

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 kararlarınınin hukuka uygunluğunu değerlendirme

konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2017/483 K.

2014/1132 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/1132

Karar No : 2017/483

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) :

Vekili :

Karşı Taraf (Davacılar) :

Vekili :

İstem Özet : Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 28.11.2013 tarih ve E:2013/950, K:2013/1530 sayılı kararının; davaya konu ihaleye ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine alınan ...2012 tarih ve 2012/... sayılı Kamu İhale Kurulu

(Kurul) kararıyla 'nin ihalede Muammer Dülger ile temsil olunduğu ve bu kişi hakkında kamu davası açılmasından dolayı davacı ortak girişimin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve haklarında yasaklama kararı verilmesi gerektiğinin belirtildiği, davaya konu itirazın şikâyet başvurusunda anılan Kurul kararının geri alınmasının istenildiği, ...2012 tarih ve 2012... sayılı kararın iptali istemiyle açılan davada Ankara 15. İdare Mahkemesinin 28.11.2013 tarih ve E:2012/1733, K:2013/1524 sayılı kararıyla davanın reddedildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi ...'nın Düşüncesi : Temyiz isteminin kısmen reddi ile, geçici teminatın gelir kaydedilmesine yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddi yönündeki dava konusu işlemin bu kısmının iptaline ilişkin kısmının gerekçeli olarak onanması; davacıların yasaklamasına dair itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmına yönelik olarak temyiz isteminin kısmen kabulü ile bozulması ve reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava;Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 28.08.2012 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan ve davacı şirketler üzerinde kalan "... 2. Bölge 2012 Yılı 2. Kısım Müteferrik Atıksu Kanalı ve Yağmursuyu İnşaat İşi" ihalesine ilişkin olarak ... İnş. Tic. ve San. A.Ş. – ...İnş. San. ve Tic.

A.Ş.'nin yaptığı itirazın şikâyet başvurusu üzerine davacı şirketlerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun ...2012 tarih ve 2012/... sayılı kararı üzerine İSKİ Genel Müdürlüğü'nce tesis edilen 23.11.2012 tarih ve 574330 sayılı işleme karşı davacı şirketler tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun...2012 tarih ve 2012/...1 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; Kamu İhale Kurulu'nun ...2012 tarih ve 2012/... nolu kararıyla "davacı ortak girişiminin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve hakkında yasaklama kararı verilmesi gerektiği" belirtilerek düzeltici işlem tesis edildiği, bu karar üzerine İSKİ Genel Müdürlüğü'nce 23.11.2012 tarih ve 574330 sayılı işlem ile "4734 sayılı Yasa'nın 58. maddesine istinaden davacı ortak girişiminin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının irat kaydedilmesine, ... İnşaat Taah. ve Dış Tic. Ltd. Şti.'nin yapılacak olan ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı alınmasına" karar verildiği, bu işleme karşı davacı şirketler tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun, "başvuru sahibinin iddiasının söz konusu Kurul kararına itiraz niteliğinde olduğundan bahisle" reddedildiği, ...2012 tarih ve 2012/... sayılı Kamu İhale Kurulu kararının içeriğinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihaleden yasaklama kararı verilmesi gerektiği yönünde bir saptama yapılmış olmakla, kararın sonuç olarak davacı ortak girişiminin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi şeklinde bağlanarak düzeltici işlem belirlenmesine yönelik alındığı, dolayısıyla bahsi geçen Kurul kararının davacı ortak girişiminin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasından ibaret bir karar olduğu, nitekim anılan kararın iptali istemiyle açılan davada da, Ankara 15. İdare Mahkemesi'nce, uyuşmazlık bu şekilde nitelendirilerek hüküm kurulmak suretiyle 28.11.2013 tarih ve E:2012/1733, K:2013/1524 sayılı kararlar davanın reddine karar verildiği, ...2012 tarih ve 2012/...sayılı Kurul kararının idarece uygulanarak, davacı

ortaklığın teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işlemine karşı Yasa'da yeniden şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna başvurma yolunun öngörülmediği anlaşıldığından, davaya konu Kurul kararının davacı ortak girişiminin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ile ilgili kısmında hukuka aykırılık görülmediği; dava konusu Kurul kararının, davacı ortak girişimin geçici teminatının irat kaydedilmesi ve hakkında yasaklama kararı verilmesi ile ilgili itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısma gelince; 4734 sayılı Kanun'da yapılan yeni düzenleme ile geçici teminatın irat kaydedilmesinin ve ihalelerden yasaklamanın dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması ve yeni oluşan hukuki durumun varlığı nedeniyle idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma söz konusu olmaması nedeniyle, davacı ortak girişimin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ile yetinilmesi gerektiği, bunun yanında geçici teminatın irat kaydedilmesi ve yasaklama kararı verilmesine hukuken olanak bulunmadığı ve ...2012 tarih ve 2012...sayılı Kurul kararında, yalnızca bir saptama yapılarak, ihaleyi yapan idarece bu saptama doğrultusunda geçici teminatın irat kaydedildiği, davacının bu işleme karşı itiraz ve itirazın şikâyet yoluna başvurmada 4734 sayılı Kanun hükümlerine ve hakkaniyete aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin davacı ortak girişiminin geçici teminatının irat kaydedilmesi ve hakkında yasaklama kararı verilmesi ile ilgili itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin, davacı ortak girişimin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik kısmı yönünden davanın reddine, geçici teminatın irat kaydedilmesine ve yasaklama kararı verilmesi saptaması yapılmasına yönelik kısmının ise iptaline karar verilmiş, bu kararın iptale ilişkin kısmı davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde "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 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) bendinin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla, 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılan kişilerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin 11. maddenin son fıkrasının, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanamayacağı açıktır.

Dolayısıyla, 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, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması sebebiyle ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Kamu İhale Kurulu’nun ...2012 tarih ve 2012/... sayılı kararıyla; ihale tarihinde (28/08/2012)

yürürlükte bulunan 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan hüküm çerçevesinde davacı ortak girişimdeki ... İnş. Taah. ve Dış Tic. Ltd. Şti.'nin ihale işlemlerinde temsile yetkili müdürünün xxx olduğu ve bu şirketin % 50'den fazla hisseye sahip ortağının ise yyy olduğu, ayrıca 'nin ihale işlemlerinde temsile yetkili müdürünün xxx ve bu şirketin temsile yetkili yönetim kurulu üyesinin ise zzzz olduğu, yasaklılık sicil kayıtlarının incelenmesi neticesinde xxx ve yyy hakkında açılmış kamu davası bulunduğundan bahisle davacı ortak girişimin ihale dışı bırakılması neticesinde hakkında yasaklama kararı verilmesi, geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerektiği saptaması yapılarak düzeltici işlem tesis edildiği, bu karar üzerine İSKİ Genel Müdürlüğü'nce tesis edilen 23.11.2012 tarih ve 574330 sayılı işlem ile, 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesine istinaden davacı ortak girişimin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının irat kaydedilmesine karar verildiği, bu işleme karşı davacı şirketler tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun, "başvuru sahibinin iddiasının söz konusu Kurul kararına itiraz niteliğinde olduğundan bahisle" reddedilmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 24.12.2012 tarih ve 2012/UY.III-4952 sayılı kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından, İSKİ Genel Müdürlüğü'nce tesis edilen 23.11.2012 tarih ve 574330 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada sonucu verilen İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 26/03/2013 tarih ve E:2013/472, K:2013/590 sayılı kararına ilişkin yapılan temyiz incelemesinde Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 11.12.2013 tarih ve E:2013/2106, K:2013/3601 sayılı kararında; Kamu İhale Kurulu'nun 22.10.2012 tarih ve 2012/UY.III-4041 sayılı kararı sonrasında idarece teklifin değerlendirme dışı bırakılmasıyla birlikte ihale sürecinde ilk defa tesis edilen geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin dava konusu işlem üzerine şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunan davacılar tarafından, itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan2012

tarix ve 2012/...sayılı kararın dava konusu edilebileceği belirtilmektedir.

Bu durumda, Kamu İhale Kurulu'nun 22.10.2012 tarih ve 2012/UY.111-4041 sayılı kararı sonrasında idarece teklifin değerlendirme dışı bırakılmasıyla birlikte ihale sürecinde ilk defa tesis edilen geçici teminatın gelir kaydedilmesi dava konusu yapılabileceğinden, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması sebebiyle ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınarak, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmanın söz konusu olmaması nedeniyle, geçici teminatın gelir kaydedilmesine yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddi yönündeki dava konusu işlemin bu kısmında hukuka uygunluk, İdare Mahkemesinin iptal kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin, itirazın şikâyet başvurusunda belirtilen yasaklılık kararıyla ilgili iddialara ilişkin kısmına gelince;

4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) bendinin 5. alt bendinde "Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak", 58. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde "Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluğu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.", son fıkrasında "İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür." kuralına yer verilmiştir.

Bu durumda, '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 kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, davacıların yasaklamasına ilişkin itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki dava konusu işlemin bu kısmında hukuka aykırılık, İdare Mahkemesinin iptal kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kısmen reddi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 28.11.2013 tarih ve E:2013/950, K:2013/1530 sayılı kararının; geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin itirazın şikâyet başvurusunun reddi yönünden dava konusu işlemin iptaline, 121,50.-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacılar verilmesine, 121,50.-TL yargılama giderinin davacılar üzerinde bırakılmasına, davalı ile davacılar lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısımlarının yukarıda belirtilen gerekçeyle ONANMASINA; temyiz isteminin kısmen kabulü ile yasaklılığa yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının BOZULMASINA, DAVANIN BU KISMININ REDDİNE; dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, davalı tarafından yapılan ve aşağıda ayrıntısı gösterilen 228,25.-TL temyiz yargılama giderinin 114,12.-TL'sinin davalı üzerinde bırakılmasına,

114,13.-TL'nin ise davacıdan alınıp davalı idareye verilmesine, artan posta ücretinin davalı idareye iade edilmesine, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 01.03.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye

TEMYİZ YARGILAMA GİDERLERİ :

Toplam Harç : 176,00-TL

Posta Gideri : 52,25-TL

TOPLAM : 228,25-TL

