleşme yapılması ve uygulanması aşamaları ise, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmektedir.¹⁸

2.3.1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında, genel bütçeye dahil idarelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütüleceği; "İlkeler" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında, Kanun'un yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu düzenlenmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nu, 01.01.2003 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girinceye kadar; alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerine ilişkin tüm ihalelerde uygulanmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmamıştır ancak, 4734 sayılı Kanun'da bazı ihalelerin yalnızca bu Kanun'a göre yapılacağı düzenlenerek 2886 sayılı Kanun kısmen ve zımnen ilga edilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un ile açıkça yürürlükten kaldırılan maddeler zikredilmediğinden, hangi ihalelerde hangi Kanun'un uygulanacağı her iki kanun hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi ile tespit edilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan

¹⁸ Taşdelen, A. (2004). *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Ankara, 7-8.

mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür: a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.” kuralı; “Uygulanmayacak hükümler” başlıklı 68. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, “Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.” kuralı yer almıştır.

4734 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde, harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesinin gerektiği, bu nedenle de kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin bu Kanun’un kapsamına alındığı belirtilmiş; 2. maddesinin gerekçesinde ise, aynı idare tarafından çeşitli kaynaklardan finanse edilen işlerin ihalelerinde ayrı mevzuatın bulunmasının uygulamada karmaşayı artırdığı, bu nedenle, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları harcamalara ilişkin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulama birliğini sağlamak amacıyla genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, özel idare ve belediyelerin yanı sıra Kanun’da sayılan diğer idarelerin bu Kanun’un kapsamına alındığı ifade edilmiştir.

4734 sayılı Kanun’un amacı, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olarak belirlendiğinden ve Kanun’un 68. maddesinde yer alan düzenleme ile bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlendiğinden, 4734 sayılı Kanun’un kamu harcamalarının yapılmasına ilişkin işlerde, 2886 sayılı Kanun’un ise kamuya gelir getirici nitelikteki işlerde uygulanacağı sonucuna ulaşılır.

Nitekim Danıştay da önüne gelen uyuşmazlıklara 4734 sayılı Kanun’un mu yoksa 2886 sayılı Kanun’un mu uygulanacağına karar verirken bu ayrımı yapmaktadır. Örneğin Danıştay 13. Dairesi’nin 18.03.2019 tarihli E:2019/92 K:2019/839 sayılı kararında,

“...mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; idarenin harcama yapmak suretiyle temin edeceği mal alımı, hizmet alımı ya da yapım ihalelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na; idareye gelir getirici nitelikteki ihalelerin ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na göre yapılması ve belirtilen kapsamdaki ihalelerin ilgili kanunlarında yer alan hükümler doğrultusunda yürütülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu ihalenin, idareye gelir getirici nitelikteki Hayrullah Koç Parkı’nda bulunan 425 m² kapalı, 850 m² açık alana sahip iş yerinin 15/02/2027 tarihine kadar 9 yıl süreyle kiraya verilmesi ile birlikte, idarenin harcama yapmak suretiyle temin edeceği 50 dönüm rekreasyon alanında bulunan park, bahçe, yeşil alanların ve havuzların bakım ve onarımı ile bir adet çocuk parkı yapımı ihalelerini de ihtiva ettiği görülmektedir.

Bu durumda, davalı idare tarafından öncelikle ihale yoluyla yapılacak olan işin niteliğinin belirlenerek tâbi olduğu mevzuatın tespit edilmesi gerekmektedir. Dava konusu ihale ile yapılan taşınmaz kiralınmasına ilişkin ihalenin 2886 sayılı Kanun kapsamında, hizmet alımı ve yapım işlerinin ise 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanun kapsamında sayılan “hizmet alımı” ve “yapım işi” olarak değerlendirilen işlerin bu Kanun’a uygun surette ayrı olarak ihale edilmesi gerekeceğinden, bu hâliyle 2886 sayılı Kanun kapsamında anılan hizmet alımı ve yapım işinin ihale edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.”

diyerek, uyuşmazlığın çözümünde bahsettiğimiz harcama yapma-gelir elde etme kriterini esas almıştır.

2886 sayılı Kanun’da sayılan ihale usulleri; kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü, yarışma usulüdür. Yapılacak işin niteliklerine göre hangi teklif usulünün kullanılacağına ihaleyi yapan idarenin karar vereceği düzenlenmiştir.

2886 sayılı Kanun’da, kamu harcamalarına ilişkin ihaleleri düzenleyen Kanunların (4734 ve 4735 sayılı Kanun) aksine sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası aşama birlikte düzenlenmiştir.

Kanunu’nun 83. maddesinde, yasak fiil ve davranışlara; 84. maddesinde, 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanların, bu fiil ve davranışları ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bu kişiler haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceğine yer verilmekle birlikte bu çalışmanın konusunu oluşturmadığından, bu Kanun kapsamında verilen ihaleden yasaklama kararları üzerinde durulmayacaktır.

2.3.2. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

2002 yılında kabul edilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliği üyelik hedefi doğrultusunda AB mevzuatı ve diğer uluslararası düzenlemelerden büyük ölçüde etkilenmiştir.¹⁹ Kanun'un genel gerekçesinde de, Avrupa Birliği ve diğer uluslararası uygulamalarla paralellik sağlama amacı olduğu dile getirilmiştir. Aynı zamanda söz konusu Kanun, uzun yıllardan beri yürürlükte olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulanmasında karşılaşılan sorunların giderilmesi, tüm kamu ihalelerinin tek merkezden düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.²⁰

Bunların yanı sıra, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun temel amacı, kamunun ihtiyaçlarının en uygun zamanda ve uygun şekilde karşılanmasını sağlamak üzere ihale sürecine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.²¹ Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde de bu husus "Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir." şeklinde ifade edilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 68. maddesinde yer alan düzenleme ile bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür. İstisnalar dışında tüm mal, hizmet ve yapım işi alımlarında 4734 sayılı Kanun uygulanmaktadır. Kanun'un 3. maddesinde de, Kanun kapsamına giren kuruluşların, Kanun'a tabi olmayan mal, hizmet alımı ve yapım işleri sayma suretiyle belirtilmiştir. İstisna olarak sayılan bu işlere ilişkin ikincil mevzuat düzenlemeleri ilgili kurumlarca yapılmaktadır. Hem istisna olarak sayılan işlere ilişkin birçok farklı ikincil düzenleme hem de genel olarak birden fazla ihale kanunu bulunması ihale uygulamalarında yeknesaklığın sağlanmasını engellemektedir.

¹⁹ Gül, H. (2019). "Türk ve Avrupa Birliği Kamu Alımları Hukukunda Yer Alan Yaptırımlar", *Danıştay 150. Yıl Dergisi*, 661.

²⁰ Sezginer, M. (2013). *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, 15.

²¹ Abacıoğlu, M. / Abacıoğlu, A. (2013). *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, Ankara, 56.

4734 sayılı Kanun'da sayılan ihale usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür. Bu usuller dışında doğrudan temin ve tasarım yarışmaları şeklinde özel mal ve hizmet alım usullerine de yer verilmiştir.

Kanun'un 5. maddesinde, ihale sürecine hakim olan temel ilkeler sayılmış, ihale sürecinin yürütülmesine ilişkin usul ve kurallar getirilmiş, bu kurallara aykırı veya temel ilkeleri zedeler nitelikteki bazı fiil ve davranışlara yönelik de yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımlardan biri de çalışmamızın konusu olan ihaleden yasaklamadır. İlerleyen bölümlerde 4734 sayılı Kanun üzerinde ayrıca durulacaktır.

2.3.3. 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 22.01.2002 tarihinde 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.01.2003 tarihinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Kamu ihale süreci akabinde sözleşme yapılması ve uygulanması aşamaları, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmektedir.²² 2002 yılına kadar yukarıda bahsettiğimiz üzere hem ihale süreci, hem de ihale süreci sonucunda imzalanan sözleşmelere uygulanacak esaslar 2886 sayılı Kanun'da düzenlenmişti. Ancak 4735 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalelerden sonra imzalanan sözleşmeler açısından artık 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

4735 sayılı Kanun'un kapsamı bakımından, Kanun'un 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan istisna kapsamındaki ihalelerde, özel kanunlar uyarınca gerçekleştirilen ihale süreci sonucunda imzalanan sözleşmeler hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı, 4735 sayılı Kanun'un bu ihaleler açısından uygulanmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği tartışma konusudur. Bu konudaki kanaatimiz ve Danıştay görüşü ilerleyen bölümlerde açıklanmıştır.

Kanun'da, 4734 sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilen ihalelerin akabinde idare ile yüklenici arasında sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamaya ilişkin hem yasak fiil ve davranışlar sayılmış hem de bu yasak fiil ve davranışların meydana gelmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, usulleri ve süreleri düzenlenmiştir. Yine bu konu da ilerleyen bölümlerde ilgili başlıklar altında irdelenmiştir.

²² Taşdelen, a.g.e., 2004, 27.

2.4. Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkeler

2.4.1. Genel Olarak

4734 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde; "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Cumhurbaşkanlığı hizmetlerinin özelliği ve güvenlik şartlarına uygun şekilde yerine getirilme zorunluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanlığınca gerçekleştirilecek her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılabilir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz." düzenlemesine yer verilerek ihale sürecine hakim olan temel ilkeler sayılmıştır.

Maddenin gerekçe metninde de ifade edildiği gibi, temel ilkeler, Kanun'un hazırlanma amacının gerçekleştirilmesini güvence altına alan, bu amaca yönelik olmak üzere, diğer hükümlerin uygulanmasında, yorumlanmasında referans değerler olarak gözetilmesi gereken hukuki düzenlemelerdir.²³ Kamu ihalelerine hakim olan temel ilkeler, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde de 4734 sayılı Kanuna uygun şekilde düzenlenmiştir.

²³ Gök, Y. (2009). *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Ankara, 101.

2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bu ilkelerden yalnızca saydamlık, rekabet ve yeterlik ilkeleri düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kanun'a tabi olmayan idarelerin düzenledikleri ihalelerde bile yukarıda yer verilen ihale ilkeleri geçerlidir.²⁴ Nitekim Danıştay 13. Dairesi de 09.07.2019 tarih ve E:2019/1421, K:2019/2446 sayılı kararında;

“Aktarılan mevzuata göre Toplu Konut İdaresi'nin Devlet İhale Kanunu'na tâbi olmadığı, ihalelerini Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği uyarınca gerçekleştirdiği ve söz konusu ihalelerde açıklık, rekabet, eşit muamele, kamuoyu denetimi, etkinlik ve verimliliğin sağlanmasının esas olduğu açıktır.”

belirttiği üzere söz konusu ilkeleri tüm ihalelerde uygulamaktadır.

Toplumsal önemi çalışmanın ilk kısımlarında da bahsettiğimiz üzere büyük olan kamu ihale sisteminde düzeni sağlamaya yönelik bu ilkeler, ihalelerde düzeni sağlamanın yanı sıra ihale konusu işlerin devamını ve kamu hizmetlerinin sürdürülmesini dolayısıyla kamu yararını da sağlar. Kamu ihale sistemine egemen olan bu temel ilkelerin tamamının etkin bir biçimde uygulandığı bir sistemden bahsetmek güçtür. Hükümetlerin önceliklerine göre, bu amaç ve ilkelerden bazıları, diğerlerine kıyasla daha ön plana çıkmakta ve ihale sürecine kimliğini verebilmektedir.²⁵

Kanunda yer verilen temel ilkeler, ihale sürecine ilişkin olarak mevzuatta belirlenen diğer hükümlerin hukuka uygun olarak uygulanmasını desteklemektedir.²⁶ İhaleye hakim olan temel ilkeler, ihale sürecinin hukuka uygun olarak yürütülmesini ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak üzere belirlenmiş olup 4734 sayılı Kanun'a tabi idareler açısından bağlayıcıdır.²⁷ İdare hukukuna hakim olan ilkelerin kamu ihale sistemindeki yansıması niteliğindeki bu ilkelerin, ihale sürecinin başından sonuna kadar sağlanması ve korunması, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrası ile idareye verilmiş bir sorumluluktur. İhalelerde düzenin sağlanması, yasak fiil ve davranışların önlenmesi gibi amaçlara hizmet eden bu ilkelerin idarece sağlanması ve korunması da idarenin bu ilkelerin ihlali halinde

²⁴ Ulusoy A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 52-53.

²⁵ Özkan, a.g.e., 2014, 289.

²⁶ Gök, Y. (2010). “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, (2), 12.

²⁷ Üstün, Ü.S./Çalış, H.S. (2018). “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(2), 119.

yaptırım uygulama gücüne sahip olması ile mümkündür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda yer verilen kuralların ve sürece hakim olan temel ilkelerin ihlal edilmesi karşılığında uygulanabilecek yaptırımlardan biri ihaleden yasaklamadır. Dolayısıyla çalışmamızın inceleme konusu olan ihaleden yasaklama müessesesi ile korunması amaçlanan bu ilkelerin ne ifade ettiği üzerinde ayrı ayrı durmakta fayda vardır.

2.4.2. Saydamlık (Aleniyet / Açıklık) İlkesi

Bu ilke esas itibariyle, idare hukukuna egemen olan “idarenin açıklığı ve şeffaflığı” ilkesinin ihale sürecindeki görünüş biçimi olarak da ifade edilebilir.²⁸ İlkeyi, ihale sürecinde alınan kararların ilan edilmesi, gerekçelerinin ilgililere bildirilmesi, sürecin aleniyetinin sağlanması şeklinde açıklayabiliriz.

İhalenin ilanı suretiyle ilgililerin ihaleden haberdar edilmesi, tekliflerin aleni olarak açılması gibi Kamu İhale Kanun’da yapılan bazı düzenlemeler yüksek meblağlı kamu harcamalarının yapımının aleni şekilde gerçekleştirilmesi, ihale ile ilgili herkesin bilgi sahibi olması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Saydamlığı sağlamaya yönelik olarak ihale kanunlarının çeşitli maddelerinde temel kurallar getirilmiştir. GÖK Yaşar, bu kuralları temel olarak şu 3 başlık altında toplamıştır:

“1- İhale ve ihaleye katılma şartlarıyla ilgili bilgi ve belgeler ile yeterlik kriterleri duyurulmalıdır.

2- İhale dokümanı, ihale konusu işin teknik niteliklerini ve ihale sürecinde izlenecek hukuki prosedürü herhangi bir tereddüde, şüpheyne ve müphemliğe meydan bırakmayacak açıklıkta tanımlamalıdır.

3- İhale sürecindeki iş ve işlemler daha önce ilanla duyurulmuş ve ihale dokümanı ile isteklilerin bilgisine sunulmuş kurallara uygun biçimde gerçekleştirilmelidir.”²⁹

Saydamlık ilkesi mutlak olarak uygulanan bir ilke değildir. Bu ilkenin, pazarlık usulü ile yapılan ihaleler, doğrudan temin usulü ile yapılan alımlar gibi yukarıda yer verilen temel kuralların uygulanmadığı istisnaları olduğunu da belirtmek gerekir.

²⁸ Atay, E.E. (2014). *İdare Hukuku*, Ankara, 561.

²⁹ Gök, a.g.e., 2009, 108-109.

Bursa 3. İdare Mahkemesi'nde görülen davada Mahkemece,

“...Teknik Şartname'nin 2. maddesinde, 'Toplu Taşıma Şube Müdürlüğünün gerekli görmesi halinde çalıştırılacak hat sayısı ve araç sayısı % 30 eksiltilebilir veya % 30 arttırılabilir.' ibaresinin 2886 sayılı Yasa'nın 63. maddesinden yola çıkılarak konulduğu, UKOME nin gelişen ve değişen şartlara göre alacağı kararların uygulanabilmesinin amaçlandığı ifade edilmiş ise de söz konusu eksiltme veya arttırmanın yapım işlerine ilişkin olduğu, mevzuat ile yapım işlerine hasredilmiş bir hususun yorum yolu ile genişletilerek ihale konusu taşıma işinde de uygulanmasına olanak bulunmadığı, ihalenin bir yıllık bir süreci kapsadığı ve ihtiyacın yapılan analiz sonucu belirlendiği ve UKOME tarafından çeşitli tarihlerde alınan kararların dikkate alındığı hususu gözönüne alındığında, gelişen ve değişen şartlardan bahisle net olmayan hükümlere dayanılarak şartnameye bu yönde madde konulmasının, açıklık ilkesi ile bağdaşmadığı;

Teknik Şartname'nin 6. maddesinin e bendinde, 'Mevcut hat ve güzergah değişikliği, yeni hat açılması ve güzergah belirleme yetkisi UKOME Kurulundur. İşletici, UKOME Kurulu tarafından alınan kararlara uymak zorundadır. Belediye, UKOME Kurulu tarafından belirlenen yeni hatlarda, işleticiden bu ihale şartları ve 2. maddeye göre araç çalıştırılmasını talep edebilir.' ibaresinin 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 9. maddesine uygun olduğu, UKOME tarafından alınan kararların bağlayıcı olduğu savunulmuş ise de, yine yukarıda belirtildiği gibi ihalenin bir yıllık bir süreci kapsadığı ve ihtiyacın yapılan analiz sonucu belirlendiği ve UKOME tarafından çeşitli tarihlerde alınan kararların dikkate alındığı hususu gözönüne alındığında, gelişen ve değişen şartlardan bahisle net olmayan hükümlere dayanılarak şartnameye bu yönde madde konulmasının, açıklık ilkesi ile bağdaşmadığı;

Teknik Şartname'nin 8. maddesinde, 'İşletici ilk defa toplu taşıma hizmeti verecek her araç için 1500 adet en yüksek manyetik tam bilet bedeli ödedikten sonra o araç için çalışma ruhsatı alır. İşletici, daha önce belediyeden ruhsat alarak toplu taşıma hizmeti vermiş araçlar çalıştırdığında her araç için 200 adet en yüksek manyetik tam bilet bedeli ödedikten sonra çalışma ruhsatı vizesi alır.' ibaresinin daha önce belirli bir bedel ödeyerek çalışma ruhsatı alan araç sahipleri ile daha önce hiç araç ruhsatı almamış araç sahipleri arasında fark olması gerektiği görüşüyle konulduğu, ihaleye katılacak isteklinin piyasadan daha önce çalışma ruhsatı alan araç temin edebileceği, bunun önünde herhangi bir engelin bulunmadığı belirtilmiş ise de daha önce belirli bir bedel ödeyerek çalışma ruhsatı alan araç sahipleri ile daha önce hiç araç ruhsatı almamış araç sahipleri arasında fark olması gerektiği hususunun somut ve net olarak ortaya konulmadığı gibi bu durumun herhangi bir mevzuata dayandırılmadığı, öte yandan, iki araç arasında ödenecek tutar açısından büyük bir fark olacak şekilde düzenleme yapıldığı, bu durumun da rekabet ilkesini zedelediğinin tartışmasız olduğu;

İdari Şartname'nin 26. maddesinde, 'Bu şartnamede belirtilmemiş hususların ortaya çıkması halinde taraflar arasında ek sözleşme tanzim edilecektir.' ibaresinin ihalenin yapılması sırasında öngörülmeleyen durumların sonradan ortaya çıkması halinde taraflara bu sorunları çözme imkanı tanınması amacıyla

getirildiği ifade edilmiş ise de; gelişen ve değişen şartlardan bahisle net olmayan hükümlere dayanılarak şartnameye bu yönde madde konulmasının, açıklık ilkesi ile bağdaşmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı”

sonucuna varılarak, açıklık ve rekabet ilkelerini ihlal eden ihale dokümanı düzenlemeleri iptal edilmiş, söz konusu karar Danıştay 13. Dairesi’nin 27.12.2018 tarih ve E:2012/1224, K:2018/4513 sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir.

Söz konusu kararda, Danıştay ve İdare Mahkemesi; gelişen ve değişen şartlara göre ortaya çıkabilecek sorunları çözüme kavuşturmak amacıyla ihale şartnamesinde yer verilen, idareye çalışacak araç sayısında eksiltme ve arttırmaya gitme hakkı ve güzergah belirleme hakkı tanıyan, sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda ek sözleşme yapılacağını öngören şartname düzenlemelerinin açıklık ilkesini ihlal ettiği kanaatine varmıştır. Saydamlığı sağlamaya yönelik olarak yukarıda yer verdiğimiz, ihale dokümanının; ihale konusu işin teknik niteliklerini ve ihale sürecinde izlenecek hukuki prosedürü herhangi bir tereddüde, şüpheyeye ve müphemliğe meydan bırakmayacak açıklıkta tanımlaması gerekliliği bu kararı isabetli kılmaktadır.

2.4.3. Rekabet İlkesi

Rekabet sözlük anlamıyla, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarıştır. Yarışma, serbest katılım, serbest rekabet, rekabetçi koşullar, tam rekabet, rekabet serbestisi, rekabet serbestliği, özgür rekabet ve rekabet özgürlüğü olarak da ifade edilen rekabet ilkesi, ihale ilkelerinden birisidir.³⁰

İhalenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için mümkün olduğunca çok kişinin ihaleye katılımı sağlanmalı, isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın serbestçe teklifte bulunmaları sağlanmalıdır.³¹ İhaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılmasının yanında, isteklilerin tekliflerini hiçbir etki ve baskı altında kalmadan yapabilmeleri ve idare görevlilerinin de aynı şekilde hiçbir etki ve baskı altında kalmadan ihaleye ilişkin işlemleri yapmaları ve sonuçlandırmaları gerekir.³²

³⁰ Akın, N. (2019). “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, 36 (2), 69.

³¹ Kalabalık, H. (2004). *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, 197.

³² Sezginer, M. (2013). *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, 808.

Özellikle, ihalelerdeki tekliflerin aşırı düşük olmaması ve yıkıcı rekabetin engellenmesi rekabet ilkesinin önemli bir sonucudur.³³

İhale sürecinde rekabet ilkesinin ihlali nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararlarına örnek vermek gerekirse:

Bakılan bir davada, ilk derece mahkemesince

“...teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerden eşit muamele ilkesi çerçevesinde aynı kalemlerle ilgili açıklama istenmesi gerekirken bunun yapılmadığı, açıklama istenilen farklı iş kalemlerinin neden tercih edildiğinin objektif bir şekilde belirlenmediği, aynı kalemde aşırı düşük teklif açıklamasında bulunması istenilmeyen isteklilerin teklif bedelinden daha yüksek teklif sunan isteklilerden aşırı düşük teklif açıklaması istenildiği, dolayısıyla aşırı düşük teklifler değerlendirilirken 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan “güvenirlilik” ve “eşit muamele” ilkelerinin ihlal edildiği, yeterlilik kriterlerinin sağlayan 35 teklifin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, bunlardan 23 tanesinin belirlenen sınır değerinin altında kaldığı ve sınır değerinin altında kalan tekliflerin sahibi firmalardan 18 tanesinden aşırı düşük teklif açıklaması istenilmiş olması karşısında söz konusu aykırılıkların rekabet ilkesini zedeleyeceği ve düzeltici işlem ile giderilmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine”

karar verilmiş, söz konusu karar Danıştay 13. Dairesi’nin 17.10.2018 tarih ve E.2012/3424, K:2018/2864 sayılı kararıyla onanmıştır. Rekabet ve eşitlik ilkeleri birbiri ile doğrudan bağlantılı ilkelerdir. Davaya konu olayda, idarece eşitlik ilkesine aykırı olarak isteklilerden farklı iş kalemleri için aşırı düşük teklif açıklaması istenmesi, bu hususun objektif kriterlere dayandırılmaması, eşitlik ilkesini zedelediği gibi, açıklama yapılacak iş kalemlerindeki farklılığın isteklilerden bazılarının lehine veya aleyhine sonuç doğurması mümkün olduğundan, rekabet ilkesini de zedelemektedir.

Yine 13. Daire’nin 02.04.2018 tarih ve E.2018/516, K:2018/1234 sayılı kararında rekabet ilkesine ilişkin olarak;

“4734 sayılı Kanun uyarınca ihaleyi yapan idarelerin, anılan Kanun’un 5. maddesinde belirtilen rekabet ilkesini gözetmek zorunda oldukları, rekabetin tesis edilebilmesinin temel şartının ise ihaleye katılımı engelleyebilecek şartların ortadan kaldırılması hususunda gereken tedbirlerin alınması olduğu açıktır. İhale konusu işin gerekli kıldığı makine, teçhizat ve diğer ekipman için isteklilerin kendi malı olma şartının aranmamasının rekabeti arttırıcı niteliğinde şüphe bulunmamaktadır. Bu durumda, hem gerekli ekipmanı kendine ait olan

³³ Aslan, Y. (2006). *Rekabet Hukuku Dersleri*, Bursa, 95.

istekliler hem de bunları işin görülmesi aşamasında kiralayabilecek veya başka yöntemlerle kullanım hakkını elde edebilecek istekliler ihaleye katılabilecektir. Böyle bir durumun, ihalelere hâkim olan rekabet ve kaynakların etkin ve verimli kullanılması ilkelerine doğrudan katkı sağlayacağı da açıktır.”

ifadelerine yer verilerek bir önceki kararda olduğu gibi isabetli bir sonuca varmıştır. Önceki uyuşmazlıkta, ihale sürecinde rekabet ilkesi somut olarak belirli bazı istekliler yönünden ihlal edilmiş iken, bu uyuşmazlıkta istekli olabilecek kişiler arasında, hizmetin görülmesinde kullanacakları malın özmalları olup olmamasına göre ayırım yapılarak ihaleye katılımın bazı istekli olabilecekler açısından zorlaştırılması suretiyle rekabet ilkesi ihlal edilmiştir.

Rekabet ilkesinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi Kanun’un teknik nitelikli düzenlemelerinin bu ilke ile uyumlu biçimde tatbik edilmesiyle mümkün olacağından, özellikle ihaleye katılımda istenen bilgi ve belgeler ile bu belgelerin taşınması gereken kriterlerin uygulama yönetmeliklerindeki sınırlar içerisinde ve amaca uygun biçimde belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.³⁴

2.4.4. Eşit Muamele İlkesi

03/01/2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Kurum tarafından inceleme” başlıklı 18. maddesinde, “(1) İtirazen şikâyet başvuruları; a) İlan veya ön yeterlik/ihale dokümanına yapılan başvurular, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı incelenir. b) İhale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelenir. (2) Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır.” kuralı yer almaktadır.

Eşitlik ilkesi, ihale sürecine özgü bir ilke değildir. Anayasa’nın 10. maddesinde de yer verilen, hukukun genel ilkelerindendir. İhale süreci açısından eşit muamele ilkesi, idarenin ihale sürecindeki tüm iş ve işlemlerinde, yaptığı değerlendirme ve kullandığı takdirlerde isteklilere eşit davranması, tarafsız olması, her türlü

³⁴ Gök, a.g.e., 2009, 113.

ayrımcılıktan kaçınması zorunluluğunu ifade eder.³⁵ Bu ilke vasıtasıyla bütün isteklilerin katılımı ve rekabet ortamı sağlanmaktadır.³⁶

Danıştay 13. Dairesi'nin 26.06.2019 tarih ve E.2019/1038, K:2019/2256 sayılı kararında,

“Bir iş kalemine ilişkin nakliye giderinin aşırı düşük teklif kapsamında açıklanmasında nakliye formülünün esas alınması durumunda, ihale komisyonu tarafından, formülde yer alan ve nakliye giderini belirlemede önemli bir unsur olan nakliye mesafesinin hesabında esas alınan bilgi ve belgelerin istekli tarafından sunulmasının istenilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Kamu İhale Genel Tebliği'nde, isteklilerce aşırı düşük teklif açıklamasında kullanılabilecek belgeler, genellikle açıklamaya esas alınan fiyatların tevsikine ilişkin olup, nakliye mesafesine ilişkin açıklamanın ise ne suretle ve hangi belgeler esas alınarak yapılacağına dair bir belirleme bulunmamaktadır. İhaleyi yapan idarelerin aşırı düşük teklif açıklaması talep ederken nakliye formüllerine yer vermesinde mevzuata aykırılık bulunmamakla birlikte, idare tarafından ihale sürecinin bir aşamasında aşırı düşük teklif açıklaması talep edilirken nakliye formüllerine yer verilmemesine rağmen, aynı ihale sürecinin daha sonraki bir aşamasında, Mahkeme yahut Kurul kararı olmamasına rağmen, aşırı düşük teklif açıklaması talep edilirken nakliye formüllerine yer verilmesi eşit muamele ilkesine aykırıdır.

Uyuşmazlık konusu ihalede, davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı olduğu dönemde, teklifi sınır değer altında kalan ve teklif geçerlilik süresini uzatmayı kabul eden tek istekli olan T... Ltd. Şti.'ne gönderilen 02/02/2017 tarih ve 74678 sayılı yazı ile aşırı düşük teklif açıklaması talep edilirken nakliye formüllerine yer verilmemesine rağmen, 12/03/2018 tarih ve 179473 sayılı yazı ile davacı iş ortaklığından aşırı düşük teklif açıklaması talep edilirken nakliye formüllerine yer verilmesinin eşit muamele ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir.”

şeklindeki gerekçe ile, eşit muamele ilkesine aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Rekabet ilkesinin ihlaline ilişkin yargı kararında bahsettiğimiz üzere, isteklilerden farklı konularda açıklama talep edilmesi, idarenin isteklilere farklı muamelede bulunmak suretiyle eşitlik ilkesini ihlal etmesi anlamına gelir. Karar isabetli olmakla birlikte, idarenin yaklaşımının rekabet ilkesini de ihlal ettiğinin belirtilmesi yerinde olur.

2.4.5. Güvenilirlik İlkesi

Bu ilke idarenin işlemlerinin hukuka uygun tesis edileceğine dair isteklilerin duyduğu güveni, kuşku hissetmemelerini ifade etmektedir.³⁷ İdarece bu güvenin

³⁵ Gök, a.g.e., 2009, 115.

³⁶ Taşdelen, a.g.e., 2004, 57.

sağlanması gerekir. İdarelerin ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemlerine karşı idari başvuru yolları düzenlenmiş olması, idare görevlilerinin suç teşkil edecek nitelikteki davranışlarının cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler bu güveninin tesisini sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu ilke esasen, Danıştay kararlarında,

“Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi, hukuk devletinin unsurlarından olan ‘hukuki güvenlik’ ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olması gerekmekte olup, takdir yetkisini zorlayan ve keyfiliğe yol açacak kurallara yer verilmemelidir. Bu ilke geriye yürümezlik, hukukî istikrar ve kazanılmış hakların korunması ilkelerini de içinde barındırır.

Hukuki güvenlik ilkesi gereğince devletin, vatandaşların mevcut kanunlara olan güvenine saygılı davranması, bu güvenlerini boşa çıkaracak uygulamalardan kaçınması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu kadar Anayasanın 5. maddesiyle devlete yüklenen, vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama ödevinin bir sonucudur. Bu yönüyle, hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuki güvenlik ilkesi, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, belirli oranda önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuk devletinde idareden beklenen, açık ve güvenilir olma yükümlülüğüne uygun davranmasıdır.”³⁸

şeklinde ifade edilen hukuki güvenlik ilkesinin bir yansımasıdır.

Esas itibarıyla ihaleyi yapan idareye duyulan güven, o idarenin yapageldiği iş ve işlemlerin muhatabı olan kişilerin yeni iş ilişkisine girme konusundaki istek ve kararlarını etkileyen tecrübi bir olgudur.³⁹

2.4.6. Gizlilik İlkesi

Gizlilik ilkesi, mevzuatta sayma suretiyle belirtilen gizli kalması gereken sınırlı sayıda ihale işlemi hakkında, rekabet ilkesinin sağlanabilmesi amacıyla uygulanan ve ihale sürecinin sağlıklı sürdürülebilmesini sağlayan ilkedir.

4734 sayılı Kanun’da, belli durumlarda ihale sürecine ilişkin temel ilkelerin sağlanabilmesi için gizlilik ilkesi benimsenmiştir. Gizlilik ilkesinin uygulanacağı durumlar, Kanun’un 9. maddesinde; “Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik

³⁷ Taşdelen, a.g.e., 2004, 58.

³⁸ Danıştay 13. Dairesi 02.03.2021 tarih ve E.2019/3243, K:2021/783 sayılı, Danıştay 13. Dairesi 02.03.2021 tarih ve E.2019/2932, K:2021/784 sayılı kararları.

³⁹ Gök, a.g.e., 2009, 117.

ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.” düzenlemesine, 53. maddesinde; “...Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalardan sonra da devam eder ...” düzenlemesine, 61. maddesinde; “Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.” düzenlemesine, 65. maddesinde; “Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır.” düzenlemesine yer verilerek belirtilmiştir.

Aleniyet ve gizlilik ilkesi ilk bakışta birbiri ile çelişen ilkeler gibi görünmektedir. Ancak aleniyet ilkesinin yukarıda belirtilen bazı istisnaları hariç ihale sürecinin tümüne hakim olan bir ilke olduğu, gizlilik ilkesinin ise Kanun’da sınırlı olarak sayılan yukarıda belirtilen durumlarda ihale sürecinin objektif biçimde yürütülmesi amacıyla uygulanan bir ilke olduğu düşünüldüğünde bu ilkeler birbiri ile çelişmemektedir. İhale sürecine hakim olan bir ilke olarak gizlilik ilkesi, saydamlık ilkesinin gerekliliklerinin sağlanmasına engel teşkil etmeyecek şekilde uygulanmaktadır.⁴⁰

Danıştay, gizlilik ilkesinin uygulandığı ihalelerde, ihale sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili yapılan idari başvurular (şikâyet, itirazen şikâyet) sonucunda verilen kararlara ilişkin yaptığı incelemelerde, yerleşik hale gelmiş olan,

“Gizlilik ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğu ihale süreçlerinde isteklilerin, diğer isteklilerin teklifi ve ihale dosyasına sunulan bilgi ve belgeleri hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olmalarının mümkün olmadığı dikkate alındığında, itirazen şikâyet başvurularında ileri sürülen iddiaların somutluğu açısından konunun geniş yorumlanması gerekmektedir. Aksinin kabulü, Kanun’da zorunlu idarî başvuru yolu olarak öngörülen itirazen şikâyet

⁴⁰ Üstün/Çalış, a.g.m., 2018, 127.

başvurusunun işlevini yerine getiremeyen bir kurum olmasına ve kişilerin hak arama hürriyetinin kullanılmasının zorlaştırılmasına sebebiyet verecektir.”⁴¹

şeklindeki yaklaşımı benimsemiştir. Danıştay’ın bu yaklaşımı katıldığımız bir yaklaşımdır ancak uygulamada ihale katılımcıları tarafından suistimal edilmeye de açıktır. Zira, gizlilik ilkesi nedeniyle ihaleye katılan istekliler tarafından sunulan yeterliğe ilişkin bilgi ve belgeler veya aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan bilgi ve belgeler diğer istekliler tarafından bilinmemektedir. İhalede beklediği sonucu elde edemeyen istekliler tarafından, diğer isteklilerce sunulan belgelerde eksiklik veya mevzuata aykırılık bulunup bulunmadığı konusunda somut bir bilgiye sahip olmamalarına rağmen, hem Kamu İhale Kurumu hem de yargı organları nezdinde diğer isteklilerce sunulan belgelerin yeniden incelenmesini sağlamak adına başvurularda bulunmaktadır.

2.4.7. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Kamuoyu kavramı, toplumun önemli bir kesimini ya da tamamını ilgilendiren bir konu ya da görüşün hayata gerilmesi için halkın harekete geçip, mobilize olması olarak tanımlanabilir.⁴² İhalelerin kamuoyuna duyurulması ile hem saydamlık ilkesi sağlanır hem de kamuoyunun bu yöne ilgisi çekilerek, ihalelerin daha sağlıklı ve hukuka uygun yapılması sağlanır.

Aleniyetin ve rekabetin sağlanması ve bu doğrultuda güvenilirliğin korunması amacıyla kamu ihalelerinin ilgililere yayın yoluyla duyurulması, isteklilerin ve istekli olabilecek herkesin haberdar olmasının sağlanması ve böylece ihale sürecinin denetlenmesine olanak sağlanması gerekmektedir.⁴³

Tekliflerin açıldığı ilk oturumu izlemek isteyenlere herhangi bir kısıtlama getirilmemesi, ihalelilerin ve ihale sonuçlarının zorunlu haller dışında, başta internet ortamı olmak üzere başka araçlarla da duyurulması ve bu bilgilere erişim imkanının sağlanması, basın yayın organlarının kamuoyunu bilgilendirme amaçlı bilgi taleplerinin karşılanması, gizlilik ilkesi uyarınca saklanması gerekenler hariç olmak üzere, saydamlık ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi şeklindeki uygulamalar da

⁴¹ Danıştay 13. Dairesi 20.11.2019 tarih ve E.2014/5119, K:2019/3745 sayılı, Danıştay 13. Dairesi 13.11.2019 tarih ve E.2014/3562, K:2019/3580 sayılı kararları.

⁴² Akcagündüz, E. (2020). “Türkiye’de Kamu Yönetiminin Denetim Yöntemlerinin Etkinliği ve Kamuoyu Denetimi Üzerine Nitel Bir İnceleme”, *Ekev Akademi Dergisi*, 24(84), 215.

⁴³ Atay, E.E. (2014). *İdare Hukuku*, Ankara, 567.

kamuoyu denetiminin sağlanması ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir.⁴⁴ Bu ilkenin de diğer ilkeleri tamamlayıcı nitelikte ve diğer ilkelerle bağlantılı olduğu açıktır.

4734 sayılı Kanun'da temel ihale usulü olarak açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulünün benimsenmesi de bu ilkenin sonucudur. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Yönetmeliğinde benzer şekilde düzenlenen; zarf açma ve belge kontrol tutanağının, başvuru veya teklif zarfı içinde sunulması istenilen belgeler ve bu belgelere ilgili mevzuat gereğince eklenmesi zorunlu olan belgelerin her biri için ayrı sütun içerecek şekilde düzenlenmesine yönelik kural; ihale usulüne göre ilgili oturumda istekliler ve teklif ettikleri fiyatlar duyurularak tutanak düzenlenmeden ve bu tutanakların komisyon başkanınca onaylanmış suretleri, isteyenlere imza karşılığı verilmeden oturumun kapatılamayacağına yönelik kural, ihaleye katılan isteklilerin diğer isteklilerce sunulan belgelerin durumu hakkında bilgi sahibi olmalarına yönelik, kamuoyu denetimini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir.

2.4.8. Ödeneği Bulunmayan Hiçbir İş İçin İhaleye Çıkılmaması İlkesi

Kanun'un bu ilke ile amaçladığı, ihaleyi gerçekleştiren idarelerin bütçe ile belirlenen sınırların dışına çıkarak idareyi borçlandırmalarının önüne geçmektir. Kural olarak bir ihaleye başlanması için o işe ait ödeneğin hazır olması gerekir.

Danıştay 13. Dairesi, ihalenin iptali işleminin iptali istemiyle açılan davada, 14.03.2019 tarih ve E:2019/397, K:2019/817 sayılı kararıyla,

“İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ihale ilkelerinin gözetilmesi ve hukukî güvenilirlik, idari istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur.

İdare ile Milli Savunma Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) arasında imzalanan 11/04/2016 tarihli protokol gereğince dava konusu ihaleye konu olan proje çalışmalarının, ihale işlemleri ve yapım işlerinde davalı idare adına oluşacak tahakkukların TOKİ Başkanlığı'nca ödenmesinin kararlaştırıldığı, bu amaçla 11/04/2016 tarihli protokolün mahsuplaşmasına dâhil edildiği; 08/05/2018 tarihinde yapılan dava konusu ihalenin davacı şirket üzerinde kaldığı; ancak, döviz kurlarındaki dalgalanma, inşaat maliyetlerindeki değişkenlik ve içerisinde bulunan ekonomik koşullar nedeniyle TOKİ Başkanlığı'nca ihaleye konu olan proje, ihale ve yapım

⁴⁴ Gök, a.g.e., 2009, 121.

işlerinin protokol kapsamından çıkarıldığıının bildirildiği; ihale için davalı idare bütçesinden ayrılmış herhangi bir ödeneğin bulunmadığı; 20/09/2018 tarih ve 30541 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 108 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının, ‘Dengeleme-Disiplin-Değişim 2019-2021’ başlığını taşıyan ‘Orta Vadeli Program’ın ‘Kamu Maliyesi’ başlıklı 3. maddesinin ‘Politika ve Tedbirler’ başlıklı bölümündeki ‘Kamuda yeni idari hizmet binası yapımına ve kiralanmasına izin verilmeyecektir.’ düzenlemesi de göz önünde tutularak ihalenin iptaline karar verildiği anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık, bu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet görülmemiştir.”

diyerek, ödeneği olmadan çıkılan ihalenin iptal edilmesini yerinde bulmuştur. Bize göre de ihale için davalı idare bütçesinden ayrılmış herhangi bir ödenek mevcut değilken ihaleye çıkılması, bütçe yapıcıların tasarrufu dışında idarenin taahhüt ve borç altına sokulmasına dolayısıyla idari istikrarın bozulmasına neden olacağından, ihalenin iptali gerekmektedir.

Kanun’un 62. maddesinde yer verilen “Ancak ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir.” düzenlemesi ile bu ilkeye bir istisna getirilmiştir. Hükmün amacı, süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları açısından kamu hizmetinde aksama oluşmasını önlemektir.

2.4.9. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

4734 sayılı Kanun’da, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır.⁴⁵

Bu ilke rekabet ilkesi ile doğrudan ilişkilidir. Zira rekabet ilkesi gerçekleşmeden sonuçlandırılan ihalelerde, ihalenin en avantajlı teklif sahibi üzerinde kaldığından söz edilemeyeceğinden kamu kaynakları da verimli kullanılmamış olacaktır. Nitekim Danıştay kararlarında da genel olarak kaynakların verimli kullanılması ilkesinin ihlal edildiği durumlarda rekabet ilkesinin de ihlali bulunduğu söz edilmiştir.

⁴⁵ Sezginer, a.g.e., 2013, 809.

Örneğin, “2015 Yılı Sanatçı ve Teknik Destek Hizmet Alımı” ihalesinin ihale komisyonunca iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce,

“...uyuşmazlık konusu ihalede beş isteklinin doküman aldığı, ihaleye iki isteklinin katıldığı, yaklaşık maliyetin 13.359.405,91-TL olarak belirlendiği, diğer firmanın 11.689.434,00-TL teklif verdiği, davacı firmanın 13.342.080,00-TL teklif verdiği, diğer firmanın belgelerinde bir takım eksiklikler bulunması nedeniyle sadece davacı firmanın verdiği teklifin geçerli kabul edildiği, 2014/412 sayılı ihale komisyonu kararıyla, ihaleye sadece bir firmanın teklif verdiği, yeteri kadar rekabetin oluşmadığından dolayı ihalenin iptaline karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde, ihalelerde rekabetin sağlanması ve kaynakların verimli kullanılmasının temel bir ilke olarak kabul edildiği, ihaleye katılan iki firmadan birinin belgelerinin eksikliği nedeniyle sadece davacının teklifinin kaldığı, bu teklifin de yaklaşık maliyete çok yakın olduğu, bu hâliyle gerçekleşen ihalede rekabetin yeterince sağlanamadığı ve kaynakların verimli kullanılmadığı, bu durumda, ihalenin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”

gereğesiyle bahsettiğimiz doğrultuda rekabet ortamı oluşmadan ihalenin sonuçlandırılması kaynakların verimli kullanılması ilkesine de aykırı bulunarak davanın reddine karar verilmiş, bu karar Danıştay 13. Dairesi tarafından onanmıştır.⁴⁶

2.4.10. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri İçin Ayrı Ayrı İhaleye Çıkılması İlkesi

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez düzenlemesinde, ihtiyacın doğrudan kaynağından karşılanması, bu çerçevede; yapım işinin yapım müteahhidine, mal alım işinin tedarikçiye ve hizmet alım işinin hizmet sunucusuna gördürülmesi şeklinde gerçekleşecek daha ekonomik, rasyonel ve katılımı artırıcı bir sonucun sağlanması amaçlanmaktadır.⁴⁷

Danıştay 13. Dairesi 18.03.2019 tarih ve E:2019/92, K:2019/832 sayılı kararında,

“...davalı idare tarafından öncelikle ihale yoluyla yapılacak olan işin niteliğinin belirlenerek tâbi olduğu mevzuatın tespit edilmesi gerekmektedir. Dava konusu ihale ile yapılan taşınmaz kiralınmasına ilişkin ihalenin 2886 sayılı Kanun kapsamında, hizmet alımı ve yapım işlerinin ise 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanun

⁴⁶ Danıştay 13. Dairesi’nin 07.12.2017 tarih ve E:2016/621, K:2017/3632 sayılı kararı

⁴⁷ Gök, a.g.e., 2009, 123.

kapsamında sayılan “hizmet alımı” ve “yapım işi” olarak değerlendirilen işlerin bu Kanun’a uygun surette ayrı olarak ihale edilmesi gerekeceğinden, bu hâliyle 2886 sayılı Kanun kapsamında anılan hizmet alımı ve yapım işinin ihale edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla, uyuşmazlık konusu ihalenin bir kısmının 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerekirken, tümünün 2886 sayılı Kanun’a tâbi olarak yapılmasında hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.”

demek suretiyle söz konusu ilkedan yola çıkarak ihalenin iptali gerektiği sonucuna varmıştır.

2.4.11. İhtiyaçların Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşılanması İlkesi

İhtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması, kamu kaynaklarının verimli kullanılması amacına hizmet eden, rekabet ilkesi ile doğrudan bağlantılı bir ilkedir. En düşük maliyetle ve azami fayda sağlanarak mal ve hizmet temin edilebilmesi için rekabetin sağlanması şarttır. Kaynakların verimli kullanılması ilkesi açısından bahsettiğimiz gibi bu ilke açısından da rekabet ilkesi sağlanmadan gerçekleştirilen bir ihalede en avantajlı teklif doğru belirlenemeyeceğinden ihtiyaçların uygun şartlarda karşılandığından söz edilemez.

Bu ilke ile hedeflenen en düşük fiyat üzerinden alım yapmak değil, istenen kalitedeki ürünü tercih edilebilir bir bedelle temin etmektir.⁴⁸ Belli bir deneyimi ortaya koyabilen istekliler arasında ihalenin gerçekleştirilmesi de ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını ilkelerini teminen uygulanmaktadır. Bu durum yerleşik Danıştay kararlarında,

“İş deneyim belgelerinin, ihale konusu işin, işi tamamlayabilme yeteneğine ve kapasitesine sahip olan isteklilere yaptırılabilmesi açısından referans bir belge olması nedeniyle ihaleyi yapan idareler açısından önemli olduğu açıktır. Böylece idareler 4734 sayılı Kanun’da temel ilke olarak belirtildiği üzere, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını teminen ihale konusu işte belli bir deneyimi ortaya koyabilen istekliler arasında ihaleyi gerçekleştireceklerdir.”⁴⁹

şeklinde ifade edilmektedir.

⁴⁸ Gök, Y. “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-2.pdf>.

⁴⁹ Danıştay 13. Dairesi’nin 25.01.2021 tarih ve E:2020/3340 sayılı kararı

3. KAMU İHALELERİNE KATILMAKTAN YASAKLAMA

3.1. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Amacı

3.1.1. Tanımı

Kamu ihalelerinden yasaklama işlemi birden çok Kanun'da düzenlenmiş olmasına rağmen söz konusu Kanunlarda bir tanıma yer verilmemiştir. Bu müessese mevzuatımızda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da yer almıştır.

İhaleden yasaklamayı; rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeler merkezli kamu alım sistemini bozmaya yönelik birtakım ihlallerde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin geçici veya sürekli olarak ihalelere katılmaktan men edilmesi olarak tanımlamak mümkündür.⁵⁰ Yine kavramı, ihalede rekabet serbestisinin istisnai olarak subjektif bakımdan sınırlandırılması⁵¹ olarak da ifade edebiliriz.

İhale sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer verilen kuralların ve sürece hakim olan temel ilkelerin ihlal edilmesini önleme amacıyla getirilen bu müessese, hakkında uygulandığı gerçek veya tüzel kişiyi ekonomik olarak zor duruma sokacak veya kârdan mahrum bırakacak olması nedeniyle caydırıcıdır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca ihaleden yasaklama kararı verilebilmesi için yasaklamaya konu ihalenin bu kanunlara göre yapılmış olması gerekir. İhale bu kanunlara göre yapılmadıysa, ihalenin tabi olduğu kanunda 4734 sayılı Kanun, 4735 sayılı Kanun veya 2886 sayılı Kanun'a atıf yapılmış olması gerekmektedir. Aksi halde ilerleyen bölümlerde inceleyeceğimiz üzere ihaleden yasaklama kararları için uygulanması zorunlu olan kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

⁵⁰ Zor, Ö.T. (2006), "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi", *Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi*, Ankara, 3.

⁵¹ Onar, S.S. (1966). *İdare Hukuku C. III*, İstanbul, 1619.

3.1.2. Hukuki Niteliği

Yasaklama işlemine uygulanacak ilkeler ve yasaklama işleminin tabi olacağı hukuki rejimin tespiti bakımından öncelikle hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir. Kamu ihalelerinden yasaklama kararının hukuki niteliğini analiz ederken idari nitelikli yasaklama kararları üzerinde durulacaktır. Belirli durumlarda mahkemeler tarafından hükmedilen cezai yaptırım niteliğindeki ihalelerden yasaklama kararlarına ilerleyen aşamalarda ayrıca yer verilecektir.

İdari işlemi, “idare veya idare adına hareket etmekte olan özel hukuk kişileri tarafından, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belirli bir süreç dahilinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya kişilere ait nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları”⁵² şeklinde tanımlayabiliriz. 4735 sayılı Kanun’un “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26. maddesinin gerekçesinde, “Kamu ihaleleri sonucunda imzalanan sözleşmelerin uygulanması sırasında idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla yasak fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında, fiil ve davranışlarının özelliğine göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.”⁵³ ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda, idarelerce tesis edilen yasaklama işlemi, organik açıdan idarelerce alınan, kişilerin hak ve hürriyetlerine kısıtlama getiren, hukuki alanda hüküm ve sonuçları olan irade açıklaması olması nedeniyle bir idari işlemdir.

Danıştay’a göre idari yaptırımlar,

“idari düzeni bozucu nitelikteki idari ihlaller sonucunda öngörülen, kişilerin hak ve hürriyetleri açısından sınırlandırıcı etkiler doğuran bireysel nitelikli idari işlemlerdir.”⁵⁴

İdari yaptırım kavramını, yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar⁵⁵ olarak tanımlayacak olursak bu tanıma göre, idarelerce tesis edilen yasaklama işlemi, kanunlarda yer verilen bazı yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları nedeniyle kişilerin ihalelere

⁵² Akyılmaz, B. (2000). *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, 30-31.

⁵³ KİSK 26. madde gerekçesi, <http://www.ihale.gov.tr>, 14.04.2021.

⁵⁴ Danıştay 13. Dairesi’nin 06.05.2008 tarih ve E: 2017/1578, K: 2008/4117.

⁵⁵ Özay, İ. (1985). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, 35.

katılımlarını kısıtlayarak hukuki alanda sonuç doğurduğundan, idarenin kolluk faaliyeti çerçevesinde uyguladığı bir idari yaptırımdır.⁵⁶ Bu işlem doktrinde ekonomik idari kolluk ve hatta daha özel olarak kamu ihale kolluğu şeklinde görülmektedir.⁵⁷

Bu noktada, idari yaptırımlar için yapılan bir takım sınıflandırmalardan ve yasaklamanın bu sınıflandırma içinde nerede yer aldığından bahsedecek olursak, ULUSOY'a göre;

“İdari yaptırımlar için yapılması gereken en doğru sınıflandırma, idari cezalar ve idari tedbirler şeklinde ayrıştırılması, akabinde de idari cezaların kendi içinde regülatif idari cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları olarak üç başlıkta toplanması, idari tedbirlerin ise, geçici engelleme, idari iznin geri alınması, eşyaya geçici el koyma ve atipik idari tedbirler olarak ayrıştırılmasıdır.

İdari ceza niteliğindeki yaptırımlar ile idari tedbir niteliğindeki yaptırımları birbirinden ayırt etmek pratik bir zorunluluktur. Çünkü idari cezalara idare hukuku ilke ve kuralları yanında ceza hukukunun çekirdek hukuki güvenceleri de ayrıca uygulanırken, idari tedbirler için idare hukuku ilke ve kuralları ile genel olarak idari yaptırımlar için öngörülen idari usul kuralları dışında ceza hukuku gibi başka hukuk dallarının ilke ve kurallarının uygulanmasına ihtiyaç yoktur.”⁵⁸

Benzer bir ayırım Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 tarih ve E:2007/68, K:2010/2 sayılı kararında,

“Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez.

Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır.

Kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yasa koyucu tarafından

⁵⁶ Kaya, C. (2006). “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, *SÜHFD*, 4(2), 154.

⁵⁷ Sezginer, a.g.e., 2013, 1013., Gürsel, M.K. (2003). “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul, 609.

⁵⁸ Ulusoy, A. (2013). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, 11.

idari önlemler öngörülebileceği açıktır. Bununla birlikte, idari önlemlere başvurulabilmesi bu önlemler bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olunması anlamını taşımamaktadır. İdari önlemlerin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.”⁵⁹

ifadelerine yer verilmek suretiyle yapılmış olup, açıkça zikredilmese bile idari yaptırımların idari ceza ve idari tedbir olarak ayrılması gerektiğine ve her ikisine uygulanacak ilkelerin farklı olduğuna dikkat çekmiştir.

İdari tedbirler, ihalelerin tabi olduğu temel ilkeleri ihlal edecek durumda olan kişilerin ihale sürecine başından itibaren hiç katılmamalarını temin etmek üzere önleyici nitelikteki uygulamalardır.⁶⁰ İdari cezalar ise ilgili mevzuat hükümlerinin ihlali üzerine ihlali bastırıcı ve cezalandırıcı kapsamda uygulanmaktadır.⁶¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de idari yaptırımların ceza alanına ilişkin olduğunu kabul ederek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki güvenceleri, ceza hukuku yanında idari yaptırımlara da uygulama yoluna gitmektedir.⁶²

GÜNDAY⁶³ ise, idari yaptırımları idari cezalar ve idari icra olarak iki grupta toplamakta, idari ceza kavramını ise “birey ve toplulukların idari düzene aykırı davranışları nedeniyle idarece tertip edilen cezalar” olarak tanımlamaktadır.

Danıştay’ın yasaklama işleminin hukuki niteliği hususundaki tutumu, yasaklama işleminin bir idari yaptırım olduğu yönündedir. Bu husus bir kararında,

“ihaleden yasaklama kararının verilebilmesi için kanun metninde sıralanan fiillerin sabit olması yeterlidir. Ancak, ceza hukuku açısından ihaleden yasaklama fiilinin nitelenmesi ve değerlendirilmesi ile idare hukuku açısından bu fiilin nitelenmesini ayrı değerlendirmek gerekir. Çünkü ihalelerden yasaklama işlemi asıl olarak idari yaptırım niteliğindedir. Bu fiilin sübut bulup bulmadığı değerlendirildikten sonra, adli yargı mercilerince verilen cezai sorumluluğa ilişkin kararlar, idari yargı mercilerince ihalelerden yasaklama fiilinin hukuki denetiminde dikkate alınacaktır. Ancak, adli yargı mercilerinin kişilerin cezai sorumluluğuna yönelik verecekleri kararlarda, maddi olayın gerçekleşmediği yönünde tespiti içermesi hâlinde idari işlemin sebep unsuru olarak dikkate alınacaktır. Aksi durumda, idari yargı yerleri, idari yaptırım

⁵⁹ 28.04.2010 tarih ve 27565 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁰ Canbazoglu, K. (2017). “İhalelere Katılma Yasağı”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi*, Ankara, 79.

⁶¹ Canbazoglu, a.g.e., 2017, 79.

⁶² Akıllıoğlu, T. *Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü*, <http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-insan.htm>, (24.11.2020)

⁶³ Günday, M. (2013). *İdare Hukuku*, Ankara, 232.

niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin tüm unsurlarını idare hukuku çerçevesinde değerlendirecektir.”⁶⁴

şeklinde dile getirilmiştir.

İhaleden yasaklama işleminin, ihale katılımcılarının mevzuatta belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedeniyle, bu kişileri cezalandırma amacı güttüğü ve araya yargı kararı girmeden idarece tesis edildiği göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce de yukarıda yer verilen Danıştay görüşü ve doktrindeki görüşlerde de genel kabul gördüğü üzere, ihaleden yasaklama idari yaptırım niteliğindedir.

İdari yaptırımlar için idari ceza ve idari tedbir ayrımı yapılmasına, uygulanacak ilke ve kuralların tespiti bakımından pratik fayda sağlayacağı düşüncesi ile katılıyoruz. İhaleden yasaklama müessesesi de idari yaptırım olarak tek bir görünüm arz etmemektedir. İhaleyi gerçekleştiren idarenin bağlı veya ilişkili olduğu bakanlık tarafından, ihale sözleşmesine veya ihale sözleşmesinin tabi olduğu kanuna aykırı davranışlara karşılık tesis edilen bir idari işlem olarak ihaleden yasaklama işlemi; idarece uygulandığından, kişilerin ihalelere katılımlarını kısıtlayarak, bastırma ve cezalandırma amacı güderek hukuki alanda sonuç doğurduğundan idari ceza niteliğinde bir idari yaptırımdır kanaatimizce. Diğer bir deyişle hukuk kuralının içerdiği emir veya yasağa aykırı harekete karşılık gelen bir idari cezadır.

Kanun’un 59. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, haklarında kamu davası açılmış olanlarla ilgili kısıtlama ise, tam olarak yargısal nitelik arz etmeyip, kamu davası açılmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan ve dava süresince uygulanacak olan özel bir yaptırım hüvviyetindedir.⁶⁵ Kanaatimizce, hakkında kamu davası açılmış olanların sui generis durumları, idari yaptırımlar için kabul ettiğimiz idari ceza, idari tedbir ayrımında, geçici engelleme şeklinde bir idari tedbir niteliğindedir.

Son olarak, 4734 sayılı Kanun’un 59. maddesi ve 4735 sayılı Kanun’un 27. maddesi uyarınca, ceza mahkemesi kararıyla ihaleden yasaklama ise, kanaatimizce güvenlik tedbiri mahiyetinde olup bu konu ilerleyen bölümlerde mahkeme kararı ile ihaleden yasaklama başlığı altında detaylı olarak açıklanmıştır.

⁶⁴ Danıştay 13. Dairesi’nin 25.02.2015 tarih ve E:2014/5202, K:2015/765.

⁶⁵ Gök, a.g.e., 2009, 1211.

Danıştay kararlarının genel olarak incelenmesinden, idari yaptırım olduğu kabul edilen yasaklama yaptırımına temel ceza hukuku ilkelerinin uygulandığını görmekteyiz. Aşağıda yasaklama işlemine uygulanabilecek temel ceza hukuku ilkeleri incelenirken bu konudaki kararlara da yer verilecektir.

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren davranışların neler olduğu ve bu davranışlara hangi idari yaptırımların uygulanacağı ile ilgili olarak pek çok yasal düzenleme bulunmakla birlikte; 30 Mart 2005 tarihli ve 5236 sayılı Kabahatler Kanunu idari yaptırımlar konusunda genel kanun olma özelliğine sahiptir.⁶⁶ Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre kabahat, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıktır. Kanun'un 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların, idari para cezalarından ve idari tedbirlerden ibaret olduğu, idari tedbirlerin; mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda, ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin uygulanmasına neden olan, 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil ve davranışların Kabahatler Kanunu açısından kabahat olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Nitekim doktrinde bu türden fiiller “mali kabahat” olarak da nitelendirilmektedir.⁶⁷

5236 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan “*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*” düzenlemesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi sonucunda verilen 01.03.2006 tarihli ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararda, “*Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.*”

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi

⁶⁶ Gündüz, E. F. (2017). “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *TAAD*, 8(32), 35.

⁶⁷ Taşdelen, A. (2006). “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, *AÜHFD*, 55(1), 316.

tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır.”⁶⁸ şeklindeki gerekçeyle maddeyi iptal edilmiştir. Akabinde, 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile Kabahatler Kanunu hükümlerinin sadece idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren fiillere uygulanacağı düzenlenmiş, Kabahatler Kanunu dışındaki kanunlarda düzenlenen, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari yaptırımların uygulanmasını gerektiren kabahatler karşılığında verilen idari yaptırımlar Kabahatler Kanunu kapsamında çıkarılmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre kabahat olarak nitelendirebileceğimiz yasaklama yaptırımını uygulanmasına neden olan fiil ve davranışların, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine Kanun'da yapılan değişiklik sonrası Kabahatler Kanunu kapsamında olmadığını söyleyebiliriz. Ancak Kabahatler Kanunu'nun genel Kanun olması nedeniyle özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde kıyas yolu ile uygulanması mümkündür. Nitekim Danıştay 13. Dairesi de, bir kararında bu minvalde değerlendirme yapmış ve ihaleden yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davada uyuşmazlığı çözerken Kabahatler Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemelerine de yer vermiştir.⁶⁹

⁶⁸ 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 01.03.2006 tarihli ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

⁶⁹ Danıştay 13. Dairesi'nin 09.05.2013 tarih ve E:2009/1977, K:2013/1307 sayılı kararı, “5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde; “Kabahat” deyiminin, Kanun'un karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına geldiği belirtilmiş; aynı Kanun'un “Genel Kanun Niteliği” başlıklı değişik 3. maddesinde, bu Kanun'un, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin ise idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı düzenlemesine yer verilirken, aynı Kanun'un “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş, maddede gönderme yapılan 5237 sayılı Kanun'un “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” hükmüne yer verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun “Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih” başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasında, “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” denilmiş, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (e) fıkrasında, 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak yasak fiil veya davranışlar arasında sayılmış, 59. maddesinde, “Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu

3.1.3. Amacı

Kamu ihaleleriyle, toplumsal ihtiyaçların karşılanmasıyla beraber sosyal devlet politikalarının geliştirilmesi de amaçlanır. Devlet, ihale politikaları yoluyla bölgesel kalkınma, KOBİ'lerin desteklenmesi, AR-GE çalışmalarına ayrılan kaynakların artırılması, teknoloji yoğun bir üretim tarzı, yatırım politikalarının kâr maksimizasyonu için gözden geçirilmesi, belli sektörlerle yönelik yatırımların desteklenmesi, işsizliğin önlenmesi ya da azaltılması, ödemeler dengesinin kurulması, ihracat ve ithalat politikalarının düzeltilmesi gibi amaçlara ulaşmak için piyasaya yön vermektedir.⁷⁰

Sosyo-ekonomik nedenler, örgütsel yapıdan kaynaklanan nedenler, sosyo-kültürel nedenler, yasalardan kaynaklanan nedenler ve kişisel nedenlerle⁷¹ gelişmekte

hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar. Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumu'na bildirilir.” kuralı yer almıştır.

Anılan Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; “Bu Kanun ve diğer Kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların ihalelere katılamayacakları” kurala bağlanmışken, 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; bu bentte yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendi; “Bu Kanun ve diğer Kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar” şeklini almıştır.

Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma halinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş; böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar; idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılarak bunlar yönünden lehe düzenleme getirilmiştir.

Aktarılan yasal hükümler karşısında, idarî yaptırım niteliğinde bulunan kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması halinde uyumsuzluğun ortaya çıkan yeni hukukî durum dikkate alınarak sonuçlandırılacağı kuşkusuzdur...” şeklindedir.

⁷⁰ Özkan, a.g.e., 2014, 38.

⁷¹ Çınar, K. (1997). “2000’li yıllarda Doğru Türkiye’nin Önde Gelen Sorunlarına Yaklaşımlar: Kamu Yönetiminde Yozlaşma ve Rüşvet”, *TÜGİAD*, 26.

olan ülkelerde yolsuzluk sıkça karşılaşılan bir problemdir. Kamu ihaleleri de yolsuzluğun en sık karşılaşıldığı alanlardandır. Bu itibarla, kamu alımları sisteminin ayrılmaz bir parçası da sistemi bozucu fiil ve davranışlara karşı en uygun yaptırımların belirlenmesidir.⁷²

Yolsuzluğun gerçekleşmesinde yasalardan kaynaklanan nedenler, yasadaki boşluktan; belirsizlikten veya yaptırım ve cezaların caydırıcı olmayışından kaynaklanabilir. Kamu ihalelerinde verilen paranın karşılığının en iyi şekilde elde edilebilmesi için yapılacak ihaleleri düzenleyen etkili bir mevzuatın bulunması zorunludur.⁷³

Son yıllarda kamu düzeni kavramı içerisinde kişilerin malvarlıklarının da güvende olması ve ekonomik hayatın her türlü düzensizlik ve karışıklıktan arındırılmış şekilde dirlik ve esenlik içinde sürdürülmesi hususuna özel bir önem verilmekte ve “ekonomik kamu düzeni” kavramı ön plâna çıkmaktadır.⁷⁴ Ekonomik kamu düzeninin, girişim ve sözleşme hürriyetine Devlet tarafından yapılan müdahaleler ile toplumun zayıf kesimini oluşturan tüketicilerin korunmasını sağlayarak, toplumsal esenliği sağlamayı hedeflediği ve genel kamu düzeninin sağlanmasına katkı veren bir unsur olduğu söylenebilir.⁷⁵ Ekonomiyi yakından ilgilendiren kamu ihale sistemine yönelik bir takım idari yaptırımlar getirilmek suretiyle yasalarla yapılan müdahaleler de ekonomik kamu düzenini koruma amaçlıdır.

Yolsuzluğu önlemek, ekonomik kamu düzenini korumak amacıyla; şeffaf, güvenilir ve rekabet içerisinde gerçekleşmesi gereken ihalelere, bazı kimselerin statüleri gereği katılmaktan yasaklanması; bazı kimselerin ise mevzuatta belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları nedeniyle katılmaktan yasaklanması öngörülmüştür. Kamu ihale sistemini bozucu fiil ve davranışlar karşılığında ihaleden yasaklama yaptırımı öngörülerek, kişilerin bu davranışlarda bulunmaktan caydırılması suretiyle kamu ihale sisteminin ve ekonomik kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır.

⁷² Gül, a.g.m., 2019, 661.

⁷³ Sezer, Y. (2012). *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Ankara, 3.

⁷⁴ Erkan, M./Demicioğlu, M.Y. (2010). “Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerindeki Etkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 113.

⁷⁵ Orer, G. (2015). “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(6), 368.

3.2. Uygulanacak Ceza Hukuku İlkeleri

İhale katılımcılarının mevzuatta belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları nedeniyle cezalandırılması amacı güttüğü ve araya yargı kararı girmeden idarece tek yanlı olarak tesis edildiği için idari yaptırım olduğunu kabul ettiğimiz ihaleden yasaklama işleminin, Anayasa Mahkemesi'nce ve doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edildiği üzere idari yaptırımlar içerisinde idari ceza olduğu düşüncesine katıldığımızı belirtmiştik.

Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında⁷⁶ belirttiği ve katıldığımız görüşe göre,

“Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.”

1982 Anayasası'nın 38. maddesinde, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan bu ilkelerin yanı sıra, cezalandırıcı mahiyeti nedeniyle idari yaptırımlar hakkında bir takım ceza hukuku ilkelerinin de uygulanması gerekecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kişilerin hak ve hürriyetlerine kısıt getirmesi sebebiyle ceza hukukunda devletin cezalandırma yetkisi karşısında bireyi korumayı amaçlayan ceza hukuku ilkelerini idari

⁷⁶ Anayasa Mahkemesinin 13.01.2016 tarih ve E:2015/85, K:2016/3 sayılı kararı

yaptırımlara da uyguladığından bahsetmiştik. Bu ilkelerden, suç ve cezaların kanuniliği (bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik, kıyas yasağı ve geriye yürüme yasağı), lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği, ölçülülük, ne bis in idem ilkesi ile beraber, masumiyet karinesi, gerekçe hakkı, savunma hakkı, susma hakkı, zamanaşımına tabi olma gibi kuralların da uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.

İhaleden yasaklama yaptırımına yukarıda sayılan ilke ve kuralların tümünün uygulanması noktasında doktrinde görüş birliği yoktur. Danıştay tarafından ise, söz konusu ilkelerden, suç ve cezaların kanuniliği (bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik, kıyas yasağı ve geriye yürüme yasağı), lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği ve ölçülülük ilkelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulandığı görülmektedir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 23.12.2016 tarih ve E:2016/3413, K:2016/4367 sayılı kararında da bu ilkelerden bazıları,

“İdarî yaptırımlara, cezalandırma amaçlarının da bulunması nedeniyle temel ceza hukuku ilkelerinden; savunma hakkı, kanunilik, lehe kanunun geçmişe yürümesi, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır kuralı gibi ilkelerin de uygun olduğu ölçüde tatbik edilmesi gerekmektedir.”

şeklinde dile getirilmiştir. ‘gibi’ ifadesinden burada sayılanlar dışındaki ceza hukuku ilke ve kurallarının da idari yaptırımlar hakkında uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı anlaşılmaktadır.

3.2.1. Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların, hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi gerektiği; kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiği ve kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanır.⁷⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde de, “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 13/01/2016 tarih ve E:2015/85, K: 2016/3 sayılı kararı

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.” düzenlemesine yer verilerek suç ve cezalar açısından kanunilik ilkesi güvence altına alınmıştır.

Suç ve cezaların kanuniliği prensibi gereğince, kanunun sarahaten suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği gibi, hiç kimse kanunda yazılı olandan gayri ve şiddetli bir ceza ile cezalandırılamaz.⁷⁸ Kanunilik ilkesi, suç ve ceza tekeli elinde bulunduran devlet karşısında bireyin özgürlük güvencesidir.⁷⁹

Kanun’da düzenlenmiş bir konunun, düzenlenmemiş olan benzer bir konuya uygulanması olarak tarif edebileceğimiz kıyasın, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak idari yaptırımlar için de uygulanması yasaktır. Bu husus, Danıştay 1. Dairesi’nin 25.11.1998 tarihli, E:1998/335, K: 1998/375 sayılı kararında,

“Anayasanın 38’inci maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesinin bir gereği olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.”

şeklinde açıklanmıştır.

Kanunilik ilkesinin yansımalarından biri de belirlilik ilkesidir. Belirliliğin kriterlerini şu şekilde ifade edebiliriz⁸⁰: Temel haklara müdahalenin ağırlığı oranında belirginlik artmalı, daha somut düzenleme ve belirgin kavramlar kullanma olanağı bulunmamalı, belirsiz kavramlar en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle doldurulabilir olmalıdır.⁸¹ Danıştay 13. Dairesi’nin 23.09.2020 tarih ve E:2014/2224, K:2020/2251 sayılı kararı,

“Ceza hukukunun temelini oluşturan kanunilik ilkesi kabahatler alanında idareye çeşitli serbesti tanımak suretiyle kabul edilse de, kanunla çizilen çerçeve hükmün içeriğini hangi kabahatlerin yaptırım gerektireceği konusunda doldurma yetkisine sahip idare tarafından bu yetki kullanılırken kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesi gereğince mevzuatta kabahat teşkil eden fiillerin açık bir şekilde gösterilmek suretiyle kullanılması gerekmekte olup, bu durum bireylerin kendileri için sınırlandırılmış alanı açık bir şekilde bilebilmelerini ve davranışlarını buna göre yönlendirebilmelerini sağlayacağı gibi idarelerin de keyfi davranma ihtimalini ortadan kaldıracaktır.

Bu itibarla, idari işlemin sebep unsurunun idareyi işlem yapmaya sevk eden maddi olaylar (vakıalar) olduğu, her idari işlemin mutlaka bir sebep unsuru olduğu, idari işlemlerin sebebinin açılan davalarda idari yargı mercilerince

⁷⁸ Alacakaptan, U. “İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi”, <https://dspace.ankara.edu.tr/>

⁷⁹ Erem, F. (1976). *Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 72.

⁸⁰ Can, O. (2005). “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *EÜHFD*, IX(1-2), 102.

⁸¹ Evren, Ç.C. (2011). “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, *İÜHFM*, LXIX(1-2), 990.

sorgulandığı, idari yaptırım uygulanmasına neden olan fiillerin şüpheden uzak, somut delillerle ortaya konulması ve hangi fiilin hangi maddenin ihlâli anlamına geldiğinin sebebinin açıkça ortaya konulması zorunlu olduğu, nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 21/12/2016 tarih ve E:2015/4281, K:2016/3541 sayılı kararının da bu yönde olduğu, sebebi gerçek veya yeterli olmayan, yanlış değerlendirmeyi içeren veya yanlış nitelendirilen sebeplerden dolayı idari işlemlerin iptal edileceği açıktır.

Somut olayda da, idari para cezasına sebep olan fiillerin neler olduğu ve bu fiillerin sübuta erip ermediğinin idarece açık, net ve belirli bir şekilde ortaya konulmadığı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir.”

şeklindedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinin 2. fıkrasında da “Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir” denilerek, kanunilik ilkesi idari yaptırımlar açısından bir pozitif hukuk kuralı haline getirilmiştir.⁸² Ceza hukukunun evrensel ve en önemli ilkelerinden olan bu ilkeye göre, idari ihlal karşılığında öngörülen idari yaptırımın da türü, süresi ve miktarı kanunla belirlenir.

İdari yaptırımlar konusunda kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanması yolundaki bu hükme rağmen, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile ilgili olarak bahsi geçen maddenin ilk fıkrasında, “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir” hükmüne yer verilerek, idarenin düzenleyici işlemleri ile de Kanun tarafından çizilen çerçevenin sınırları içerisinde kalmak koşulu ile düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir.⁸³

Kanunun tekelciliği, suçların ve cezaların sadece yazılı olan kaynaklar arasından teknik anlamda kanunla ihdas edilebileceğini temel almakta, yazılı olmayan kaynakları reddederek yargıcı kanuna tabi kılmakla, yargılama gücünün keyfiliğini; yasama dışı yazılı kaynakları reddetmekle de yürütme gücünün keyfiliğini önlemektedir.⁸⁴ Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği

⁸² Gündüz, a.g.m., 2017, 34.

⁸³ Gündüz, a.g.m., 2017, 34.

⁸⁴ Toroslu, N. (2001). *Ceza Hukuku*, Ankara, 17-18.

şeklindeki düzenleme nedeniyle idari yaptırımlar açısından kanunun tekelciliğinden söz edilemez.

Doktrinde, idare hukukunda ve idari yaptırımlar alanında kanunilik ilkesinin, ceza hukukunda olduğu kadar kesin çizgilerle belirlenmediği, belirlenmesinin de zorunlu olmadığı⁸⁵ yönünde görüşler vardır. ULUSOY bu görüşü şu şekilde gerekçelendirmektedir⁸⁶: Eğer idari ceza verilecek her fiilin bizzat kanunla belirlenmesi zorunlu kabul edilirse, çok fazla ayrıntıya giren kanunlar çıkarmak güç olacağından, uygulamada idari ceza verilecek fiilleri belirleyecek kanun hükümlerinin spesifik değil çok genel, somut değil soyut belirlenmesi yoluna gidilmek zorunda kalınacağından, böyle bir olgu belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesiyle daha çok çatışacaktır. Ancak idarenin uygulayabileceği yaptırımların gerek sayısal olarak çokluğu ve bir kısım idari yaptırımların muhatapları üstünde büyük etkiler doğurabilecek olması nedeniyle bu görüşe katılmak pek de mümkün değildir.⁸⁷ Kanaatimizce, kanunla düzenlenmesi zorunlu bir alan söz konusuysa bu konuda idarenin düzenleyici işlemleri ile de kurallar getirilebileceğini kabul etmek, kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getirici nitelikteki idari yaptırımlar konusunda yürütmenin keyfiliğine imkan vermek olacağından isabetli bir görüş değildir.

Danıştay 13. Dairesi, 09.10.2015 tarih ve E:2015/1348 K:2015/3373 sayılı kararında;

“5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Kanunilik İlkesi” başlıklı 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ise ancak kanunla belirlenebileceği kurala bağlanmıştır.

Kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir fiile yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak fiilin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulmaması gerekmektedir.

Diğer taraftan, ihale idari şartnamesinin 10.3. maddesinde, “4734 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar ile 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilenler hakkında, ayrıca fiil veya davranışın özelliğine göre aynı Kanunun Dördüncü

⁸⁵ Özay, a.g.e., 1985, 60.

⁸⁶ Ulusoy, a.g.e., 2013, 91.

⁸⁷ Evren, a.g.m., 2011, 980.

Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.” düzenlemesine yer verilerek, yasak fiil ve davranışta bulunanlar hakkında uygulanacak yaptırımlar konusunda 4734 sayılı Kanun’a atıf yapılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin katılmış olduğu uyuşmazlık konusu ihalede dört isteklinin teklif sunduğu, ihale komisyonunca tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında davacı şirket ile T... Ltd. Şti. adına her iki şirketin bünyesinde bulunan ve her iki firmanın da vekâlet vermiş olduğu S.C. isimli şahsın teklif sunduğunun tespit edilmesi üzerine anılan firmaların tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının irat kaydedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun’un 3/g maddesi kapsamında yapılan ve uyuşmazlığa konu geçici teminatın irat kaydedildiği ihaleyle ilgili olarak, ihale aşamasında davacı şirketin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edildiğinden bahisle 4734 sayılı Kanun’a göre geçici teminatın irat kaydedildiği, ancak, 4734 sayılı Kanun’da belirtilen davranışın karşılığının bulunmadığı gibi idari şartnamede de herhangi bir karşılığının bulunmadığı, bu nedenle 4734 sayılı Kanun uyarınca geçici teminatın irat kaydedilmesine olanak bulunmadığı; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun ilgili hükümleri uyarınca da, yukarıda yer alan şartnamedeki atıflar nedeniyle idari yaptırımın kanuniliği ilkesinin sağlandığının kabulüne imkân bulunmadığından, 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesine aykırı davranış nedeniyle teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemde hukuka uygunluk ve dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.” şeklindeki kararında, idarece yasak fiil ve davranış olduğu kabul edilip yaptırıma tabi tutulan davranışın, 4734 sayılı Kanun’da karşılığının bulunmadığını belirtep, ihale şartnamesinde yer verilen söz konusu davranışa karşılık yaptırım uygulanmasının genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanunu’nda yer alan kanunilik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.

Başka bir davada, 4734 sayılı Kanun’da belirtilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalelere ilişkin süreçte yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun’a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi hususunda yaptığı değerlendirmede, “4734 sayılı Kanun’da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği anılan Kanun’un Geçici 4. maddesinde açıkça belirtildiğinden ve istisna kapsamındaki ihalelere özgü Bakanlar Kurulu kararları ya da kurumların çıkardığı yönetmelikler ile ceza ve yasaklama açısından 4735 sayılı Kanun’a yapılan atıf hukuk devleti bakımından yeterli olduğundan, 4734 sayılı Kanun’da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun’a uygun olmak kaydıyla ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde kanunilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.”⁸⁸ şeklindeki gerekçe ile bu durumun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir. Ancak söz konusu kararda yer alan karşı oy gerekçesinde, “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Kanunilik İlkesi” başlıklı 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat

⁸⁸ Danıştay 13. Dairesi’nin 20.10.2017 tarih ve E:2016/2302, K:2017/2638.

oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ise kanunla belirlenebileceği kurala bağlanmıştır.

Belirli normların sadece kanunlarla düzenlenebileceğini öngören kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir fiile yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak fiilin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulamaması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan istisna kapsamındaki ihalelerin kural olarak 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı, ancak bu madde kapsamında yürütülen ihalelerde de, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son cümlesinde belirtilen "ceza ve ihalelerden yasaklama hariç" ifadesinden hareketle, sözleşmenin imzalanmasından önceki ihale aşamasında 4734 sayılı Kanun'da öngörülen ceza ve ihalelerden yasaklama hükümlerinin uygulanacağı; ancak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Amaç" ve "Kapsam" başlıklı maddelerine bakıldığında, bu Kanun'un münhasıran "Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından, söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri" kapsadığının belirtilmesi karşısında, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son cümlesinde belirtilen ifadeye de yer verilmediğinden, sözleşmenin imzalanmasından sonra, işin yürütümü sırasında yasaklanan fiil veya davranışların işlendiğinin anlaşılması hâlinde, 4735 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır."

değerlendirmesi yapılarak kanunilik ilkesinin bir gereği olarak idari yaptırımlar hakkında kıyas yapılamayacağı, bu yolla yasaklama kararı verilmeyeceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, kanun dışında yönetmelik veya başka bir düzenleyici işlemle yasaklama işlemi tesis edilemeyecektir. Yine kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, kıyas yoluyla yaptırım içeren hüküm genişletilmemeli, tipiklik ilkesi çerçevesinde, dar bir yorumla, sadece düzenlenen fiil ve ceza esas alınmalıdır.⁸⁹ Kanundaki temel çerçeveye uygun biçimde gerekli açıklamaların ve yönlendirmelerin ikincil düzenlemelerle yapılması, ancak bu yapılırken yeni kısıtlama ve yaptırımların ihdas edilmemesi, uygulamada görülen zafiyetler ve hukuki boşlukların yeni yasal

⁸⁹ Sezginer, a.g.e., 2013, 1015.

düzenlemelerle giderilmesi gerekir.⁹⁰ Danıştay 13. Dairesinin 14.11.2013 tarih ve E:2013/1684, K:2013/3068 sayılı kararında da bu durum,

“Yukarıda yer verilen hükümler doğrultusunda, idari yaptırımların cezai niteliği de göz önüne alınırsa, yaptırım kararı alınmasını gerektirecek yasak fiil ve davranışlar ile bunlar karşılığında uygulanacak idari yaptırımların mutlaka kanunda yer alması gerekmekte olup; idarenin ancak ilgili kanunun kapsam ve koşulları bakımından bir çerçeve hükmü belirlemesi durumunda, genel ve düzenleyici işlemleriyle bu hükmün içeriğini doldurabileceği ve kanunda yer almayan yaptırımlar konusunda, doğrudan düzenleme yapılamayacağı sonucuna varılmaktadır.”

şeklinde dile getirilmiştir.

4734 sayılı Kanun’un 17. maddesi incelendiğinde, karşılığında Kanun’un Dördüncü Kısımında belirtilen yaptırımın uygulanması öngörülen yasak fiil ve davranışların; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek; isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak; sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek; alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek; 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak şeklinde tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir.

Belirtilen bu durumlar, Kanun’un 17. maddesi uyarınca ihaleden yasaklama yaptırımının uygulanabilmesi için düzenlenen yasal sebepler olup, “idarî yaptırım (ceza)” niteliği taşıyan ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin kuralların düzenlenmesinde kanunilik ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu ilke, Anayasa’nın 38. maddesinde, “kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz...” kuralıyla ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde “suç ve cezada kanunilik ilkesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

⁹⁰ Gök, a.g.e., 2009, 1212.

Danıştay 13. Dairesinin 09.03.2021 tarih ve E:2020/3648 sayılı kararı “Kanunilik ilkesi uyarınca idarî yaptırım gerektiren fiillerin çerçevesinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak yaptırım uygulanacak eylemin kanunda belirli olması gerekmektedir. Kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunda suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla veya yorum suretiyle yaptırıma bağlanması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanunilik ilkesi aynı zamanda suç ve ceza niteliği taşıyan kuralların yorum yoluyla genişletilemeyeceğini de öngörmektedir. Bu bakımdan, istisnâ nitelik taşıyan idarî yaptırımlara ilişkin kanun hükümlerinin de dar yorumlanması gerekmektedir.

Bu itibarla, idarî tedbirler ve klasik anlamda idarî işlemlerden farklı olarak idarî cezalar bakımından öngörülen düzenlemelerin kanunilik ilkesine aykırı olmaması, hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesinin de gereği olarak hangi davranışların/fiillerin işlenmesi hâlinde hangi yaptırımlarla karşılaşılabilceğinin muhatap tarafından bilinir olması, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın “açık”, “anlaşılır” ve “sınırlarının belli olması” gerekmektedir.

Bu bağlamda, ihalelerde bulunulması yasak olan fiil ve davranışların Kanun’un 17. maddesinde düzenlendiği, yasaklamaya ilişkin düzenlemeler ve uygulamanın anılan Kanun hükmü çerçevesinde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ancak, dava konusu Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin “Elektronik ihale” başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı Kurul kararında, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21’inci maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektubunu (asıllarını) idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında, Kanun’un 17’nci maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi öngörülmüştür. Böylece, dava konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararı ile anılan fiil, ihale kararını etkileyip etkilemediğine ilişkin ihaleyi gerçekleştiren idarelere niteleme imkânı tanınmaksızın ve somut olayın koşulları ve mâkûl bir sebebi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak mutlak bir yasaklama sebebi olarak düzenlenmiş, dava konusu düzenleyici idarî işlemler ile ihalelerden yasaklamaya ilişkin fiil ve davranışları belirleyen Kanun hükmünün kapsamı ve çerçevesi genişletilmiştir.

Bu itibarla, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı Kurul kararında, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan açık düzenlemelerden farklı yeni bir durum belirlendiği ve düzenleyici işlemlerin Kanun'u aşan nitelikte kurallar içerdiği anlaşıldığından, dava konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı; kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanmasını öngören dava konusu düzenleyici işlemlerin uygulanması hâlinde giderilmesi güç veya imkânsız zararların doğmasına yol açacakları sonucuna ulaşılmıştır.

3.2.2. Lehe Kanun Uygulaması

Anayasa'nın 38. ve Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda yer verilen 7. maddesine göre, kural fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun uygulanmasıdır. Ancak Kanun'un 2. fıkrasında, suçun işlenmesi anında yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri arasında bir farklılık bulunması halinde, failin lehine olan kanunun uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir fiili işleyen kişiye, lehe hükmün geçmişe yürütmesi ilkesinin uygulanabilmesi için fiilin işlendiği tarihten sonra uygulanacak hukuk kuralında bir değişikliğin var olması gerekir.⁹¹ Bu değişikliğin lehe olması ise birden fazla şekilde olabilir. Söz konusu idari yaptırım yasal değişiklikle ortadan kaldırılabilir, Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilebilir, yaptırımın ağırlığı azaltılabilir veya yaptırımın uygulanması ihtar, ön araştırma soruşturma vb. bazı usulî kurallara bağlanabilir. Bu durumların her biri lehe olarak değerlendirileceği gibi benzer durumların her uyuşmazlıkta lehe olup olmadığının bütüncül olarak değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda tesiri olacak tüm hükümler analiz edilerek neticeye varılmalıdır.⁹²

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. maddesinin üçüncü fıkrasında, lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün

⁹¹ Gündüz, a.g.m., 2017, 40.

⁹² EREM, a.g.e., 1976, 136.

hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirleneceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi,

“Başvuruya konu olayda, kabahat nedeniyle başvurucuya bir yaptırım uygulanmış, ancak henüz bu yaptırım kararı yerine getirilmeden, sonradan yürürlüğe giren kanunla, isnat edilen suçun unsurlarında ve cezasında lehe olacak şekilde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik, suçun içeriği, diğer bir ifadeyle maddi yapısıyla ilgili olup, kararların yerine getirilme şekli ile ilgili değildir. Buna göre, yukarıdaki hükümler gözetildiğinde, lehe kanun değerlendirmesinde maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının geçerli olması ve Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvuru hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.”⁹³

şeklindeki kararı ile maddi ceza hukukuna ilişkin, suçun unsurları veya cezasında meydana gelecek lehe değişikliklerin henüz infaz edilmemiş cezalar hakkında da uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Benzer şekilde Danıştay 13. Dairesinin 03.04.2019 tarih ve E:2013/1119, K:2019/1059 sayılı kararında,

“Dava konusu Kurul kararının, ... Şti.’nin, geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin kısmı yönünden ise;

4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi 6359 sayılı Kanun’la değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hâlinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş; böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılarak bunlar yönünden lehe düzenleme getirilmiştir.

Ceza Hukuku’nun genel ilkelerinden olan ve idarî yaptırımların hukukî rejiminde de uygulanma alanı bulan “Lehe olan kanunun uygulanması” ilkesi gereğince idarî yaptırımla ilgili hükümlerde, bu yaptırıma karşı açılan dava sürerken bir değişiklik yapılması durumunda, davadaki hukukî duruma failin lehine olan düzenlemeler uygulanacaktır.

Bu itibarla, 6359 sayılı Kanun’la yapılan düzenleme ile haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, “idarî yaptırım” niteliği taşıyan

⁹³ Anayasa Mahkemesi’nin 15.10.2014 tarih ve Başvuru No: 2012/731 sayılı kararı.

ihalelere katılmaktan yasaklama kararının dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda, İ... Ltd. Şti. hakkında idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin bir karar bulunmaması karşısında, adı geçen şirketin davacı üniversite tarafından yapılan ihaleye katılması sebebiyle, ihaleye katılım aşamasında vermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilemeyeceğinden, düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık, davanın reddi yönündeki temyize konu Mahkeme kararında ise sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.”

şeklinde yapılan değerlendirme ile, idarî yaptırım niteliği taşıdığı vurgulanan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması nedeniyle yapılan yeni hukuki düzenleme göz önünde bulundurularak işlem tesis edilmesi gerektiğini belirtmiştir. En geç dava sonuçlanıncaya kadar yapılan lehe düzenleme uyumsuzlukta uygulanabilir.

3.2.3. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Bu ilke, suç failinin cezadan bizzat sorumlu olması ve fail dışındaki üçüncü kişilerin suç olarak nitelendirilen davranış için cezalandırılmamalarını ifade etmektedir.⁹⁴ Bu ilke evrensel ceza hukuku ilkelerinden biridir. Normlar hiyerarşisi açısından da hukukun genel ilkesi seviyesindeki bu kural, AİHS açısından adil yargılanma hakkı kapsamında görüleceğinden Türkiye açısından ulusalüstü bir hukuk normudur.⁹⁵ Anayasa’nın yukarıda yer verilen 38. maddesinin son fıkrasında da bu ilkeye yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, İstanbul 3. İdare Mahkemesi ve 8. İdare Mahkemesi’nin somut norm denetimi yoluyla yaptıkları başvuru üzerine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun Ek 2. maddesinin 3.fıkrasında yer alan “İlgili belediyeden izin veya ruhsat almaksızın, belediye sınırları dâhilinde ticari amaçlı yolcu taşıyan kişiye, araç sahibine, bağlı bulunduğu durak, işyeri ve işletmelerin sorumlularına birinci fıkra da gösterilen idari para cezası üç kat olarak, fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde tekrerrü halinde ise beş kat olarak uygulanır. Ayrıca, araç her defasında altmış gün süre ile trafikten men edilir” şeklinde idari yaptırım getiren hükmünün, Anayasa’nın 38. maddesinin 7. fıkrasında yer alan cezaların şahsiliği ilkesine aykırı

⁹⁴ Karamustafaoğlu, M. (2016). *Kamu İhale Hukuku’na ilişkin Tebliğler ve Makaleler* 2, İstanbul, 149.

⁹⁵ Ulusoy a.g.e., 2013, 118.

olduğunu; zira bir kimsenin icrai veya ihmali herhangi bir hareketi olmasa dahi sadece araç sahibi olmasından dolayı başkasının bir fiili nedeniyle yaptırıma maruz kalmasının söz konusu olduğunu⁹⁶ belirtmiş, şahsılık ilkesini isabetli olarak idari yaptırım hakkında da uygulamıştır.

Ancak bu ilkenin idari yaptırımlar açısından ceza hukukundaki gibi kat’i olarak uygulanmadığını, esnetildiğini görmekteyiz. İdari yaptırımlar alanında bu ilke sui generis bir kural görünümündedir.⁹⁷ Bu konuda Kabahatler Kanunu’nun 8. maddesinde yer alan “Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir.” şeklindeki düzenleme, kabahat işleyen kişi ile birlikte temsil edilen tüzel kişiyi de yaptırıma tabi tuttuğu için şahsılık ilkesinin açık bir istisnasıdır. Maddede zikredilen görevlilerin hukuka aykırı davranışlarından dolayı tüzel kişinin de sorumlu tutulabilmesi için, mezkûr görevlilerin eylemleri ile tüzel kişinin faaliyetleri arasında bir illiyet bağı olması gerekir. Bu illiyet bağı kurulmadığı takdirde görevlilerin her eyleminden tüzel kişinin de sorumlu tutulması gerekir ki böyle bir durum mantık kurallarıyla bağdaşmaz.⁹⁸

Nitekim, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı açısından da bu ilke esnetilmiştir. Zira 4734 sayılı Kanunun 58. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yasaklama kararının verilmesine mesnet teşkil eden idari ihlali işleyen dışında, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında; sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar ile birlikte haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da; sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilecektir.

Maddenin, “*Yasaklananların başka bir yöntem izleyerek dolaylı olarak kamu ihalelerine teklif vermesini önlemeyi amaçlasa da; teşmil neticesinde yasaklananlar ihlali işleyen hukuki kişilikten farklı gerçek ve tüzel kişilerdir.*” şeklindeki

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 11.09.2014 tarih ve E. 2014/52, K. 2014/139 sayılı kararı

⁹⁷ Özay, a.g.e.,1985, 61.

⁹⁸ İnan, A. (2011). *Açıklamalı Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, Ankara, 125.

gerekçesinde de belirtildiği üzere kanun koyucu, kanunda öngörülen yasağın dolanılmasını engelleme maksadını taşısa da, sonuç itibarıyla hukuk aleminde ihlali gerçekleştiren farklı bir kişi yaptırıma tabi olmakta ve dolayısıyla cezaların şahsiliği ilkesi uygulanmamış olmaktadır.

Diğer taraftan, bu ilke ortak girişim niteliğindeki isteklilerde, bir ortağın yasak fiil veya davranış işlemesi halinde katı olarak görülmektedir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin "*Ortak girişimi oluşturan ortaklardan birinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu ortaya çıkması halinde izlenecek yöntem*" başlıklı 28.1.7. maddesinde yer alan, "*Ortak girişim ortaklarından bir veya birden fazla ortağın yasak fiil veya davranışa iştirak etmesi halinde yasak fiil veya davranış işleyen ve iştirak eden ortaklar hakkında 4734 sayılı Kanunun 58'inci maddesi hükümleri uygulanacak, yasak fiil veya davranışa iştirakin bulunmaması halinde yalnızca fiil veya davranış işleyen ortak veya ortaklar hakkında 58'inci madde hükümleri uygulanacaktır.*" düzenlemesiyle, ortak girişimler açısından yasaklama işleminin sadece idari ihlali gerçekleştiren ve bu davranışa iştiraki bulunanlar hakkında uygulanacağı yönünde düzenlemeye yer verildiğinden cezalarda şahsilik ilkesinin ortak girişimlerde katı bir şekilde uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Danıştay 13. Dairesi'nin 09.11.2017 tarih ve E:2016/1964, K:2017/2923 sayılı kararında,

"Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin 13.11.2013 tarihinde gerçekleştirilen "130 Kişi İle Malzemesiz Yemekhane Hizmetleri" ihalesine ortak girişim olarak katıldığı, ihaleye katılan ortak girişim grubunun pilot ortaklığı K... Ltd. Şti.'nin sunduğu bilanço değerlerinin teklifin esasını etkileyecek nitelikte gerçeğe aykırı ve yanıltıcı mahiyette olduğundan bahisle davacı şirketin ve pilot ortağın 4734 sayılı Kanun'un 10/h ve 17/c madde hükümleri uyarınca 21.03.2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan kararla 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu ihalede, iddia konusu olan gerçeğe aykırı ve yanıltıcı belge kullanma fiilinin davacı şirket tarafından değil de iş ortağı tarafından gerçekleştirildiği, davacı şirketin söz konusu yasak fiil ve davranışa iştirak ettiğine ilişkin dosyada herhangi bir delil yahut değerlendirmeye yer verilmediği, bu durumda, davacı şirketin yasak fiil ve davranışta bulunan ortağı ile birlikte 1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasının hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır."

şeklindeki gerekçeyle yukarıda yer verilen Kamu İhale Genel Tebliği düzenlemesine de dayanmaksızın, doğrudan cezaların şahsiliği ilkesini ihaleden yasaklama yaptırımı

yönünden uygulamıştır. Kanaatimizce de söz konusu tebliğ düzenlemesi olmasa dahi, cezaların şahsiliği ilkesi tatbik edilerek uyuşmazlık çözülebilir.

3.2.4. Ölçülülük (Orantılılık) İlkesi

Orantılılık veya ölçülülük ilkesi, bir amaca ulaşmak için kullanılan yolun ve aracın amaca uygunluğunu; amaçla araç arasında ölçülü bir orantı olmasını ifade etmektedir.⁹⁹ Başka bir ifadeyle, yaptırımın sebebi olarak gösterilen maddi vakıa ile bizzat yaptırım arasında bir ölçünün, oranın bulunmasını ifade eder.¹⁰⁰ Ölçülülük (amaçla orantılılık) ilkesi aslında sadece ceza hukukuna özgü bir ilke olmayıp, idare hukukunda da idari işlemlerin hukuka uygunluk kriterleri arasında yer alan bir ilke olup, klasik idare hukuku öğretisinde amaçla orantılı olmayan yükümlendirici idari işlemlerin ‘konu’ unsuru yönünden hukuka aykırı olacağı kabul edilir.¹⁰¹

Kabahatler Kanunu’nda da; idari para cezasının kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlendiği hallerde; idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusurunun ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı belirtilerek esasında ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerektiği belirtilmektedir. (m. 17/2)

Kanun koyucu, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını açısından yasaklama sebeplerine göre iki ayrı yasaklama süresi belirlemiştir. Kanunun 17. maddesinde yer alan yasak fiilleri veya davranışları işleyenlerin bir yıldan iki yıla kadar, ihale kendisi üzerinde kaldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne uygun sözleşme yapmayanların ise altı aydan bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanacağı belirtilmiştir. (m. 58) İşte bu alt ve üst sınır içerisinde ihaleden yasaklama süresinin belirlenmesi konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin ölçülülük/orantılılık ilkesi doğrultusunda kullanılması gerekmektedir.

Danıştay 13. Dairesi 29.04.2011 tarih ve E:2009/1748, K:2011/1945 sayılı kararında;

“...davacı şirket hakkında, 4735 sayılı Kanun’un 25. maddesinin (f) bendinin ihlâli nedeniyle aynı Kanun’un 26. maddesine göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamakta ise de, anılan 26. maddede, 25. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda

⁹⁹ Karabulut, M. (2008). *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara, 55.

¹⁰⁰ Sezginer, a.g.e., 2013, 1039.

¹⁰¹ Ulusoy a.g.e., 2013,125.

bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışların özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtildiğinden, davacı şirketin, dava konusu Cicipark, İpekyolu ve Alt Geçit Projesinin Yapıtırılması İşinin Teknik Şartnamesi'nin 2. ve 3. kısımlarını oluşturan Halihazır Haritaların Hazırlanması ve Zemin Etüdlerinin yapılması işlerini bitirdiği, ihaleyi yapan idarece, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (a) bendi uyarınca çekilen İzmir 14. Noterliği'nin 28.08.2006 tarih ve 13461 yevmiye nolu ihtarnamesi ile, eksiklikleri gidermesi için verilen 20 günlük sürede projelerde yapılan düzeltmeleri sunduğu hususları gözetilmeksizin, diğer bir deyişle fiil ve davranışının özelliği dikkate alınmaksızın Yasa'da öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının üst sınırdan verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde eylemle ceza arasındaki ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yönünden hukuka uyarlık görülmediğinden, dava konusu işlemin iptali gerekirken davanın reddi yolunda karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır.”

şeklindeki gerekçe ile alt ve üst sınır arasında yasaklama süresinin belirlenmesi noktasında idareye tanınan takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun kullanılmadığı gerekçesine dayanarak karar vermiştir.

Kanun'un gerekçesine göre de idareler yasaklama süresini; kamu yararı ve hizmetin gerekleri prensipleri çerçevesinde ölçülülük ilkesini göz ardı etmeden, yasaklamaya neden olan fiilin veya davranışın ağırlığını, niteliğini, teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını, ilk defa veya mükerreren işlenip işlenmediğini göz önünde bulundurarak takdir edeceklerdir.¹⁰²

Her ne kadar ölçülülük ilkesi gereğince idareye verilen takdir hakkı kullanılırken yukarıda sayılan hususlar göz önünde bulundurulacak olsa da yasaklama yaptırımının bazı durularda 6 aydan 1 yıla kadar, bazı durumlarda 1 yıldan 2 yıla kadar süreyle verilebilecek olması idareye olması gerekenden geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Kamu ihalelerine katılmaktan 2 yıl süre ile yasaklanmak, bir şahıs veya şirketin ticari olarak mahvına neden olabilecek nitelikte bir yaptırımdır. Bu sebeple idarelere bu kadar geniş takdir yetkisi tanınması doğru olmamakla birlikte, idarelerce bu hususta takdir yetkisi kullanılırken alt sınırdan uzaklaşma gerekçesinin mutlaka ortaya konulması gerekmektedir.

3.2.5. Ne Bis İn Idem İlkesi

Genel hukuk ilkesi olan bu ilke, aynı fiilden dolayı bir kişinin iki kez cezalandırılmaması anlamına gelir. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin ilk

¹⁰² Gök, a.g.e., 2009, 1335.

fikrasında, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi hâlinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörölmüşse en ağır idarî para cezasının verileceğı düzenlenmiş, 3. fıkrasında, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğı, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulayacağı, Kanun tasarısına ait gerekçede, “Maddenin birinci fıkrasında Türk Ceza Kanunu’nun farklı neviden fikri içtimaya ilişkin hükmüne paralel bir düzenleme yapılmıştır.” açıklamasına yer verilmiştir.

Farklı neviden fikri içtima, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesinde, “İşlediğı bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu kuralın uygulanabilmesi için işlenen bir fiille, birden fazla farklı suçun /kabahatin oluşması gerekmektedir. Ceza hukuku bakımından birden fazla suç veya kabahatler hukuku bakımından birden fazla kabahat teşkil eden bir fiili gerçekleştiren failin, fiilinin tek olması nedeniyle bu fiilden dolayı birden fazla kez cezalandırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

İhaleden yasaklamaya yönelik 4734 sayılı Kanun’daki düzenlemelere bakıldığında, Kanun’un 59. maddesinde yer alan, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı, hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklayacağı düzenlemesinin, Kabahatler Kanunu’nun 15/3 maddesindeki bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğı, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulayacağı düzenlemesi ile çeliştiğini söylemek mümkündür. Zira aynı fiil nedeniyle 4734 sayılı Kanun’un 58. maddesi uyarınca idari yaptırım niteliğinde ihaleden yasaklama kararı, Ceza Kanunu uyarınca ceza ve 4734 sayılı Kanun’un 59.

maddesi uyarınca güvenlik tedbiri niteliğinde ihaleden yasaklama kararı uygulanmaktadır.

3.2.6. Savunma Hakkı

İdare hukukunda savunma hakkı, idari yaptırım uygulanmadan önce ilgilinin, isnad edilen fiili işlemediği veya işlemiş olmasına rağmen daha az cezanın takdir edilmesini gerektirecek bir takım bilgi, belge ve olgulara ilişkin imkân ve kolaylıklara sahip olmasını ifade etmektedir.¹⁰³

Savunma hakkı Anayasa’da yalnızca yargı mercileri önünde savunma hakkı tanınması şeklinde düzenlenmiştir. İdare hukuku açısından savunma hakkına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakta, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Sermaye Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu gibi bazı kanunlarda savunma alınmadan yaptırım uygulanmayacağına yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır.

Konumuz açısından 4734 ve 4735 sayılı Kanun’da öngörülen idari yaptırımlardan önce savunma alınması yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Kabahatler Kanunu’nda da savunma hakkının kabul edilmemesiyle, yaptırım uygulanacak kişi güvencesiz bırakılmıştır.¹⁰⁴ Nitekim uygulamada da incelemekte olduğumuz yasaklama yaptırımı açısından baktığımızda, idarelerce yasak fiil ve davranışın tespiti halinde Kanun’da öngörülen usule göre yasaklama işleminin tesisine başlanmakta ve savunma alınmamaktadır.

İdarenin idari yaptırım uygularken verdiği kararlar bakımından taraftan savunma alması gereği, Anayasa’nın 36. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkı kapsamında düşünülebilecek iken madde metninde açıkça bir yargılama ve mahkemenin bulunması gereği ifadesi, maddenin bu alana doğrudan etkisini engeller görülmektedir. Keza Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi ve diğer ulusalüstü belgelerde de durum aynıdır. Fakat her ne kadar idarenin idari yaptırım kararı verirken yaptığı faaliyet hukuken “yargılama” olarak nitelenemezse de, sözlük anlamı bakımından tarafları dinleyerek adil bir sonuca varmak bakımından yargılama

¹⁰³ Kurt, H. (2014). “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII(1), 137.

¹⁰⁴ Karabulut a.g.e., 31.

icra eder.¹⁰⁵ Hukuk devleti ilkesi de dikkate alınarak, idarenin yargılama makamları gibi gerçeği ortaya çıkarmak görevi olmasa da, gerçeklere dayanarak işlem tesis etmesi gerektiği için taraf savunmasını alması ve gerektiğinde yeniden inceleme yapması yerinde olacaktır. Bu, Anayasal yerinden yönetim ilkesine de uygun olarak idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlayacak ve bürokrasiyi azaltacaktır. Savunma hakkı kullanılacak tarafın da, sözleşme özgürlüğü ve ticari faaliyetine dayanan hakları ihlal edilmemiş olacaktır. Keza idari yaptırım uygulamasındaki icrailik özelliği ve geri dönülemez zararların ortaya çıkması sebebiyle, yanlış tesis edilen idari yaptırımlar sebebiyle mahkeme nezdindeki yargılama neticesinde önemli tazminatlar ödenmek zorunda kalınmaktadır. Bu sebeple idarenin daha kaynakta iken işlemi hukuka uygun tesis edebilmesi için, gerekli usuli önlemleri yargılama hukukunun genel ilkelerini de göz önünde bulundurarak alması beklenir.

3.3. 4734 ve 4735 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Yasaklama Sebepleri

Yasaklama kararı verilmesini gerektiren fiil ve davranışlar her ne kadar ihale sürecinin sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası aşamaları açısından 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmiş ise de söz konusu düzenlemeler paralellik arz etmektedir. Kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmesi nedeniyle aşağıda ayrı başlıklar altında inceleyeceğimiz yasaklama nedenlerinden 4735 sayılı Kanun başlığı altında sadece 4734 sayılı Kanun'dan farklı olarak ele alınanlar üzerinde durulacaktır.

3.3.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Yasaklama Sebepleri

4734 sayılı Kanun'un 58. ve 59. maddelerinde kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama sebeplerine yer verilmiştir. Yasak fiil ve davranışlar söz konusu maddelerde ve bu maddelerin atıfta bulunduğu Kanun'un 11, 17, 61 ve Ek 2. maddelerinde sayılmıştır.

İhalelere katılmaktan yasaklama başlıklı 58. maddede, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının

¹⁰⁵ Akdoğan, C.A. (2019). Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, 30.

ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin ise idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlendiği hali ile yasaklama işlemin bir idari yaptırımdır.

İsteklilerin ceza sorumluluğu başlıklı 59. maddede; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı, hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanacağı düzenlenmiştir.

Kanun'un 58. ve 59. maddesinin atıfta bulunduğu 17. maddesinde de yasak fiil ve davranışların hangileri olduğu belirtilmiştir. Maddede,

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak davranışlarında bulunanlar hakkında yasaklama hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Kanun'un 17. maddesinin e fıkrasındaki atıfla, 11. maddede sayılan işlem veya eylemlerde bulunanlar hakkında da yasaklama kararı verileceği anlaşılmakta olup, ihalelere katılamayacak olanlar başlıklı 11. maddede, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiç bir şekilde ihaleye katılamayacak olanlar;

“a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.” şeklinde sayılmıştır.

Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı başlıklı 61. maddesinde, 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanların ihale süreci

ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemeyecekleri, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamayacakları, aksine hareket edenler hakkında yasaklama müeyyidesinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, Kanun'un çerçeve anlaşmalar başlıklı Ek 2. maddesinin 8. fıkrasında, münferit sözleşmeye davet edildiği halde ihale dokümanında belirtilen süre içerisinde sözleşme imzalamayan istekliyle yapılan çerçeve anlaşmanın feshedileceği ve istekli hakkında 58. madde hükümleri uygulanacağı düzenlenmiş ise de, 58. maddede zaten mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında yasaklama kararı verileceği düzenlemesine yer verildiğinden, esasen çerçeve anlaşmalar yönünden neden ayrıca düzenleme yapıldığı tarafımızca anlaşılamamıştır.

Yasak fiil ve davranışlarla ilgili olarak, bu fiil ve davranışlarda bulunanlara Kanun'un 58. maddesinde düzenlenen idari kararlar yasaklama getirileceği gibi, bu fiil veya davranışların Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil ettiği durumlarda, idari kararlar verilen yasaklamaya ilaveten, Kanun'un 59. maddesinde düzenlenen, isteklilerin ceza sorumluluğu kapsamında mahkeme kararıyla da yasaklama verilebilecektir.¹⁰⁶

Kanun'da, ihalelerde hangi fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğunun sayma suretiyle belirlenerek hükme bağlanması, ihalelerde bu tür fiil ve davranışlar yasaklanarak söz konusu fiil ve davranışlarda bulunanlara idari yaptırım uygulanması, Kanun'un 5. maddesinde öngörülen, çalışmanın önceki bölümlerinde incelediğimiz temel ilkelerin ve bu çerçevede rekabetin sağlanması ilkesinin korunmasıyla ilgilidir.

Doktrinde TAŞDELEN, yasaklama nedenlerinin sayma yöntemi yerine daha kapsayıcı bir şekilde "ihalenin ve ihale üzerine yapılan sözleşmenin bozulmasına neden olan her türlü davranış" biçiminde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁷ Bu fiil ve davranışların her somut olay bakımından bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tespiti idarece yapılacak zorlu bir iştir. Dolayısıyla

¹⁰⁶ Gök, a.g.e., 2009, 1212.

¹⁰⁷ Taşdelen a.g.e., 2006, 316.

yukarıda da açıkladığımız üzere kanunilik ilkesi ve bu ilkenin yansıması olan belirlilik ilkesi gereği yasak fiil ve davranışların sayma sureti ile belirlenmesi kanaatimizce daha doğrudur.

Kanun'un 17. maddesinde sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında Kanun'un Dördüncü Kısım'ında belirtilen hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, rekabetin sağlanması ilkesinin korunması amacıyla yönelik olarak rekabeti engelleyici davranışlarda bulunanlar hakkında 58. maddede düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanacaktır. Aşağıda söz konusu yasak fiil ve davranışlar, son yıllardaki Danıştay kararları ışığında ele alınmış ve bu kararlara konu olmuş yasak fiil ve davranışlar sınıflandırılarak başlıklar altında incelenmiştir.

Yasaklama yaptırımına neden olan yasak fiil ve davranışlara ilişkin Danıştay kararları genel olarak incelendiğinde, idarelerin aynı konuda yasaklama kararı verirken, KİK'in 17. maddesinin farklı bentlerine ya da aynı anda birden fazla bendine dayanarak işlem tesis etmelerinin yasaklama işlemini hukuken sakatlayan bir neden olarak değerlendirilmediğini söyleyebiliriz.

17. maddenin aşağıda tek tek ele alacağımız bentlerinden (b), (d) ve (e) bentleri, suç unsuru içermediğinden ceza kovuşturmasını gerektirmeyen fiil ve davranışlara ilişkindir. Suç teşkil etmeyen bu fiil ve davranışlardan dolayı ihaleye teklif sunanlar hakkında yalnızca idare tarafından ihaleden yasaklanma yaptırımı uygulanır. Maddenin (a) ve (c) bentleri ise TCK'ya göre suç oluşturan fiillerdir ve hem idare tarafından ihaleden yasaklama yaptırımı hem de Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Hem idari yaptırım gerektiren hem de suç teşkil eden fiil ve davranışlar hakkında yapılan yargılamalar sonucunda, ceza muhakemesi anlamında eylemin suç teşkil etmediği veya cezalandırma koşullarının oluşmadığı sonucuna varılsa dahi idarece, idari ihlalin varlığı kanaatine varılıp ihaleden yasaklama yaptırımı uygulanmasının önünde engel bulunmamaktadır.

3.3.1.1. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek

İhale sürecinde birçok işlem gerçekleştirilmekte ve ihale katılımcılarının bu sürecin usulüne uygun yürümesini engelleyici fiil ve davranışlardan kaçınması

gerekmektedir. Kanun koyucu ihaleye fesat karıştırmaya yönelik bazı davranışları sayma yolu ile belirtmiş, ancak “veya başka yollara ihaleye fesat karıştırmak” ibaresini ekleyerek sayılanlar dışında bir eylemle de ihaleye fesat karıştırılması halinin bu madde kapsamında olduğunu belirtmiştir. İhalenin herhangi bir aşamasında sürecin normal şekilde akışını etkileyen ve dolayısıyla ihalenin amacına ulaşmasında engel teşkil edecek nitelikte ortaya çıkan her türlü davranış ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁸ İhaleye fesat karıştırma niteliğindeki fiiller sonucunda ihaleye katılım engellenebileceği gibi, katılanların gerçek istek ve iradelerinin ortaya çıkması önlenmekte ve sonuçta ihalede elde edilmesi amaçlanan en uygun bedele ulaşılması da mümkün olmamaktadır.¹⁰⁹

İhalelere katılma yasağı yaptırımının uygulanması için failin ihaleyi kazanması şart değildir, Kanun ihaleye fesat karıştırmaya yönelik davranışların teşebbüs aşamasında tespit edilmesi halinde de aynı yaptırımın uygulanmasını öngörmüştür.¹¹⁰ Oysaki teşebbüs aşamasında kalan eylemler ceza hukukunda tamamlanmış eylemlere nazaran daha hafif cezalandırılmaktadır. Kanun teşebbüs aşaması için daha hafif ceza öngörmemiş ise de bu durumun en azından alt ve üst sınır arasında yasaklama yaptırımının süresi takdir edilirken idarece değerlendirilmelidir.

Bu eylem, Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinde aynı zamanda suç olarak yer almıştır. Ancak TCK anlamında suç tipine tam anlamıyla uygunluk göstermediği için cezalandırılmayan bir eylem, idari ihlal olarak ihaleye fesat karıştırma kabul edilip idari yaptırıma yani yasaklama işlemine konu olabilir. Tersî şekilde ceza mahkemesi tarafından ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut verdiği kabul edilen bir eylemin ise, idareler ve idari yargı merciileri yönünden bağlayıcı olması, ihaleden yasaklama sonucunu doğurması gerekir.

Danıştay 13. Dairesi 03.06.2020 tarih ve E:2014/3353, K:2020/1145 sayılı kararı¹¹¹ ile ilk derece mahkemesince verilen, ihaleye katılan firmalar arası bir temas

¹⁰⁸ Arslan, Ç. (2008). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235)*, Ankara, 35.

¹⁰⁹ Arslan, a.g.e., 2008, 36.

¹¹⁰ Sezer, a.g.e., 2012, 160.

¹¹¹ Danıştay 13. Dairesinin 03.06.2020 tarih ve E:2014/3353, L:2020/1145 sayılı kararı “... idare güvenlik birimince hazırlanan ihale için giriş yapan istekli ve görevli listesinden ihaleye teklif vermek üzere 6 (altı) isteklinin Genel Müdürlük Kampüsüne geldiği, ihaleye teklif veren Z... Ltd. Şti.- K... Ltd. Şti. İş Ort.lığı’nın firma temsilcilerinin ise, ihaleye teklif vermek üzere gelen kişiler için tutulan tutanakta isimlerinin bulunmadığı, aksine ihale konusu iş ile Gümrük ve Satın Alma Müdürlüğü binaları inşaatını tamamlamadığından sözleşmesi idare tarafından feshedilen ve yasaklanan yüklenici firma olan T... Ltd. Şti.nin temsilcilerinin görüldüğü, ancak aynı kişilerden

ya da anlaşmanın tam olarak anlaşılabilmesi ile beraber, kamera kayıtları incelenerek davacı şirket temsilcilerinin (4 kişi) ihale saatinden çok erken saatlerde gelerek, gelen diğer firma temsilcileri ile konuşmaya, temasa geçmeye çaba sarf ettikleri, netice olarak ihaleye katılan istekli sayısının önemli oranda düşürülmesinin sağlandığı kanaatiyle eylemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (a) bendinde belirtilen başka yollarla ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs etmek ve aynı maddenin (b) bendinde belirtilen ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak kapsamında olduğu gerekçesiyle ihaleden yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin kararı onamıştır.

3.3.1.2. İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak

OECD Kamu İhalelerinde Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu'nda, ihalelerde danışıklı hareketin tanımı yapılmış ve danışıklı hareket, normal koşullarda rekabet etmesi beklenen işletmelerin, ihale yoluyla ürün veya hizmet alımı gerçekleştirmek isteyen alıcılara yönelik fiyatları yükseltmek ya da mal veya hizmetlerin kalitesini düşürmek amacıyla gizli anlaşma yapımları şeklinde tanımlanmıştır.¹¹²

Bu maddenin uygulanması açısından, şirket yöneticileri veya yöneticiler tarafından ihalede teklif sunmak üzere vekil tayin edilen kişilerin maddede sayılan nitelikteki davranışları sonucunda, şirketler ve ortakları hakkında da yasaklama tedbiri uygulanabilecektir.

ikisinin ihalenin birinci oturumuna katılan firma temsilcileri listesinde Z...- K... Ltd. Şti. İş Ort.lığı'nın temsilcisi olarak A.D. ve H.K. olduklarının görüldüğü şeklinde bir tespiti yer verildiği, ayrıca 06/11/2012 tarihindeki kamera kayıtlarının karşılaştırmalı incelemesinden, ihale saatinden önce idarenin bulunduğu binaya altı firma temsilcisinin geldiği, her firma temsilcisinin ihaleye teklif verecekmiş gibi teklif dosyası yada zarfı ile giriş yaptığı, firmalar arası bir temas yada anlaşmanın tam olarak anlaşılabilmesi ile beraber davacı şirket temsilcilerinin (4 kişi) çok erken saatlerde Ortaklığa gelerek gelen diğer firma temsilcileri ile konuşmaya, temasa geçmeye çaba sarf ettikleri, netice olarak ihaleye katılan istekli sayısının önemli oranda düşürülmesinin sağlandığı, bu sayede rekabet şartlarının tedhiş edildiğinin belirtildiği, dosyadaki tüm bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde K... Ltd. Şti.'nin eyleminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (a) bendinde belirtilen başka yollarla ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs etmek ve aynı maddenin (b) bendinde belirtilen ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak kapsamında olduğu anlaşıldığından, K... Ltd. Şti.'nin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan ortağı hakkında tesis edilen ihaleden yasaklamaya ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

¹¹² <http://www.oecd.org>

Doktrinde, ihalelerde rekabet ihlallerinin iki türlü gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi; ihalelerde yatay rekabet ihlali olup, bu ihlal, ihalede teklif sunan istekliler arasında gerçekleştirilen bir anlaşmaya dayalı rekabet ihlalini ifade etmekte ve bu tür rekabet ihlallerinde şirketler kendi aralarında ihaleyi hangi şirketin kazanacağını önceden kararlaştırmakta olup, bu durum, ihaleye sınırlı teklif sunulması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi aşağıda uygulamadan örnekler verdiğimiz göstermelik teklif olarak da ortaya çıkabilecektir.¹¹³

İhalelerde dikey rekabet ihlali ise; ihaleye teklif sunan isteklilerle ihale komisyon üyeleri arasında gerçekleştirilen bir anlaşmaya dayalı rekabet ihlalini ifade etmekte olup, bu türden bir rekabet ihlali, ihalelerde yeterli kriterlerinin neler olacağının ihaleden önce istekliler ile ihale komisyonu üyeleri tarafından kararlaştırılması, aşağıda örneğini verdiğimiz gibi ihalede birden fazla teklif mektubunun sunulması durumunda, ihale komisyonunun en düşük olanını dikkate alması yönünde istekliyle yapılan anlaşma, şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹¹⁴

Bu maddede yer alan “ihale kararını etkileyecek davranışta bulunmak” ifadesi esasen geniş yorumlamaya müsait olmakla birlikte; bu bendin işletilmesinde, ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorumlanamayacağı ilkesinin göz önüne alınması gerekmektedir.¹¹⁵

Bu maddenin ihlaline yönelik örnek bazı kararları şöyledir:

“...aynı ihaleye teklif verecek olan iki farklı isteklinin, farklı tarihlerde bile olsa aynı internet bağlantı noktasını kullanarak ihale dokümanını indirmiş olmasının, rekabeti etkileme ihtimali olan davranışlardan olduğu dikkate alındığında, belirtilen husus göz önünde bulundurulmak suretiyle davacı şirketin ortağı bulunduğu iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.”¹¹⁶

“Aktarılan mevzuat hükümleri ile dosyada yer alan bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde ise, sunulan teklif mektubunda yer alan adresler ile vergi kimlik numaralarının farklı olmasına karşın davacı O... Ltd. Şti.’nin bir dönem aynı adresi kullanmaları, sehven unutulduğu iddia edilse dahi davacı O.Y.’nin teklif dosyasında S.Y. adına verilen 16/02/2005 tarihli vekâletnamenin yer

¹¹³ Bafra, E. (2014). “Danıştay Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları İle İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları”, *Bafra KHO Bilim Dergisi*, 24(1), 98.

¹¹⁴ Bafra, a.g.m., 2014, 98.

¹¹⁵ Zor/Yosunkaya, a.g.e., 2014, 96.

¹¹⁶ Danıştay 13. Dairesinin 08.04.2021 tarih ve E:2021/616, K:2021/1274.

alması, Y... Ltd. Şti. adına düzenlenen 1733KRTM17000193 no.lu banka teminat mektubunun herhangi bir teminat yatırılmadan davacı O.Y'nin bankada tanımlı ticari kredi limitinden tanımlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan rekabet, gizlilik ve güvenilirlik ilkelerinin ihlâl edildiğine, isteklilerin birbirlerinin tekliflerinden bilgi sahibi olduğuna ve aralarında organik bir bağ bulunduğuna ilişkin kuvvetli bir karinenin mevcut olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, davacı O.Y. ile Y... Ltd. Şti.'nin söz konusu ihaleye teklif vermelerinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen yasak fiil veya davranışlar kapsamında olduğu dikkate alındığında, (Kurul tarafından dava konusu işlemin gerekçesinde davacının 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesine aykırı hareket etmediği tespitinin kabulü hukuken mümkün olmamakla birlikte) itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.”¹¹⁷

Danıştay kararlarına konu olmuş somut uyuşmazlıklara baktığımızda, rekabeti engelleme ve ihale kararını etkileyici davranışlar genelde, aynı teklif zarfı içerisinde birden fazla teklif mektubu sunulması, şirketlerin ihalede sundukları belgelerde benzerlik, şirketlerin tebligat adreslerinin aynı olması gibi konular açısından ele alınmıştır.

Kısaca, ihale ilkelerini zedeleyen, iradi biçimde gerçekleşen, belli bir sonucun gayri hukuki yollarla sağlanmasını amaçlayan her türlü girişim; özellikle üstü örtülü veya açık anlaşmalar, uyumlu eylemler, bir kısım isteklilerin ihaleye katılmalarını engellemeye yönelik cebri ve hileli uygulamalar bu kapsamda mütalaa edilebilir.¹¹⁸

3.3.1.3. Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde sahte belgenin tanımı yapılmış olup, buna göre “...gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunları varmış gibi düzenlenen belge sahte belgedir. “

İhalelere katılacak isteklilerden mesleki, teknik, ekonomik ve mali yeterliklerini ortaya koymaları amacıyla çeşitli belgeler istenebilmektedir. Bu belgeler 4734 sayılı Kanun'un “İhaleye katılımında yeterlik kuralları” başlıklı 10. maddesinde sayılmıştır. Belgelerin ne şekilde düzenleneceği ve sunulacağına ilişkin düzenlemelere de Kamu İhale Genel Tebliği'nde ve ilgili Uygulama

¹¹⁷ Danıştay 13. Dairesinin 27.09.2018 tarih ve E:2018/2819, K:2018/2631.

¹¹⁸ Gök, a.g.e., 2009, 650.

Yönetmeliği'nde¹¹⁹ yer verilmiştir. Bu belgeler üzerinde yapılan sahtecilikler bu bent kapsamında değerlendirilir.

Üzerinde sahtecilik yapılacak belgenin resmi veya özel belge olması mümkündür. Resmi veya özel belge niteliği, Türk Ceza Kanunu çerçevesinde ceza sorumluluğu açısından önem ifade etmekte olup idari ihlalin oluşumu açısından belgenin resmi veya özel olmasının bir önemi bulunmamaktadır.¹²⁰ Şayet sahte olarak düzenlenen belge resmi belge ise, aynı zamanda suç teşkil edeceğinden ilgililer tarafından suç duyurusunda bulunulması gerekecektir.

Belgeyi düzenleme ve kullanma eylemlerinin aynı kişi tarafından yapılması gerekmez. Düzenleme işi başkası tarafından yapılmış olsa da söz konusu belgeyi kullanmak idari ihlali meydana getirecektir.

Kanun'un 17. maddesinin (a) bendinde sayılan ihaleye fesat karıştırma hallerinde olduğu gibi bu bent kapsamında gerçekleştirilecek fiillerin de teşebbüs halinde kalması dahi yasaklama yaptırımı uygulanmasına neden olacaktır. Teşebbüse ilişkin (a) bendi açısından belirttiğimiz husus bu bent için de geçerlidir.

Aşağıda, bu bendin ihlali nedeniyle tesis edilen ihaleden yasaklama kararlarına ilişkin uyuşmazlıklar hakkında örnek bazı Danıştay kararlarına yer verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 02.04.2019 tarih ve E:2013/2556, K:2019/1026 sayılı kararı,

“Uyuşmazlık konusu ihalede, teklif sunan davacı şirketin iş deneyimini göstermek üzere sunduğu iş deneyim belgesinin, şirketin yarıdan fazla hissesine sahip ortağı S.U.'ya ait olduğu, söz konusu belgenin davacı şirket tarafından kullanılabilmesi için ortaklık durum belgesinin düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak ortaklık şartının sağlanması gerektiği; olayda, ortaklık durum belgesinin düzenlendiği tarih itibarıyla iş deneyim belgesi sahibinin, şirketin bir yıldan daha az süredir yarıdan fazla hisseye sahip ortağı olmasına rağmen belgenin düzenlendiği tarihten önceki bir yıl boyunca yüzde elliden fazla hissesine sahip ortağı olduğuna dair ortaklık durum belgesinin sunulmasının, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen yasak fiiller ve davranışlardan sahte belge kullanmak ve ihale kararını etkileyecek davranışta bulunmak fiilleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

şeklindedir.

¹¹⁹ Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

¹²⁰ Taşdelen, a.g.e., 2004, 155.

Danıştay 13. Dairesi'nin 29.05.2019 tarih ve E:2013/3306, K:2019/1903 sayılı kararı,

“Uyuşmazlık konusu ihalede, malî yeterliğin belirlenmesine yönelik belge olarak, Yeminli Mali Müşavir tarafından onaylanan ve imzalanan 2005, 2006 ve 2007 yıllarına ait gelir tablolarının sunulduğu, Sayıştay denetimi sonucunda yapılan tespit, davacı şirketin ihaleye teklif ettiği bedelin 8.895.505,55-TL olduğu, ihalenin gerçekleştirildiği 2008 yılından önceki son üç yıla ait ciro ortalamasının teklif ettiği bedelin % 15'i olan 1.334.325,83-TL'den az olmaması gerektiği, ihale kapsamında sunulan gelir tabloları ile Küçükköy Vergi Dairesi'nden gönderilen gelir tablolarının karşılaştırılmasından, 2005 yılı cirosunun 2.586.028,77-TL olarak gösterilmesine rağmen vergi dairesinden alınan gelir tablosunda 77.262,24-TL olduğu, 2006 yılı cirosunun 3.655.356,09-TL olarak gösterilmesine rağmen vergi dairesinden alınan gelir tablosunda 655.356,09-TL olduğu, 2007 yılı cirosunun ise hem ihaleye sunulan gelir tablosunda hem de vergi dairesi gelir tablosunda 1.398.870,63-TL olduğu, sunulan gelir tabloları ile ihale dışı bırakılma gerekçelerinin ortadan kaldırılmaya çalışıldığı, gelir tablolarının vergi dairesine bildirilenlerden farklı tutarlarda düzenlendiği görüldüğünden, söz konusu belgelerin gerçek dışı hazırlanan ve ihale komisyonunu yanıltmayı amaçlayan nitelikte belgeler olduğu anlaşılmaktadır.

İhaleye fesat karıştırma iddiasıyla açılan davada, Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda, davacı şirket tarafından 2005, 2006 ve 2007 yıllarına ait güncelleme katsayılarının hesaplanmasında hata yapıldığı, 2007 yılına ait yevmiye defterinde kayıtlı olan tablonun 21. ve 27. sırasında gösterilen 1.661.699,58-TL'nin “Ertesi Yıla Yaygın İnşaat ve Onarım Gideri” olması nedeniyle 2007 yılı beyannamesinde ve gelir tablosunda gösterilemediği, son üç yılın ciro ortalaması bakımından davacı şirketin ihaleye katılabilmek için yeterlilik kriterini sağlayamadığı, ancak yapım işi gelirlerine göre teklif edilen bedelin % 12'sinin sağlanmasının ihaleye katılabilmek için sağlanması gerekli yeterlik kriterlerinden olduğu, davacı şirketin yapım işi gelirleri bakımından ihaleye katılma kriterine sahip olduğu kanaatine varıldığı belirtilmiştir. Bilirkişi raporunda, ihale kapsamında sunulan gelir tablolarının ciro yeterlilik kriteri bakımından gerçeğe aykırı olmadığına yönelik açık bir tespit yer almamaktadır.

Ceza yargılamasında sanıkların ihaleye fesat karıştırmak suçundan beraatlerine karar verildiği görülmekle birlikte, bu durum idarenin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (c) bendi dışındaki yasak fiil ve davranışların bulunup bulunmadığının değerlendirmesini ortadan kaldırmamaktadır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (c) bendinde yer alan, “Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek” fiilinin uyuşmazlık konusu ihalede gerçekleştiği, bu nedenle davacıların ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.”

şeklindedir.

Bu kararda, ihaleye fesat karıştırma başlığı altında bahsettiğimiz üzere ceza mahkemesi'nce ihaleye fesat karıştırma suçunun gerçekleşmediği kanaatine varılmasına rağmen, Danıştay tarafından söz konusu eylemin başka bir yasak fiil ve davranışa vücut verdiği gerekçesiyle yaptırıma tabi tutulmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

3.3.1.4. Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek

Alternatif teklif kavramı 2886 sayılı Kanun'da yer almayıp hukukumuzda 4734 sayılı Kanun'la girmiştir. Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 3. maddesinde; ihale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulması şeklinde tanımlanmıştır. Kanun, mal alımı ihalelerinde alternatif teklif verilebilmesine fırsat tanımıştır, ancak alternatif teklif verilebilmesi için, alternatif teklif verilir verilemeyeceği ve verilebilecekse alternatif tekliflerin nasıl değerlendirileceğinin idari şartnamede belirtilmesi gerekir.¹²¹

Kanun'un 17. maddesinin (b) bendinde olduğu gibi bu bendi ile de alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif verilmesi yasak fiil ve davranışlar arasında sayılarak rekabet ihlalinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Kanun'un 17. maddesinin (d) bendinde düzenlenmiş bu tür davranışların özellikle, şirketler arasındaki organik bağ, şirketler arasındaki temsilcilik ilişkisi, aynı teklif zarfında birden fazla teklif mektubunun sunulması, istekli olabilecek şirket ile istekli konumundaki şirket arasındaki organik bağ, kısmi teklife açık olan ihalelerde aralarında organik bağ bulunan şirketlerin farklı kısımlara birden fazla teklif sunması, aynı yetki belgesine dayanılarak iki ayrı şirket tarafından ihaleye

¹²¹ Sezer, a.g.e., 2012, 167.

teklif sunulması ve ön yeterlik aşamasında aday konumundaki iki şirket arasındaki organik bağ gibi konular açısından ele alındığını görmekteyiz.¹²²

Bu bent kapsamında değerlendirilmesi gereken hususlardan biri doğrudan ve dolaylı teklifin ne olduğudur. Danıştay kararlarında görülmektedir ki, aynı ihaleye teklif sunan şirketler arasında hissedarlık, hâkim etki, hisse devir işlemleri, aynı kişilerin yönetici veya başka bir ad altında çalışıyor olması gibi durumlardan kaynaklanan organik bağın rekabetin sağlanması ilkesine aykırı sonuç doğurduğu da dikkate alınarak KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış olarak değerlendirilmektedir.¹²³

Örneğin, ilk derece mahkemesince verilen,

“Kahramanmaraş Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü'nce 15/11/2012 tarihinde açık ihale usulü ile “Gençlik Merkezi Yapımı İşi” İhalesi'nin yapıldığı, ihaleye davacı şirket ile birlikte Ö... Ltd. Şti.'nin katıldığı, Ö... Ltd. Şti. ile davacı şirket olan O... Ltd. Şti.'nin teklif mektupları, geçici teminatları ve banka referans mektuplarında yapılan incelemeler sonucunda; Ö... Ltd. Şti.'nin Anahtar Teslim Götürü Bedel Teklif Mektubunda tebligat adresinin Turan Güneş Bulvarı No: 25/8 Çankaya/ANKARA olarak yer aldığı, bu mektuptaki firma kaşesinde adresin Bağlar Mah. Mardin Çevre Bulvarı No:153/C Midyat/MARDİN olduğu, Anahtar Teslim Götürü Bedel Teklif Mektubunda telefon numarasının 0(312) 438 04 21, faks numarasının ise 0(312) 438 04 25 olarak belirtildiği, teklif mektubundaki firma kaşesinde ise telefon ve faks numarasının bulunmadığı, O... Ltd. Şti.'nin Anahtar Teslim Götürü Bedel Teklif Mektubunda tebligat adresinin Turan Güneş Bulvarı No: 25/8 Çankaya/ANKARA olarak yer aldığı, bu mektuptaki firma kaşesinde de adresin Bağlar Mah. Mardin Çevre Bulvarı No:153/C Midyat/MARDİN olduğu, Anahtar Teslim Götürü Bedel Teklif Mektubunda telefon numarasının 0(312) 438 04 21, faks numarasının ise 0(312) 438 04 25 olarak belirtildiği, teklif mektubundaki firma kaşesinde ise telefon ve faks numarasının bulunmadığı, ayrıca Ö... Ltd. Şti. tarafından sunulan geçici teminat mektubunun 13/11/2012 tarihinde Türkiye Halk Bankası Yıldız/ANKARA şubesi tarafından düzenlendiği ve teminat mektup numarasının A641089 olduğu, banka referans mektubunun da 07/11/2012 tarihinde Türkiye Halk Bankası Yıldız/ANKARA şubesi tarafından düzenlendiği ve referans mektup numarasının 049-00000281 olduğu, O... Ltd. Şti. tarafından sunulan geçici teminat mektubunun da 13/11/2012 tarihinde Türkiye Halk Bankası Yıldız/ANKARA şubesi tarafından düzenlendiği ve teminat mektup numarasının A641090 olduğu, Banka Referans Mektubunun da 07/11/2012 tarihinde Türkiye Halk Bankası Yıldız/ANKARA şubesi tarafından düzenlendiği ve referans mektup numarasının 049-00000282 olduğu anlaşıldığından, davacı şirket O... Ltd. Şti. ile Ö... Ltd. Şti.'nin aynı ihaleye

¹²² Bafra a.g.m., 2014, 109.

¹²³ Bafra, a.g.m., 2014, 99.

girerek teklif verme eylemlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (d) bendi hükmüne aykırı olarak "alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten veya vekâleten birden fazla teklif vermek" şeklinde değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

şeklindeki karar Danıştay 13. Dairesi tarafından onanmıştır.¹²⁴

Bu noktada kısmi teklife açık ihalelere verilecek teklifleri de değerlendirmek gerekmektedir. Kanun'un 27. maddesinin (h) bendi uyarınca, idareler ihale dokümanında ihalenin bir kısmına teklif verilip verilemeyeceğine yönelik düzenleme yapacaklardır. Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 3. maddesinde kısmi teklif "Birim fiyat üzerinden teklif alınan ihalelerde; alımın birden fazla kalemden oluşması halinde, alımın niteliğine uygun olarak belirlenen bir veya birden fazla kısmına; ihale konusu alımın tek bir mala ilişkin olması durumunda ise aynı malın miktarlar itibarıyla belirlenen bir veya birden fazla kısmına verilen teklif " şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkıldığında kısmi teklife açık ihalelerin her bir kısmının ayrı bir ihale olarak değerlendirileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kısmi teklife açık ihalelerin aynı kısmı hakkında verilen teklifler için ise aynı ihaleye teklifte bulunulmuş gibi değerlendirme yapılacağı, dolayısıyla birlikte hareket ettikleri değerlendirilebilecek isteklilerin birden fazla teklif vermiş sayılacağı ve haklarında yasaklama hükümlerinin uygulanacağı açıktır.

Danıştay 13. Dairesi,

"davalı idarece Emniyet Genel Müdürlüğünün ihtiyacını karşılamak amacıyla gerçekleştirilen ihaleye katılan davacı şirket ile Santek Elektronik Sanayi ve Teknik Mamuller. İmalat ve Ticaret Ltd. Şti.'nin hissedar yapıları ve temsile yetkili kişileri aynı olmakla birlikte, gerek ihale konusu 89 kalem malzemenin tamamen farklı kalemlerine kısmi teklif vermeleri, gerekse her iki şirketin faaliyet alanlarının farklı olması karşısında, verdikleri tekliflerin 4734 sayılı Kanunun 17/d maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar kapsamında değerlendirilerek, davacı şirketin bir yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi"¹²⁵

yolundaki yerel mahkeme kararını onamıştır. Daire, kısmi teklife açık ihalelerde birlikte hareket ettikleri değerlendirilebilecek isteklilerin farklı kısımlar hakkında

¹²⁴ Danıştay 13. Dairesi'nin 04.06.2020 tarih ve E:2014/2142, K: 2020/1174 sayılı kararı.

¹²⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin, 11.11.2005 tarih ve E:2005/9064, K:2005/5457 sayılı kararı.

teklifte bulunması halinin birden fazla teklif verme olarak değerlendirilmeyeceği ve teklif sahipleri hakkında yasaklama kararı verilmeyeceği kanaatindedir.

Sağlık Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı Satınalma ve İhale Şube Müdürlüğü tarafından 22.09.2006 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “4x4 (arazi hizmetleri için) ve 4x2 Turbo Dizel Panelvan Tipi Tıbbi Donanımlı Ambulans Satın Alınması İşi” ihalesinde, davacı şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu O... A.Ş.’nin 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi hükmünü ihlâl ettiği gerekçesiyle 4734 sayılı Kanun’un 58. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Sağlık Bakanlığı’na 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 06.01.2010 tarih ve 27454 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan işlemin iptali istemiyle dava açılmış, İdare Mahkemesi’nce;

“dava konusu ihaleye katılan O... A.Ş. ile B... A.Ş.’nin yetkili kişileri incelendiğinde, birinci derece imza yetkisine sahip altı yönetim kurulu üyesinden dördünün, ikinci derece A grubu imza yetkisine sahip toplam dört kişiden ise üçünün aynı kişiler olduğu ve ticari merkez ile toplantı yeri adreslerinin de aynı olduğu; bu sebeple, her iki şirketin idaresinin aynı hâkim etki altında bulunduğu, şirketlerin birbirleri ile irtibatı bulunmadığından ve ihale işlemlerinin birbirleri ile etkileşim içinde olmaksızın, rekabet halinde yürütüldüğünden söz edilemeyeceği, ihalede birden fazla istekli gibi teklif sunan iradenin aslında tek bir irade olduğu, dolayısıyla şirketlerin alternatif teklif verebilmesinin söz konusu olmadığı dava konusu ihalede bir istekli olarak birden fazla teklif verdikleri”

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiş, Danıştay 13. Dairesi’nin 13.12.2012 tarih ve E:2010/3980, K:2012/3764 sayılı kararı ile söz konusu kararı onamıştır. Danıştay tarafından şirket yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun aynı olması ile ticari merkez ve toplantı yeri adreslerinin aynı olması birlikte değerlendirilerek, tek bir irade ile birden fazla teklif verildiğinden bu durum Kanun’un 17. maddesinin (d) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış olarak değerlendirilmiş ve davalı idare tarafından davacı hakkında tesis edilen yasaklama işlemi hukuka uygun bulunmuştur.

Danıştay 13. Dairesi 01.06.2016 tarih ve E:2010/1318 K:2016/2094 sayılı kararında ise,

“İhalelerde rekabetin sağlanmasının koşullarından biri de katılımcıların aralarında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmamasıdır. İhaleye katılan her isteklinin özgür iradesiyle verdiği teklif sonucunda gerçekçi ve piyasa

koşullarına uygun, kamu açısından da en avantajlı teklifin elde edilmesi amaçlanmaktadır. Anılan husus, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasına etki ettiği gibi, ihalede tarafların aralarında anlaşma yaparak teklif bedellerini belirlemelerine olanak sağlayacak hiyerarşik ilişkiler ya da temsil ilişkileri nedeniyle saydamlık ilkesinin de ihlâlüne sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle 4734 sayılı Kanun'un 17/d maddesinde sayılan durumlar sadece ihale dışı bırakılma sebebi olarak öngörülmemiş, konunun önemi nedeniyle bu fiillerin tespiti halinde yasaklama yaptırımını uygulanacağına da yer verilmiştir.

Olayda, M.D. isimli şahsın, dava konusu ihaleye, davacı şirket adına vekâleten, M... firması adına ise asaleten birim fiyat teklif mektubunu imzalayarak teklif verdiği, anılan şahsın vekillik ve ortaklık sıfatıyla her iki tekliften haberdar olmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, ihalede rekabet, gizlilik ve güvenilirlik ilkelerinin ihlâl edildiği, bu durumun ise 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (d) bendinde belirtilen yasak fiil ve davranışlar kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”

diyerek, vekil olarak başkası adına ve kendi adına aynı ihaleye teklif vermek birden fazla teklif verme olarak değerlendirilmiştir.

İhalelerde rekabeti sağlamanın yollarından biri isteklilerin birbirlerinin teklifinden haberdar olmamalarıdır. Aynı ailenin üyelerinin kontrol ettiği şirketler arasında bilgi değişiminin kendiliğinden gerçekleşeceği düşünüldüğünde, fiyat rekabetinin en önemli unsurlarından biri olan rakibinin fiyatını ve maliyetini bilmeme unsurunun ortadan kalkacağı görülmektedir.¹²⁶ Aile üyeleri arasında birlikte hareket etme isteği görülebiliyorsa, kişiler aynı ekonomik birliktelik içerisinde değerlendirilebilir.

Nitekim örnek bir olayda, dava; 19.11.2011 tarih ve 28117 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, davacının kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin kararın iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce;

“...olayda Ö.F.B. firması tarafından teklif dosyasında sunulan 31.05.2011 tarihli teklif mektubundaki tebligat adresinin, telefon ve faks numaralarının Ç.S. - İzmir Şubesi firmasının 31.05.2011 tarihli, teklif mektubundaki bilgileri ile Ç.S.- İzmir Şubesi firmasının vekâleten teklifini imzalayan A.Balamir ile Ö.F. Balamir’in nüfusa kayıtlı oldukları il, ilçe, mahalle, cilt no ve aile sıra numaralarının aynı ve teklif bedellerinin miktar olarak birbirine oldukça yakın olduğu, ... davacı tarafından gerçekleştirilen eylemin, Kamu İhale Kanunu’nun 17. madde (d) bendinde öngörülen ve “alternatif teklif verebilme halleri dışında ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan vermek veya dolaylı olarak asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek” şeklinde hükme bağlanan yasak fiil veya davranışı oluşturacağı sonucuna varılmakla, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”

¹²⁶ Karamustafaoğlu, a.g.m., 2016, 256.

gerçekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar da Danıştay 13. Dairesi tarafından onanmış¹²⁷, aynı aileden olma hususu da dolaylı olarak birden fazla teklif verme halinin varlığı değerlendirilirken isabetli olarak dikkate alınmıştır.

Kanun'da yer alan mevcut hükümlerin, ihalelerde teklif veren şirketlerin aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tek bir teşebbüs olup olmadıklarını değerlendirmesine engel teşkil etmediği anlaşılmaktadır.¹²⁸ Yine de Kanun'da “gerçek/tüzel kişi” ibaresi yerine teşebbüs ibaresinin kullanılması bu bendi daha açık ve kolay uygulanır kılacaktır.

3.3.1.5. 11. Maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak

Kanun'un yukarıda yer verilen 11. maddesinde bazı kimselerin doğrudan, dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına ihalelere katılmaları yasaklanmıştır. Kamu ihalelerine hakim olan ilkelerin tesis edilmesi, kamu menfaati ve kamu güveninin en yüksek oranda temin edilebilmesi amacıyla ihaleye katılamayacak gerçek ve tüzel kişiler tek tek sayılmak suretiyle tespit edilmiştir.¹²⁹ Kamu ihalelerinde şeffaflığın ve tarafsızlığın sağlanabilmesi maksadıyla getirilen bu kısıtlamalardan bazıları, kişilerin içinde bulundukları hukuki statülerine bağlı olarak doğrudan Kanunda öngörülen, bazıları ise; ilgilinin fiil veya davranışı nedeniyle idari kararlar ya da yargı kararı ile getirilen kısıtlamalardır.¹³⁰

Bu madde kapsamında sayılan ihaleye katılamayacak kişilerin ihaleye katılımı halinde haklarında Kanun'un 58. maddesine göre 1 yıldan 2 yıla kadar yasaklama hükümleri uygulanacaktır.

Maddede sayılanların doğrudan, dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları belirtilerek ihaleye katılamayacak olanların kapsamı olabildiğince geniş tutulmuştur. Bu kapsamda öncelikle ihaleye doğrudan veya dolaylı katılımdan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. İhalelere dolaylı olarak katılma hususu uygulamada sıkça uyuşmazlığa neden olmaktadır.

¹²⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 28.06.2018 tarih ve E:2012/3915 K:2018/2218 sayılı kararı.

¹²⁸ Karamustafaoğlu, a.g.m., 2016, 259-260.

¹²⁹ Doğanyigit, S. (2012). “İhale Sorunları Rehberi”, *KAMEP Derneği Yayınevi*, Ankara, 471.

¹³⁰ Sezer, a.g.e., 2012,168.

İdare hukuku bakımından bu maddeye göre tesis edilecek bir yasaklama işleminin sebep ögesinin ortaya çıkarılması, özel hukuk kuralları çerçevesinde yapılacak değerlendirmeye ihtiyaç duymaktadır.¹³¹ Bir gerçek veya tüzel kişinin ihaleye dolaylı katılımından bahsedebilmek iki durumda mümkündür. İlk olarak gerçek veya tüzel kişinin ihaleye bizzat katılmaması ancak ortağı olduğu ve aynı zamanda yönetimini kontrol edebildiği yani hakim etkisi bulunduğu şirket vasıtasıyla ihaleye katılmasının söz konusu olması gerekmektedir.¹³²

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Hakim ve Bağlı Şirketler” başlıklı 195. maddesine göre, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

Üçüncü fıkrasına göre de, bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.

Bu madde ile hakim hisseden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Bu çerçevede hakim pay sahibi bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi; bu bağlamda bir dernek, vakıf, komandit ortaklık, limited ortaklık, kişi ortaklığı, ön ortaklık¹³³ veya bir ticaret şirketi de olabilir.¹³⁴

¹³¹ Canbazoglu, a.g.e., 2017, 232.

¹³² Zor/Yosunkaya, a.g.e., 2014, 26.

¹³³ Anonim şirket esas sözleşmesinin kurucu ortaklarca imzalanması ve imzaların noter veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından onaylanması ile artık bir “önanonim şirket” söz konusu olur. Bu konuda bkz. Bilgili, F./Demirkapı, E. (2013). *Şirketler Hukuku Dersleri*, Bursa, 172.

¹³⁴ Tütüncü, M. (2016). “Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, 74.

Danıştay tarafından, Ticaret Kanunu'nun yukarıda yer verilen ilkeleri kapsamında hakim ortak tespit edilip hakim ortağın ihaleye katılımı halinde şirketin dolaylı olarak ihaleye katılmış olacağına değil, ancak şirketin yüzde elliden fazla payına sahip olan ortağın ihaleye katılımı halinde şirketin dolaylı olarak ihaleye katılmış olacağı yönünde kararlar verilmiştir.¹³⁵ Danıştay'ın 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinde yer alan "sermayesinin yarısından fazlasına sahip olma" kıstasını 11. maddede yer alan ihaleye dolaylı katılımdan bahsedebilmek için de koşul olarak belirlediği görülmektedir.¹³⁶

Nitekim, F... A.Ş. ile Türkiye Elektrik İletim A.Ş. arasında imzalanan 22/11/2010 tarih ve H.226 referanslı sözleşme kapsamında yapılması öngörülen "380 kV'luk İsdemir 380 TM-Hatay 380 TM Elektrik İletim Hattının Yapım İş'i"nde, sözleşmeye aykırı davranıldığından bahisle F.. A.Ş. ile bu şirketin %50'den fazla hissesine sahip ortağı Ö... A.Ş.'nin yasaklanması nedeniyle Ö... A.Ş.'nin davacı şirketin hisselerinin %50'den fazlasına sahip olması nedeniyle davacı şirketin de bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesince,

"4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca hakkında yasaklama kararı verilen gerçek kişi ile bu kişilerin şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde o şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketine ortak olmaları hâlinde ise ancak şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları koşulu ile sermaye şirketi hakkında yasaklama kararı verileceği, haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre, ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verileceği, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan F... A.Ş.'nin %61 oranında hissesine Ö... A.Ş.'nin sahip olduğu, davacı şirketin hisselerinin de %62 oranında Ö... A.Ş.'ne ait olduğu, dolayısıyla F... A.Ş.'nin %50 oranından fazla hissesine sahip olması nedeniyle yasaklanan Ö... A.Ş.'nin de davacı şirketin yarısından fazla hissesine sahip olduğundan davacı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca bir yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır." gerekçesiyle yasaklama işleminin hukuka uygun olduğu yönünde verilen karar, Danıştay 13. Dairesi'nin "Aktarılan mevzuat hükümleri ve madde gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden; 26. maddenin birinci fıkrası uyarınca, 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları

¹³⁵ Zor/Yosunkaya, a.g.e., 2014, 30.

¹³⁶ Zor/Yosunkaya, a.g.e., 2014, 30.

tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama kararı verileceği; haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verileceği; haklarında yasaklama kararı verilen gerçek ve tüzel kişilerin bir şahıs şirketinde ortak olması hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olması hâlinde ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olunması kaydıyla, bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 4735 sayılı Kanun'un 26. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasaklanan tüzel kişilerin ortaklarının hangi durumda yasaklanacağı düzenlenirken; ikinci cümlesinde ise, birinci fıkra uyarınca yasaklanan gerçek ve tüzel kişilerin ortak oldukları tüzel kişilerin hangi durumda yasaklanacağı düzenlenmektedir. 26. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasaklanacak şirket yönünden esas alınacak şirket, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan, yani diğer şirketler hakkında yasaklama işleminin başlamasına sebebiyet veren şirkettir. Bu nedenle, 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi yönünden, sadece Kanun'un birinci fıkrasına göre yasaklanan şirket esas alınacaktır. Bu şekilde yasaklama zincirinin sınırsız bir şekilde uzaması önlenmiş olup, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan tüzel kişi ve ortakları yanında, bu gerçek ve tüzel kişinin kendisinin ortak olduğu diğer tüzel kişiler aracılığıyla dolaylı olarak ihalelere katılması engellenmiş olacaktır.

Dosyanın incelenmesinden, Türkiye Elektrik İletişim A.Ş. ile F... A.Ş. arasında enerji iletim hattı yapım işi ihalesine ilişkin olarak 22/10/2010 tarihinde sözleşme imzalandığı, F... A.Ş. tarafından taahhüdün sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediğinden bahisle, anılan şirketle, bu şirketin hisselerinin yarısından fazlasına sahip olan Ö... A.Ş. ve Ö... A.Ş.'nin hisselerinin yarısından fazlasına sahip davacı şirketin yasaklandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin, Ö... A.Ş.'nin %50'den fazla hissesine sahip olduğundan bahisle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk, davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.”¹³⁷

şeklindeki gerekçesi ile bozulmuştur.

Danıştay'ın söz konusu kararında yer alan azlık oyu ise, biraz önce bahsettiğimiz üzere hâkim ortak kavramından yola çıkılması, dolayısıyla somut olayda hâkim ortak vasıtasıyla dolaylı yoldan yasaklı kişinin ihaleye katıldığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir.¹³⁸

¹³⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 10.12.2020 tarih ve E: 2014/4423, K:2020/3602 sayılı kararı.

¹³⁸ Danıştay 13. Dairesi'nin 10.12.2020 tarih ve E: 2014/4423, K:2020/3602 sayılı kararında yer alan karşı oy gerekçesi şu şekildedir: “kanun koyucu, yasak fiil ve davranışta bulunduğu için

İkinci olarak, temsilci vasıtası ile ihaleye katılma durumunda dolaylı katılımdan söz etmek mümkündür. Bu durumda da özel hukuk kurallarından faydalanmak gerekecektir. Borçlar hukukunda bilindiği üzere, bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denilmektedir.¹³⁹ İhaleye katılabilecek durumda olan gerçek veya tüzel kişiyi, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca ihalede dolaylı olarak temsil edecek kişinin de ilgili ihale açısından kanunda ihaleye katılamayacak olanlar arasında sayılanlardan biri olmaması gerekir. Diğer bir deyişle hem temsilcinin hem de temsil edilenin ihaleye katılamayacak olanlar arasında sayılmamış olması gerekir.

Ayrıca tüzel kişinin ortağı olmayan ama tüzel kişi adına irade açıklamaya (temsile) yetkili organı olan gerçek kişi hakkında bir yasaklama kararı varsa, ihaleye katılan şirket yasaklı olmasa bile, teklif mektubunu imzalayan şirket yetkilisi hakkında yasaklama kararı bulunduğundan, şirket de ihaleden yasaklı olacaktır.

Nitekim Danıştay 13. Dairesi temyiz incelemesi yaptığı bir davada,

“Kamu ihalelerine katılmaktan geçici veya sürekli yasaklı olmayan şirketler, ihaleye katılamayacak olan kişiler vasıtasıyla ihalelere katılmışlarsa, söz konusu şirketlerin 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun’un 11/a maddesi uyarınca, hakkında yasaklama kararı bulunmayan bir şirketin temsile yetkili müdürü ihale tarihinde yasaklı ise;

yasaklanan sermaye şirketi ile birlikte hâkim durumdaki ortağının, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu başka bir sermaye şirketi aracılığıyla kamu ihalelerine teklif vermesini önlemeyi amaçlamıştır. Özellikle, yasak fiil ve davranışta bulunan sermaye şirketinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu için yasaklanan hâkim ortak açısından aksi bir uygulamanın kabulü, yasaklı olduğu hâlde hâkim durumda olduğu diğer şirketler üzerinden kamu ihalelerine katılmaya devam etmesi sonucunu doğuracaktır. Hâkim ortak ister gerçek kişi olsun isterse tüzel kişi sermaye şirketi olsun bu sonuç değişmeyecektir.

Oysa hâkim ortak, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu, temsil ve yönetiminden sorumlu bulunduğu sermaye şirketinin yasak fiil ve davranışından esasen sorumlu kabul edildiği için yasaklanmaktadır. Yasaklı hâkim ortağın, sermayesinin yarısından fazla hissesine sahip olduğu, temsil ve yönetiminden sorumlu olduğu diğer şirketler üzerinden kamu ihalelerine katılmaya devam etmesi, hâkim ortak hakkında alınan yasaklama kararının etkisiz hâle gelmesine sebep olacağından bu durumun kanunun amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Dolayısıyla, 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre haklarında yasaklama kararı verilecek olanları, yasak fiil ve davranışta bulunan sermaye şirketi açısından bu şirketin yarısından fazla hissesine sahip olduğu başka sermaye şirketi varsa bu sermaye şirketi ile sınırlı tutmak; yasak fiil ve davranışta bulunan sermaye şirketinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulunan hâkim ortak yönünden ise sadece hâkim ortağın yasaklanması ile yetinmek; buna karşılık yasaklı hâkim ortağın, hâkim durumda bulunduğu diğer şirketler üzerinden kamu ihalelerine katılmaya devam edebileceğinin kabulü Kanunun amacına uygun değildir.”

¹³⁹ Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1”, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 393 v.d.

yasaklı olan müdür veya müdürün şirket adına ihaleye katılma konusunda yetkilendirdiği hakkında yasaklama kararı bulunmayan vekil aracılığıyla şirketin ihalelere teklif vermesi hukuken mümkün değildir. Bu şekilde ihaleye teklif veren şirketin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerekecektir. Zira, şirketi temsile yetkili olan kişinin şirkette hâkim etkisi olmakta, bu nedenle katılım yasağının şirkette ortaklık oranının olup olmadığına bakılmaksızın bu kişileri de kapsaması gerekmektedir. Kanun'un bu hususa yönelik amacı, ortaklık yoluyla hâkim etkiye sahip yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını önlemek olduğundan, yasaklı şirket müdürünün yasaklı olmayan vekil vasıtasıyla ihaleye teklif vermesine izin verilmesi hâlinde Kanun'un amacına aykırı hareket edilmiş olacaktır.

Ayrıca, ihale sürecinde, ihaleye teklif vermek, birtakım taahhütlerde bulunmak ve ihale sürecinin sonunda sözleşme imzalamak gibi hak ve borç doğurucu işlemler söz konusu olduğundan ihale sözleşmesini tüzel kişiliği temsilen imzalayacak kişilerin de kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmaması gerekmektedir. İşin özüne bakıldığında da ihale sürecinin sonucunda sözleşmeyi bir tüzel kişiliği temsilen imzalayacak kişinin de Kanun'un 11. maddesinde sayılan kişiler arasında olmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu nedenle, davacı şirket adına teklif mektubunu imzalayan kişiyi vekil tayin eden davacı şirketin temsile yetkili müdürü E.E.'nin, 10/07/2012 ile 10/07/2013 tarihleri arasında tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olması nedeniyle, davacı şirketin 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında değerlendirilerek bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.”¹⁴⁰

şeklinde karar vererek temsile yetkili müdürün ihaleden yasaklı olması halinde, yasaklı müdürün tayin edeceği vekil vasıtası ile ihaleye teklif verilmesi halinde şirketin de ihaleden yasaklanması gerektiği değerlendirilmiştir.

3.3.1.5.1. Bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı terörle mücadele kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar

Bu bendi ikiye ayırarak inceleyecek olursak, ilk kısım 4734 sayılı Kanun ve diğer kanunlar uyarınca geçici ve sürekli olarak idarece veya mahkeme kararı ile kamu ihalelerinden yasaklanmış olduğu halde ihaleye teklif verenler hakkında

¹⁴⁰ Danıştay 13. Dairesi'nin 18.04.2019 tarih ve E:2014/4726 K: 2019/1288 sayılı kararı.

uygulama olanağı bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanun dışında, ihalelere katılma yasağı getiren başlıca Kanun düzenlemelerine kısaca aşağıda yer verilmiştir.

Bu çalışmanın da konusunu teşkil eden 4735 sayılı Kanun'un 26 ve 27. maddelerinde ihaleden yasaklılık halleri düzenlenmiştir. Aynı şekilde çalışmanın önceki bölümlerinde kısaca değindiğimiz 2886 sayılı Kanun'un 84 ve 85. maddelerinde de ihaleden yasaklılık halleri düzenlenmiştir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 20. maddesinde, *“Belediye başkanı görevi süresince ve görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz.”* düzenlemesine,

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinde, *“Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç) Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler...”* düzenlemesine,

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 11. maddesinde, *“Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnafılık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez.”* düzenlemesine,

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 28. maddesinde, *“Belediye başkanı görevi süresince ve görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz.”* düzenlemesine,

2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun'un “Kapsam” başlıklı 1. maddesinde, *“Bu Kanun, genel bütçeye dahil daire, kurum ve kuruluşlar ile katma bütçeli idarelerde, bunlara bağlı döner sermayeli*

kuruluşlarda, kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan fonlarda, belediyelerde, özel idarelerde 12 Mart 1964 gün ve 440 sayılı ve 12 Mayıs 1964 gün ve 468 sayılı Kanunlar kapsamına giren kuruluşlarda, sermayesinin yarısından fazlası ayrı ayrı veya birlikte Hazinece veya yukarıdaki daire, idare, kurum ve kuruluşlarca karşılanan yerlerde aylık, ücret veya ödenek almak suretiyle görev yapmış olanlar hakkında uygulanır.” düzenlemesine, “Yasak ve süresi” başlıklı 2. maddesinde, “Birinci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde bulundukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluşdaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler uyarınca ihaleye katılamayacağı halde katılanlar hakkında bu bent kapsamında ihaleye katılmaktan yasaklama işlemi tesis edilir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, hakkında 4734 sayılı Kanun’un 59. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan kamu davası açılmış istekliler, ihaleye katılamayacak olsalar da ihaleye katılmaları halinde, ihaleye katılamama sebepleri 11. maddenin bu bendinde sayılmadığından haklarında yasaklama yaptırımı uygulanamayacaktır. Böyle bir durumun tespiti halinde ihaleye teklif verenin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ile yetinilecektir. Bu yaklaşım isabetli olarak Danıştay tarafından da uygulanmaktadır. Örneğin, 27.10.2020 tarih ve E:2014/2063, K:2020/2877 sayılı kararında,

“...söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hâlinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş, böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla, “11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılma”yı yasaklayan 17. maddenin (e) bendinin ve bu fiile ihaleden yasaklama yaptırımı uygulanmasını öngören 58. maddenin, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanamayacağı açıktır.”

denmiştir.

İkinci kısım ise, hakkında ceza mahkemesi kararı ile bazı suçlardan mahkumiyet hükmü verilenler hakkındadır. Bu kısımda, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan hükümlü olanlar, örgütlü suçlardan hükümlü olanlar ve kendi ülkesi yahut yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan hükümlü olanlar sayılmıştır. Bu suçlardan dolayı alınacak mahkumiyet hükmü ihalelere katılmaya engel olup, buna rağmen katılım halinde ise ihaleden yasaklama sebebi teşkil edecektir.

3.3.1.5.2. İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler

İflas suçları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 161. ve 162. maddelerinde hileli ve taksirli iflas olmak üzere düzenlenmiştir. TCK m.161'de hileli tasarrufların neler olduğu; alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması; malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi; gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı hâlde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi; gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi şeklinde düzenlenmiştir.¹⁴¹ “Taksirli iflas” başlıklı 162. maddede, “Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki hükme yer verilmiştir.

2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 311. maddesinde de iflastan evvel veya sonra alacaklıları zarara sokmak amacıyla hileli işlemler yapılarak gerçekleştirilen iflas şeklinde tanımlanmış ve hileli iflas kabul edilecek haller sayılmıştır.

Bu bent kapsamında ihaleden yasaklanmaya sebep olan, gerçek veya tüzel kişinin, hakkında hileli iflas suçu nedeniyle ceza mahkemesince verilmiş mahkumiyet hükmü varken ihaleye katılma halidir. Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi hakkında ihaleden yasaklama yaptırımı uygulanamaz. Ayrıca madde metninde hileli iflas edildiğine karar verilmesi yeterli görülmüş, hükmün kesinleşmesi aranmamıştır.

¹⁴¹ Işıka Sertaç, Hileli İflas Suçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2013, Cilt 71, Sayı 1, s.607.

3.3.1.5.3. İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler

657 sayılı DMK'nın yukarıda yer verilen 28. maddesinde, bu Kanun'a tabi kamu görevlilerinin ihaleye katılamayacağından zaten söz edilmişti. Dolayısıyla ilk bakışta bu bentteki düzenleme gerekli değil gibi görünse de biraz sonra açıklayacağımız 11. maddenin (e) ve (f) bentlerine göre bu kişilerin akrabalık ve ortaklık ilişkileri nedeniyle de kısıtlanmış olması açısından önem arz etmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, ihale yetkilisi, "İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini... ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 5. maddesinde ise, idarenin tabi olduğu mevzuat çerçevesinde ihale yetkilisinin idarelerce belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun'un 6. maddesinde de "biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımı ile kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonu'nun ihale yetkilisince görevlendirileceği belirtilmiştir.

Bu kişilerin ihaleye katılamayacaklar arasında düzenlenmesi, ihale mevzuatına hâkim temel ilkelerin korunması açısından olmazsa olmazdır. Aksi halde ihalede saydamlığın, rekabetin, gizliliğin, eşit muamelenin sağlandığından söz edilemez. Kanun'un 4. maddesinde idare tanımlanırken ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar dendiği için, ihale yetkilisi ve bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin, yalnızca ihale konusu işle ilgili olarak değil Kanun kapsamındaki tüm kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ihalelere katılamayacağı sonucu çıkmaktadır.

3.3.1.5.4. İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar

Önceki bent kapsamında sayılanlarda olduğu gibi, bu kişilerin de ihaleye katılamayacaklar arasında düzenlenmesi, ihale mevzuatına hâkim temel ilkelerin korunması açısından olmazsa olmazdır.

İhale sürecinin hazırlık aşaması sayılacak ihale onayının alınması, yaklaşık maliyet ve buna ilişkin hesap cetvellerinin hazırlanması, ihale dokümanının hazırlanması aşamasından başlayarak ihale ilanlarının yapılması gibi ihale işlemlerinin hazırlanması ve yürütülmesinde sorumlu olan kişiler bu madde kapsamındadır.¹⁴² Maddede geçen “ihale konusu işle ilgili ifadesi, yasağın kapsamını tespitte her ihalenin ayrıca değerlendirilmesini gerekli kılmakta, bu çerçevede somut ihale bakımından o ihalenin gerçekleştirilme sürecine katılan görevlilere kısıtlama getirmektedir.”¹⁴³ Bu maddedeki görevlilerin tespitinde korunması amaçlanan temel ilkelerden hareket edilerek, yürütülen görevin ihale konusu işin özü ile ilgili olup olmadığı belirleyici olmalıdır.

İdarelerce teknik şartnamelerin hazırlanması gibi hususlarda kamu görevlisi olmayan üçüncü gerçek ya da tüzel kişilerden hizmet alınmış ise bu kişilerin bu bent kapsamında mı yoksa Kanun’un 11. maddesinin 2. fıkrası kapsamında mı değerlendireceği de önem arz etmektedir. Zira bu bent kapsamında ihaleye katılamayacak olmak, kişilerin eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerini de kapsamakta iken, 11. maddenin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi halinde kendisini ve ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketler ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri kapsayacaktır.

Burada yapılacak değerlendirmede, teknik şartname hazırlanması işini üstlenen kişinin danışmanlık hizmetlerini yapan yüklenici sıfatına haiz olup olmadığı önemlidir. Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde, “Danışman; danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucuları” şeklinde, “Yüklenici ise; üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli” şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda Kanun’un lafzından yola çıkarak eğer danışmanlık hizmeti ihale yoluyla alınmış ve yüklenici sıfatını haiz, gerçek veya tüzel kişiden teknik konularda hizmet alınmış ise, Kanun’un 11. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi aksi halde 11. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

¹⁴² Canbazoglu, a.g.e., 2017, 246.

¹⁴³ Gök, a.g.e., 2009, 555.

3.3.1.5.5. (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri

(c) ve (d) bentlerinde sayılan ihale yetkilisi kişilerin, ihale komisyonundaki görevlilerin veya ihale konusu işler ilgili işlemleri hazırlayan, yürüten veya onaylayan görevlilerin eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile bu kişilerin evlatlıkları ve evlat edinenlerinin ihaleye katılması yasak olup, katıldıkları takdirde haklarında ihaleden yasaklama yaptırım uygulanacaktır. Burada kan ve kayın hısımlığı tespit edilirken Türk Medeni Kanunu'nun 17 ve 18. maddelerine başvurulacaktır.¹⁴⁴

Bu hususta, Yenimahalle Belediye Başkanlığınca hizmet satın alınması yolu ile yapılması planlanan işin Özel Güvenlik Hizmeti olduğu ve söz konusu işin Belediye Başkan Yardımcısı Y.Ö.'ye bağlı olan Hesap İşleri, Sivil Savunma ve Semt Birimleri içerisinde olduğu bu görevlerin yanı sıra vekaleten yürüttüğü görevler kapsamına da girdiği, ihale üzerinde bırakılan isteklinin limited şirket statüsünde tüzel kişiliğe haiz ve ortaklardan birinin adı geçen şahsın eşi konumunda olduğu, bu hususların 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 11. maddesine ve 2531 sayılı Kanununa aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddi üzerine meydana gelen uyuşmazlıkta, Danıştay 13. Dairesi'nce,

“Dosya içeriğinden; ihale üzerinde kalan şirketin ortaklarından N.Ö.'nün eşi olan Y.Ö.'nün ihaleyi yapan Yenimahalle Belediye Başkanlığı'nda belediye başkan yardımcısı olarak görev yaptığı, Belediye Hesap İşleri Müdürlüğü'nün Y.Ö.'ye bağlı olduğu, ihaleyi yapan birim olan Park ve Bahçeler Müdürlüğü tarafından 11.01.2007 tarihinde ihaleye ilişkin ön mali kontrol denetimi yapılması için Hesap İşleri Müdürlüğü'ne başvurulduğu, Hesap İşleri Müdürlüğü tarafından 25.01.2007 tarihinde ön mali kontrol raporunun sonuçlandırıldığı, raporun sonuçlanmasından önce 23.01.2007 tarihinde başkan yardımcısı olarak görev yapan Y.Ö.'nün emekli olduğu anlaşılmıştır.

Bu durumda, ihale sürecinde yer alan ön mali kontrol raporunu hazırlamakla görevli olan Hesap İşleri Müdürlüğü'nün ihale üzerinde kalan şirketin ortaklarından N.Ö.'nün eşi olan Y.Ö.'ye bağlı olarak görev yaptığı açık olup, her ne kadar ön mali kontrol raporunun sonuçlanması Y.Ö.'nün emekli olmasından 2 gün sonrasına denk geliyor olsa da ön mali kontrol sürecinin Y.Ö.'nün emekli olmasından önce, 11.01.2007 tarihinde başladığı hususu göz

¹⁴⁴ Medeni Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca ihalelere katılamayacak olan kişiler, bu kişilerin eşleri, üçüncü dereceye kadar kan hısımları, yani; dayı, teyze, hala, amca, yeğen ile ikinci dereceye kadar sıhrî hısımları, yani; eşinin kardeşi, eşinin kardeşinin eşi, eşinin annesi, eşinin babasıdır.

önüne alındığında bu durumun 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen saydamlık, güvenilirlik ve gizlilik ilkelerinin ihlâli niteliğinde olduğu, ihale üzerinde kalan şirketin 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre ihaleye katılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşıldığından, ihale üzerinde kalan şirketin değerlendirme dışı bırakılması istemiyle yapılan itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına ilişkin dava konusu işlemde ve bu işleme karşı açılan davanın reddine karar veren temyize konu Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir.”¹⁴⁵

şeklinde karar verilmiştir. Kararda, ihale üzerinde kalan şirket ortaklarından birinin eşinin, ihaleye ilişkin hazırlık çalışmalarında yer alması şirketin ihaleye katılamamasına sebep kabul edilmiştir. Bu şahsın halihazırda idare bünyesinde çalışmıyor olmasının da durumu değiştirmeyeceği kabul edilerek verilen karar isabetlidir.

3.3.1.5.6. (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10’undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç)

İhaleyi yapan idarelerdeki ihale yetkilisi kişiler, ihale ile ilgili her türlü işlemleri yürütenler, hazırlayanlar ve bu kişilerin eşleriyle üçüncü dereceye kadar kan hısımları ile ikinci dereceye kadar kayın hısımları, evlatlıkları ve evlat edinenlerinin varsa ortakları ya da şirketleri de ihaleyi yapan idarenin ihalesine doğrudan veya dolaylı olarak katılamazlar. Kanun’un 11. maddenin (f) bendi, sayılan kişilerin anonim şirket ortağı olması halinde, bu şirketin yönetim kurulunda görevli olmamaları ve anonim şirketin sermayesinin %10’undan fazlasına sahip olmamaları halinde ihaleye katılıma engel teşkil etmemektedir. Bentte sayılanlar bu istisna dışında ihaleye katılamaz. Bu düzenlemede yer alan ortaklık ibaresinin kamu ihalelerine katılımda sıkça rastladığımız iş ortaklıklarını (adi ortaklıkları) da kapsayıp kapsamadığı konusunda düzenlemede bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta, kanunda açıkça düzenlemediği halde, var olan düzenlemenin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmasının idari yaptırımlarda esas alınan ceza hukuku ilkelerinden kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacağı düşüncesiyle, yasaklama yaptırımının maddede açıkça zikredilmeyen iş ortaklığının ortaklarına sirayet ettirilemeyeceği kanaatindeyiz.

¹⁴⁵ Danıştay 13. Dairesi’nin 25.11.2011 tarih ve E:2009/2024, K:2011/5321.

3.3.1.5.7. İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler

Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde danışmanın, "danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucuları" şeklinde tanımlandığını belirtmiştik. İhale konusu işin danışmanlık hizmetini yapanların söz konusu ihaleye katılımı yasaklanmıştır. Çünkü, bu tür hizmetler asıl işin gerçekleştirme aşamasını etkileme, belirleme ve yönlendirme özelliğine sahip olduğundan, söz konusu aşamada idare ve yüklenici arasında ortaya çıkması muhtemel çıkar çatışmalarını idareyi güvence altına alacak biçimde baştan önlemeyi amaçlar.¹⁴⁶

Danışmanlık hizmet alımlarına ilişkin düzenlemeler Kanun'un 48. maddesi ve devamında yer almaktadır. Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılması öngörülen danışmanlık hizmet alımları istisnaen Kanun'da öngörülen üst limitin altında kalması halinde idarenin de takdiri ile hizmet alım ihalesi olarak gerçekleştirilebilir. Ancak ihale ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin danışmanlık hizmetlerini yapanların aynı işin ihalesine katılmaları mümkün değildir.

Gerçek veya tüzel kişi olabilecek olan danışmanların ortak veya yönetici olduğu şirketler ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketler de bu madde kapsamında ihalelere katılamayacaklardır. Burada ortaklık ilişkisine ilişkin herhangi bir oran belirtilmemiş olması, danışmanlık hizmeti verenlerin çok küçük oranda dahi ortağı olduğu şirketlerin ihaleye katılımına engel teşkil edecektir.

3.3.1.5.8. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

¹⁴⁶ Gök, a.g.e., 2009, 559.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.7.1. maddesinde ¹⁴⁷, bu bent açıklanmıştır.

Tebliğdeki düzenlemeleri kısaca toplamak gerekirse, ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamaz ancak daha sonra ortaklık ilişkisini sonlandırdıkları şirketler söz konusu idarenin ihalelerine katılabilir.

İhaleyi yapan idarenin doğrudan sahibi veya ortağı olduğu şirketlerin ise o idarenin ihalelerine katılıp katılamayacağı Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu hususa ilişkin bir uyuşmazlıkta, dava; İstanbul Büyükşehir Belediyesi Çevre Koruma Müdürlüğü tarafından 16.12.2009 tarihinde gerçekleştirilen “2010 Yılı İstanbul Avrupa Yakası Açık ve Kapalı Alanlarda Vektörlerle Mücadele ve İlaçlama

¹⁴⁷ Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.7.1. maddesi, “17.7.1.1. 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin, bu idarelerin ihalelerine katılamayacakları hüküm altına alınmıştır. Ancak uygulamada anılan maddenin uygulanmasında tereddütler olduğu anlaşıldığından idarelerin kurucusu ve ortağı olduğu şirketlerin o idarelerin yapacakları ihalelere katılıp katılamayacakları hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

17.7.1.1.1. 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, “İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.” hükmü yer almaktadır. 4964 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına getirilen değişikliğin gerekçesinde; bazı şirketlerin salt kurucusunun statüsünden dolayı sonsuza kadar sürecek bir yasaklama ile karşı karşıya kalmalarının doğuracağı haksızlığın giderilmesi açısından “vakıf, dernek, birlik, sandık gibi” kuruluşlar tarafından kurulduğu halde daha sonra bu kuruluşların bünyesinde bulundukları veya ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılabilmelerine imkan tanındığı, katılma yasağının yalnız “ortaklık ilişkisinin” varlığı ile sınırlandırıldığı, “bunların” sözcüğü yerine “bu kuruluşların” ifadesi konularak, söz konusu yasaklamanın “vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar” tarafından ortak olunan şirketleri kapsadığı hususunun açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiştir.

17.7.1.1.2. 4964 sayılı Kanunla getirilen hüküm, idarelerin kurdukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine girebileceği biçimde açık düzenleme içermemekle birlikte; bu değişiklik daha önceki yasağın kaldırılmasını amaçlamaktadır.

17.7.1.1.3. 4734 sayılı Kanunda yapılan söz konusu değişikliğe paralel olarak İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ilgili maddeleri, “İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin ortak oldukları şirketlerin, sermaye paylarına bakılmaksızın idarelerin ihalelerine katılması mümkündür. Ancak, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin bünyelerinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar, bünyelerinde bulundukları veya her ne amaçla kurulmuş olursa olsun ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılamayacakları gibi, bu statüdeki vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ortak oldukları şirketler de söz konusu idarelerin ihalelerine katılamayacaktır.

17.7.1.1.4. Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanunun 4964 sayılı Kanunla değişik 11 inci maddesinin (c), (d), (e), (f) bentlerinde belirtilen haller dışında, idarelerin kurdukları veya ortak oldukları şirketler o idarelerin ihalelerine katılabilecektir. Ancak, bu durumda, idareler ihale konusu işin niteliğini dikkate alarak ihaleyi kısmi teklife açmak, yeterlik kriterlerini ihaleye katılımı artıracak şekilde belirlemek ve rekabeti artırıcı düzenlemeler yapmak zorundadır.” şeklindedir.

Çalışmalarına İlişkin Hizmet Alımı” ihalesine ortak girişim olarak katılan davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair 09.02.2010 tarih ve 2010-UH.III-507 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce;

“...davacı şirket tarafından ihale dokümanının satın alındığı tarihinden itibaren 10 gün içinde birim fiyat teklif cetveline yönelik herhangi bir itirazda bulunulmadığı, dolayısıyla her iki isteklinin de tekliflerini birim fiyat teklif cetveline göre hazırladıkları, ihale üzerinde bırakılan belediye şirketinin toplam teklif bedeli olan 9.580.173,64-TL ile bu fiyatın içinde yer alan işçilik kalemleri ile ilgili toplam 3.899.096,76-TL’nin asgari işçilik maliyet toplamı tutarından daha yüksek olduğu da dikkate alındığında söz konusu teklifin aşırı düşük bulunmamasının hukuka uygun olduğu, 4734 sayılı Kanunun 11. maddesinin 3. fıkrasında, 4964 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle değişiklik yapıldığı, fıkranın ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar, şeklinde düzenlendiği, bu değişikliğin gerekçesinde, bazı şirketlerin salt kurucusunun statüsünden dolayı sonsuza kadar sürecek bir yasaklama ile karşı karşıya kalmalarının doğuracağı haksızlığın giderilmesi açısından “vakıf, dernek, birlik, sandık gibi” kuruluşlar tarafından kurulduğu halde, daha sonra bu kuruluşların bünyesinde bulundukları veya ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılabilmelerine imkân tanındığı, katılma yasağının yalnız ortaklık ilişkisinin varlığı ile sınırlandırıldığı, “bunların” sözcüğü yerine bu kuruluşların ifadesi konularak söz konusu yasaklamanın vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar tarafından ortak olunan şirketleri kapsadığı hususunun açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiş, bu hükümle, idarelerin kurdukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine girebileceği biçimde açık düzenleme içermemekle birlikte bu değişikliğin daha önceki yasağın kaldırılmasını amaçladığı, bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 11. maddesinin c, d, e ve f bentlerinde belirtilen haller dışında idarelerin kurdukları veya ortak oldukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine katılabilecekleri, dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun 11. maddesinin c, d, e ve f bentlerinde sayılan kapsamda bulunmayan, İstanbul Büyükşehir Belediyesi ve belediyenin diğer şirketlerinin ortağı olduğu isteklinin ihaleye girmesine bir engel bulunmadığı anlaşıldığından belirtilen gerekçelerle itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu kararın davacı şirket tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi’nin 30.06.2017 tarih ve E:2011/16/35, K:2017/2192 sayılı kararıyla onanmıştır. Söz konusu kararda Danıştay, idarelerin kurdukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine girebileceği biçimde açık düzenleme içermemekle birlikte 4734 sayılı Kanunun 11. maddesinin c, d, e ve f bentlerinde belirtilen haller dışında idarelerin kurdukları veya ortak oldukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine katılabileceklerini kabul etmiştir.

Böyle bir yorum bu bent kapsamında verilecek ihaleden yasaklama kararlarını anlamsız kılmaktadır. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin, bu idarelerin ihalelerine katılamayacağını kabul edip; idarelerin doğrudan kurdukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine katılabileceğini kabul etmek kanatimizce yerinde değildir. İdarenin Kanun'da sayılan ilgili kuruluşların dahi ihaleye katılmasının yasaklandığı durumda, doğrudan kurduğu şirketlerin evleviyetle ihaleye katılamaması gerekir.

3.3.1.6. Üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak

Kamu ihale süreci kamu yararına yönelik, sıkı usuli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilen bir süreç olduğundan bu sürece katlanan isteklinin basiretli bir tacir olarak sözleşme imzalaması gerekir. Bu kadar uzun bir sürecin sonunda ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaya yanaşmaması, ihtiyaçların en kısa sürede karşılanması amacını sekteye uğratacağından bu durum yaptırıma bağlanarak 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 1. fıkrasında; üzerine ihale yapıldığı halde, herhangi bir mücbir sebep bulunmaksızın, usulüne göre sözleşme yapmayan isteklinin, altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 4734 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleriyle istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı düzenlenmiştir.

İstekli hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için haberdar edilmesi ve Kanun'un 60. maddesinde belirtilen idarenin görev ve sorumluluklarına aykırı bir davranışından da kaynaklanmayan, sadece 57. maddede tanımlanan usule aykırı bir biçimde sözleşmeyi yapmamış olması şarttır.¹⁴⁸ Kanun'un 41. maddesinde, ihale sonucunun, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirileceği, söz konusu bildirim, ihale üzerinde kalmayan istekliler açısından 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen idari başvurularda bulunabilecek sürenin de başlangıcı olduğu, bu nedenle ihale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren 21. maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamayacağı düzenlenerek, ilgililer

¹⁴⁸ Canbazoglu, a.g.e., 2017, 292.

tarafından idari başvuru yapılabileceği ihtimali de hesaba katılarak kamu ihale sözleşmesinin en erken imza edilebileceği tarihi belirlemiş, Kanun'un 42. maddesinde de, 41. maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususunun bildirileceği, yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edileceği düzenlemelerine yer verilerek sözleşmeye davetin hangi usulle yapılacağı belirlenmiştir. Kesinleşen ihale kararının bildiriminde de herhangi bir öncelik sıralaması olmaksızın Kanun'un 65. maddesindeki yöntemlerden¹⁴⁹ birisiyle tebligat (bildirim) işlemi yapılması gerekmektedir.¹⁵⁰

İdareye şikayet prosedürü için geçecek süre de gözetilerek sözleşme imzalanma zamanının belirlenmesindeki amaç, sözleşmesinin imzalanmasına engel nitelikteki durumların sonradan ortaya çıkması halinde oluşacak zararların önüne geçmektir. Sözleşmenin imzalanmasıyla ilgili yasal takvime uygun davranılması, bu çerçevede; hem 41. maddede belirtilen ve yukarıda zikredilen sürelerle uyulması, hem de Kanun'un 54-56. maddelerinde düzenlenen şikayet süreci içerisinde idareye usulüne uygun bir şikayet başvurusu intikal ettikten sonra bu başvuru sonuçlandırılmadan sözleşmenin imzalanmaması gerekmektedir.

Bu noktada şikayet başvurusu için geçmesi gereken süreye uyulmadan sözleşme imzalanması halinde idarenin şikayet başvurusunu kabul etmemesi veya herhangi bir şikayet başvurusu olmaması halinde sözleşmenin usulen sakat olduğunu söylemek düzenlemenin getiriliş amacına uygun düşmeyecektir. Zira söz konusu süreler sözleşmenin imzalanmasına engel teşkil edecek durumların ortaya çıkması halinde meydana gelecek zararları önlemeye yöneliktir ve sözleşmenin imzalanmasına engel bir durum oluşmaması halinde imzalanmış sözleşmenin sürelerle riayet edilmediğinden bahisle sakat olduğu sonucuna varılmamalıdır.

¹⁴⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Bildirim ve tebligat esasları" başlıklı 65. maddesine göre, "Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:

a) Tebligatlar idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir:

- 1) İmza karşılığı elden.
- 2) İadeli taahhütlü mektupla.
- 3) Elektronik ortamda.
- 4) Faksla..."

¹⁵⁰ Gök, a.g.e., 2009, 1119.

4734 sayılı Kanun'da mücbir sebep hallerinin hangileri olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilanı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak sayılmıştır. Yine 4735 sayılı Kanun'da, sayılan hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi koşulu getirilmiştir.

İsteklilerin kanunda yer alan mücbir sebep hallerine dayanarak sözleşmeyi imzalamaktan kaçınması mümkündür. Bu bağlamda ihalelerde mücbir sebep, sözleşme yapma süresini kesen bir faktör olarak karşımıza çıkar.¹⁵¹ Mücbir sebebin varlığı halinde istekliler hakkında yasaklama kararı verilemez.

Türk Dil Kurumu'na göre mücbir sebep, herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylardır.¹⁵² Özel hukukta mücbir sebep, bir borcun veya genel bir davranış yükümlülüğünün yerine getirilmesini engelleyen, borçlunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan, öngörülemez ve kaçınılamaz bir olay olarak tanımlanmaktadır.¹⁵³ Öngörülemezlik, kişinin iş hayatının olağan akışında göz önüne almakla yükümlü olmadığı durumları ifade etmekte olup sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumlardır.¹⁵⁴ Mücbir sebep hallerinin tamamı sayma suretiyle belirlenemeyeceğinden, öngörülemez ve önlenemez olması koşuluyla her somut durum Kamu İhale Kurumu tarafından değerlendirilerek karar verilecektir.

Bu hususa ilişkin bir uyuşmazlıkta, dava; 26.08.2014 tarihli ve 29100 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilen 21.08.2014 tarihli ve 34279 sayılı Bakanlık Olur'u ile

¹⁵¹ Taşdelen, a.g.e., 2006, 305.

¹⁵² <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁵³ Yıldırım, T. (2019). "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), 1521.

¹⁵⁴ Kaya, Ü. (2016). 'Sözleşmenin Uyarlanması Sonra Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 1593.

davacı şirketin 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce;

“İller Bankası A.Ş. tarafından 24.06.2014 tarihinde 4734 Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan “Çayeli (Rize) İçmesuyu Kesin İhale Projesi Hizmet Alım İşi” ihalesinin davacı şirket üzerinde kaldığı, idarece 17.07.2014 tarihinde firmaya sözleşmeye davet yazısı gönderildiği, davacının sözleşmenin imza tarihi olan 31.07.2014 tarihine kadar sözleşme imzalamak üzere getirmesi zorunlu olan evraklardan şirket müdürüne ait adli sicil belgesini yasal süresi içerisinde getirmediği, bu nedenle sözleşmenin imzalanamadığı, uyuşmazlık konusu olayda; davacı tarafından şirket müdürünün yurt dışında bulunması nedeniyle istenen belgenin sunulamadığı ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesi anlamında verilen taahhüde ilişkin belgelerin sözleşmenin imzalanması aşamasında sunulamaması halinde uygulanacak yaptırımın sadece geçici teminatın irat kaydı olacağı ileri sürülmüşse de; davacının kendisine verilen süre zarfında idarece istenilen belgeleri sunmadığı, bu nedenle sözleşmenin imzalanamadığının açık olduğu, ayrıca, mücbir sebep hallerinin Kanunda sınırlı olarak belirtildiği, olayda da bu hallerin var olmadığı anlaşıldığından, taahhüdünü yerine getirmeyen davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı”

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiş, Danıştay 13. Dairesinin 10.10.2016 tarih ve E:2916/3534, K:2016/3206 sayılı kararı ile onanmıştır.

Söz konusu onama kararında yer alan bir üyenin muhalefeti ise, “İdari yaptırımların cezai nitelikleri ve bu anlamda ceza hukukunu ilgilendiren yönleri mevcut olduğundan, bunların idare tarafından uygulanması ve yargısal denetimi açısından klasik idari işlemlerden ayrıldığı da açıktır. Bu çerçevede savunma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, lehe olan kanunun uygulanması, cezaların bireyselliği ve ölçülülük ilkesi gibi ilkelerin idari yaptırımlar alanında da uygulanması zorunludur. Genel ceza normu incelendiğinde cezai hükümler içeren normların açık, hareket unsurunu yalın bir şekilde ortaya koyar ve hangi hareketin karşılığının hangi cezanın gerektirdiğini açıklar nitelikte olması; hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın “açık”, “anlaşılır” ve “sınırlarının belli olması” gerekmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde de idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından tüm cezalar bakımından bu hususların uygulanması elzemdir.

Dosyanın incelenmesinden; idare tarafından 02.07.2014 tarih ve 80670489.353.08-15975 sayılı sözleşmeye davet yazısı ile 4734 sayılı Kamu İhale

Kanununun 10. maddesinin 4. fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olunmadığının belgelendirilmesinin istenildiği, davacı tarafından süresi içinde 02.06.2014 tarihli adli sicil belgesinin sunulduğu, ancak sunulan adli sicil belgesinin düzenleme tarihinin ihaleden 22 gün önce olduğu anlaşılmaktadır. Hangi tarihli adli sicil belgesinin sunulacağı konusunda açık bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi sözleşmeye davet yazısında da net bir şekilde hangi tarihli adli sicil kaydının talep edildiğinin belirtilmediğinden dava konusu işlemde kanunilik ilkesi gerçekleşmemiş bulunmaktadır. “ yönündedir. Kanaatimizce söz konusu karardaki karşı oy, idari yaptırım olan ihaleden yasaklama işlemi için ilk bölümde açıkladığımız üzere uygulanmak zorunda olan kanunilik ve belirlilik ilkesi gereğince daha isabetlidir. Dolayısıyla somut durum mücbir sebep olarak değerlendirilemeyecek olsa da bu durum usulüne göre sözleşme imzalamama olarak nitelendirilip yasaklama yaptırımı uygulanmamalıdır.

3.3.2. 4735 sayılı kamu ihale kanununa göre yasaklama sebepleri

4735 sayılı Kanun’un 25 ve 26. maddelerinde kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama sebeplerine yer verilmiştir. Yasak fiil ve davranışlar söz konusu maddelerde ve bu maddelerin atıfta bulunduğu Kanun’un 16, 21, 22, 27 ve 29. maddelerinde sayılmıştır.

İhalelere katılmaktan yasaklama başlıklı 26. maddede; 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmeyeceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin uygulanması sırasındaki yasak fiil ve davranışları belirten 25. maddede ise; “Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

Kanun’un 25. maddesinin g fıkrasındaki atıfla, 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması halinde yasaklama yaptırımının uygulanacağı düzenlenmiş, sözleşmenin devri başlıklı 16. maddede de; sözleşmenin, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebileceği, ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranmasının zorunlu olduğu, ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemeyeceği veya devir alınamayacağı, izinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar başlıklı 21. maddesinde, ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunan yüklenicinin fiillerinin sözleşme aşamasında tespit edilmesi halinde diğer yaptırımların yanı sıra hakkında 26. madde hükümlerine göre yasaklama kararı da verileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler başlıklı 22. maddesinde de sözleşmenin 19, 20 ve 21. madde hükümlerine göre feshedilmesi üzerine yükleniciler hakkında 26. madde uyarınca yasaklama kararı verileceği düzenlenmiştir.

Yüklenicilerin cezai sorumluluğu başlıklı 27. maddede, sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunanların bu fiil ve davranışlarının aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmesi ve haklarında kamu davası açılması, bu kamu davası sonucunda cezaya hükmolunması halinde mahkeme kararı ile 26. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla birlikte üç yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanacağı düzenlenmiştir. Bu yasaklama kararının güvenlik tedbiri niteliğinde olduğundan daha önceki bölümlerde bahsetmiştik.

Son olarak, bilgi ve belgeleri açıklama yasağı başlıklı 29. maddede, gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa edenler hakkında 28. maddede belirtilen müeyyide ile birlikte 26. madde uyarınca yasaklama kararı verileceği düzenlenmiştir.

İdari yaptırımlar dolayısıyla bir idari yaptırım olan yasaklama işlemi hakkında yukarıda söz ettiğimiz temel ceza hukuku ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesinin uygulanacağından yukarıda bahsetmiştik. 4734 ve 4735 sayılı Kanun'da yasaklama kararı verilebilecek hallerin ayrıntılı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Bu düzenlemelerin dışına çıkılarak uygulanacak ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Burada, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışlar gerçekleşir ise, 4735 sayılı Kanun'un yasaklama hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Danıştay 13. Dairesi'nin, bu konuya ilişkin olarak,

“...Diğer taraftan, 11.11.2009 tarih ve 27403 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü ve Bağlı Dağıtım Şirketlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik’in 98. maddesinde, yasak fiil ve davranışların neler olduğu sayılmış; 99. maddesinde, yasak fiil ve davranışlarda bulunanların bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanacağı düzenlenmiş; “Yönetmelikte hüküm bulunmayan hususlar” başlıklı 107. maddesinde ise, bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, KİK Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, KİK Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Kamu İhale Kurumunca ihale ve satın alma konularında yayımlanan ilgili mevzuatın uygulanacağı kural altına alınmıştır.

Bakılan uyuşmazlıkta, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3/g maddesi kapsamında açık ihale usulü ile 11.07.2008 tarihinde yapılan “El Bilgisayarı

(GPRS) ile Endeks Okuma Hizmet Alımı” ihalesinin davacı şirket uhdesinde kalmasından sonra, 19.08.2008 tarihinde taraflar arasında sözleşme imzalandığı; davacı şirketin, sözleşme kapsamında yapması gereken işleri gerektiği gibi yapmadığı ve birtakım usulsüzlükler bulunduğu yönünde yapılan şikayetler üzerine, konuya ilişkin yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen Teftiş Kurulu raporu uyarınca, 4735 sayılı Kanun’un 25/c maddesinin ihlali nedeniyle aynı Kanun’un 26 maddesi uyarınca yasaklama işlemi tesis edildiği görülmektedir.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun’un 3/g maddesi kapsamında yapılan ve uyuşmazlığa konu yasaklama işleminin tesis edildiği ihaleyle ilgili olarak, ihale aşamasında davacı şirketin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu yönünde herhangi bir tespit bulunmadığı ve 4734 sayılı Kanun’a göre yasaklama işlemi tesis edilmediği; diğer yandan, sözleşmenin imzalanmasından sonra tespit edilen fiil ve davranışların ise, yapılan ihale sonucu imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun kapsamı dışında olması sebebiyle, anılan Kanun hükümleri uyarınca yasaklama işlemi tesis edilmesine olanak bulunmadığı; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun ilgili hükümleri uyarınca da, yukarıda adı geçen Yönetmelikte yer alan atıflar nedeniyle idari yaptırımın kanuniliği ilkesinin sağlandığının kabulüne imkân bulunmadığından, 4735 sayılı Kanun’da açıkça çerçevesi çizilen kapsamın dışında kalan ihale sonrası imzalanan sözleşmedeki taahhütlere aykırı edim nedeniyle yasaklama işlemi tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğu dikkate alındığında, davaya konu edilen yasaklama işleminde hukuka uygunluk ve davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”¹⁵⁵

şeklindeki gerekçeyle, 4734 sayılı Kanun’un 3/g maddesi kapsamında yapılan ihalelerle ilgili olarak, ihale aşamasından sonra yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesi halinde, kanunilik ilkesi gereği 4735 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde yerleşik içtihadı bulunmaktadır.

Danıştay 13. Dairesi, bu konuya ilişkin yerleşik içtihadında değişikliğe giderek 04.11.2020 tarih ve E: 2016/4547, K:2020/3023 sayılı kararında,

“4734 sayılı Kanun’un “İstisnalara ilişkin esas ve usuller” başlıklı Geçici 4. maddesinde, söz konusu Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kurala bağlanmıştır. 4734 sayılı Kanun’un “Amaç” başlıklı 1. maddesinde, bu Kanun’un amacının ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu, 4735 sayılı Kanunun “Amaç” başlıklı 1. maddesinde ise, bu Kanun’un amacının Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiştir. İhalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar ile ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümler de anılan kanunlarda düzenlendiğinden, bu kanunların sistematigi açısından ceza ve yasaklama hükümlerinin de esas ve usule ilişkin kurallar kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁵⁵ Danıştay 13. Dairesi’nin 19.09.2013 tarih ve E: 2013/1279, K:2013/2292 sayılı kararı

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararlarında ya da ilgili kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin hükümler açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması durumunda, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kuralının yer aldığı Kanunun Geçici 4. maddesi ile ortaya çıkan bu sistemin, hem 4734 sayılı Kanun'un hem de 4735 sayılı Kanun'un amacına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine ve ulaşılması amaçlanan hedeflere uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim, kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin giderilmesi, kamu kaynaklarının etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği olan faaliyetlerde aksamalar olmaması ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kuralların ve ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalelere ilişkin süreçte yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi karşısında, kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaati gereği, istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde de 4735 sayılı Kanun'da yer alan ceza ve yasaklama hükümlerinin evleviyetle uygulanması gerekmekte olup, bu durum kanun koyucunun amacına da uygun bulunmaktadır.

Hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetini, idari yaptırımları, kamu düzeninin sağlanması için alınacak idari önlemleri belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak çeşitli düzenlemeler yapabilir.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği anılan Kanun'un Geçici 4. maddesinde açıkça belirtildiğinden ve istisna kapsamındaki ihalelere özgü Bakanlar Kurulu kararları ya da kurumların çıkardığı yönetmelikler ile ceza ve yasaklama açısından 4735 sayılı Kanun'a yapılan atıf hukuk devleti ilkesi bakımından yeterli olduğundan, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'a uygun olmak kaydıyla ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde kanunilik ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Dairemizin tüm üyelerinin katılımıyla 30/11/2016 tarihinde yapılan toplantıda "içtihat değişikliği"ne gidilmiş olup yukarıda belirtilen gerekçelerle, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen istisnalar kapsamında yapılan bir ihale sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak fiil

ve davranışların işlendiğinin anlaşılması hâlinde, 4735 sayılı Kanun uyarınca yasaklama işlemi tesis edilebileceği sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda uyuşmazlığın, anılan toplantıda alınan ilke kararında belirlenen genel ilkelerin, somut olaya uygulanması suretiyle çözümü gerekmektedir.

Öte yandan, her ne kadar temyize konu karar Dairemizin bozma kararına uyularak verilmişse de, bozma kararından sonraki tarihte tüm üyelerin katılımıyla alınan aksi yöndeki ilke kararının içtihat değişikliğine ilişkin olduğu ve söz konusu tarihten itibaren Dairemiz tarafından istikrarlı bir şekilde uygulandığı göz önüne alındığında, hakkaniyet ve hukukun üstünlüğü gereğince önceki bozma kararının, temyiz incelemesinin oluşan bu yeni hukukî koşullar altında yapılarak farklı gerekçeyle bir karar alınmasına engel teşkil etmediği değerlendirilmiştir.

Yukarıda yer alan saptamalardan hareketle, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4734 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesine dayanılarak ilgili kurumlar tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde yer alan atıf nedeniyle 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümleri uygulanmak suretiyle 4735 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir.

....

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'un 3/g maddesi uyarınca gerçekleştirilen ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin yürütülmesi aşamasında tespit edilen fiil ve davranışlar nedeniyle, davacının 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca iki yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği görülmekle birlikte, isnat edilen fiil ve davranışların sözleşmenin ifası aşamasıyla ilgili olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ilgili kurum tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde 4735 sayılı Kanun'a yapılan bir atıf veya ifa aşamasındaki yasak fiil ve davranış sebebiyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebileceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı anlaşıldığından, yasal dayanağı bulunmayan dava konusu işlemde hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.”

şeklinde değerlendirme yapmıştır.

Buradan hareketle; 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre yapılan bir ihale sonucunda imzalanan sözleşme sonrasında, işin yürütülmesi safahatında 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer verilen yasak fiil ve davranışların işlenmesi halinde 4735 sayılı Kanun uyarınca yasaklama işlemi tesis edilebilecektir. Ancak bunun için ilgili kurum tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde 4735 sayılı Kanun'a yapılan bir atıf bulunması şarttır. 4735 sayılı Kanun'a atıf bulunması halinde kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği düşüncesi ile söz konusu içtihat değişikliğinin yerinde olduğunu düşünüyoruz.

İhaleden yasaklama yaptırımının uygulanması, uygulayacak idareler ve başvurulabilecek idari tedbirler konusunda, 4735 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'daki düzenlemeler paraleldir. Bu sebeple, 4734 sayılı Kanun açısından inceleme yaparken ihaleye katılma yasağı ile ilgili yapılan açıklamalar, 4735 sayılı Kanun için de geçerlidir. Her iki Kanun arasındaki tek fark, yasak fiil ve davranışın gerçekleştiği aşamadır. 4734 sayılı Kanun'a göre ihaleye katılmaktan yasaklama, ihale işlemleri sırasında işlenen yasak fiillerden dolayı; 4735 sayılı Kanun'a göre verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararı, ihale sözleşmesinin uygulanması sırasında ortaya çıkan yasak fiil ya da davranışlardan dolayı uygulanır. Bu sebeple 4735 sayılı Kanun açısından yasak fiil ve davranışları irdelerken yalnızca 4734 sayılı Kanun'a göre de yasak fiil ve davranış olarak belirlenenler dışında kalanlar açıklanacaktır.

3.3.2.1. Sözleşme konusu işin yapılmaması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanılması, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapılması nedeniyle ihaleden yasaklama

İhale sonucunda idare ile sözleşme imzalayan taraf taahhüdünü sözleşme hükümlerine göre yerine getirmek zorundadır. Getirmemesi halinde idarece sözleşme feshedilebileceği gibi bu bent uyarınca ihaleden yasaklama yaptırımı da uygulanır. Bu bent ile teknik şartnamede düzenlenmemiş olsa dahi yükleniciye fen ve sanat kurallarına uyma, eksik ve kusurlu imalat yapmama sorumluluğu yüklenmektedir.

Danıştay 13. Dairesi 03.04.2018 tarih ve E:2013/2296, K:2018/1261 sayılı kararında,

“Gerek Yargıtay’ın bozma kararında gerekse İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin beraat kararında, 29.11.2011 tarihli bilirkişi raporunda yangın hidrant tesisatındaki arızanın hileli malzeme veya eksik malzeme kullanımından kaynaklanmayıp, uygun malzemenin fen ve sanat kurallarına aykırı hareket edilmesi suretiyle döşenmesinden kaynaklandığı tespit edilmiştir.

Bu bağlamda, yapılan ceza yargılaması sonucunda beraat kararı verilmesi, yani eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi, bir kamu idaresi tarafından gerçekleştirilen ihalede yasaklama sebebi olan “sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak” fiilini ortadan kaldırmamaktadır.

Bu durumda, her ne kadar davacı hakkında kamu kurum ve kuruluşları aleyhine dolandırıcılık suçunun yasal unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmiş ise de, yasaklama kararı verilebilmesi için fiilin suç teşkil etmesinin zorunlu olmadığı dikkate alındığında, sözleşme konusu işi fen ve sanat kurallarına aykırı şekilde yaptığı tespit edilen davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.”

şeklinde karar vermiştir.

Kısaca bu bende göre ihaleden yasaklama kararı verilebilmesi için, yapılan işin sözleşmeye, şartnameye aykırılık teşkil etmesi de suç teşkil etmesi de gerekli değildir. Yani ihale konusu iş sözleşme ve şartnameye uygun görünse dahi, sözleşme ve şartnamede belirtilmeyen hususlarda fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapıldığının tespiti halinde bu bent kapsamında ihaleden yasaklama uygulanabilecektir.

3.3.2.2. Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek

İdareye ait ekonomik bir değerde, eksilmeye sebep olan her türlü fiil, zararı ortaya çıkarır.¹⁵⁶ Zararın maddi zarar mı yoksa manevi zarar mı olduğu hususunda açıklık bulunmamaktadır. Somut uyuşmazlıklara bakıldığında genel olarak idareye verilen maddi zarar nedeniyle tesis edilen yasaklama kararları olduğu ve yargı önüne taşındığı görülmekle beraber, manevi zarara ilişkin Danıştay’ın şöyle bir kararı da bulunmaktadır:

“...Dosyanın incelenmesinden, “İstanbul Topkapı Sarayı, III. Ahmet Kütüphanesi Restorasyonu ve Teşhir Tanzim İşİ” ihalesinin davacı şirket üzerinde kaldığı, taraflar arasında uygulama işlerine ait tip sözleşmenin 22.01.2014 tarihinde imzalandığı, ihale konusu iş kapsamında devam eden restorasyon çalışmaları sırasında iş iskelesinin kısmen çökmesi sonucunda yerine yerleştirilmekte olan revzenlerden sağ revzenin düşerek onarılamayacak şekilde tamamen, sol revzenin ise 3/4 oranında kırıldığı, davacı şirketin, işin yapımı sırasında yapıya zarar verdiğinden bahisle 4735 sayılı Kanun’un 25. ve 26. maddeleri uyarınca bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, söz konusu yasaklama kararının 26.08.2015 tarih ve 29457 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bahse konu restorasyon işine yönelik olarak yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 15.06.2015 tarihli muhakkik raporunda tespit edilen hususlar değerlendirildiğinde, onarım ve restorasyon işinin sözleşme ve eklerine uygun olarak yapılmadığı, 60 kg ağırlığındaki revzenlerin sökülmesi ve takılmasının

¹⁵⁶ İsbir, B. (2009). “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 81.

kontrol heyetinin gözetiminde yapılması gerektiği hâlde, kontrol heyetine haber verilmeksizin, işin uzmanı olan kişinin yanında bir temizlik işçisi ve orada bulunan müteahhit firma sahibinin oğlu tarafından önemli bir eserin önemli bir parçasının takılması sırasında meydana gelen kazanın, yüklenici firmanın iş güvenliği tedbirlerini almamasından ve işin denetim yapılmaksızın uzman olmayan kişilerce yapılmasından kaynaklandığı görülmektedir.

Taşınmaz kültür varlıklarının restorasyonları sırasında meydana gelecek zararlar ile tarihi olmayan sıradan yapılarıdaki imalat hatalarının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği, davacı şirketin ihale konusu iş kapsamında sebep olduğu zararı yalnızca fiziksel anlamda giderdiği, işin geçici kabulünün yapılmış olmasının restorasyon işinin kusursuz olarak yapıldığını göstermeyeceği, dolayısıyla kültür varlığının orijinalliğinin, enderliğinin ve sanatsal değerinin geri dönüşü olmayan bir surette zarar görmesi gerçeğini değiştirmeyeceği; öte yandan, davacının ödediği tazminat ile yalnızca fiziksel zararı giderebileceği, davacı yüklenicinin kusurlu olarak 200 yıllık revzenin onarılamayacak şekilde parçalanmasına sebebiyet vermesi sonucunda tarihi bir mirasın yok olduğu dikkate alındığında, meydana gelen manevi zararın telafi edilemeyeceği açıktır.

Bu durumda, davacının sübut bulan fiil nedeniyle ihalelere katılmaktan bir yıl süre ile yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”¹⁵⁷

Bu kararda, ihaleden yasaklama kararının gerekçesinin, işin sözleşmeye uygun yapılmaması mı, fen ve sanat kurallarına uygun yapılmaması mı, yoksa işin yapımı sırasında idareye zarar verilmesi mi olduğu anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce bu bent kapsamında ihaleden yasaklama kararı verilebilmesi için taahhüdün sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi, ancak taahhüdün yerine getirilmesi sırasında idareye zarar verilmesi gerekir. Nitekim bu karara konu uyuşmazlıkta böyle bir durum söz konusudur.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Danıştay tarafından, idarece birden fazla sebebe dayanılarak ihaleden yasaklama kararı verilmesi hali işlemi sakatlar nitelikte görülmemektedir. Kararın gerekçesinden ise, Danıştay’ın; yasaklama kararının tesisini, kültür varlığının orijinalliğinin, enderliğinin ve sanatsal değerinin geri dönüşü olmayan bir surette zarar görmesine sebebiyet verilmesi sonucunda meydana gelen manevi zarara dayandığı görülmektedir. Zarar kavramını geniş anlamda kabul edersek, idarelerin manevi zarara uğramasının da mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu karardan yola çıkarak da Danıştay tarafından idarenin manevi

¹⁵⁷ Danıştay 13. Dairesi’nin 11.01.2018 tarih ve E:2017/900, K:2018/150 sayılı kararı

zarara uğramasının ve bu durumun ihaleden yasaklamaya sebep olmasının kabul edildiğini belirtebiliriz.

İdarenin maddi zarara uğratılması nedeniyle tesis edilen bir ihaleden yasaklama kararına ilişkin ise, idare Mahkemesi'nce verilen karar;

“...ihalenin davacı üzerinde bırakılarak 11/06/2018 tarihinde sözleşme imzalandığı, İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 29/07/2019 tarih ve E.7093 sayılı yazısıyla “sözleşme kapsamında tarafınızdan düzenlenerek idaremize teslim edilen Karayolları Motorlu Araçlar Mali Sorumluluk Sigorta Poliçeleri ve brüt prim tutarlarının geriye dönük olarak bir kez daha incelenmiş ve Ek-1’de yer alan, sigorta poliçelerinden 858 adedinin brüt prim tutarlarının, Hazine Müsteşarlığı tarafından 10/04/2017 (2017/1) tarihinde yayınlanan genelgeye aykırı olarak basamaklara göre belirlenen azami brüt prim tutarlarının üzerinde ücretlendirildiği tespit edilmiştir. Tahsis edilen işlemin ihale sözleşmesinin 16.4 maddesinde belirtilen 4735 sayılı Kanun’un 25. maddesinde yer alan, “d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29. madde hükümlerine aykırı hareket etmek,” yasak fiil ve davranışlarına girdiğinin tespit edildiğinden ... ihalesi sözleşmesi ihale yetkilisince feshedilmiştir.” şeklinde bildirim yapılarak sözleşmenin feshedildiği, 21/08/2019 tarihli İzmir Valiliği yazısıyla davacı şirketin yasaklanması talepli dilekçenin aynı tarihte Bakanlık kayıtlarına girmesi üzerine 10/09/2019 tarihli Bakanlık Olur’u ile davacı şirketin 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden yasaklanmasına karar verilerek işlemin 12/09/2019 tarihli Resmi Gazete’de yayımlandığı, davacı şirketin, sigorta poliçeleri brüt prim tutarlarını, Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerine İlişkin 2017/1 sayılı Genelge’de geçen azami brüt prim tutarlarının üzerinde yapmasının sonradan anlaşılması sebebiyle sözleşmesinin feshedildiği ve ihalelerden yasaklandığı, davacı şirket tarafından söz konusu sigorta poliçeleri brüt prim tutarlarının azami brüt prim tutarlarının altında yapıldığına ilişkin herhangi bir iddiada bulunulmadığı, bu hususun sabit olduğu, her ne kadar davacı şirket tarafından anılan genelgeye uyulacağının sözleşmede belirtilmediğinden işlemin dayanaksız olduğu iddia edilmekte ise de sigorta şirketlerince uygulanması gereken Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerine ilişkin düzenlemelere yer verilen genelgeye aksi belirtilmediği sürece davacı şirket tarafından da uyulması gerektiği, tüm işe bakıldığında idarenin zararına değil aksine menfaatine yönelik olarak düzenlendiğinden işlemin konusuz kaldığı iddiasının ise, davacı şirketin 858 adet sigorta poliçesinde söz konusu genelgeye aykırı davrandığı hususunun sabit olduğu, söz konusu cezanın 858 adet poliçenin düzenlemeye aykırı olarak düzenlenmesinden dolayı verildiği ve bu poliçeler için kamu zararı doğduğunun açık olduğundan yerinde bulunmadığı, yasaklama talepli dilekçenin 21/08/2019 tarihinde Bakanlık kayıtlarına girdiği ve 10/09/2019 tarihli Bakanlık Olur’u ile davacı şirketin 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden yasaklanmasına karar verildiği, yasaklama işleminin süresi içinde tesis edildiği görüldüğünden davacının bu yöndeki

iddiasının da yerinde bulunmadığı sonucuna varılarak dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır.”

şeklinde olup, Danıştay 13. Dairesi’nin 05.10.2020 tarih ve E:2020/2399, K:2020/2394 sayılı kararıyla onanmıştır. Söz konusu kararla yerinde olarak, kamu zararı oluşmasına sebebiyet verilmesi bu bent kapsamında idareye verilen maddi zarar olarak değerlendirilmiştir.

Bu bent kapsamında yasaklama işlemi tesis edilebilmesi için, zararın herhangi bir şekilde ortaya çıkan bir zarar değil, taahhüdün yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan bir zarar olması gerekir.

3.3.2.3. Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29. madde hükümlerine aykırı hareket etmek

4735 sayılı Kanun’un, “Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı” başlıklı 29. maddesinde, “Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 26 veya 28 inci maddede belirtilen müeyyideler uygulanır.” düzenlemesi yer almaktadır. Öncelikle bu bendin hizmet alımı ihaleleri bakımından getirilmiş özel bir yasak fiil ve davranış olduğu ifade edilmelidir.¹⁵⁸

Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek fiilinden farklı olarak bu bent ile bilgi ve belgeleri açıklama yasağını düzenleyen 29. maddeye uymayan idare görevlilerinin de ihaleden yasaklanacağı düzenlenmektedir. Bu bentte 29. madde hükümlerine uymayanlardan kasıt, idarelerin ihalelerin hazırlık sürecinde danışmanlık hizmeti aldığı görevlilerdir. Bu görevlilerin, yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa etmeleri, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanmaları halinde yasaklanacakları düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra, sözleşme konusu işle ilgili bilgisini ve deneyimini, idarenin zararına kullanan yüklenici de yasaklama hükümlerine tabi tutulacaktır.

¹⁵⁸ Canbazoglu, a.g.e., 2017, 293.

3.3.2.4. Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek

Taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun yerine getirmemek fiili de ihaleden yasaklamayı gerektirir. Mücbir sebep halleri ise yine bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Mücbir sebebin ne olduğuna ise önceki bölümlerde değinmiştik.

3.3.2.5. Sözleşmenin 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmenin devri" başlıklı 16. maddesinde, sözleşmenin, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebileceği, ancak devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranmasının zorunlu olduğu, ayrıca isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşmenin devredilemeyeceği veya devir alınamayacağı, izinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir.

Anılan Kanun hükmü ile asıl amaçlanan husus, uygulamada sözleşmelerin sık sık ve hatta işe başlanmadan önce dahi devredildiği görüldüğünden, taraf değiştirmek suretiyle sözleşme devirlerinin zorlaştırılması, bu şekilde hakkın kötüye kullanılarak kanuna karşı hile yoluyla, kanunun öngördüğü bir düzenleme ile öngörmediği bir sonuca ulaşılmasının önüne geçilmesidir.¹⁵⁹

Uygulamada bu hususta pek uyuşmazlık çıkmamakla birlikte, çıkan bir uyuşmazlık şu şekildedir: Davacı şirketin üstlendiği Erzurum Hava Meydan Komutanlığı kanalizasyon hattı onarım işine ait sözleşmeyi, idareden izinsiz olarak devrettiğinden bahisle davacı şirketin ve çoğunluk hissesine sahip diğer davacı Abdulsalih Aybar'ın 1 yıl 6 ay süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 05.05.2010 tarih ve 27572 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce;

¹⁵⁹ Zor/Yosunkaya, a.g.e., 2014, 292.

“...davacı şirket ile Y... A.Ş. arasında düzenlenen Uzman Ekip Sözleşmesi’nin “Sözleşmenin Konusu” başlıklı 2. maddesinde belirtildiği üzere, davacının taahhüdünde bulunan Erzurum Hava Meydan Komutanlığı Kanalizasyon Hattı Onarımı işi kapsamında tüm altyapı, inşaat, elektrik ve mekanik tesisat işlerini, idare ile imzalamış olduğu ana sözleşme bedeli üzerinden % 22 tenzilat ile davalı idarenin izni olmadan başka bir firmaya devrettiği açık olduğundan, sözleşmenin 4735 sayılı Kanunu’nun 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi nedeniyle aynı Kanun’un 26. maddesi hükmü gereğince tesis olunan yasaklama işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı...”

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, söz konusu karar Danıştay 13. Dairesi’nin 14.01.2013 tarih ve E:2010/5035, K:2013/7 sayılı kararı ile onanmıştır.

3.4. Mahkeme Kararı ile İhaleden Yasaklama

4734 sayılı Kanun’un, “İsteklilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 59. maddesinde, “Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.” düzenlemesi yer almaktadır.

Kamu İhale Kanunu’nun 59. ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca mahkemelerce verilen yasaklama kararları yargısal (kazai) bir yaptırım olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun getirdiği yeni ceza anlayışı çerçevesinde güvenlik tedbiri niteliğindedir.¹⁶⁰ Güvenlik tedbiri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır.¹⁶¹ Bu güvenlik tedbiri ekonomik bir yoksunluk olarak adlandırılabilir.¹⁶²

¹⁶⁰ Gök, a.g.e., 2009, 1211.

¹⁶¹ Özgenç, İ. (2006). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 609.

¹⁶² Kaya, C. (2006). “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, *SÜHFD*, 4(2), 155.

İhale katılımcısı hakkında idari yasaklama kararı da varsa, idari yasaklamaya ilişkin sürenin bitiminden itibaren başlamak üzere mahkemece verilen yasaklama kararı uygulanır.



4. İHALEYE KATILMAKTAN YASAKLAMA KARARININ UYGULANMASI

4.1. İhaleye Katılmaktan Yasaklama Kararının Verilmesi ve Uygulanması Usulü

Yukarıdaki bölümlerde hangi durumlarda ihaleden yasaklama kararı verilmesi gerektiği üzerinde durduk. Bu bölümde de hangi idari usullerle karar verileceği ve verilen kararın ne şekilde uygulanacağı üzerinde duracağız. Kamu hizmeti teşebbüslerinin, idari faaliyetlerinin kendine özgü bir kudreti olmasının doğal bir neticesi, bu kudretin kullanımının birtakım usullere tabi bulunması olup, idare kudretine dayanan ve bu sebeple fertlerin faaliyet usulünden ayrı bir mahiyet ve şekil arz eden bu usullere idari usuller denilmektedir.¹⁶³ Aşağıda, ihaleden yasaklama kararlarının verilmesi ve uygulanmasına ilişkin idari usullere yer verilmiştir.

4.1.1. Yasaklama Kararının Verilme Süresi

4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 4. fıkrasında, *“Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumu'nca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.”* düzenlemesi yer almaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin “Yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği” başlıklı 28.1.5. maddesinde ise; *“Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 58 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan sürelerin disiplinler niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır.”* düzenlemesi yer almaktadır.

¹⁶³ Onar, a.g.e., 1966, 1590.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin yukarıda yer verilen düzenlemesi ile söz konusu sürenin hukuki niteliği konusunda yaşanan tereddütler giderilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla yasaklamayı gerektiren eylemin tespitinden itibaren kırkbeş gün içinde yasaklama kararı verilmek zorunda olup bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesine imkân bulunmamaktadır.¹⁶⁴

Yasaklamaya konu fiilin işlendiği tarih değil tespit edildiği tarih esas alınmıştır. Burada yasaklanan fiil ve davranışın tespiti esas olduğundan, bu eylemin yasaklanması gereken bir eylem olup olmadığı hususu ancak bu hususta yetkili ve görevli idarenin değerlendirmesi ile açıklığa kavuşacak olup, kırkbeş günlük sürenin başlangıcı, yasaklamaya konu eylemin idarenin ilgili veya bağlı olunan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihten itibaren esas alınacaktır.¹⁶⁵

Yasaklama kararının bakanlıklar tarafından yapılan ihaleler için değil de bakanlıkların bağlı veya ilgili kuruluşlarının yaptığı ihaleler hakkında bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle 45 günlük sürenin kaçırılma ihtimali yüksektir. Bu durumda, ilgili idari yetkililer hakkında gerekli yasal yaptırımlar uygulanabilir ise de, ihalelere fesat karıştırma fiilini gerçekleştiren kişiler idari yaptırımdan kurtulmuş olacaklardır.¹⁶⁶

Danıştay 13. Dairesinin 13.06.2016 tarih ve E.2016/1587, K:2016/2426 sayılı kararında,

“...Söz konusu madde ile getirilen kırkbeş günlük süre, yasaklama kararı verecek merciin, işi karara bağlamasına yönelik bir süre olup, fiilin işlendiği tarihten belli bir süre geçtikten sonra, karar verilmesini engelleyen bir zamanaşımı süresi niteliğinde bulunmamaktadır. Bu itibarla sürenin başlangıcını saptayabilmek için, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu,

¹⁶⁴ Yılmaz, İ. (2011). *İhale İşlemleri ve Yasaklılık*, Ankara, 70.

¹⁶⁵ Kılıç, D. (2010). *Kamu Alımları ve İhale Sözleşmeleri*, Ankara, 468.

¹⁶⁶ Sezer, a.g.e., 2012, 195.

ancak, sözleşmeyi uygulayan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır. Aksi bir uygulama, ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararı verecek bakanlığın, teşkilatlanma farklılıkları nedeniyle, iletişimde gecikmeler olacağı göz önüne alındığında, bütün yasaklamalarda bu sürenin aşılması sonucunu beraberinde getirecektir.

Uyuşmazlıkta; ihaleye katılmaktan yasaklanmaya ilişkin fiilin 29.12.2014 tarihinde BİMER kanalıyla İller Bankası Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü'ne yapılan başvuru sonrasında davalı idare tarafından öğrenilmesi üzerine 45 gün içerisinde davacının ihalede tespit edilen fiilinden ötürü 4734 sayılı Kanun'un 17/(b) ve (d) hükümleri gereğince bir yıl süreyle kamu ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin teklif sunulduğu, Bakanlık Makamının 29.01.2015 tarihli Oluru ve 30.01.2015 tarih ve 5116 sayılı işlem ile teklifin kabul edilerek yasaklama kararının 03.02.2015 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandığı görülmektedir.

Bu durumda; aktarılan Kanun hükümlerine ve yapılan açıklamalar sonucu şirketin ortağı ve yöneticisi olduğu firma hakkında 29.12.2014 tarihinde BİMER kanalıyla İller Bankası Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü'ne yapılan başvuru sonrasında yapılan inceleme sonucu Kanun'da öngörülen yasak fiil ve davranışta bulunduğu anlaşılan ve davalı idareye bildirilmesi üzerine 45 gün içerisinde davacının 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık; işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.”

ifadelerine yer verilerek 45 günlük sürenin başlangıcının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlığa ihaleyi yapan idarenin bildirim yaptığı tarih olduğu belirtilmiştir.

Danıştay'ın 45 günlük sürenin başlangıcı konusundaki bu yaklaşımı doktrinde kimi hukukçular tarafından hukuka aykırı bulunmakta, eleştirilmektedir. Örneğin bu konuda SEZGİNER yerleşik Danıştay görüşünü,

“Anayasamıza göre idare kuruluş ve görevleri ile bir bütündür. Herhangi bir makamın kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararını gerektiren fiil ve davranış tespit etmesi ile birlikte kırkbeş günlük süre işlemeye başlamıştır. Bu davranışın tespiti, Danıştay kararlarında ifade edildiği gibi, fiilin yasaklanmayı gerektiren bir fiil olduğu yönündeki iradenin dışı vurumu ‘durumun gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirilmesi’ değildir. Esasında yasaklamaya ilişkin olarak gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirim yapılmadan önce, yasaklamayı gerektiren fiil sebebiyle idare tarafından alınan kararlar vardır. Mesela, yasak fiil sebebiyle istekli ihalede değerlendirme dışı bırakılmış, geçici teminatı gelir kaydedilmiş, yasak fiil sözleşmeden sonra tespit edilmişse sözleşme feshedilmiş ve kesin teminat gelir kaydedilmiş veya sözleşme hükümlerine uygun olarak iş yapılmadığı için sözleşme feshedilmiş hatta edimin ifasına fesat karıştırıldığı iddiasıyla yüklenici için suç duyurusunda bulunulmuş olabilir. Danıştay’a göre,

idarelerin bu işlemleri, yasaklama gerektiren fiilin idare tarafından tespit edilmiş olması anlamına gelmez! Bu tespit için mutlaka yasaklama kararı vermekle yetkili olan Bakanlığa bildirim yapılmış olması gerekir! Yukarıda da ifade edildiği üzere, yasaklama kararı verilmesi konusunda idare bağlı yetki ile hareket etmektedir. Bir yasak fiil tespit edilmiş ise idarenin yasaklama kararından önce, bu fiile bağlı olarak yapmış bulunduğu işlemler vardır. Bu tespit yapılmış ve buna bağlı olarak bazı işlemler yapılmış ise yasaklama kararı verilmesi konusundaki emredici düzenleme sebebiyle, bağlı yetki içinde bu kararın verilmesi de zorunludur. O halde, mesela sözleşme sırasında yüklenicinin hileli davranışlarda bulunduğu tespiti ile idare tarafından sözleşme feshedilmiş ise; fiilin tespiti için neden sözleşmenin feshedilmesi işleminin yapıldığı tarih değil de, bağlı yetki sebebiyle yasaklama için Bakanlığa yazının yazıldığı tarih esas alınır?

İkinci olarak, kırkbeş günlük sürenin niteliğinin doğru tespit edilmediği görülmektedir. Bu süre yaptırımın uygulanacağı kişi bakımından güvence niteliğinde bir süredir. Kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesine ilişkin olarak getirilen süre sınırlamalarına benzer nitelikte, ilgilinin uzun süre ceza tehtidi altında kalmaması bakımından öngörülmüş bir süre olarak değerlendirilmesi gerekir. Danıştay, Kanun'da öngörülen kırkbeş günlük sürenin, idarenin karar alması bakımından getirilmiş bulunan düzenleyici nitelikte bir süre olduğu yaklaşımındadır.”¹⁶⁷

şeklinde eleştirmektedir.

İhaleyi yapan idare yasaklama kararı vermeye de yetkili idare ise, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edildiği tarih, yasaklama kararı verilme süresinin de başladığı tarihtir. Ancak ihaleyi yapan idare yasaklama kararı vermeye yetkili değilse, ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirim yapıldığı tarihten itibaren yasaklama kararı verilme süresinin başladığını kabul etmek kanaatimizce yerinde değildir. Bu durum, katılımcılar bakımından belirsizlik ve güvencesizlik yaratacak ve uzun süre ceza tehtidi altında kalmalarına neden olacaktır. Ayrıca ivedi şekilde yapılıp sonuçlandırılması gereken ihale süreçlerinde, yasak fiil ve davranışın tespitinden sonra 45 günden uzun bekleme süresi sonunda yasaklama kararı tesis edilmemesi halinde, tedbiren o ihaleye katılamamış olan istekli nedeniyle ihale sürecinde rekabet koşulları da tam olarak sağlanamamış olacaktır. Dolayısıyla Kamu İhale Tebliği'nde yer verilen düzenleme nedeniyle halihazırda 45 günlük sürenin başlangıcı olarak bakanlığa bildirim tarihi esas alınmak durumunda ise de, söz konusu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan, Danıştay 13. Dairesi'nin 09.01.2021 tarih ve E:2020/2398 K:2021/138 sayılı kararında,

¹⁶⁷ Sezginer, a.g.e., 2013, 1010.

“Orman Genel Müdürlüğü’nce davacının Kanun’da belirtilen yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışta bulunduğundan bahisle yasaklama kararının verilmesi için durumun 15/01/2014 tarih ve 82483 sayılı yazıyla davalı Tarım ve Orman Bakanlığı’na (Mülga Orman ve Su İşleri Bakanlığı) bildirildiği, davalı Bakanlık’ça Orman Genel Müdürlüğü’nün teklifi doğrultusunda ayrıca bir inceleme yapılmadan 10/03/2014 tarihli Bakan Oluru’yla yasaklama kararının verildiği anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre 15/01/2014 tarihinde Bakanlığa yapılan bildirim üzerine ayrıca bir inceleme yapılmadan yasaklama kararının verilmiş olması nedeniyle, 15/01/2014 tarihinden itibaren Kanun’da öngörülen kırk beş günlük hak düşürücü süre geçirildikten sonra 10/03/2014 tarihinde verilen yasaklama kararında hukuka uygunluk bulunmadığından davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”

gereğesiyle bakanlığa bildirim yapılması ile başlayan 45 günlük sürenin geçirildiği gereğesiyle ihaleden yasaklama kararının hukuka uygun olmadığı belirtilmiş olsa da, “Bakanlığa yapılan bildirim üzerine ayrıca bir inceleme yapılmadan yasaklama kararının verilmiş olması nedeniyle” ibaresinin kullanılmış olması düşündürücüdür. Zira bu ibareden, Bakanlıkça herhangi bir inceleme yapılması halinde, bakanlığa bildirimden itibaren başladığı kabul edilen 45 günlük sürenin uzamasının dahi makul kabul edilme ihtimali olduğu anlaşılmaktadır.

4.1.2. Yasaklamanın Kapsamı

İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, bir ihale sürecine doküman olarak teklif sunma arzusunun ortaya koyan, ihaleye teklif sunan, ihaleyi kazanan ve sözleşme imzalayarak sözleşmeyi uygulama yükümlülüğü altına giren özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hakkında uygulanır.¹⁶⁸

4734 sayılı Kanun’un 58. maddesinde, yasak fiil ve davranışta bulunan kişi dışında yasaklamanın kimler hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilen ve ihalelere katılmaktan yasaklanan kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında, ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verilecektir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 26.

¹⁶⁸ Taşdelen , a.g.e., 2006, 297.

maddesinde de yasaklama kararlarının kişi bakımından kapsamı aynı şekilde belirlenmiştir.

Konu bakımından ise, her iki Kanun'a göre de haklarında yasaklama işlemi tesis edilenler, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki tüm ihalelere ve 4734 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleri ile getirilen istisna kapsamındaki ihalelere katılamayacaktır.

Hakkında yasaklama kararı verilecek şahıs şirketlerinde bir ortakla ilgili olarak verilen ihaleden yasaklama kararının, diğer ortaklar hakkında da uygulanması, geçmiş bölümlerde ele aldığımız cezaların şahsiliği ilkesine uygun düşmemektedir. Burada, ihaleden yasaklanan diğer şahısların kusurlarının bulunmadığı bir durumda cezalandırılmalarından da öte, haberlerinin dahi bulunmayabileceği bir durumda cezalandırılabilmesi söz konusudur. İhaleden yasaklamanın ortaklar ve ortak olunan şirketlere sirayeti nedeniyle cezaların şahsiliği ilkesinin olması gerekenin aksine, ihaleden yasaklama yaptırımını için katı şekilde uygulanamadığını belirtmiştik.

4.1.3. Yasaklama Kararını Verecek İdari Makamlar

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ve 58. maddesinin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'dır.¹⁶⁹

İhaleyi yapanın doğrudan bakanlık olması halinde, yasaklama kararı bakanlık tarafından verilir.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı

¹⁶⁹ 29/11/2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanunun 28 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan “belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri” ibaresi “bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik” şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un adı, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 41. maddesiyle, 'Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun' olarak değiştirilmiş olup, söz konusu Kanun'un "Bağlılık, ilgililik ve ilişkililik değişikliği" başlıklı 19/A maddesinde, "Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil), Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir. Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir." düzenlemesi yer almaktadır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Denetimi Kanunu'nun 10. maddesinde, Bakanların; Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen politikaların uygulanması ile bakanlıkların ve bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların stratejik planları ile bütçelerinin kalkınma planlarına, yıllık programlara uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, bu çerçevede diğer bakanlıklarla koordinasyon ve işbirliğini sağlamaktan sorumlu olduğu, bu sorumluluğun, Yükseköğretim Kurulu, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı, üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitüleri için Millî Eğitim Bakanına, mahallî idareler için Çevre ve Şehircilik Bakanına ait olduğu düzenlenmiştir.

Yasaklama kararı ile ilgili yetkinin en üst hiyerarşik kademe olan bakanlığa bırakılmasının faydaları, Yaşar Gök tarafından; yasaklama talepleriyle ilgili olarak, talebin sebep unsurunu teşkil eden fiil veya davranışın yasaklamayı gerektirip gerektirmediğinin tespiti, yasaklamayı gerektirenlerde ise yasaklama süresinin belirlenmesi açısından, bu yetkiyi tek başına elinde bulunduran bakanlıkça belli bir standardın gözetilmesinin sağlanacağı; bakanlığın, somut ihale açısından, ihaleyi yapan idareye göre daha tarafsız bir konumda bulunması, yasaklama kararlarının objektif bir şekilde alınmasını temin edeceği; bakanlıktaki karar alma sürecinin ihaleyi yapan idarelere göre daha yetkin biçimde işlemesi ve yasaklama talebine dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerin kontrol süzgecinden geçirilmesinin kararların

hukuka uygunluğuyla ilgili isabet derecesini ve güvenilirliğini artıran bir sonuç doğuracağı şeklinde sıralanmıştır.¹⁷⁰

Yasaklama kararı mevzuatımızda bağlı yetki şeklinde düzenlenmiştir, buna göre; yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespiti durumunda idare, yasaklama kararına ilişkin prosedürü başlatmak zorundadır.¹⁷¹

Kamu İhale Kurulu'na Kanun'da ihaleden yasaklama hususunda herhangi bir yetki ve görev verilmediği görülmektedir. Kamu İhale Kurulu'nun ihaleden yasaklama kararı verilmesindeki durumuna ilişkin olarak, Danıştay 13. Dairesi'nin 08/07/2020 tarih ve E:2014/1153, K:2020/1821 sayılı kararı da,

“Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemlerinin yapılması gerektiğine ilişkin kısmının incelenmesi;

4734 sayılı Kanun sistematik olarak incelendiğinde, Kamu İhale Kurulu'nun görev ve yetkilerinin Kanun'un üçüncü kısmında düzenlendiği görülmektedir. Kanun'un üçüncü kısmında yer alan 53. maddesinde, “ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece (ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarca) yapılan işlemlerde Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri sonuçlandırmak” ve “haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak” Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama ise, Kanun'un dördüncü kısmında yer alan 58. maddede ayrıca düzenlenmiş, yasaklama kararlarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceği belirtilerek yasaklamaya yetkili makamlar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde, ihaleye katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderildiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumu'na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği, yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığından ve ihaleyi yapan eğer bir bakanlık değilse ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlıkça, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelere ilişkin olarak ise İçişleri Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklama işlemlerinin

¹⁷⁰ Gök, a.g.e., 2009, 1214.

¹⁷¹ Sezginer, a.g.e., 2013, 1004.

başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca işlem yapılmasını uygun bulmasına ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”

şeklindedir.

Kamu İhale Kurulu'nun, 4734 sayılı Kanun'a ilişkin uygulamayı yönlendirme, itirazın şikayet başvuruları üzerine ihaleyi yapan idarelerin 4734 sayılı Kanun'da sayılan ilkeleri gözetip gözetmediğini inceleme ve denetleme görevi vardır. Kanaatimizce, Kanun'daki düzenlemeler incelendiğinde; Kamu İhale Kurul'una, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihaleyi yapan idarece yapılan işlemleri inceleme konusunda yetki verildiği, ihaleden yasaklama kararlarının incelenip değerlendirilmesi konusunda yetki verilmediği açık olup, Danıştay kararı isabetli ise de; Kurul'un uygulamayı yönlendirme ve ihaleyi yapan idarelerin 4734 sayılı Kanun'da sayılan ilkeleri gözetip gözetmediğini inceleme ve denetleme görevi göz önünde bulundurularak, Kurul'a; ihale sürecindeki işlemleri incelediği gibi bu işlemlerle bağlantılı yasaklama işlemini de inceleme yetkisi verilmesi yönünde yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinde idarelerin, 25. maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlü olduğu, ihaleye katılma yasağının sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihaleye yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı¹⁷² tarafından verileceği düzenlenmiştir.

Üniversite Rektörlükleri tarafından gerçekleştirilen ihalelerde ihaleden yasaklama kararı verecek merci hakkında çıkan bir uyuşmazlıkta, İzmir Bölge İdare

¹⁷² 29/11/2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanunun 28 inci maddesiyle bu fıkra da yer alan “belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri” ibaresi “bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik” şeklinde değiştirilmiştir

Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi'nce 16/06/2020 tarih ve E:2020/456, K:2020/817 sayılı dosyada,

“dava konusu yasaklama kararının davalı Üniversite Rektörlüğü tarafından verildiği, kararın Resmî Gazete’de ilanına ilişkin örnekte ilgili kurumun davalı Üniversite olarak görüldüğü, yasaklama kararını verme yetkisi bulunan Milli Eğitim Bakanlığı’nca bu yönde alınmış bir karar ve/veya onay işleminden söz edilmediği, ilk derece Mahkemesince dava konusu yasaklama kararının “yetki ve şekil” kuralları bakımından hukuka uygunluk denetimine ilişkin değerlendirme yapılmadığı, yalnızca işlemin “konu ve neden” unsurları bakımından yapılan hukuka uygunluk denetimi sonunda başvuruya konu kararın verildiği; doğrudan ihalelerden yasaklama kararı verme yetkisi bulunmayan davalı Pamukkale Üniversitesi Rektörlüğü tarafından tesis edilen dava konusu işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olduğu; Resmî Gazete’de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet görülmediği sonucuna varılarak, davacının istinaf isteminin kabulüne, Denizli İdare Mahkemesi’nce verilen kararın kaldırılmasına, 2577 sayılı Kanun’un değişik 45/4. maddesi uyarınca yeniden yapılan inceleme sonucunda dava konusu işlemin iptaline”

şeklinde karar verilmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi’nce yapılan temyiz incelemesi sonucunda 23.11.2020 tarih ve E: 2020/2745, K: 2020/3273 sayılı kararı ile;

“...üniversiteler yönünden, Yükseköğretim Kurulu’nun ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğu, 4735 sayılı Kanun’un 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verilebileceği, üniversitelerce doğrudan yasaklama kararı verilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Temyiz aşamasında davalı idare tarafından dava dosyasına sunulan belgelerin incelenmesinden; davalı idarece getirilen teklif üzerine, Milli Eğitim Bakanlığı’nın 09/07/2019 tarih ve 13209730 sayılı işlemiyle dava konusu yasaklama kararının verildiği, söz konusu kararın 18/07/2019 tarih ve 30835 sayılı Resmî Gazete’de yayımlandığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, 18/07/2019 tarih ve 30835 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan yasaklama kararında, kararı veren makam olarak Pamukkale Üniversitesi Rektörlüğü görünmekte ise de, yasaklama kararının 09/07/2019 tarihli Bakanlık oluruyla tesis edildiği açıktır.

Bu itibarla, dava konusu yasaklama kararının yetkili Milli Eğitim Bakanlığı’nca tesis edildiği ve işlemde yetki unsuru yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin yetki yönünden iptali yolundaki temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”

şeklindeki karar ile bozulmuştur.

4734 sayılı Kanun’da bağlı ve ilgili kuruluşlar tarafından yapılan ihalelerde ihaleden yasaklama kararlarının Bakanlık tarafından verileceği düzenlenmiş ancak,

idare hukukunda bağımsız idari otoriteler için kullanılan ilişkili kuruluş ifadesine yer verilmemiştir. Bağımsız idari otoriteler, toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan; temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileridir.¹⁷³ Düzenleyici ve denetleyici kurum olarak da anılan bağımsız idari otoriteler bakanlıklar ile ilişkilendirilen kuruluşlar olmakla birlikte bu durum ilgili kuruluşlarda olduğundan daha zayıftır. Bütün bağımsız idari otoriteler bir bakanlık ile ilişkilendirilmiştir.

SEZGİNER’e göre, özerk yapıları ile hiçbir bakanlığa bağlı olmaksızın karar alabilen düzenleyici denetleyici kurumlar, üniversiteler gibi özerk idari birimler dahi, ilişkili bakanlık aracılığıyla yasaklama kararı verebilmektedir.¹⁷⁴ Ancak Danıştay tarafından verilen bir kararda,

“...3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun’un 10. maddesinde, bağlı kuruluşların, bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar olduğu; 11. maddesinde ise, ilgili kuruluşların, özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idarî statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlendiği ve bu kuruluşların ilgili olduğu bakanlıkların bu Kanun’un koyduğu usule göre belirleneceği belirtilmiş, 03.06.2011 tarihinde eklenen 19/A maddesi ile, bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının, Başbakan’ın teklifi ve Cumhurbaşkanı’nın onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebileceği, söz konusu kuruluşların özel kanunlarında bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevlerin ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılacağı ve yerine getirileceğine ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

Bununla birlikte ne 3046 sayılı Kanunda ne de başka bir Kanunda “ilişkili kuruluşların” tanımına yer verilmiştir. Öğretide “ilişkili bakanlık” kavramının, bağımsız idari otoriteler ile bakanlık arasındaki görev yönünden bir ilişkiyi ifade ettiği, bu kavramın bağımsız idari otoritelerin “özerk” niteliklerini muhafaza etmesi anlamına geldiği, bu kurumlarla bakanlıklar arasındaki bağın daha gevşek olduğu ve hiyerarşik denetim veya vesayet denetimine tabi olmadıklarını ifade etmek üzere kullanıldığı kabul edilmektedir.

¹⁷³ Ulusoy, A. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara, 1-2.

¹⁷⁴ Sezginer, a.g.e., 2013, 1044. (Bu duruma örnek olarak uygulamada Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu tarafından yapılan ihalede Ulaştırma Bakanlığı’nca verilen ihaleden yasaklama kararı gösterilmiştir.)

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinde, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip ve bu Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu kurulduğu ve Kurum'un ilişkili olduğu Bakanlığın Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı olduğu kurala bağlanmış; aynı Kanun'un 5. maddesinde ise, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görev ve yetkileri belirlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin 2006 yılında davalı idarece yapılan araç kiralama işine katıldığı ve ihalenin üzerinde kaldığı; bu ihaleye ilişkin olarak Devlet Denetleme Kurulu'nca yapılan inceleme üzerine hazırlanan 28.12.2009 tarihli raporda, davacı şirketin bu ihaleye sunduğu iş deneyim belgesinin üzerinde tahrifat yapılarak hazırlandığının tespit edildiği; bu durumun bildirilmesi üzerine Kurum Başkanı tarafından 04.02.2010 tarihinde verilen olur ile davacı şirketin 1 yıl süreyle kamu ihalelerinden yasaklanmasına karar verildiği ve bu kararın 10.02.2010 tarih ve 27489 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandığı, bunun üzerine açılan davada, İdare Mahkemesi'nce, Türk Dil Kurumu sözlüğünde "ilişki" kavramının, "iki şey arasında karşılıklı ilgi" olarak tanımlandığı, ilişkili ve ilgili kavramlarının sözcük anlamı itibarıyla eşdeğer olduğu, yasaklama kararının davalı idarenin ilişkili olduğu Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca verilmesi gerekirken Kurum Başkanı tarafından verilmesinde yetki bakımından hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca, davalı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı veya herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu olmayıp, "ilişkili kuruluş" statüsünde bulunduğu ve nezdinde yapılan ihalelerle ilgili yasaklama kararları Kurum'un ihale yetkilisi tarafından alınabileceğinden, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanı oluru ile alınan yasaklama kararında yetki yönünden hukuka aykırılık bulunmamakta olup, işlemin esası incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken yetki yönünden işlemin iptali yönünde alınan İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır...¹⁷⁵

şeklindeki gerekçe ile ilişkili kuruluşlar nezdinde yapılan ihalelerle ilgili yasaklama kararlarının Kurum'un ihale yetkilisi tarafından alınabileceği belirtilmiştir.

Bu konuda Kamu İhale Genel Tebliği'nin, "Yasaklama kararı vermeye yetkili makamlar ve idarelerce uyulması zorunlu hususlar" başlığı altında 28.1.1.2. maddesinde, "İdarelerin ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gereken yasak fiil veya davranışları tespit etmeleri durumunda gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa veya herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin yetkililerine başvurmaları zorunludur. İlgili veya bağlı bakanlık veya herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilisi Kanunda öngörülen süre içinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararını vermek zorundadır." düzenlemesi, 28.1.4.2.

¹⁷⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin 03.12.2012 tarih ve E:2011/2161, K:2012/3508

maddesinde de, “İhaleye veya sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemleri gerçekleştiren birimler tarafından, yasaklamayı gerektiren bir fiil veya davranışın tespiti halinde bu hususun idarenin yetkili makamına bildirilmesi ve bu çerçevede yetkili makam tarafından da bağlı, ilgili veya ilişkili bulunulan bakanlığa bildirimde bulunulması gerekmektedir. Söz konusu maddelerde geçen kırk beş günlük sürenin başlangıcı olarak, idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihin esas alınması gerekecektir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Kanun düzenlemesi gereğince, düzenleyici ve denetleyici kurumların herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu sayılmadığı göz önünde bulundurularak bu idarelerin ihale yetkilileri tarafından ihaleden yasaklama kararı verilmesi gerektiği söylenebilirse de, KİGT’de yer alan “... yetkili makam tarafından da bağlı, ilgili veya ilişkili bulunulan bakanlığa bildirimde bulunulması” ifadesi bu ihtimali ortadan kaldırmaktadır. Her ne kadar yasaklama kararı verecek makama ilişkin düzenlemenin Kanun’da yer alması gerektiği savunulabilirse de, Kanun’da bu konuda açıklık bulunmaması ve ilişkili kuruluşların da kanundaki “ilgili” ibaresi kapsamında yorumlanması da mümkün olduğundan, söz konusu yorumu kuvvetlendirir nitelikteki Tebliğ açıklamaları da dikkate alınarak, bağımsız idari otoriteler tarafından yapılan ihalelerde ihaleden yasaklama kararlarının ilişkili bakanlık tarafından verilmesi gerektiği görüşünderiz.

İhaleden yasaklama kararı verecek makam konusunda uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardan biri de bakan tarafından yapılmış bir imza veya yetki devri olmaksızın bakan adına ihaleden yasaklama onayı verilmesine ilişkindir. Bu konuda da yerleşik Danıştay içtihadı işlemin yetki unsuru yönünden sakat olduğu şeklindedir. Örneğin Danıştay 13. Dairesi’nin 30.06.2020 tarih ve E:2014/974, K:2020/1640 sayılı kararı,

“4734 sayılı Kanun’un 58. maddesi uyarınca, bir bakanlığa bağlı kurumlar tarafından yapılan ihalelerde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının Bakan tarafından verilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik içtihatları da bu yöndedir (Dairemizin 29/09/2015 tarih ve E:2015/1280, K:2015/3247 sayılı kararı; 29/09/2015 tarih ve E:2015/1296, K:2015/3248 sayılı kararı; 21/11/2016 tarih ve E:2010/1228, K:2016/3810 sayılı kararı; 10/02/2016 tarih ve E:2010/4422, K:2016/227 sayılı kararı)

Dairemizin diğ er dosyalarında yapılan ara kararı ile davalı idareden, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin “olur”un Bakanlık Müsteşarı tarafından imzalanabileceğine ilişkin olarak Bakan tarafından müsteşarlık makamına herhangi bir yetki devri veya müsteşar adına herhangi bir imza devri yapıлып yapılmadığı sorulmuş; davalı idare tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin müsteşar tarafından tesis edilmesine imkân sağlayan yazılı yetki devrini gösteren bir belgenin sunulmadığı görülmüştür.

Bu itibarla, müsteşar tarafından imzalanmak suretiyle tesis edilen ihaleden yasaklama işleminde yetki yönünden hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.”

şeklinde ir. İdari işlemlerin yetki unsuru kamu düzenine ilişkin olduğundan, idare ve yargı organları tarafından her aşamada re’sen dikkate alınacağından Danıştay’ın kanunen yetkili kılınan bakanlık dışında başka bir idari mercii tarafından verilen ihaleden yasaklama kararını yetki unsuru yönünden sakat bularak iptal etmesi yerinde bir karardır.

4.1.4. Yasaklama Kararının Yürürlüğe Girmesine Kadar Uygulanacak

Tedbir

4734 sayılı Kanun’un 58. maddesinde yer alan “...İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler...” şeklindeki düzenleme ile yasaklama işleminin uygulanmasına sebep olacağı anlaşılan bir işlem veya eylemin tespiti halinde, yasaklama işlemi tesis edilene kadar yasak fiil veya davranışlarda bulunan isteklinin ihale sürecinde yer almaya devam edip etmeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 26 maddesinde de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile aynı düzenlemeye yer vermiştir.

Buna göre, yasak fiil veya davranışların tespiti halinde, ilgilinin ihale sürecine devam edemeyeceği açıktır. Söz konusu hüküm kapsamında ihaleyi düzenleyen idare tarafından ihale isteklisi hakkında ihaleye iştirak ettirilmeme tedbirinin uygulanmasında idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁷⁶ Başka bir deyişle şartları meydana geldiğinde idare bu tedbiri almakla yükümlü kılınmıştır. Bunun da ötesinde fiil veya davranışı tespit edilen kişinin yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe

¹⁷⁶ Sırabaşı, a.g.e., 2011, 17.

kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de katılamayacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Nitekim, bu husustaki emsal bir uyuşmazlıkta, davacılar tarafından, Bornova Belediye Başkanlığı'na 31.07.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “Bornova Muhtelif Sokaklarda Yol ve Tretuvar Düzenlenmesi, Otopark Düzenlenmesi Merdiven, Korkuluk ve Pazaryeri Düzenlemesi Yapılması Yapım İşi” ihalesine ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair 27.10.2008 tarih ve 2008/UY.I-4430 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış; Danıştay 13. Dairesi 09.12.2014 tarih ve E.2010/551, K:2014/4103 sayılı kararı ile;

“...davacıların ortak girişim olarak teklif verdikleri ihalenin henüz ihale süreci tamamlanmadan aynı idarece daha sonra yapılan bir başka ihalede Vatan Teknik Yapı İnşaat Tic. Ltd. Şti.’nin yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilerek hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmesi için İçişleri Bakanlığı’na bildirimde bulunulduğu, anılan şirketin, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere iştirak ettirilmeyeceğinden, yasak fiil ve davranış daha sonra yapılan bir ihalede tespit edilmiş olsa dahi aynı idare tarafından yapılan ve henüz ihale süreci tamamlanmayan ilk ihaleye ilişkin teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik işleme karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi”

yolundaki yerel mahkeme kararını onamıştır. Hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmesi amacıyla İçişleri Bakanlığı’na bildirimde bulunulan şirketin, aynı idare tarafından yapılan ihaleye katılmaması için teklifinin değerlendirme dışı bırakılması, ihaleye iştirak ettirilmeme tedbirinin uygulaması olduğundan yerindedir.

4.1.5. Yasaklama Kararının Süresi

Kanunlarda (4734 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 4735 sayılı Kanunun 25. maddesi) sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışın özelliğine göre 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar yasaklama kararı verileceği, üzerine ihale kaldığı halde mücbir sebep halleri (doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde idarenin başvurusu üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller) dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında 6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadar yasaklama kararı verileceği düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 59. ve 4735 sayılı Kanun'un 27. maddeleri uyarınca mahkemeler tarafından verilen yasaklama kararlarının süresi 1 yıl ile 3 yıl arasında değişmektedir. Ancak bu yasaklama kararları diğer yasaklama kararlarından farklı olarak 4734 sayılı Kanun'un 58. ve 4735 sayılı Kanun'un 26. maddelerine göre verilen yasaklama kararlarının (idari yaptırım niteliğindeki yasaklama kararları) bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanır. İdare tarafından yasaklama kararı verilme de mahkeme tarafından yasaklama kararı verilmesi mümkündür. Bu durumda mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı karar tarihinden itibaren uygulanır.

Aynı fiil nedeniyle hem idare tarafından ihaleden yasaklama kararı verilmesi, hem de idarece verilen ihaleden yasaklama süresinin bitmesini takiben mahkeme tarafından verilen ihaleden yasaklama kararının uygulanması hususunun, Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesindeki bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulayacağı düzenlemesi ile çeliştiğini düşündüğümüzden bahsetmiştik. Zira aynı fiil nedeniyle 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca idari tedbir niteliğinde ihaleden yasaklama yaptırımı, Ceza Kanunu uyarınca ceza ve 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca güvenlik tedbiri niteliğinde ihaleden yasaklama kararı uygulanmaktadır.

Ayrıca, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlardaki yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında birden fazla cezaya hükmolunanlar mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar. Sürekli yasaklama bu kişilerin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri ile ortağı oldukları şahıs şirketlerine de teşmil eder.

Danışmanlık hizmeti sunucuları için 4734 sayılı Kanunun 61. ve 4735 sayılı Kanunun 29. maddelerinde yer alan bilgi ve belgeleri açıklama yasağına aykırılık halinde ne kadar süre yasaklama öngörüleceği düzenlenmemiş olmakla birlikte, Kanun'un 58. maddesine atıf yapıldığından, yasak fiil veya davranışlar için öngörülen 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar ihaleden yasaklama yaptırımı uygulanabilecektir.

Yasaklama süresinin, bu zaman dilimleri içerisinde kalmak kaydıyla, gün, hafta, ay veya yıl şeklinde belirlenebilmesi mümkündür.¹⁷⁷

Genel olarak idari yaptırımlar, özel olarak yasaklama kararları hakkında uygulanacak ilkelerden olan ölçülülük (orantılılık) ilkesinden söz etmiştik. Yasaklama kararının süresinin belirlenmesinde ihlal ile yaptırım arasında hakkaniyete uygunluk bulunmalıdır. Kanun’da belirlenen alt ve üst sınırlar arasında isteklinin ne kadar süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanacağını belirleme konusunda idarelere tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanılması gerekir. İdareler yasaklama süresini; kamu yararı ve hizmetin gerekleri prensipleri çerçevesinde ölçülülük ilkesini göz ardı etmeden, yasaklamaya neden olan fiil veya davranışın ağırlığını, niteliğini, teşebbüs aşamasında kalıp kalmamasını, ilk defa veya mükerreren işlenip işlenmediğini göz önünde bulundurarak takdir edeceklerdir.¹⁷⁸

Güncel bazı Danıştay kararlarında, uyuşmazlık esastan çözüme kavuşturulmadan önce, kanunda öngörülen üst sınır esas alınmak suretiyle yasaklama kararı tesis edilmesinin gerekçesinin sorulduğu, idarece verilen cevaba göre değerlendirme yapılarak uyuşmazlığın çözümlendiği görülmektedir. Uygulama isabetli olmakla birlikte, idari işlemin gerekçeli olması gerekliliği, alt sınırdan uzaklaşarak yaptırım uygulanan hallerde bu hususa ilişkin gerekçenin de belirtilmesini kapsadığından, böyle bir uygulamaya gerek olmaksızın ihaleden yasaklama kararları tesis edilirken açıklama yapılması gerekmektedir.

Alt sınırdan uzaklaşarak ihaleden yasaklama kararı tesis edildiği hallere ilişkin örnek bazı Danıştay kararlarına aşağıda yer verilmiştir.

Örnek 1:

Dava, davacı şirketin 24 ay süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı T..... A.Ş.’nin 07.02.2009 tarih ve 27134 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce;

“...sözleşme imzalanmasından sonra 11.000 adet 210 W içten ateşleyici YB NA buharlı lambanın ve 99.500 adet 110 W YB NA buharlı lambanın kabul

¹⁷⁷ Taşdelen, a.g.e., 2006, 311.

¹⁷⁸ Gök, a.g.e., 2009, 1335.

edildiği, 11.000 adet 210 W içten ateşleyici YB NA buharlı lambanın ise reddedildiği, bunun üzerine T... A.Ş. Yönetim Kurulu'nun 23.01.2009 gün ve 2/31 sayılı kararı ile davacı şirketin iki yıl süreyle yasaklı şirket ilan edilmesine karar verildiği, davacının teslim ettiği bir kısım malzemenin ihale şartnamesine uygun olmadığına tespit edilmiş olması nedeniyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanması yerinde olmakla beraber, sözleşmeye konu malzemelerden teslim edilenlerin çoğunun ihale şartnamesine uygun bulunarak ihale makamınca kabul işlemlerinin yapıldığı hususu da göz önünde tutulduğunda, taahhüdünü büyük oranda yerine getiren davacı şirketin, idareyi yanıltarak zarara uğratma kastının bulunmadığı kanaatine varılmış olması karşısında, fiil ve davranışının özelliği dikkate alınarak uygulanması gereken idari yaptırım kararının alt sınır yerine üst sınırdan verilerek 24 ay süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanması yönünde tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı...”

gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiş, bu karar davalılar tarafından temyiz edilmiş ve Danıştay 13. Dairesi'nin 20.05.2014 tarih ve E:2010/1075, K:2014/1954 sayılı kararı ile onanmıştır.

Örnek 2:

Dava, davacı şirketin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca iki yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 14.03.2008 tarih ve 26816 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce;

“...660 günlük işin ihalesine en düşük teklifi vererek alan davacı şirketin, 06.08.2005 tarihinde işe başladığı ve 28.07.2005-30.10.2005 tarihi arasında yapılan uğraşlar sonucunda kazı çalışma ruhsatlarının aldığı, aynı ayın sonunda Altyapı Koordinasyon Merkezi Müdürlüğü tarafından kazı çalışmalarının durdurulduğu, iş programında 01.12.2005 tarihine kadar yapılması planlanan işlerin tamamlanamadığı; 2006 yılında kazı ruhsatı alınmadığı için bir çalışmanın yapılamadığı, 2005 te çalışılmayan 52 gün ve 2006 yılında çalışılmayan 365 günün toplanarak sözleşme süresi 448 gün uzatılıp %26 eskolasyon oranının uygulandığı; 2007 yılında izharat bedelli olarak davacıya malzeme bedelli olarak 250.000,00-TL ödenmesine rağmen iş sahasında hiç malzeme bulunmadığı gibi 2007 yılında hiç bir faaliyetinin söz konusu olmadığı; davacı şirketin işin ana malzemesini oluşturan kablo fiyatlarının %120 artmasına rağmen idarenin %26 eskolasyon oranını uygulayarak bu işin bitirilmesine imkân bulunmadığından bahisle sözleşmenin bu yeni duruma uyarlamasını, aksi halde sözleşmenin feshini içeren ihtiyati tedbir talebiyle Ankara 6.Asliye Ticaret Mahkemesinde açtığı davada, ihtiyati tedbir kararının reddine karar verildiği; davacı şirketin teminatın çözülmesi talebini içeren başvurusunu değerlendiren davalı idarenin, yol asfaltları tamamlanmadan teminatların çözülemediği, eksik olan yol asfaltlarının bir

an önce tamamlanması gerektiği, aksi takdirde teminatların irad kaydedileceğine ilişkin 08.02.2007 günlü işlemi ile bu durumun belirttiği; şantiye sahasında ihrazet ödemelerine rağmen, malzemenin şantiyede bulunmadığı, kazı çalışmaları için ruhsat talep edilmediği, davacının işe başlaması gerektiği ve 20 gün sonra yapılacak kontrolde aynı olumsuzlukların devam etmesi halinde sözleşmesinin fesh edileceğine ilişkin Ankara 25.Noterliğince düzenlenen 06.07.2007 gün ve 24516 sayılı yazısı ile uyarılmasına rağmen işe başlanılmaması üzerine taahhüt edilen işin süresinde bitirilmesine yönelik bir faaliyeti olmayan ve bu durumu haklı kılacak mazereti bulunmayan davacı şirkete yönelik tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...”

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu kararın davacı şirket tarafından temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 13. Dairesi’nin 30.01.2014 tarih ve E:2009/7321, K: 2014/187 sayılı kararıyla iki üyenin muhalefet oyuna karşı onanmıştır.

Söz konusu kararda yer alan muhalefet oyu,

“...sözleşmenin uygulanması aşamasında 25. maddedeki yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebileceği belirtilmekle birlikte; anılan fiil ve davranışların birinin diğerinden daha fazla veya az bir yasaklama süresi gerektirdiği hususunda bir kurala yer verilmediği, fiil veya davranışların özelliğine göre bu sürenin belirlenmesinde idareye takdir yetkisi tanındığı, bu çerçevede idareye tanınan takdir hakkının, gerek olayın oluş şekli ve niteliği ve gerekse yasaklamaya esas fiil ile bunun yaptırımı hususunda ölçülülük ilkesinin dikkate alınarak kullanılması gerektiği açıktır. Diğer taraftan, Kanun’un 20. maddesi uyarınca sözleşmenin feshine dayanak oluşturan ilgili fiilin, aynı zamanda Kanun’un 25. maddesinin (f) bendinde yasak fiil ve davranış olarak belirlendiği görülmektedir.

Bu durumda; davacı şirket hakkında, taahhüdün ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşmenin feshi üzerine, Kanun’un 26. maddesine göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamakta ise de; anılan 26. maddede, 25. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışların özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtildiğinden, davacı şirketin fiil ve davranışının özelliği dikkate alınmaksızın Kanun’da öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının üst sınırdan verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde, fiille ceza arasındaki ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yönünden hukuka uygunluk ve davanın reddi yolunda hüküm kuran temyize konu kararda da hukuki isabet bulunmadığından İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği...”

yönündedir.

Görüldüğü üzere, fiil veya davranışların özelliğine göre ihaleden yasaklama süresinin, olayın oluş şekli ve niteliği; yasaklamaya esas fiil ile bunun yaptırımı arasında ölçülülük ilkesi dikkate alınarak her somut olayın kendisi içerisinde değerlendirilmesi sonucunda takdir edilmesi gerektiği Danıştay tarafından da kabul edilmektedir. Ancak yukarıda yer verdiğimiz muhalefet oyu içeren kararda, Danıştay tarafından oyçokluğu ile İdare Mahkemesi kararının onanması ile sözleşmeyi usulüne göre ifa etme çabası bulunduğu açık olan ve mücbir sebep olarak kabul edilemeyecek olsa da sözleşmeyi ifa edememe yolunda bir mazereti bulunan davacının, üst sınır esas alınarak ihaleden yasaklanması suretiyle cezalandırılması; sözleşmeyi hiçbir mazereti olmaksızın keyfî olarak ifa etmeyen katılımcıya da aynı yaptırımın uygulanabilecek olması nedeniyle hakkaniyete ve ölçülülük ilkesine uygun olmayan bir sonuç doğurduğundan katılmadığımız bir karardır.

4.1.6. Yasaklamaya İlişkin Tutulacak Sicil

4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin dördüncü fıkrasında "...Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur..." düzenlemesine yer verilmiştir.

Aynı Kanunu'nun "Kamu İhale Kurumu, Şikâyetlerin İncelenmesi ve Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı üçüncü kısmının birinci bölümünde yer alan "Kamu İhale Kurumu" başlıklı madde 53/b-5 "...5) Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak..." hükmü ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklananların sicillerini tutma görevi Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin 4. fıkrasının gerekçesinde, "Bu uygulamanın etkin olarak yürütülmesini sağlamak üzere, yasaklama kararlarının Kamu İhale Kurumu tarafından izlenmesine ve Kanun'da sicil tutulmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir." denilmektedir.

İhale katılımcısı hakkında, yasaklı olduğu halde ihaleye katıldığından bahisle yasaklama kararı verilebilmesi için, yasaklı olduğunu bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin ortaya koyulması gerekmektedir. Yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanmış olması bu hususun tespitinde tek başına yeterli değildir. Kanun'un 58. maddesinin 4. fıkrasına göre Kamu İhale Kurumu tarafından tutulan sicil bu aşamada önem arz etmektedir. İhale katılımcılarının, ihaleye katılmadan önce yasaklı olup

olmadıklarını Kamu İhale Kurumu’nca tutulan sicilden kontrol etmeleri ve haklarında sicile işlenmiş bir ihaleden yasaklama kararı varsa ihaleye katılmamaları gerekmektedir. Şayet sicile kayıt söz konusu değilse, yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de ilanının tebliğ yerine geçeceğine veya ilgili kişilerin bu kararları Resmi Gazete’den takip etme zorunluluğunun bulunduğu ilişkin bir düzenleme de olmadığından, ilgilinin yasaklı olduğu halde ihaleye katıldığı gerekçesiyle yasaklanması yerinde olmaz.

4.2. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararına Karşı Başvuru Yolları

4.2.1. Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Yolu

4734 sayılı Kanun’un 53. maddesinde Kamu İhale Kurumu’nun görev ve yetkileri sayılmış, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerin mevzuat hükümlerine uygun olmadığı yönündeki şikâyetleri inceleme görevi Kurum’a verilmiştir. Kanun’un 54. maddesinde ise, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin Kanun’da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri düzenlenmiştir.

Daha önceki bölümlerde ihale sürecine ilişkin yaptığımız “ihale yetkilisince onay verilmesiyle başlayan ve sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreç” tanımından yola çıkarak ihale süreci boyunca; ihaleyi yapan idare, aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından, bu sürece ilişkin hüküm ve sonuç doğuracak nitelikteki işlemlerin Kanun’da bahsedilen ihale sürecindeki işlemler olduğunu söyleyebiliriz.

4734 ve 4735 sayılı Kanun, Kamu İhale Genel Tebliği ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliği incelediğimizde, ihale sürecinde gerçekleşen fiil ve davranışlar nedeniyle verilen yasaklama kararlarına karşı şikâyet ve itirazen şikâyet yoluna gidilebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğini görmekteyiz.

Yasaklama kararlarının şikâyete konu edilememesinin en önemli gerekçelerinden birisi, bu kararı gerektiren idari işlemin, sürecin asli unsurlarından

biri olmamasıdır.¹⁷⁹ Yasak fiil ve davranış neticesinde yasaklama kararı verilmesi bir sonuç olmakla birlikte, başlıca yasaklama kararının o ihale sürecinde meydana getirebileceği herhangi bir hüküm ve sonuç kalmamıştır.¹⁸⁰ Yani yasaklama işleminin kendisi ihale sürecinde ortaya çıkan bir işlem değil, bu süreçte ortaya çıkan bazı fiil ve davranışların sonucu olan bir işlem olduğundan, Kamu İhale Kurumu tarafından da yasaklama işlemine karşı yapılan başvuruların Kurum'un görev alanında olmadığı yönünde karar verilmektedir.

Ancak burada idari bir başvuru yolu olan şikâyet ve dolayısıyla itirâzen şikâyet yoluna başvurulamayacağı kabul edilmekte ise de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında idari başvuru yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Yasaklama kararının hukuka aykırı olduğunu düşünen kişiler, kararın kaldırılması ya da geri alınması için varsa bir üst makama, üst makam yoksa işlemi yapmış olan idareye idari başvuru yapabilir.¹⁸¹

4.2.2. İptal Davası ve İptal Davası Açma Süresinin Başlangıcı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları idari dava türlerinden biri olarak sayılmıştır. İdari işlemin tüm özelliklerini bünyesinde barındıran yasaklama kararına karşı idari yargıda iptal davası açılabilir.¹⁸² Mahkemelerce, ihaleden yasaklama işlemi yetki, şekil, neden, konu ve amaç yönlerinden incelenip bu hususlarda bir hukuka aykırılık görülürse iptal kararı verilecektir.

Anayasa'nın 125. maddesinde, “ İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre yazılı bildirim tarihinde başlar.” düzenlemesine yer verilmiş, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde; dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu, bu sürenin, idarî uyuşmazlıklarda yazılı bildirimin yapıldığı, ilân gereken düzenleyici işlemlerde ise ilân tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı

¹⁷⁹ Toprak, E. (2009). “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Kararına İlişkin Bazı Hüküm ve Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (35), 88.

¹⁸⁰ Zor/Yosunkaya, a.g.e., 2014, 314

¹⁸¹ Sezer, a.g.e., 2012, 140

¹⁸² Sezginer, a.g.e., 2013, 1004.

kurala bağlanmıştır. Kanun'un "İvedi yargılama usulü" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında ise, ivedi yargılama usulünün hangi işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı belirtilmiş, bu işlemler arasında ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri sayılmış, ikinci fıkrada da bu işlemler hakkında dava açma süresinin 30 gün olduğu belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Bildirim ve tebligat esasları" başlıklı 65. maddesinde; *"Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:*

a) Tebligatlar idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir:

- 1) İmza karşılığı elden.*
- 2) İadeli taahhütlü mektupla.*
- 3) Elektronik ortamda.*
- 4) Faksla.*
- ...*

Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Subjektif bir idari işlem olan ihaleden yasaklama işleminin, yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesi ile ilgiliye yazılı bildirim zorunludur. Dava açma süresi de yazılı bildirim ile başlayacaktır. Yazılı bildirimin hangi yollarla yapılacağı 4734 sayılı Kanun'da sayma sureti ile belirtilmiştir. İhaleden yasaklama işleminin Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girmesinden hareketle, dava açma süresinin de bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilemez. Nitekim yakın tarihli Danıştay kararları da bu yöndedir. Örneğin davacının, taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinden bahisle 1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği ve bu kararın 01.12.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığı, söz konusu yasaklama kararına karşı, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde dava açılması gerekirken, bu tarih geçirildikten sonra 07.02.2013 tarihinde açılan davada yerel mahkemece süre aşımı

bulunduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş, bu kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 13. Dairesi'nin 09.12.2015 tarih ve E.2013/1485, K:2015/4486 sayılı kararında;

“Anayasa’nın 125. ve 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı düzenlemesine yer verilmek suretiyle dava açma süresinin başlamasında, “yazılı bildirim”in esas alınması öngörülmüş olup, hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından, idarî işlemlerin idare tarafından ilgililere açık ve anlaşılabilir biçimde bildirilmesi gerekmektedir.

Öte yandan; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 84. maddesinin 3. fıkrasında, “Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete’de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.” kuralı yer almaktadır. Anılan düzenleme, kamu idarelerinin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını sağlamak ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olup, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmemektedir.

Diğer taraftan; 2577 sayılı Kanun’da düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilân tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararları açısından uygulanması mümkün olmayıp, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

...

Anayasa’nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirimin esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idarî davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idarî işlemin ilgilisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu ve yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; davacının işlemi haricen öğrendiğini beyan etmesi karşısında açılan davanın süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden, İdare Mahkemesi’nce davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda usule uygunluk bulunmamaktadır.”

gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.¹⁸³

¹⁸³ Nitekim, benzer bir uyuşmazlık hakkında İdari Dava Daireleri Kurulu’nca verilen 30.01.2013 tarih ve E:2011/212, K:2013/121 sayılı karar da bu yöndedir.

Bu durumda, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi hakkında açılacak davaların, ivedi yargılama usulüne tabi idari işlemler arasında sayılmadığı, dolayısıyla dava açma süresi bakımından Kanun'un 20/A maddesinde öngörülen 30 günlük sürenin uygulanmayacağı açıktır. Yani ihaleden yasaklama kararlarına karşı açılacak iptal davaları 2577 sayılı Kanun'da genel dava açma süresi olarak belirtilen 60 günlük dava açma süresine tabidir. Doktrinde, yasa koyucunun ihale işlemlerini ivedi yargılama usulüne tabi tutup, ihaleden yasaklama kararlarını ise açıkça ivedi yargılama usulü dışında tutmak yönündeki tercihinin de aslında, ihalelerin hızlı şekilde tamamlanmasındaki kamu yararını, ihale düzenine aykırı davranışlar gerçekleştirdiği iddiası ile hakkında süreli yaptırım uygulanan kişilerin açtıkları davaların hızla sonuçlanmasında mevcut olan yarara tercih ettiği, oysa yasaklama işlemlerinin ivedi şekilde yargısal denetiminde de ilgili piyasadaki oyuncu sayısının korunarak pazarda fiyat oluşumunun daha isabetli şekilde sağlanması ve dolayısıyla ihale düzenin korunması açısından kamu yararı bulunduğu¹⁸⁴ yönünde eleştiriler bulunmakta ise de, yasaklama işleminin bir idari yaptırım olduğu ve belli bir meslek, sanat veya işin icrasını belli sürelerle yasaklayan diğer idari yaptırımlardan farklı olmadığı, buradan yola çıkıldığından piyasa düzenini etkileyecek tüm idari yaptırımların ivedi yargılama usulüne tabi olması gerekeceği ve bunun mümkün olmadığı açıktır. Ayrıca, 2577 sayılı Kanun'da yer verilen yürütmenin durdurulması müessesesi ile de bu anlamda kamu yararının korunması mümkündür. İdarelerce verilen ihaleden yasaklama kararlarının açıkça hukuka aykırı olması ve telafisi güç veya imkânsız zararların doğması (uygulamada yargı organları tarafından ihaleden yasaklama işlemlerinin telafisi güç zararlar doğuracağı değerlendirilmektedir) şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilecektir.

Bu noktada bahsedilmesi gereken bir diğer husus açılan iptal davalarında kanun yolu sürecidir. İhaleden yasaklama kararına karşı açılan iptal davasının ivedi yargılama usulüne tabi olmaksızın incelenip karara bağlanması sonucunda, verilen mahkeme kararına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilecek midir?

¹⁸⁴ Canbazoglu, a.g.e., 2017, 416.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değiştirilen "İstinaf" başlıklı 45. maddesinin birinci fıkrasında, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabileceği; altıncı fıkrasında, bölge idare mahkemelerinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan kararlarının kesin olduğu düzenlemesine; Kanun'un 6545 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen "Temyiz" başlıklı 46. maddesinde, "Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştay'da, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.
- c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları..." düzenlemesine yer verilmiştir.

20.07.2016 tarihinden sonra verilen kararlara karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurulabileceği, ancak 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesindeki yukarıda yer verilen, sayma yoluyla belirtilen uyuşmazlıklarla ilgili kararlara karşı istinaf kanun yolundan sonra temyiz kanun yoluna da başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Danıştay 13. Dairesi bu konuda bir süredir uygulamakta olduğu yerleşik kararında içtihat değişikliğine gitmiştir. Daire önceki uygulamasında,

"...2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (b) bendi kapsamında temyize tabi olduğu belirtilen kararların konusunun yüz bin Türk lirasını aşan davalar olduğu, kamu ihalelerine katılmanın engellenmesine ilişkin davaların ise bir bedel içermediği açıktır.

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (d) bendinde ise, "Belli bir ticari faaliyetin icrasının" tümüyle engellenmesinden bahsedilmektedir. Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemi, ihale sürecini bozmaya yönelik fiil veya davranışlarda bulunan gerçek ya da tüzel kişilerin belli bir süre ve

yalnızca kamu ihalelerine katılmasının engellenmesi durumunu ifade eder. Bu nedenle, kamu ihalelerinden yasaklanma, belli bir ticari faaliyetin icrasını tümüyle engelleyecek nitelikte bir işlem olarak değerlendirilemez.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’yla ticari işletmelere, ana sözleşmelerinde yazılı olan işşigal konuları dışında da faaliyette bulunabilme imkânı tanındığından ve kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma ticari faaliyetin icrasını tümüyle engelleme sonucunu doğurmadığından, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan ticari işletmelerin, yasaklılık süresi içerisinde, özel hukuk tüzel kişilerinin açtıkları ihalelere katılabilmelerine ya da başkaca ticari faaliyetler icra edebilmelerine hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemleriyle ilgili olarak istinaf kanun yolundan sonra temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün değildir...”

şeklinde karar vermekte iken, 05.12.2019 tarihli toplantısında içtihat değişikliğine giderek,

“... 2577 sayılı Kanun’un “İstinaf” başlıklı 45. maddesinin altıncı fıkrasında, bölge idare mahkemelerinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan kararlarının kesin olduğu; “Temyiz” başlıklı 46. maddesinin (d) bendinde, belli bir ticarî faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davalarının Danıştay’da temyiz edilebileceği kurala bağlanmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Ticarî işler” başlıklı 3. maddesinde, “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticarî işlerdendir.” kuralına yer verildiğinden bir ticarî işletmenin gelir sağlama amacına yönelik bütün faaliyetlerinin, kural olarak, “ticarî faaliyet” kapsamında olduğu açıktır.

2577 sayılı Kanunun 46. maddesinin (d) bendinde bir ticarî faaliyetin icrasının engellenmesi bakımından kısmen veya tamamen şeklinde bir ayırım yapılmadığı; anılan bentte yer alan “belli” ibaresinin, bir ticarî faaliyetin hem bütününe hem de belirli bir kısmını ifade ettiği; dolayısıyla bir ticarî faaliyetin yerine getirilmesini engellemeye yönelik işlemin, ticarî faaliyetin icrasının kısmen engellenmesine yönelik olabileceği gibi, tamamen engellenmesi yönünde de olabileceği; kamu ihalelerine katılmanın bir ticarî faaliyetin icrası kapsamında olduğu ve ihalelerden yasaklama işleminin “belli” bir ticarî faaliyetin icrasını engellediği; en az 6 aylık bir süre için tesis edilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işleminin, gerek belli bir ticarî faaliyetin engellenmesi gerekse engellenmenin süresi bakımından belli bir ticarî faaliyetin icrasını 30 gün veya daha uzun süreli olarak engelleyen işlemlerin temyiz kanun yoluna tâbi olduğuna ilişkin söz konusu düzenlemenin kapsamı dâhilinde olduğu görülmektedir.

Öte yandan, ihale işlemleri ve ihalelerden yasaklama kararları belirli bir ihale sürecine dayalı olarak tesis edilen idarî işlemler olmakla birlikte, ihale işlemlerine karşı açılan davalarda ivedi yargılama usulü uygulandığından, İdare Mahkemesi kararları doğrudan temyiz incelemesine tâbi tutulurken; ivedi yargılama usulüne tabi olmayan ihaleden yasaklama kararlarına yönelik davalarda verilen İdare Mahkemesi kararlarının istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmesi, aynı ihaleye yönelik ve aynı sebebe dayalı olarak tesis edilen

idarî işlemler hakkında Danıştayca varılan sonuçlar ile istinaf incelemesi neticesinde varılan sonuçların birbirinden farklı olmasına yol açacağından, bu durumun yargı kararlarında yeknesaklık sağlanmasını da engelleyeceği açıktır.

Yapılan bu değerlendirmelere göre, ihaleden yasaklama işlemlerine ilişkin davalarda istinaf başvurusu üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı yönündeki Dairemiz kararlarının yeniden değerlendirilmesi amacıyla Dairemizin tüm üyelerinin katılımıyla 05/12/2019 tarihinde yapılan toplantıda oybirliğiyle “içtihat değişikliği”ne gidilmiş olup; anılan toplantıda, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamaya yönelik işlemlerin “belli bir ticarî faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen idarî işlemler” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından, davacıların kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi’nin 12/09/2019 tarih ve E.2019/2080, K.2019/1393, T.2019/1370 sayılı temyiz isteminin reddi yönündeki kararı kaldırılarak esasın incelenmesine geçildi...”

şeklinde karar vermiştir.

Kanaatimizce Danıştay’ın söz konusu içtihat değişikliği isabetli olmuştur. İçtihat değişikliğinden önce, ihaleden yasaklama kararlarının ticari faaliyetin icrasını tümüyle engelleme sonucunu doğurmadığından, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan ticari işletmelerin, yasaklılık süresi içerisinde özel hukuk tüzel kişilerinin açtıkları ihalelere katılabilmelerine ya da başkaca ticari faaliyetler icra edebilmelerine hukuken bir engel bulunmadığı düşüncesinden yola çıkılarak temyiz edilebilecek kararlar arasında görülmemiş tir. Ancak kanundaki “belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen idarî işlemler” ibaresinin, bir ticari faaliyetin hem bütününe hem de belirli bir kısmını ifade ettiğinden, bir ticari faaliyetin yerine getirilmesini engellediği, dolayısıyla belli bir ticari faaliyetin icrasını 30 gün veya daha uzun süreli olarak engelleyen işlemlerden sayılarak temyiz kanun yoluna tabi olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan karar gerekçesinde de yer verildiği üzere, ivedi yargılama usulüne tabi ihale işlemleri açısından temyiz incelemesi yapılırken, ihaleden yasaklama kararlarının istinaf aşamasında kesinleşmesi sonucunda istinaf ve temyiz merciilerinin kararları arasında uyumsuzluk olması ihtimali de bulunduğundan, yasaklama kararlarının temyize tabi olması yerindedir.

4.2.3. 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 açılabilceğı 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 tebliğı 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 açılabilceğı gibi; yasaklama kararının iptali ile birlikte tam yargı davası da açılabilceğı 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 hususlardan biri, tazmini istenen zararın muhtemel olmaması, kesin ve belli olmasıdır. Açılan davalarda, menfi, müspet zarar ayrımı yapılmaktadır.¹⁸⁵ İhale sürecinin

¹⁸⁵ 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 bilirkişi 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.

Manevi zarara ilişkin ise, Danıştay 10. Dairesi’nin 14.04.2021 tarih ve E:2016/340, K:2021/1834 sayılı kararında,

“Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırapı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir...”

açıklaması yapılmıştır.

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. (Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara-1961,s.427-428). Buna karşılık sözleşmenin hiç veya gereği gibi uygulanmamasından doğan zarar ise müspet zarar kapsamında değerlendirilir (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara-8.Baskı, s.482). Müspet zarar kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12/05/2010, E:2010/14-244, K:2010/260)... “

Manevi zarar noktasında değinilmesi gereken ilk husus çoğunlukla tüzel kişi (şirket) olan ihale katılımcılarının manevi zarara uğrayıp uğramayacağıdır. Bu hususta yerleşik yargı kararları, tüzel kişi olan davacının itibarının zedelenmesi veya faaliyetlerinin açıkça olumsuz biçimde etkilenmesi halinde zararın manevi tazminatla tazmininin mümkün olduğu yönündedir.

Nitekim, uyuşmazlık konusu olan bir davada; davacı hakkında başlatılan ceza soruşturmasında, Osmaniye Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından şüphelilerin üzerine atılı suçu işlediklerine dair yeterli delil elde edilemediğinden delil yetersizliği nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği gerekçesiyle, davacının iki (2) yıl süreyle kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar üzerine davacı tarafından, iptal edilen işleme bağlı olarak 80.000,00-TL maddi, 20.000,00-TL manevi olmak üzere 100.000,00 TL tazminatın davalı idarece ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmış, Danıştay 13. Dairesi'nin 14.05.2019 tarih ve E:2013/718, K:2019/1658 sayılı kararıyla,

“...Manevî tazminat, kişilik haklarının ihlâli hâlinde meydana gelen eksilmenin, başka türlü giderim yolunun bulunmaması nedeniyle, uğranılan manevi zararın kısmen de olsa telafi edilmesini sağlayan manevî bir tatmin aracıdır.

Uyuşmazlıkta, yargı yerince hukuka aykırı bulunarak iptal edilen yasaklama kararının, davacının ticari itibarını zedelediği ve güvenilirliğini azalttığı açıktır.

Bu nedenle, davacının söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, Mahkeme kararının manevi tazminat isteminin reddi yönündeki kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır...”

şeklinde karar verilmiştir. Söz konusu karar ile isabetli olarak, ticari itibar kaybı manevi zarar olarak değerlendirilmiştir.

Yasaklama kararına muhatap kalan tüzel kişiler için de manevi tazminatın söz konusu olduğu görülmekle beraber, manevi tazminat istemli davalarda öncelikle işlemin hukuka aykırılık nedenini araştırdıkları anlaşılmakta olduğu ve usul yönünden iptal edilen yasaklılık kararları için muhataplara manevi tazminat hükmedilemeyeceği yönünde yoruma ulaşıldığı ifade edilmektedir.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Canbazoglu, a.g.e., 2017, 422-423.

Örneğin bir uyuşmazlıkta, dava; İzmir Konak Belediyesi'nce yapılan 40 kalem elektrik malzemesi alım işi ihalesi uhdesinde kalan davacı şirketin, sözleşme imzalanmasını müteakip sözleşmenin 17.3. maddesinde belirtilen 20 günlük sürede taahhüt konusu malları teslim etmediğinin tespit edilmesi üzerine 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) bendini ihlâl ettiğinden bahisle aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca 2 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 30.03.2007 tarih ve E:2006/1465, K:2007/654 sayılı kararı ile iptal edildiğinden bahisle, bu sürede ihalelere katılamadığından dolayı uğradığı zarara karşılık 70.000.-TL maddi ve diğer şirketler nezdinde manevi itibar kaybetmesi ve sıkıntıya düşmesinden dolayı da 30.000.-TL manevi zararın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce;

“...somut herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı, yasaklama dönemine ilişkin kâr kaybından dolayı uğradığını ileri sürdüğü zararın varsayımı dayandığı, varsayımı dayalı olarak tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddine; davacı şirketin eylemi dikkate alındığında, üst sınır olan 2 yıl süre ile tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı belirtildiğinden, bu yargı kararı dikkate alınmak suretiyle 02.08.2007 tarih ve 26601 sayılı Resmî Gazete’de yasaklama kararının kaldırıldığı ve davacı şirket hakkında yeniden yasaklama kararı verilmediği, bu şekilde 490 gün süreyle kanunda öngörülen alt sınırın üstünde ihalelere katılamadığı, çevresinde yasaklı şirket olarak tanındığı ve ticari itibarı zedelendiğinden, söz konusu işlem nedeniyle, manevi yönden uğradığı zararlara karşılık 3.000.-TL manevi tazminatın kabulüne...”

karar verilmiş, bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 27.12.2012 tarih ve E:2011/1396 K:2012/4158 sayılı kararıyla,

“...Bilindiği üzere; idarenin mali sorumluluğunun türlerinden birisi olan kusurlu sorumluluk, hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır. Buradaki kusur kavramı ise özel hukuktaki kast, ihmal, dikkatsizlik gibi öznel unsurlar ile tanımlanmamakta, idare tarafından yürütülen bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işletilmesindeki bozukluk ve aksaklık şeklinde nesnel bir tanımlama yapılarak, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi hallerden doğan zararların tazmininde idarenin kusurlu sorumluluğu ilke ve esasları uygulanmaktadır. Dolayısıyla bir olayda idarenin kusurlu sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, öncelikle ortada hizmet kusuru teşkil eden bir durumun varlığı gerekmektedir. İdarenin işlemlerinden doğan zararların tazmin edilmesi amacıyla açılan tam yargı davalarında, idarî işlemin hukuka aykırı olması idarenin hizmet kusurunun varlığını ortaya koymaktadır. Ancak hizmet kusurunun bulunması yeterli olmayıp, genel sorumluluk koşullarının da somut olayda gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bu koşullar

ise, idarî bir işlem ya da idareden sadır olan ihmalî veya icraî bir eylemin varlığı, tazmin isteminde bulunanın maddi veya manevi bir zararının bulunması ve söz konusu zararın idarenin işlem veya eyleminin bir sonucu olması, yani zarar ile idarî davranış arasında kurulabilen bir illiyet bağının mevcudiyetidir.

Dolayısıyla, idarenin sorumluluğu için yukarıda belirtilen diğer bütün şartlar mevcut olsa dahi, zarar ile idarî davranış arasında kurulabilen bir illiyet bağı mevcut değilse, idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. İdarî davranış ile zarar arasında nedensellik bağına kesen haller ise, zarar gören kişinin veya üçüncü bir kişinin kusuru ile beklenmeyen bir halin (mücbir sebep) bulunması olarak sayılabilecektir. Zararın doğuşunda idare yanında zarar görenin de birlikte (müterafik) kusurunun bulunması hali ödenecek tazminat tutarını eksiltici bir neden iken; zarar görenin eyleminin, zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde ise, zarar ile idare arasında nedensellik bağı tamamen kesilir ve idarenin tazminat sorumluluğu ortadan kalkar. Zarar gören kişiden kaynaklanan fiil ve davranışın idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için, zararın doğumunda esaslı bir rol oynaması, idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasındaki nedensellik bağına tamamen kesecek bir nitelikte bulunması gerekir. Bu haller ise her somut olayda ayrı ayrı tespit olunacaktır.

Dosyasının incelenmesinden; Konak Belediyesi'nce yapılan 40 kalem elektrik malzemesi alım işi ihalesi uhdesinde kalan davacı şirketin, sözleşme imzalanmasını müteakip sözleşmenin 17.3. maddesinde belirtilen 20 günlük sürede taahhüt konusu malları teslim etmediğinin tespit edilmesi üzerine 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) bendini ihlâl ettiğinden bahisle aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca 2 yıl süre ile tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği; bu kararın iptali istemiyle açılan davanın, davacı şirket tarafından sözleşmede belirtilen süre içerisinde teknik şartnamede belirtilen nitelikte mal teslim edilmediği, sözleşmenin 42. maddesi gereğince davacı şirkete ihtar çekilmesine karşın verilen 20 günlük sürede de mal teslimi gerçekleşmediğinden davacı şirketin bu fiilinin 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) bendinde belirtilen sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme kapsamında kaldığı sonucuna varıldığı, aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca davacı şirkete ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi yerinde ise de, her fiilin karşılığı cezanın takdirinde ölçülülük kuralına uymak esas olduğundan davacı şirketin eylemi dikkate alındığında yasaklamanın üst sınır olan 2 yıl süreyle verilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 30.03.2007 tarih ve E:2006/1465, K:2007/654 sayılı kararı ile iptal edildiği, bu kararın temyiz edilmesi üzerine, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27.04.2009 tarih ve E:2007/13329, K:2009/4582 sayılı kararıyla onandığı; bunun üzerine davacı şirket tarafından, iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlem nedeniyle, ticari faaliyette bulunamamasından dolayı uğradığı zararlara karşılık 70.000.-TL maddi ve diğer şirketler nezdinde manevi itibar kaybetmesi ve sıkıntıya düşmesinden dolayı 30.000.-TL manevi zararın ödenmesi istemiyle temyizen incelenmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davalı idarenin takdir yetkisini, üst sınır olan 2 yıl üzerinden kullanmasının hukuka aykırılığı Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 30.03.2007

tarikh ve E:2006/1465, K:2007/654 sayılı iptal kararı ve Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27.04.2009 tarih ve E:2007/13329, K:2009/4582 sayılı onama kararlarıyla tespit edilmiş ve bu durumun 02.08.2007 tarih ve 26601 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yasaklama kararının kaldırıldığı görülmüştür.

Maddi zarara ilişkin somut herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı, yasaklama dönemine ilişkin kâr kaybından dolayı uğradığını ileri sürdüğü zararın varsayıma dayandığı, varsayıma dayalı olarak tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Mahkemece kabul edilen 3.000.-TL tutarındaki manevi tazminata ilişkin olarak, ticari itibar kaybına idare değil, bilakis -Mahkeme'ce ve Danıştay'ca da kabul edildiği üzere- davacı şirketin kendi kusurlu fiili neden olduğundan ve bu fiil zararın doğmasında başlıca etken olup idarenin kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek nitelikte bulunduğundan, yasaklı fiili sabit olan davacı şirket lehine, idarenin takdir yetkisini ölçülülük ilkesine aykırı kullandığından bahisle manevi tazminata hükmedilmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, temyize konu Mahkeme kararının, davacı şirket lehine 3.000.-TL manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemiştir...”

gerekçesi ile mahkeme kararı bozulmuştur. Kanaatimizce söz konusu karar yerindedir. Zira, yasaklamaya neden olan fiil ve davranışın gerçekleşmediği gerekçesi ile değil de, idareye tanınan takdir yetkisinin alt ve üst sınırlar içerisinde isabetli kullanılmadığı veya takdir edilen yasaklama süresinin gerekçelendirilmediği durumlarda verilen iptal kararları, işlemin tesis edilme usulüne ilişkin kararlardır. Bu durumda yasak fiil ve davranış gerçekleştirdiği sabit olan davacının ihaleden yasaklama sebebi ile itibarının zedelendiğinden söz edilemeyecektir.

5. SONUÇ

En büyük mal ve hizmet satın alıcısı veya satıcısı olan Devletin, bu işleri gerçekleştirirken kullandığı, kamu yararını doğrudan ilgilendiren kamu ihalelerinin yapılması sıkı şekil kurallarına tabidir. Güncel mevzuatımızda, bu kurallar 4734 sayılı Kanun, 4735 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun'da ve bu kanunlar dışında tutulan bazı ihaleler özel kanunlarda düzenlenmiştir. Bunların dışında ikincil mevzuat olarak mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerini düzenlemeye yönelik uygulama yönetmelikleri vardır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2002 yılında kabul edilmesiyle Avrupa Birliği'ne dahil olma sürecinde AB mevzuatı ve diğer uluslararası düzenlemelere uyum ve yeknesaklık sağlanması amaçlanmış ise de, mevzuattaki dağınıklık tam olarak giderilememiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, genel bütçeye dahil idarelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin tümünde uygulanmakta iken, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2003 yılından itibaren, Kanun'un amacı; kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olarak belirlendiğinden ve Kanun'un 68. maddesinde yer alan düzenleme ile bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlendiğinden, 4734 sayılı Kanun kamu harcamalarının yapılmasına ilişkin işlerde, 2886 sayılı Kanun ise kamuya gelir getirici nitelikteki işlerde uygulanmıştır.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile birlikte yürürlüğe giren 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalelerden sonra imzalanan sözleşmeler açısından uygulanacak kuralları düzenlemiştir.

4734 sayılı Kanun'da, idarelerin bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde sağlamakla yükümlü olduğu ilkeler, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması olarak sayılmış, Kanun'un hazırlanma amacının gerçekleştirilmesini güvence altına alan ilkeler bu Kanun'a göre yapılsa da yapılmasa da tüm ihalelerde gözetilmiştir. Kamu ihale sisteminde düzeni sağlamaya yönelik bu

ilkeler, ihalelerde düzeni sağlamının yanı sıra ihale konusu işlerin devamını ve kamu hizmetlerinin sürdürölmesini de sağlar.

Çalışmamızın esasını oluşturan kamu ihalelerinden yasaklama işlemi, mevzuatımızda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da yer almıştır. Yukarıda saydığımız rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeleri temel alan kamu ihale sistemini bozmaya yönelik birtakım ihlallerde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin, geçici veya sürekli olarak ihalelere katılımının engellenmesini ifade eden bu müessese, idare veya ceza mahkemesince verilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, ihaleden yasaklama olarak ele alınmıştır.

4734 sayılı Kanun'da idarece yasaklama yaptırımının uygulanmasını gerektiren durumlar, 17. maddede yer alan yasak fiil ve davranışların gerçekleştirilmesi, 11. madde uyarınca ihaleye katılamayacak olanların ihaleye katılması, üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri hariç usulüne göre sözleşme yapmamak ve bilgi ve belgeleri açıklama yasağını ihlal eden danışmanlık hizmeti sunucusunun yasaklanması olarak sayılmıştır.

4735 sayılı Kanun kapsamında idarece verilecek yasaklama kararları da 26. madde uyarınca sözleşmenin uygulanması sırasında gerçekleştirilen yasak fiil ve davranışların gerçekleştirilmesi ve 22. maddenin son fıkrası atfıyla sözleşmenin feshinin ardından verilen yasaklama kararıdır.

İdarelerce tesis edilen yasaklama işlemi, organik açıdan idarelerce alınan, kişilerin hak ve hürriyetlerine kısıtlama getiren, hukuki alanda hüküm ve sonuçları olan irade açıklaması olması nedeniyle bir idari işlemdir. İhaleden yasaklama işleminin, ihale katılımcılarının mevzuatta belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedeniyle, bu kişileri cezalandırma amacı güttüğü ve araya yargı kararı girmeden idarece tesis edildiği göz önünde bulundurulduğunda, idari yaptırım niteliğindedir. İdari yaptırımları da idari ceza ve idari tedbir olarak ayırmanın bunlara uygulanacak ilke ve kuralların tespiti bakımından pratik fayda sağlayacağı düşüncesi ile idarelerce tesis edilen ihaleden yasaklama işlemi, kişilerin ihalelere katılımlarını kısıtlayarak, bastırma ve cezalandırma amacı güderek hukuki alanda sonuç doğurduğundan idari ceza niteliğinde bir idari yaptırımdır.

Cezalandırıcı mahiyeti nedeniyle idari yaptırımlar hakkında bir takım ceza hukuku ilkelerinin de uygulanması kabul edilmektedir. Bu ilkelerden, suç ve cezaların kanuniliği (bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik, kıyas yasağı ve geriye yürüme yasağı), lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği, ölçülülük, ne bis in idem ilkesi ile beraber, masumiyet karinesi, gerekçe hakkı, savunma hakkı, susma hakkı, zamanaşımına tabi olma gibi kuralların da uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir. Sayılan ilke ve kuralların tümünün uygulanması noktasında doktrinde görüş birliği yoktur. Danıştay tarafından ise, söz konusu ilkelerden, suç ve cezaların kanuniliği (bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik, kıyas yasağı ve geriye yürüme yasağı), lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği ve ölçülülük ilkelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulandığı görülmektedir.

Özellikle belirtmek gerekir ki, hukuk devleti ilkesi de dikkate alınarak, idarenin yargılama makamları gibi gerçeği ortaya çıkarmak görevi olmasa da, gerçeklere dayanarak işlem tesis etmesi gerektiği için, taraf savunmasını alması ve gerektiğinde yeniden inceleme yapması, idari yaptırımların icrailik özelliği nedeniyle yanlış tesis edilen ihaleden yasaklama kararlarının mahkeme nezdindeki yargılama neticesinde idareler aleyhine tazminata neden olmasını önleyebilecektir. Bu sebeple idarenin işin başında işlemi hukuka uygun tesis edebilmesi için, yargılama hukukunun genel ilkelerini de göz önünde bulundurarak savunma alması yönünde yasal düzenleme yapılması gereklidir.

İdarece verilen ihaleden yasaklama kararları dışında, Kamu İhale Kanunu'nun 59. ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 27. maddesinde, mahkemelerce yasaklama kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Suç işleyen kişi hakkında ve suçun konusu ile ilgili olarak uygulanan, ceza mahkemesince tesis edilen ihaleden yasaklama kararları kanaatimizce ve doktrinde de çoğunlukla kabul edildiği üzere güvenlik tedbiridir.

İhale katılımcısı hakkında idari yasaklama kararı da varsa, idari yasaklamaya ilişkin sürenin bitiminden itibaren başlamak üzere mahkemece verilen yasaklama kararı uygulanır. Bu düzenlemenin, Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesindeki bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği, ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulayacağı düzenlemesi ile çeliştiğini söylemek mümkündür.

Zira aynı fiil nedeniyle 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca idari yaptırım niteliğinde ihaleden yasaklama kararı, Ceza Kanunu uyarınca ceza ve 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca güvenlik tedbiri niteliğinde ihaleden yasaklama kararı uygulanmaktadır.

İhaleden yasaklamanın son hali ise sui generis niteliktedir. 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinde yer alan "...İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler..." şeklindeki düzenleme ile yasaklama işleminin uygulanmasına sebep olacağı anlaşılan bir işlem veya eylemin tespiti halinde, yasaklama işlemi tesis edilene kadar yasak fiil veya davranışlarda bulunan isteklinin ihale sürecinde yer almaya devam etmeyeceği düzenlenmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26 maddesinde de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile aynı düzenlemeye yer vermiştir. Kanaatimizce, hakkında kamu davası açılmış olanların sui generis durumları, idari yaptırımlar için kabul ettiğimiz idari ceza, idari tedbir ayrımında, geçici engelleme şeklinde bir idari tedbir niteliğindedir.

İhaleden yasaklama kararı, yasak fiil ve davranışı düzenleyen ilgili Kanun hükümlerine göre tesis edilir. 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan, bu kanunun uygulanmasından istisna tutulan ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme sonrasında, işin yürütülmesi safahatında 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer verilen yasak fiil ve davranışların işlenmesi halinde 4735 sayılı Kanun uyarınca yasaklama işlemi tesis edilebilecektir. Ancak bunun için ilgili kurum tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde 4735 sayılı Kanun'a yapılan bir atıf bulunması şarttır. 4735 sayılı Kanun'a atıf bulunması halinde kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilemeyeceğini düşünüyoruz.

İhaleyi yapan idare yasaklama kararı vermeye de yetkili idare ise, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edildiği tarih, yasaklama kararı verilmesi için Kanun'da öngörülen 45 günlük sürenin de başladığı tarihtir. Ancak ihaleyi yapan idare yasaklama kararı vermeye yetkili değilse, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirimin yapıldığı tarihten itibaren yasaklama kararı verilme süresinin başladığını kabul etmek, katılımcılar bakımından belirsizlik ve güvencesizlik yaratacak ve uzun

süre ceza tehdidi altında kalmalarına neden olacaktır. Ayrıca ivedi şekilde yapıp sonuçlandırılması gereken ihale süreçlerinde, yasak fiil ve davranışın tespitinden sonra 45 günden uzun bekleme süresi sonunda yasaklama kararı tesis edilmemesi halinde, tedbiren o ihaleye katılamamış olan istekli nedeniyle ihale sürecinde rekabet koşulları da tam olarak sağlanamamış olacaktır. Dolayısıyla Kamu İhale Tebliği'nde yer verilen düzenleme nedeniyle halihazırda 45 günlük sürenin başlangıcı olarak bakanlığa bildirim tarihi esas alınmak durumunda ise de, söz konusu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

İhaleden yasaklama süreleri alt ve üst sınır kanunda belirtilmek suretiyle idarenin takdirine bırakılmıştır. Yasak fiil veya davranışların özelliğine göre ihaleden yasaklama süresinin, olayın oluş şekli ve niteliği; yasaklamaya esas fiil ile bunun yaptırımı arasında ölçülülük ilkesi dikkate alınarak her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi sonucunda takdir edilmesi gerekmektedir. Ancak yine de 1 yıl ve 2 yıl gibi alt ve üst sınırlar arasında belirleme yapma hakkı tanınarak idareye çok geniş bir takdir yetkisi verildiği de açıktır. İdari işlemin gerekçeli olması gerekliliği, alt sınırdan uzaklaşılarak yaptırım uygulanan hallerde bu hususa ilişkin gerekçenin de belirtilmesini kapsadığından, ihaleden yasaklama kararları tesis edilirken idarelerce alt sınırdan uzaklaşılarak karar verilmesi halinde bu durumun gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

Yasaklama kararları sürecin asli unsurlarından biri olmadığı gerekçesiyle şikayet ve itirazen şikayete konu edilememektedir. Yasaklama işleminin kendisi ihale sürecinde ortaya çıkan bir işlem değil, bu süreçte ortaya çıkan bazı fiil ve davranışların sonucu olan bir işlem olduğundan, Kamu İhale Kurumu tarafından da yasaklama işlemine karşı yapılan başvuruların Kurum'un görev alanında olmadığı yönünde güncel kararlar verilmektedir. Ancak burada idari bir başvuru yolu olan şikayet ve dolayısıyla itirazen şikayet yoluna başvurulamayacağı kabul edilmekte ise de, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında idari başvuru yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Nihayet, bir idari işlem olan ihaleden yasaklama işlemi nedeniyle haklarının ihlal edildiğini düşünenlerce, bu işleme karşı önce iptal davası açılıp, iptal kararı alınması üzerine maddi ve/veya manevi tazminat istemiyle tam yargı davası

açılabilirceği gibi; yasaklama kararının iptali ile birlikte tam yargı davası da açılabilircektir.



KAYNAKLAR

- Abacıoğlu, M. / Abacıoğlu, A. (2013). *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Akcagündüz, E. (2020). “Türkiye’de Kamu Yönetiminin Denetim Yöntemlerinin Etkinliği ve Kamuoyu Denetimi Üzerine Nitel Bir İnceleme”, *Ekev Akademi Dergisi*, 24(84), s.211/228, DOI:10.17753/Ekev1727.
- Akdoğan, C.A. (2019). *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Akıllıoğlu, T. *Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü*, <http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-insan.htm>, (24.11.2020)
- Akın, N. (2019). “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, 36(2), s.63–109.
- Akpınar, N. (2020). “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme)”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(38), s.132–154.
- Aksoy, M. / Erbay, K.E. (2006). “Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci”, *Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayını*, s.305–314.
- Akyılmaz, B. (2000). *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Alacakaptan, U. “İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi”, <https://dSPACE.ankara.edu.tr/> (22.04.2021) Ajans - Türk Matbaası, Ankara.
- Arslan, Ç. (2008). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (TCK md. 235)*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Aslan, Y. (2006). *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa.
- Atay, E.E. (2014). *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Bafra, E. (2014). “Danıştay Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti”, *Bafra Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, 24(1), s.93-118.
- Bafra, E. (2014). “Engelleyici Davranışları İle İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları”, *Bafra Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, 24(1), s.93–118.
- Bilgili, F. / Demirkapı, E. (2013). *Şirketler Hukuku Dersleri*, Dora Basım Yayın, Bursa.
- Can, O. (2005). “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, IX(1-2), s.89–125.
- Canbazoglu, K. (2017). *“İhalelere Katılma Yasağı”*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara.

- Çınar, K. (1997). “2000’li Yıllarda Doğru Türkiye’nin Önde Gelen Sorunlarına Yaklaşımlar: Kamu Yönetiminde Yozlaşma ve Rüşvet”, *Türkiye Genç İşadamları Derneği*.
- Doğanyigit, S. (2012). “İhale Sorunları Rehberi”, *KAMEP Derneği Yayınevi*, Ankara.
- Erem, F. (1976). *Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara.
- Eren, F. (1998). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Hukuk Yayınları, İstanbul.
- Erkan, M. / Demicioğlu, M.Y. (2010). “Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerindeki Etkisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), s.107–132.
- Evren, Ç.C. (2011). “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX(1-2), s.967–1001.
- Gök, Y. (2009). *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Gök, Y. (2010). “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, (2), s.12–23.
- Gök, Y. “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-2.pdf>.
- Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin Basım Yayın, Bursa.
- Gül, H. (2019). “Türk ve Avrupa Birliği Kamu Alımları Hukukunda Yer Alan Yaptırımlar”, *Danıştay 150. Yıl Dergisi*, s.661–702
- Günday, M. (2013). *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara.
- Gündüz, E.F. (2017). “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 8(32), s.33–59.
- Gürsel, M.K. (2003). “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, İstanbul, s.63–109.
- Işıka, S. (2013). “Hileli İflas Suçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(1), s.607–624.
- İnan, A. (2011). *Açıklamalı Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, Art Basım Yayın Hizmetleri, Ankara.
- İnternet: <http://www.oecd.org> (Erişim Tarihi: 12.05.2021)
- İnternet: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c52e50f07ff97.87817707 (Erişim Tarihi: 31.12.2021)
- İnternet: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.05.2021)
- İsbir, B. (2009). “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Kalabalık, H. (2004) *İdare Hukuku Dersleri*, Değişim Yayınları, İstanbul.
- Karabulut, M. (2008). *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitapevi, Ankara.

- Karahanoğulları, O. (2004). *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Karamustafaoğlu, M. (2016). “Rekabet Hukuku Açısından Kamu İhalelerinde Danışıklı Teklif Vermek”, *Kamu İhale Hukuku’na İlişkin Tebliğler ve Makaleler 2*, İstanbul, s.250–271.
- Kaya, C. (2006). “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s.153–184.
- Kaya, Ü. (2016). ‘Sözleşmenin Uyarlanması Sonra Değişen Şartlar ve Öngörülemelik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), s.1569–1593.
- Kılıç, D. (2010). *Kamu Alımları ve İhale Sözleşmeleri*, Eymir Kitabevi, Ankara.
- Kurt, H. (2014). “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII(1), s.131–178.
- Mahmutoğlu, F. (2014). “Tekliflerin Şartnameye Uygunluğunun Değerlendirilmesi Safhasında Gerçekleştirilen Hileli Davranışlar Bağlamında İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, *Kamu İhale Hukuku’na İlişkin Tebliğler ve Makaleler-2*, s.38-85.
- Onar, S.S. (1966). *İdare Hukuku C. III*, Hak Kitabevi, İstanbul.
- Orer, G. (2015). “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(6), s.363–393.
- Özay, İ. (1985). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Özgenç, İ. (2006). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Özkan, G. (2014). *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Sezer, Y. (2002). “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, 35(4), s.57–82.
- Sezer, Y. (2012). *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Sezginer, M. (2013). *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Sırabaşı, V. (2011). *Kamu İhalelerinden Katılmaktan Yasaklama*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Taşdelen, A. (2004). *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Taşdelen, A. (2006). “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(1), s.293–320.
- Teziç, E. (2014). *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Toprak, E. (2009). “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Kararına İlişkin Bazı Hüküm ve Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (35), s.83–93.

- Toprak, E. (2019). “Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram Ve Kapsam Üzerine İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019(145). s.369–395.
- Toroslu, N. (2001). *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara.
- Tütüncü, M. (2016). “*Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- Ulusoy A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul.
- Ulusoy, A. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Ulusoy, A. (2013). *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Üstün, Ü.S. / Çalış, H.S. (2018). “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(2), s.111–147.
- Yıldırım, T. (2019). “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), s.1520–1538, <https://doi.org/10.33433/maruhad.667551>.
- Yılmaz, İ. (2011). *İhale İşlemleri ve Yasaklılık*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Zor, Ö.T. (2006), “*Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi*”, Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Zor, Ö.T. / Yosunkaya, B. (2004). *100 Soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : BAKIR AZ Leyla
Uyruğu : T.C.

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans		
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk	24.08.2011
Lise	Nurullah Eren Anadolu Öğretmen Lisesi	01.06.2007

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
8 yıl	Hakimler Savcılar Kurulu	Hakim



