

Davacı ile davalı arasında imzalanan sözleşmenin, sözleşme gereklerinin davacı tarafından gereği gibi yerine getirilmediği gerekçesi ile iptal edilmesi neticesinde, davacının 1 yıllık süre ile davalı kurum ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı kurum işleminin iptaline karar verilmesi istemi ile açılan davada, iptale konu işlemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu kapsamında olmayıp taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 25/c

maddesine dayanması ve iptali istenen işlem itibari ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4/2 maddesi gereğince özel hukuk hükümlerine tabi olması nedenleri ile dava

T.C.
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ
HUKUK BÖLÜMÜ
ESAS NO : 2015 / 14
KARAR NO : 2015 / 21
KARAR TR : 26.01.2015

ÖZET: Davacı ile davalı arasında imzalanan sözleşmenin, sözleşme gereklerinin davacı tarafından gereği gibi yerine getirilmediği gerekçesi ile iptal edilmesi neticesinde, davacının 1 yıllık süre ile davalı kurum ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı kurum işleminin iptaline karar verilmesi istemi ile açılan davada, iptale konu işlemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu kapsamında olmayıp taraflar arasında imzalanan 17.07.2013 tarihli sözleşmenin 25/c maddesine dayanması ve iptali istenen işlem itibari ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4/2 maddesi gereğince özel hukuk hükümlerine tabi olması nedenleri ile davanın ADLİ YARGI YERİNDE çözümlenmesi gerektiği hk.

K A R A R

Davacı : Ambulans, İlk Yardım ve Hastane Cihazları ve Tesisleri San. ve Tic. A.Ş.

Vekili : Av. A.B.G.

Davalılar : 1.Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. S.Y.

2.Maliye Bakanlığı

Vekili : Av. M.P.

O L A Y : Davacılar vekili dava dilekçesinde özetle; Devlet Malzeme Ofisi tarafından Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma hastanesi Başhekimliğinin ihtiyacına binaen, 1 adet Fiat Ducato Van maxi 13 m3 Multijet araç üzerine acil yardım ambulansı alımı için ihale açıldığını, yapılan ihalesonucunda ihalenin davacı firma tarafından alındığını, bunun sonucunda davacı firma ile DMO arasında 17.07.2013 tarihinde dava konusu ihale ile ilgili olarak sözleşme akdedildiğini,

Sözleşme şartlarında belirtildiği üzere davacı firmanın sözleşme konusu aracı zamanında tamamlandığını ve 28.08.2013 tarih,E13-578 sayılı yazı ile Devlet Malzeme Ofisi'nden Ambulans'ın muayene ve kabul işlemlerinin yapılmasını talep ettiğini, DMO Kalite Kontrol Dairesi Başkanlığı'ndan gelen Muayene Heyeti tarafından 4-5-6 Eylül 2013 tarihinde aracın muayenesinin yapıldığını, muayene sonucunda düzenlenen 10.09.2013 tarihli raporun 25.09.2013 tarih, B 07.2 DMO.0.14/2227 sayılı yazı ile davacıya tebliğ edildiğini, ilgili bu yazıda söz konusu ambulansın ekte gönderilen muayene raporunda belirtilen nedenlerden dolayı sipariş şartlarına uygun olmadığını belirtildiğini ve bu nedenler red konusu

ambulansın sipariş şartlarına uygun olarak ivedi olarak tesliminin istendiğini,

Bunun üzerine davacı firma tarafından söz konusu ambulansın, sözleşme teknik şartnamesine uygun olarak yeniden tamamlandığını ve 11.10.2013 tarih,E13-657 sayılı ile Devlet Malzeme Ofisi'ne gönderilen yazı ile Ambulansın muayene ve kabul işlemlerinin yapılmasının talep edildiğini ve Teknik Şartnameye uygun hale getirilmesi için yapılan değişiklikler için ofisin izninin alınması gerektiğinin şifahi olarak belirtildiğini, bu nedenle 31.10.2013 tarih ve E13-679 sayılı yazı ile ilgili değişikliklerin ofisin onayına sunulduğunu, kendilerine verilen 16.12.2013 tarih,52513 (98353426-105.99) sayılı cevapta; " Sözleşme gereği Fiat Ducato Maxi Van 130 Hp olarak teslim edilmesi gereken şasi aracın, Fiat Ducato Maxi Van 180 Hp olarak teslim edilmesinde; Siren anons cihazı, ön tepe lambası, arka tepe lambası, yan ikaz lambalarının sözleşme gereği verilmesi gereken LDS marka yerine teknik şartnamesinde istenilen özelliklere uygun olmak kaydı ile CSR marka verilmesinde, Hasta kabini ilave ısıtıcısının sözleşme gereği verilmesi gereken Webasto marka yerine teknik şartnamesinde istenilen özelliklere uygun olmak kaydı ile Ebersphaer marka verilmesinde, Canlandırma ünitesinin sözleşme gereği verilmesi gereken Ambulans marka yerine teknik şartnamesinde istenilen özelliklere uygun olmak kaydı ile Söhngen marka verilmesinde; Glukozmetrenin sözleşme gereği verilmesi gereken Nipro marka True Balance model yerine TİTUB belgeli ve teknik şartnamesinde istenilen özelliklere uygun olmak kaydı ile SD Codefree marka verilmesinde bir sakınca bulunmadığının" belirtildiğini ve firma lehine oluşan KDV hariç toplam 2,368,50.TL fiyat farkının, firmanın istihkakından kesilerek, malzeme değişikliğinin davacı firma tarafından teyit edilmesi halinde, sözleşme konusu aracın tekrar muayenesinin yapılacağı ve bu konudaki teyidin de en geç 17.12.2013 günü saat 16:00'ya kadar Genel Müdürlük 1 Nolu Satınalma Daire Başkanlığı'nda bulundurulması gerektiğinin bildirildiğini;

Söz konusu değişikler ile ilgili davacıdan istenilen teyit DMO 1 Nolu Satın Alma Daire Başkanlığı'na olumlu olarak bildirildiğini ve yapılan değişiklerin ofis tarafından uygun görüldüğü ve bu konuda davacıdan teyit istendiğini, davacı tarafından derhal olumlu teyit verilmiş olmasına rağmen, gerçekten anlaşılmayan bir nedenle; bu defa, Devlet malzeme ofisi tarafından 25.12.2013 tarih ve 56251 sayı ile tarafımıza gönderilen yazı ile değişiklik talebimizin Ofisçe uygun bulunmadığınının bildirildiğini;

Birinci muayeneden sonra teknik şartnameye uygun hale getirerek, 11.10.2013 tarihinde muayene ve kabul işlemlerini yaptırmak için Devlet Malzeme Ofisi'ne yapılan başvurunun üzerinden yaklaşık iki ay geçtikten sonra, teknik birimlerce uygun görülerek onay verilen değişikliklerin, Devlet malzeme ofisi tarafından red edilmesinin, hakkaniyet kurallarınının yanı sıra mantık ve hukuk kurallarıyla da izahının mümkün olmadığını;

Tüm bu olaylardan ve yazışmalardan sonra davacı tarafından defalarca 2 Muayene talebinde bulunulduğunu ve aracın teslim edilmeye hazır olduğunun bildirildiğini ancak çeşitli oyalama taktikleri ile davacı firmanın taleplerinin yerine getirilmediği gibi Devlet Malzeme Ofisi tarafından sanki bu konuda davacı firma sorumluymuş gibi Ankara 3. Noterliği'nin, 31.12.2013 tarih-57959 sayılı ihtarnamesi ile söz konusu aracın 10 gün içerisinde tesliminin istendiğini ve aksı takdirde sözleşmenin feshedileceğinin bildirildiğini;

10.01.2014 tarihinde davacıya tebliğ edilen bu ihtarnameye 16.01.2013 tarih E14-1002 sayılı yazı ile 3.kez olmak üzere Acil Yardım Ambulansınının teknik ve idari şartname hükümlerine uygun olarak muayeneye hazır olduğunun, muayenenin hangi tarihte yapılacağıının davacıya bildirilmesi gerektiğinin belirtilmesine rağmen Devlet Malzeme Ofisi'nce davacıya gönderilen 23.01.2014 tarih ve 2572 sayılı yazı ile "firmanızca sözleşme konusu aracın ihale şartlarına uygun olarak teslimatınının yapılamayacağı anlaşıldığından tekrar

muayenesinin yapılması mümkün bulunmamaktadır” şeklinde cevap verildiğini;

Ticari şartnamenin 18.maddesinin 5.bendinde de çok açık şekilde ifade edildiği üzere; “bir partinin 3 kez reddi halinde Ofis fesih yetkisini kullanabilecektir ” denildiğini oysa, muayene için defalarca yapılan başvurunun her türlü oylama taktiklerine başvurularak reddedildiğini; bununla da yetinilmeyerek aracın teslim edilmemesinden davacı firmanın sorumlu tutulduğunu; Kaldı ki; Ankara 5.Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2014/10 D.İş sayılı dosyası ile yaptırılan keşif sonucunda düzenlenen Bilirkişi Raporu ile söz konusu aracın muayene ve teslimine hazır olduğunun tespit edildiğini;

Devlet Malzeme Ofisi tarafından, çeşitli oylama taktikleri ile davacının sözleşme edimini yerine getirmesinin engellendiğini; davalının gönderdiği 29.01.2014 tarihinde fax ile gönderdiği 27.01.2014 tarih ve 3293 sayılı yazı ile de sözleşmeyi fesih ettiğini ve teminat mektubunun hazineye irat kaydedildiğini, ifa olunmayan sözleşme tutarı olarak 105.000.-TL’nin %10’una tekabül eden 10.500-TL cezai şartın davacı firmadan tahsil edilmesine ve davacı firmanın 23.01.2014 tarihinden başlamak üzere Ofis ihalelerine 1 yıl süreyle iştirak ettirilmemesine karar verildiğini, söz konusu işlemlerin açıklanan nedenlerle hukuka aykırı olduğunu belirterek;

Söz konusu işlemlerden Devlet Malzeme Ofisi’nin 27.01.2014 tarihli, 98353426-105.99 (3293) sayılı, davacı firmanın 23.01.2014 tarihinden başlamak üzere Ofis ihalelerine 1 yıl süreyle iştirak ettirilmemesi konulu işleminin İPTALİNE ve YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA karar verilmesi istemi ile idari yargıda dava açmıştır.

Davalı Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından süresi içinde verilen cevap dilekçesinde özetle, davalı Devlet Malzeme Ofisi’nin taraf olduğu sözleşmeler itibari ile tacir sıfatına haiz olduğunu belirterek, bu nedenle davanın adli

yargıda görülmesi gerektiği gerekçesi ile görev itirazında bulunmuştur.

Ankara 15. İdare Mahkemesi; 14.08.2014 gün ve 2014/435 Esas sayılı kararında aynen; “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Kapsam” ballıklı 2. maddesinin (b) bendinde, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri de sayılmış; 3. maddesinin (g) bendinde, “2’nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüz milyar (ikitrilyon dokuzyüzyirmisekiz milyar ondört milyon) Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları”nın ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı belirtilmiş; anılan Kanun maddelerine dayanılarak Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü’nce 14/11/2008 ve 27054 sayılı Resmi Gazete’de yayımlatılarak yürürlüğe konulan Devlet Malzeme Ofisi Satınalma Yönetmeliğinin “Satınalma usulleri” başlıklı 18. maddesinde, a) Kapalı teklif usulü, b) Açık teklif usulü, e) Belli istekliler arasında ihale usulü, ç) Pazarlık usulü, d) Mutemet eliyle alım usulü, e) Doğrudan sipariş usulü sayılmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 1. maddesinde, bu Kanunun amacının, Kamu ihale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olduğu; 2. maddesinde ise, bu Kanun’un, Kamu ihale Kanunu’na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiş; “Yasak Fiil ve Davranışlar” başlıklı 25. maddesinin (c) bendinde, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak,

fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak yasaklanmış; "ihalelere Katılmaktan Yasaklama" başlıklı 26. maddesinde ise, 25'inci 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'nci ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, katılma yasaklarının, 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 verileceği kural altına alınmıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan "İstisna" kapsamında yapılan 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" 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/g maddesi kapsamında yapılan bir ihale sonucu imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'a tabi olmayacağı, ayrıca yukarıda hükmüne yer verilen 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son cümlesinde belirtilen ifadeye de yer verilmediğinden, sözleşmenin imzalanmasından sonra, işin yürütümü sırasında yasaklanan fiil ve davranışların işlendiğinin anlaşılması hâlinde, 4735 sayılı Kanun'a göre

yasaklama işlemi tesis edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Ancak, sözleşmenin sona ermesinden sonraki kamu alımlarına katılmayı engelleyici sözleşmeden ayrılabilir nitelikte ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen işlemlerin idari yargının görev alanında bulunması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi Başhekimliğinin ihtiyacına binaen, 17.07.2013 tarih ve 2013/1-331 sayılı sözleşme ile teslimatın 31.08.2013 tarihine kadar teslim edilmesi kaydıyla davacıdan sipariş edilen 1 adet Fiat Ducato Van Maxi 13 m3 Multijet 130 Hp Euro 5 acil yardım ambulansının, ihale şartlarına uygun yapılmaması üzerine, sözleşmeye esas ticari şartnamenin 25. maddesinin (c) bendine dayanılarak 23.01.2014 tarihli Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu kararıyla anılan sözleşmenin feshedildiği, teminatın irat kaydedildiği, ayrıca bir yıl süreyle davacının ofis ihalelerine katılmasının yasaklandığı, 27.01.2014 tarih ve 3293 sayılı işlemle bu kararın davacıya bildirilmesi üzerine açılan davada, idarenin bir kamu kuruluşu olması ve kendisine tanınan kamu gücüne dayalı olarak işlem tesis ettiği dikkate alındığında, sözleşmeden ayrılabilir nitelikte ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan bakılan davanın görüm ve çözümünde yukarıda yer alan Kanun hükümleri uyarınca idari yargı yerlerinin görevli olduğu sonucuna varılmış olup, davalı idarenin görev itirazı yerinde görülmemiştir.” şeklindeki gerekçesi ile davalı vekilinin görev itirazının reddine karar vermiştir.

Davalı Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü vekili, adli yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkartılması yolunda süresi içinde verdiği dilekçesi üzerine dava dosyasının onaylı bir örneği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı; 07.11.2014 gün ve 2014/348388 Karar sayılı kararı ile; “Davaya konu ambulans

aracı alım ihalesi Yönetmelik hükümlerine göre yapılarak taraflar arasında sözleşme akdedilmiş, sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olan teknik şartname çerçevesinde araç teslim edilmesi kabul edilmiş iken sözleşmenin uygulanması aşamasında, teslimi gereken aracın teknik şartnameye uygun olmadığı gerekçesi ile reddedildiği ve sözleşmenin bu nedenle DMO tarafından feshedilerek Ticari Şartnamenin 25/c bendinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Şartnamenin 25/c bendi "Sözleşmenin akdinden sonra yüklenici, sözleşme hükümlerine kısmen veya tamamen riayet etmez veya taahhüdünü verine getirme/ ise. protesto keşidesini müteakip bir hüküm almaksızın sözleşmeyi feshetmeye Ofis yetkilidir. Sözleşme feshedildiği takdirde yüklenicinin kesin teminatı irad kaydolunur. Durum yükleniciye yazılı olarak bildirilir. Fesih halinde taahhüdün ifa olunmayan kısmına ait tutarın % 10'una tekabül eden miktar cezai şart olarak alınır. Ayrıca yüklenici nam ve hesabına ihaleye çıkılmaz. Irad kaydolunan teminat cezai şarttan mahsup edilme/. Bu hallerde yüklenicinin borç ve alacağı tasfiye edilir ve yüklenici 1 yıla kadar bir süre ile Ofis ihalelerine iştirak ettirilmeyebilir." hükmünü taşımaktadır. Davalı idare tarafından da sözleşme şartlarının yerine getirilmemesi nedeniyle iptale konu, ihale yasağının uygulandığı anlaşılmaktadır. Uygulanan ihale yasağı Kamu ihale Mevzuatında yer alan genel yasaklardan değil, sadece davalı kurumun kendi alımlarına ilişkin uygulayacağı cezai bir şart olarak görülmektedir. Şartnamede yer alan diğer cezai şartların iptali amacıyla adli yargı yerinde ticaret mahkemesinde dava açıldığı da dava dilekçesinden anlaşılmaktadır.

Davaya konu olayda idarece kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlem söz konusu olmayıp, taraflar arasındaki satın alma sözleşmesi ve eki şartnamenin ceza hükmünün uygulanmasından doğan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir. Davaya konu sorun, ihale aşamasından önce çıkmamış, aksine ihale aşaması tamamlanarak, sözleşme ve

şartname kapsamındaki malın teslimi aşamasında, teslim edilecek malın niteliğindeki anlaşmazlıktan kaynaklanmıştır, ihale adamasının sona ermesinde sonra sözleşmenin uygulanmasını bir aşaması olan mal tesliminden kaynaklanan sorunun çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu anlaşılmaktadır.” şeklindeki gerekçesi ile, 2247 sayılı Yasa'nın 10'uncu maddesi uyarınca, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE :

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Eyüp Sabri BAYDAR, Ali ÇOLAK, Nurdane TOPUZ, Mehmet Ali DURAN, Ayhan AKARSU, Mehmet AKBULUT'un katılımlarıyla yapılan 26.01.2015 günlü toplantısında:

1-İLK İNCELEME:

Başvuru yazısı ve dava dosyası örneği üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi gereğince yapılan incelemeye göre, davalı Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü vekili tarafından anılan Yasanın 10/2 maddesinde öngörülen yöntemine uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesi ve 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunması üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nca, davalılardan Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü bakımından 10.maddede öngörülen biçimde, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Birgül YİĞİT'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Uğurtan ALTUN'un adli yargının, Danıştay Savcısı Yakup BAL'ın idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, davacı ile davalı arasında imzalanan sözleşmenin, sözleşme gereklerinin davacı tarafından gereği gibi yerine getirilmediği gerekçesi ile iptal edilmesi neticesinde, davacının 23.01.2014 tarihinden itibaren 1 yıllık süre ile Davalı Kurum ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı kurum işleminin iptaline karar verilmesi istemi ile açılmıştır.

Dosya kapsamında yapılan inceleme neticesinde; davalı kurum tarafından düzenlenen ihale neticesinde, 17.07.2013 tarihinde, 1 adet Fiat Ducado Van Maxi 13 m3 Multijet 130 Hp Euro 5 üzerine acil yardım ambulansı monte işinin davalı tarafından yerine getirilmesine karar verildiği, bu kapsamda taraflar arasında 17.07.2013 gün ve 2013/I-331 sayılı sözleşmenin imzalandığı, 29.08.2013 tarihinde davacı tarafından davalı kuruma, davaya konu işin tamamlandığına dair bildiride bulunulduğu anlaşılmıştır.

Bildiri üzerine 10.09.2013 tarihinde araçta muayene yapıldığı ve düzenlenen 12/1773 numaralı raporda "1)Sözleşmesine göre; a) Şasi aracın Fiat Ducato Maxi Van 130 Hp motorlu olması gerekirken, aracın Fiat Ducato Maxi Van 180 Hp olması, b) Araçta tam depo yakıtın bulunmaması. 2) a- Sözleşme eki teknik şartnamesine göre; teslim edilecek araçta Tıbbi cihazlardan Temel Tıbbi Malzeme Çantasının TİTUBB belgesinin bulunmaması, Çocuk tansiyon aleti için belirtilen barkod numarasının TİTUBB'da kaydının olmaması" şeklinde sözleşmeye aykırılıkların tespit edildiği görülmüştür.

Bunun üzerine davacı şirket tarafından 31.10.2013 tarihinde davalı kuruma müracaat edilerek davaya konu ambulansın yapılmasına ilişkin teçhizat konusunda değişiklik yapılması talebinde bulunulduğu; davalı kurumca verilen 16.12.2013 gün ve 52513 sayılı cevapta; talep edilen değişikliklerden sadece Mindray D7 defibrilatörün kullanılmasına ilişkin kısmın uygun görülmediği, bunun yerine Metso Marka Life Point model defibrilatörün kullanılması gerektiği, söz konusu değişikliklerden dolayı davacı lehine 2368,50 TL fiyat farkı

oluştugu, bu açıklamalar dahilinde davacı istihkakından belirtilen rakamın kesilerek malzeme değişikliğinin teyit edilmesi halinde söz konusu aracın tekrar muayenesinin yapılabileceğinin belirtildiği, davacının da 19.12.2013 tarihli cevabı ile söz konusu hususlarda kabullerinin bulunduğunu bildirdiği anlaşılmıştır. Ancak sonrasında yine davalı kurumca gönderilen 25.12.2013 gün ve 56251 sayılı yazı ile, davacının davaya konu araçta teçhizat değişikliğine ilişkin taleplerinin uygun bulunmadığı bildirilmiş ve 31.12.2013 gün ve 57959 sayı ile Ankara 3. Noterliğinden gönderilen ihtarname ile davacı kurum davaya konu acil yardım ambulansının 10 gün içerisinde sözleşme şartlarına uygun olarak teslim edilmesi, aksi takdirde sözleşme eki Ticari Şartnamenin fesih ile ilgili 25. Maddesi hükmü gereğince işlem yapılacağı konusunda uyarılmıştır.

Davacı şirket tarafından müteaddit defalar, davalı kuruma müracaat edilerek, davaya konu araçta tekrar muayene yapılması talep edilmiş, davacının talepleri davalı kurumun 23.01.2014 gün ve 2572 sayılı yazısı ile ve "Firmanızdan alınan ilgi (1) ve (i)'de kayıtlı yazılarınız üzerine Ofisimizce yapılan değerlendirmede; İhale aşamasında yapılan kontrol, firmaların teknik şartnameleri ile Ofis ticari şartnamesi ve ihale ek şartlar listesini okuyup kabul ettiklerine dair belirten yazı ve ticari şartnamenin 2. Maddesinde yazılı belgeler ile ihale ek şartlar listesinde belirtilen belgeler üzerinden yapılmakta olup, yine ihale ek şartlar listesinin 8) maddesinde aynen "Teknik şartnamede istenilen teklifte verilecek belgeler muayene aşamasında Ofise tevdi edilecektir" denilmektedir. Sözleşme konusu araçlar için teknik şartname gereği istenilen belgelerin ihale aşamasında değerlendirilmesi yapılmamakta olup. kaldı ki araçta kullanılacak malzemelere ilişkin istenilen belgelerin ancak araç teslim hazır olduğunda ve kullanılan malzemeye göre muayene aşamasında uygunluğunun tespitinin mümkün olacağı da aşıkardır. Bu aşamada, firmanızca sözleşme konusu aracın ihale şartlarına uygun olarak teslimatının yapılamayacağı anlaşıldığından

tekrar muayenesinin yapılması mümkün bulunmamaktadır.” şeklindeki gerekçesi ile reddedilmiş ve nihayetinde 27.01.2014 tarihinde taraflar arasındaki sözleşme feshedilerek, davacının sözleşmenin feshedildiği tarihten itibaren 1 yıl süre ile davalı kurum ihalelerine katılmaktan men edilmesine karar verilmiştir. Davacı da söz konusu kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile iptali için dava açmıştır.

Görüldüğü üzere, davaya konu uyuşmazlığın, taraflar arasına imzalanan sözleşmenin, sözleşme gereklerine riayet edilmediği gerekçesi ile feshedilmesi neticesinde, davacının 1 yıl süre ile davalı kurum ihalelerinden men edilmesine ilişkin işlemin iptali istemi ile açılan davanın, hangi yargı yerine görüleceğine ilişkin sorun yatmaktadır. Davaya konu, davacı kurumun bir yıl süre davalı kurum ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin kararın, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 25/c maddesine dayanması karşısında, görevli mahkemenin belirlenmesi açısından, davaya konu sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olup olmadığı konusu üzerinde durulması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsam başlıklı 2. maddesinde Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri bu kanun kapsamında sayılmıştır. Ancak yine aynı kanunun İstisnalar başlıklı 3. maddesinin g bendinde kamu iktisadi teşebbüslerinin, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüzmilyar (ikitrilyon dokuzyüzyirmisekizmilyar ondörtmilyon) Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları nedeni ile gerçekleştirdikleri işlem ve sözleşmelerin, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kanuna tabi olmayacakları düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 'Yasak Fiil ve Davranışlar' başlıklı 17.

maddesinde, "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

1. a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
2. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veyahale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
3. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
4. 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.
5. e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır." denilmek sureti ile yasak fiiller sayılmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu fiiller ihale sürecine ilişkin olup, ihalenin tamamlanması ve sözleşmenin imzalanması sonrasını kapsamamaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 'İhalelere Katılmaktan Yasaklama' başlıklı 58. maddesinde ise; "(Değişik fıkra: 30/07/2003 – 4964 S.K./35. md.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında 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, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya

ilgili veya bağılı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağılı kuruluğu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağılı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

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 hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. 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 verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

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 Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağılı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür." şeklindeki düzenleme ile, istisna kapsamında kalan sözleşmelere uygulanacak ihaleden men kararlarının, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde sayılan

yasak fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda, ilgili bakanlık veya bağılı bulunulan bakanlık tarafından verilebileceği, bu kişilerin yasak fiil ya da davranışın tespit edildiği ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri; yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verileceği düzenlenmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun, 'Amaç' başlıklı 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir." denilmek sureti ile kamu ihale kanuna göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere; 4735 sayılı Kanun'un idare tarafından gerçekleştirilen bir sözleşmeye uygulanabilmesinin ön şartı, sözleşmenin 4734 sayılı Kanun'a tabi olmasıdır. Oysa, davaya konu sözleşmenin de içinde bulunduğu ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için gerçekleştirilen, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüzmilyar (ikitrilyon dokuzyüzyirmisekizmilyar ondörtmilyon) Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler, 4734 sayılı Kanun'un istisnalarındandır ve bu nedenle 4735 sayılı Kanun'un bu sözleşmelere uygulanması mümkün değildir.

Buradan hareketle, davacı hakkında tesis edilen 1 yıl süre ile davalı kurum ihalelerinden men edilmesine ilişkin 27.01.2014 gün ve 3293 sayılı kararının, 4734 sayılı Kanun'un 3/g maddesinde öngörülen aynı kanunun 17 ve 58. maddeleri çerçevesinde ilgili bakanlık tarafından tesis edilen bir işlem

olmadığı, aksine davalı kurum tarafından, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin eki niteliğinde olan ticari şartnamenin 25/c maddesine dayanılarak tesis edildiği; dosya kapsamında ticari şartname metnine rastlanılmamış ise de, taraflar arasında bu konuda bir ihtilaf bulunmadığı anlaşılmalı; 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmayan sözleşmenin eki niteliğindeki ticari şartname gereğince tesis edilen işlemin, hukuka aykırı olduğundan bahisle iptali istemi ile açılan davanın, özel hukuk hükümlerine göre, adli yargıda görülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Ayrıca her ne kadar Ankara 17.İdare Mahkemesi'nin görev itirazının reddine ilişkin kararında, davaya konu ihalelere katılmaktan yasaklanma kararının Devlet Malzeme Ofisi Yönetim Kurulu kararı ile alındığı ve bu itibarla idarenin bir kamu kuruluşu olması ve kendisine tanınan kamu gücüne dayalı olarak işlem tesis etmesi nedenleri ile davada idari yargının görevli olduğunu belirtmiş ise de; söz konusu Devlet Malzeme Ofisi Yönetim Kurulu Kararı'nın fesih ve yasaklama kararının dayanağının, tarafların özgür iradelerine dayalı olarak imzaladıkları, 4734 yada 4735 sayılı yasalar kapsamında olmayan sözleşme ve bunun eki niteliğindeki ticari şartname oluşturduğundan idare mahkemesinin bahsi geçen gerekçesine itibar edilmesi mümkün görülmemiştir.

Öte yandan, davalı Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü'nün (DMO), 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) hükümlerine tabi bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu, anılan KHK'nin 4/2 nci maddesi uyarınca, bu KHK ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine göre tasarrufta bulunduğu, keza DMO'nun Ana Statüsünün 5 nci maddesinde de bu hususun açıkça ifade edildiği gerçeği karşısında dava konusunun adli yargının görevinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile davalılardan Devlet Malzeme Ofisi vekilinin görev itirazının Ankara 15. İdare

Mahkemesi'nce reddine ilişkin kararın kaldırılması gerekmiştir.

S O N U Ç : Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile, davalılardan Devlet Malzeme Ofisi vekilinin görev itirazının reddine ilişkin Ankara 15.İdare Mahkemesi'nin 14.08.2014 gün ve 2014/435 Esas sayılı KARARININ KALDIRILMASINA, 26.01.2015 gününde Üye Mehmet Ali DURAN'ın KARŞI OYU ve OY ÇOKLUĞU İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Başkan Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Eyüp Sabri BAYDAR	Üye Ali ÇOLAK	Üye Nurdane TOPUZ
	Üye Mehmet Ali DURAN	Üye Ayhan AKARSU	Üye Mehmet AKBULUT