

**4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca 2 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verildiği anlaşıldığından; idare mahkemesince, hangi eylemin işlendiğinin net olarak ortaya konulmadığı, gerekçesiz takdir yetkisi kullanılarak üst sınırdan ceza verildiği gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, mahkeme kararının bozulması**

T.C.

Danıştay 13. Daire

Esas No:2011/2976

Karar No:2011/5364

Özeti : Olur işlemleri ile "dava konusu ihale sürecinde yasal dayanaklar hiçe sayılarak hukuksuz bir şekilde sonradan ihale evrakları tanzim edildiği ve geçersiz olan bu evraklar üzerinde, rekabet unsurları hiçe sayılarak, hileli bir şekilde, şartlı olarak ihalenin tek bir firmaya bırakıldığı, ihale kapsamı dışında da firma lehine imalatlar yaptırıldığı, davacı şirketin tüm bu hususlara iştirak ettiği ve maddî menfaat sağladığı" belirtilerek, 4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca 2 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verildiği anlaşıldığından; idare mahkemesince, hangi eylemin işlendiğinin net olarak ortaya konulmadığı, gerekçesiz takdir yetkisi kullanılarak üst sınırdan ceza verildiği gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sağlık Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ... İnşaat Turizm Otomotiv ve Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstem Özetleri : Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 05.04.2011 tarih ve E:2010/969, K:2011/424 sayılı kararının; davacı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edildiği gerekçesiyle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fedayi KURT'un Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdullah Artunç'un Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

## TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava; davacı şirketin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25 ve 26. maddeleri uyarınca iki yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 26.05.2010 tarih ve 27592 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 14.05.2010 tarih ve 4093 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; Batman Bölge Devlet Hastanesi'nce 22.05.2009 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca yapılan "Ameliyathaneler ve Çeşitli Ünitelerin Mevzuata Uygun Hale Getirilmesi İşi" ihalesinin davacı şirketin üzerinde kaldığı, 28.05.2009 tarihinde sözleşme imzalandığı, daha sonra davalı idarece söz konusu ihale süreci ile ilgili soruşturma başlatıldığı ve bu soruşturma sonucu hazırlanan 13.04.2010 tarih ve 153/01, 119/1 sayılı soruşturma raporunda özetle; dava konusu ihale kapsamındaki birçok imalatın ihale günü olan 22.05.2009 tarihinden önce davacı şirket tarafından gerçekleştirildiği, ihale sürecinde usulsüz ihale evrakları düzenlendiği, ihalede tek bir firma lehine hileli bir şekilde hareket edildiği, söz konusu firmaya maddî menfaat sağlanması yoluna gidildiği, yapılan bütün imalatların

Hastane'nin kesin kabulünden önce yapıldığı hususları tespit edilerek konu ile ilgili kamu görevlilerinin çeşitli disiplin cezaları ile cezalandırılmasının teklif edildiği, öte yandan, bu rapor ile saptanan hususlara istinaden davacı şirketin (2) yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasının teklif edilmesi üzerine, 14.05.2010 tarih ve 4093 sayılı "Olur" işlemi ile davacı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca (2) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, soruşturma raporu ve eklerinin incelenmesinden, ihale süreci ile ilgili birtakım usulsüzlüklerin yanında "İhale kapsamındaki birçok imalatın ihale günü olan 22.05.2009 tarihinden önce davacı şirket tarafından gerçekleştirildiği" hususunun tespit edildiği anlaşılmalı birlikte, dava konusu işleminde, davacı şirketin yasak fiil ve davranışlarının 25. maddede sayılan hangi bent/bentler kapsamında olduğu belirtilmeksizin genel bir ifade ile 4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, bu yasaklamanın da üst sınır olan (2) yıl üzerinden uygulandığının görüldüğü, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yasak fiil ve davranışların (7) bent halinde sayıldığı, 26. maddesinde ise, fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama işlemi tesis edilebileceği düzenlemesinin yer aldığı, diğer bir deyişle; Kanun'un 26. maddesindeki hüküm ile, 25. maddede sayılan fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilenler hakkında fiil ve davranışın özelliğine göre yasaklama süresini belirleme konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı, bu itibarla, idarece işlem tesis edilirken, davacı şirket hakkındaki müfettiş raporundaki tespitler dikkate alınmak suretiyle öncelikle davacı şirketin 25. maddede bentler halinde sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlediğinin net olarak belirlenmesi, ondan sonra fiil veya davranışlarının özelliğine göre takdir yetkisi kullanılarak yasaklama süresine karar verilmesi gerektiği, uyuşmazlık bu çerçevede irdelendiğinde; idarece üst sınır olan (2) yıl üzerinden işlem tesis edilmiş

olmasına karşın, yasaklama işleminde davacı şirketin 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlediğinin net olarak belirlenmediği, bu bakımdan “fiil veya davranışlarının özelliğine göre” tespit edilmesi gereken ceza süresinin de hukuka aykırı olarak, gerekçesiz bir şekilde takdir yetkisi kullanılmak suretiyle üst sınır üzerinden uygulandığının anlaşıldığı, bu durumda, davacı şirketin 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlediği net olarak ortaya konulmaksızın, gerekçesiz olarak ve Kanun’da belirtildiği üzere fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir değerlendirme yapılmadan takdir yetkisi kullanılmak suretiyle üst sınır üzerinden cezaî işlem tesis edilmiş olması nedeniyle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 25. maddesinin (a) bendinde “Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere

fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek”, (b) bendinde “Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek” yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış; 26. maddesinin 1. fıkrasında ise, “25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan 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 verilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Batman Bölge Devlet Hastanesi'nce 22.05.2009 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle yapılan "Ameliyathaneler ve Çeşitli Ünitelerin Mevzuata Uygun Hale Getirilmesi İşi" ihalesinin davacı şirketin üzerinde kaldığı, 28.05.2009 tarihinde sözleşme imzalandığı, daha sonra davalı idarece söz konusu ihale süreci ile ilgili soruşturma başlatıldığı ve bu soruşturma sonucu hazırlanan 13.04.2010 tarih ve 153/01, 119/1 sayılı soruşturma raporunda özetle; dava konusu ihale kapsamındaki birçok imalatın ihale günü olan 22.05.2009 tarihinden önce davacı şirket tarafından gerçekleştirildiği, ihale sürecinde usulsüz ihale evrakları düzenlendiği, ihalede tek bir firma lehine hileli bir şekilde hareket edildiği, söz konusu firmaya maddî menfaat sağlanması yoluna gidildiği, yapılan bütün imalatların Hastane'nin kesin kabulünden önce yapıldığı hususları tespit edilerek konu ile ilgili kamu görevlilerinin çeşitli disiplin cezaları ile cezalandırılmasının teklif edildiği, öte yandan, bu rapor ile saptanan hususlara istinaden davacı şirketin (2) yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasının teklif edilmesi üzerine, 14.05.2010 tarih ve 4093 sayılı "Olur" işlemi ile "dava konusu ihale sürecinde yasal dayanaklar hiçe sayılarak hukuksuz bir şekilde sonradan ihale evrakları tanzim edildiği ve geçersiz olan bu evraklar üzerinde, rekabet unsurları hiçe sayılarak, hileli bir şekilde, şartlı olarak ihalenin tek bir firmaya bırakıldığı, ihale kapsamı dışında da firma lehine imalatlar yaptırıldığı, davacı şirketin tüm bu hususlara iştirak ettiği ve maddi menfaat sağladığı" belirtilerek, 4735 sayılı Kanun'un 25, 26 ve 27. maddeleri uyarınca (2) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; davacı şirketin iki yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 14.05.2010 tarih ve 4093 sayılı dava konusu işlemde, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan fiil veya davranışlar tarif edilerek, davacı şirket

tarafından gerçekleştirilen eylemlerin tek tek sayılarak açık bir Şekilde belirtildiği anlaşıldığından, İdare Mahkemesince, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlendiğinin net olarak ortaya konulmadığı, ihlal edilen bentlerin belirtilmediği, ceza sũresinin de hukuka aykırı olarak, gerekçesiz bir Şekilde takdir yetkisi kullanılmak suretiyle ũst sınır ũzerinden uygulandığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet gũrũlmemiřtir.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulũ Kanunu'nun 49. maddesine uyarınca temyiz isteminin kabulũne, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 05.04.2011 tarih ve E:2010/969, K:2011/424 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek ũzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gũnderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gũn içerisinde kararın dũzeltilmesi yolu açık olmak ũzere, 28.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.