

Davacı ile davalı idare arasında imzalanan söz konusu işe ait sözleşmede; işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde ayrı ayrı uygulanmak suretiyle ceza kesileceği belirtilmekle birlikte bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle üçe ulaşması durumunda protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği ve sözleşmenin feshedilmesi durumunda 4735 sayılı Kamu İhaleleri

Sözleşmeleri Kanununun 20. maddesinin uygulanacağı kuralına yer verildiği görülmüştür. Bu durumda Sözleşmenin feshi sonrasında anılan Yasanın 25. maddesi hükmüne uymadığı nedeniyle 26. maddesi hükmü gereği davalı idarece tesis edilen dava konusu yasaklama işleminde mevzuata aykırılık bulunmamıştır.

Ankara BİM, 8. İDD, E. 2017/108 K. 2017/159 T. 29.3.2017

İSTEMİN ÖZETİ: Davalı tarafından, 36 Adet(30 adet sürücülü, 6 adet sürücüsüz) Kombi Kamyonet, Minibüs ve Binek Araç Kiralama Hizmet Alım İhalesi üzerinde kalan davacının hizmeti sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediği nedeniyle sözleşmenin fesh edilerek kesin teminatın irat kaydedilmesi ile 4734 sayılı Yasa ve 4735 sayılı Yasa hükümleri uyarınca bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 10.03.2016 gün ve 29649 sayılı Resmi Gazete'de

yayımlanan davalı idare işleminin; davalıyla yapılan sözleşmenin 09.02.2016 tarihinde tek taraflı olarak feshedildiği, sözleşmenin feshedilmesinin 4735 sayılı Kanunun 20.maddesinde düzenlenen iki halin varlığı halinde mümkün olduğu, ihtarda bulunulmadığı, uyarı üzerine gerekli önlemlerin alınmaya çalışıldığı ileri sürülerek iptali ve irat kaydedilen kesin teminat mektubunun yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davada; tüm ihalelere katılmaktan bir yıl süreyle yasaklama işlemine ilişkin kısma yönelik olarak; 4734 sayılı Kanunun 58. maddesinde, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında yasaklama kararlarının hangi bakanlık ya da kuruluş tarafından verileceğinin ayrıntılı olarak düzenlendiği, yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihaleyi belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerin yapması durumunda yasaklama kararının İçişleri Bakanlığı tarafından verileceğinin açıkça belirlendiği, davalı F1 Elektrik Türk A.Ş.'nin, Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile bazı iştirakçilerin katılımı ile kurulmuş olduğu, sermayesinin % 51'i Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ait bulunan şirketin sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait bulunduğu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesiyle, büyükşehir belediyelerine kendi görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurma ve personelini bu şirketlerde görevlendirme yetkisinin verildiği, Kayseri ili ve çevresinde elektrik dağıtım işini üstlenmiş olan F1 Elektrik Türk A.Ş.'nin de bu kapsamda Kayseri Büyükşehir Belediyesi'nin iştiraki olarak belediyenin yönetim ve denetimi altında faaliyetini sürdürdüğünün anlaşıldığı, bu durumda davalı F1 Elektrik Türk A.Ş.'nin, 5216 sayılı Kanunun 26. maddesi gereğince kurulmuş bir şirket olduğu ve hisselerinin yarısından fazlasının Kayseri Büyükşehir Belediyesi'ne ait bulunduğu, yasa koyucunun ihaleden yasaklama kararlarının ülke çapında uygulanacak nitelikte ve anayasal vesayetin uygulanması niteliğinde olduğunu kabul etmesi nedeniyle bu işlemi tesis etme yetkisinin belediyelere bile verilmemiş olduğu hususları

dikkate alındığında, davalı F1 Elektrik Türk A.Ş. tarafından yapılan bir ihalede, tüm ülkede uygulanacak nitelikteki ihaleye katılmaktan yasaklama kararının İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi gerektiğinden, davalı tarafından tesis edilen bu nitelikteki dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı, irat kaydedilen kesin teminatın yasal faiziyle iade edilmesi istemi yönünden ise; ihalenin kesinleşmesini takiben taraflar arasında akdedilen ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2-c maddesinde belirtilen idari sözleşme niteliğinde de olmayan ihale sözleşmelerinin, özel hukuka tabi nitelikte sözleşmeler olduğu, ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda özel hukuk kurallarının uygulandığı ve uyuşmazlıkların adli yargı mercilerinde çözümlendiği, ihale sözleşmesinin imzalanmasından önce ve ihale aşamasında, ihale ile ilgili idarece yapılan işlemlerin "idari işlem" sayıldığından yalnızca bu aşamada gerçekleşen uyuşmazlıklarda idari yargı yerinin görevli olduğu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20. ve 22. maddeleri gereğince, kesin teminatın irat kaydedilmesinin, ihale sözleşmesinin feshinin bir sonucu olduğu ve sözleşmenin uygulanması ile ilgili olduğu, idare tarafından kesin teminatın irat kaydedilmesinin, ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra ihale sözleşmesinin uygulanması aşamasında, iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde yapıldığı, bu haliyle kesin teminatın irat kaydedilmesi, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıktığından ve sözleşmeden doğan bir ihtilaf olduğundan irat kaydedilen kesin teminatın iadesinde, davanın görüm ve çözüm yerinin adli yargı mercileri olduğu, bu sebeple dava konusu uyuşmazlığın bu kısmının Mahkemelerince çözümlenmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın bu kısmının görev yönünden reddine, dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Kayseri 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 22/11/2016 gün ve E:2016/461, K:2016/1269 sayılı kararın, iptale ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek istinaf başvurusunun kabulü ile anılan kararın kaldırılması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek istinaf başvurusunun reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesince 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesi uyarınca dava dosyası incelenerek gereği görüşüldü:

Dava, davalı tarafından, 36 Adet(30 adet sürücülü, 6 adet sürücüsüz) Kombi Kamyonet, Minibüs ve Binek Araç Kiralama Hizmet Alım İhalesi üzerinde kalan davacı şirketin, hizmet sözleşme hükümlerine uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmediği nedeniyle sözleşmenin fesh edilerek kesin teminatın irat kaydedilmesi ve 4734 sayılı Yasa ve 4735 sayılı Yasa hükümleri uyarınca bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 10.03.2016 gün ve 29649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali ve irat kaydedilen kesin teminatın yasal faiziyle iadesi istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde; aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, a) bendinde; 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, b) bendinde; Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri, c) bendinde; Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlara yer verilmiş, d) bendinde ise; (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler sayılmıştır.

Anılan Yasanın 4. maddesinde, tanımlar yer almış, bu Kanunun uygulanmasında; İdare: İhaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar, olarak tanımlanmıştır.

Aynı Yasanın “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 58. maddesinde; 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 verileceği, katılma yasaklarının, 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 hükmü getirilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun, “Kapsamı”

belirleyen 2. maddesinde; Bu Kanunun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre

yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsayacağı, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; Bu Kanunun uygulanmasında Kamu İhale Kanununda yer alan tanımların geçerli olduğu hükmü yer almıştır.

Adı geçen Yasanın, yasak fiil ve davranışları düzenleyen 25. maddesinde; sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu hükme bağlanmış ve bentler halinde sıralanmıştır. (a, b, c, d, e)... f) bendinde ise; mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek, fiiline yer verilmiştir.

"İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 26. maddesinde de; 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 Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil 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 belirlenmiştir.

Sözleşmenin uygulanması sırasında mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek fiili yasaklanmıştır. Bu fiilin gerçekleştirilmesi halinde fiil veya davranışların özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği kurala bağlanmış, yasaklamanın hangi idare tarafından verileceği ise; ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık ya da herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri ya da il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı olarak düzenlenmiştir.

İdare Mahkemesince verilen istinaf incelemesine konu kararda; 4734 sayılı Kanunun 58. maddesinde, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında yasaklama kararlarının hangi bakanlık ya da kuruluş tarafından verileceğinin ayrıntılı olarak düzenlendiği, yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihaleyi belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerin yapması durumunda yasaklama kararının İçişleri Bakanlığı tarafından verileceğinin açıkça belirlendiği, davalı F1 Elektrik Türk A.Ş.'nin, Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile bazı iştirakçilerin katılımı ile kurulmuş olduğu, sermayesinin % 51'i Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ait bulunan şirketin sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait bulunduğu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesiyle, büyükşehir belediyelerine, kendi görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurma ve personelini bu şirketlerde görevlendirme yetkisinin verildiği, Kayseri ili ve çevresinde elektrik dağıtım işini üstlenmiş olan F1 Elektrik Türk A.Ş.'nin de bu kapsamda Kayseri Büyükşehir Belediyesi'nin iştiraki olarak belediyenin

yönetim ve denetimi altında faaliyet sürdürdüğünün anlaşıldığı, bu durumda; davalı F1 Elektrik Türk A.Ş.'nin, 5216 sayılı Yasanın 26. maddesi gereğince kurulmuş bir şirket olduğu ve hisselerinin yarısından fazlasının Kayseri Büyükşehir Belediyesi'ne ait bulunduğu, yasa koyucunun ihaleden yasaklama kararlarının ülke çapında uygulanacak nitelikte işlemler olduğu ve anayasal vesayet uygulaması niteliğinde olduğunu kabul etmesi nedeniyle, bu işlemi tesis etme yetkisini belediyelere bile vermediği hususu dikkate alındığında, davalı F1 Elektrik Türk A.Ş. tarafından yapılan ihalede, tüm ülkede uygulanacak nitelikteki ihaleye katılmaktan yasaklama kararının İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi gerektiğinden, davalı tarafından tesis edilen bu nitelikteki dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu halde Yasada yer verilen yasaklama yetkisinin davalı tarafından kullanılıp kullanılmayacağı, yasa hükmünde belirtilen yasaklamayı hangi kurum, kuruluşun verebileceği ya da yasaklamanın bir Bakanlık aracılığıyla mı verilmesi gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Davalı, 1926 yılında Kayseri ve çevresindeki yerleşim birimlerinin elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti hizmetlerini yapmak üzere Bakanlar Kurulu Kararnamesine istinaden imzalanan imtiyaz sözleşmesi ile kurulmuş, 3096 sayılı Yasanın yayımlanması sonrasında Görev Verme Sözleşmesi ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile Enerji Satış Anlaşması imzalanarak 1990 yılında 70 yıl süreli işletme hakkı verilmiştir. Türkiyenin elektrik dağıtımını 21 bölgeye ayrılmış, 20 bölgenin her birinde kurulan dağıtım şirketi aracılığıyla %98 pazar payı TEDAŞ'da bulunmakta iken, bir bölgede (18. bölge) %2 pazar payı

davalıya ait bulunmaktadır. Davalı şirket Kayseri Büyükşehir Belediyesinin de %50,60 oranında hisse sahibi olduğu bir belediye iştirakidir. Bu durumda, davalı, Kayseri Büyükşehir Belediyesine bağlı birlik, müessese ve işletmelerden olmayıp, ilgili veya bağlı olduğu bir Bakanlık da bulunmamaktadır.

Öyleyse, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin kimin tarafından tesis edileceğinin, bir başka deyişle bu idarelerin ihale yetkilileri tarafından verilip verilemeyeceği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

Kamu İhale Kanununda; ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar idare olarak ifade edilmiş, kurum ve kuruluşlar; 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, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri, sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç), bağımsız bütçeli kuruluşlar ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler olarak belirlenmiştir.

Bu durumda Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almış olan işletme ve şirketlerin de, bu Yasanın uygulanmasında idare olarak

adlandırılabilceği, dolayısıyla yasaklamayı uygulayacak, yasada yetkili kılınmış idarelerden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yasa koyucu tarafından herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluğu sayılmayan davalı idarenin, "bu idarelerin ihale yetkilileri" ibaresinde geçen ifade gereği, ihale yetkilisince, dava konusu yasaklama işleminin tesis edilebileceği tabiidir.

Uyuşmazlığın esasına gelince; 05.05.2014 tarihinde davacıyla imzalanan 24 ay süreyle 30 adet sürücülü ve 6 adet sürücüsüz kombi kamyonet, minibüs ve binek araç kiralama hizmet alım işine ilişkin sözleşme gereği çalışan araçların yakıt alımlarında sorun yaşandığı yine 6 adet aracın fenni muayenelerinin yaptırılmadığının tespit edildiği, bu durumlardan dolayı ciddi iş kaybının yaşandığı, sorunun acil olarak çözülmemesi halinde sözleşmenin feshine gidileceği bildirimimin yapıldığı, yine 7 adet aracın 09.02.2016 tarihinde mesai başlama saatinde hazır olmadığı, yapılan inceleme sonucunda bu araçların davacı firma hakkında yapılan icra takibi nedeniyle Trafik Denetleme Şube Ekiplerince çekildiği, araçların bağlanması nedeniyle ciddi iş kaybı meydana geldiği, ekiplerin işe çıkartılmadığı, kamu hizmetinin yerine getirilemediği nedeniyle daha önce ihtar yazısı gönderilmesine rağmen benzer sorunların devamından dolayı hizmet alım sözleşmesinin 09.02.2016 tarihi itibariyle fesh edileceğinin bildirildiği, 25.02.2016 tarihi itibariyle kesin teminat mektubunun gelir kaydedildiği ve 26.02.2016 tarihli işleme davacının, 4735 sayılı Yasanın 25. maddesi uyarınca yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu nedeniyle aynı Yasanın 26. maddesi uyarınca bir yıl süreyle tüm ihalelerden yasaklanmasına Yönetim kurulunun onayı ile karar verildiği anlaşılmıştır.

Davacı ile davalı idare arasında imzalanan söz konusu işe ait sözleşmede; işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde ayrı ayrı uygulanmak suretiyle ceza kesileceği belirtilmekle birlikte bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle üçe ulaşması durumunda protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği ve sözleşmenin feshedilmesi durumunda 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununun 20. maddesinin uygulanacağı kuralına yer verildiği görülmüştür. Bu durumda Sözleşmenin feshi sonrasında anılan Yasanın 25. maddesi hükmüne uymadığı nedeniyle 26. maddesi hükmü gereği davalı idarece tesis edilen dava konusu yasaklama işleminde mevzuata aykırılık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin istinaf başvurusunun KABULÜNE Kayseri 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 22/11/2016 tarih ve E:2016/461, K:2016/1269 sayılı kararın; dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının kaldırılmasına, davanın REDDİNE, aşağıda dökümü gösterilen 318,80TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 990,00TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri

avansından artan miktarın istenilmesi halinde ilgili tarafa iadesine, 29/03/2017 tarihinde oybirliğiyle 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 6. fıkrası uyarınca KESİN olarak karar verildi.

