

ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edileceği; ihale sürecine göre, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayının iptal edileceği, usulüne uygun olarak verilmiş diğer tekliflerin değerlendirilmeye tâbi tutularak ihale sürecinin

tamamlanacağı belirtilmektedir. Mevzuattaki tanımlarıyla “ihale” ve “ihale süreci” sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanacağından, ihale kararının onaylanmasından sonra yayımlanan yasaklama kararlarının henüz süreç tamamlanmadığından uygulanması gerekmektedir. İdarelerin, ihale kararının onaylanmasından sonra yayımlanan yasaklama kararını dikkate almamaları yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olacaktır

- İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLANMA KARARI,
- İHALE KOMİSYONU,
- GEÇİCİ TEMİNAT,
- KAMU İHALE KANUNU 4, 5/1, 10/4, 11, 40, 58/3 MD.

“İçtihat Metni” Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığınca hazırlanmıştır. İzinsiz olarak kopyalanması ve dağıtılması hukuki sorumluluk gerektirir.

Özeti : *İhale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete’de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi yönündeki dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı hakkında.*

Davacı : ... Sağlık Hizmetleri Bilgi İşlem Otomasyon Gıda Temizlik Turizm Sanayi ve Dış Ticaret A.Ş.

Davalı : Kamu İhale Kurumu

Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : 25.07.2005 tarih ve 25886 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Kamu İhale Genel Tebliği”nin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ilgili birinci bölümünün “XV-İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar” başlıklı kısmının “G. Teminatların Gelir Kaydedilmesi” başlıklı maddesinde yer alan “İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan veya haklarında kamu davası açılmamış aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi veya haklarında kamu davası açılması durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete’de yayım tarihinden veya haklarında kamu davası açıldığı tarihten önce teklif vermiş olan istekliler açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu

durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir. İhale sürecine göre, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayı iptal edilecek ve usulüne uygun olarak verilmiş diğer teklifler değerlendirilmeye tabi tutularak ihale süreci tamamlanacaktır...” düzenlemesinin; 4734 sayılı Kanun’a ve yasallık ilkesine aykırı olarak sınırlayıcı yeni bir düzenleme yapıldığı, kanun koyucunun hiçbir şekilde yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar başka idarelerin ihalelerine katılmayı engelleyen bir düzenleme öngörmediği, hakkında yasaklama kararı verilen bir şirket veya gerçek kişinin Tebliğde düzenlendiği gibi yasaklama kararından önce iştirak edilen ihalelerden çıkartılmak istenmesi durumunda bunu Kanun koyucunun düzenlemesi gerektiği, dava konusu Tebliğ hükmünün, hem yasaya aykırı olduğu hem de idari işlemlerin geriye doğru hüküm ve sonuç doğurmasına sebep olduğu, dava konusu düzenlemenin Kanun’da yer almayan, hukuk düzeninde ve uygulamada tamamen yeni, değişik, emredici ve bağlayıcı soyut bir hukuk kuralı koyduğu ve davacının hukuki durumunu doğrudan etkilediği ne sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın zeti : 4734 sayılı Kanun’da yasaklama ile ilgili olarak yer alan hükümlerin ihale sürecine ilişkin disiplin nitelikte hükümler olduğu; idareler yanında, ihalelere katılan isteklilerin de 4734 sayılı Kanun’da yer alan esas ve usullere uymak suretiyle ihalelerin sonuçlandırılmasından sorumlu olduğu; isteklilerin hakkında ilgili veya bağlı bulunan bakanlıkça yasaklama kararının henüz verilmemesi veya Resmî Gazete’de yayımlanmaması hâlinde dahi başka bir ihaleye katılmaları durumunda ihale dışı bırakılmasının Kanun’un amacı gereği olduğu, Kanun’un 10/4. maddesi uyarınca bu maddede sayılan hallerde dahi isteklilerin ihale dışı bırakılması öngörülürken, ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklilerin, yasaklama kararı yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde başka idarelerin ihalelerine katılmasına izin verilmesinin Kanun’un amacına ve temel ilkelerine aykırılık teşkil edeceği, Medeni Kanun’a göre

herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir fiil veya davranışı tespit edilen bir isteklinin bu aşamadan sonra yasaklama hususunda bir karar alınıncaya kadar ihalelere katılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu, düzenleme ile haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunan firmaların ihale dışı bırakılmasının öngörüldüğü, yeniden bir yasaklama kararı verilmesi veya geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi yönünde bir hüküm konulmadığı, hakkında yasaklama kararı bulunan isteklilerin ihale dışı bırakılmasında ise Kanun gereği zorunluluk bulunduğu öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : İhale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi yönündeki dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAÖĞLU'nun Düşüncesi : Dava, davalı kurum tarafından düzenlenen ve 25.07.2005 tarih ve 25886 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliği"nin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ilgili birinci bölümünün "XV İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar" başlıklı maddesinin "G. Teminatların Gelir Kaydedilmesi" başlıklı fıkrasında yer alan "İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan veya haklarında kamu davası açılmamış aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi veya haklarında kamu davası açılması durumunda yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayım tarihinden veya

haklarında kamu davası açıldığı tarihten önce teklif vermiş olan istekliler açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir, ihale sürecine göre, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayı iptal edilecek ve usulüne uygun olarak verilmiş diğer teklifler değerlendirilmeye tabi tutularak ihale süreci tamamlanacaktır.” hükmünün iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Tebliğ, 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinin 91. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de; uygulama işleminin de iptal davasına konu edilmesi nedeniyle işin esası incelendi.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesinde “İhale” kavramının, bu Kanun’da yazılı usul ve şartlarla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade edeceği; 5/1. maddesinde, idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları; 10. maddesinin 4. fıkrasının (i) bendinde, 11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı; 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, bu Kanun ve diğer Kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları; 4. fıkrasında, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği; ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa

teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği; 40. maddesinin son fıkrasında, ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan önce idarelerin, ihale üzerinde kalan İsteklinin 58. maddeye göre yasaklı olup olmadığını anılan maddeye göre teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorunda oldukları; 58. maddesinin 3. fıkrasında ise, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri hükme bağlanmış; ihalelere Karşı Yapılacak İdarî Başvurulara Ait Yönetmelik'in 4. maddesinde "ihale süreci"nin, ihale yetkilisince ihale onayı verildiği tarihten itibaren başlayan; sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici taraflarca imzalanıp notere onaylattırılması ve tesciliyle, notere onay ve tescil gerekmeyen hallerde taraflarca sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan süreci ifade edeceği belirtilmiş olup, mevzuattaki tanımlarıyla "ihale" ve "ihale süreci" sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanacağından, ihale kararının onaylanmasından sonra yayımlanan yasaklama kararlarının henüz süreç tamamlanmadığından uygulanması gerekmektedir, idarelerin, ihale kararının onaylanmasından sonra yayımlanan yasaklama kararını dikkate almamaları yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olacağı gibi, anılan Kanun hükümlerine göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmaması, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi; bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edilmesi şeklinde ağır yaptırımlar uygulanması karşısında, idarelerin ihale süreci içerisinde, ihale kararlarının onaylanmasından sonra yayımlanmış olsa dahi, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararlarına karşı kayıtsız kalmalarının, başta sayılan kamu ihalelerinin temel ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği

kuşkusuzdur.

Bu nedenle, ihale süreci içerisinde yayımlanan yasaklama kararının, sürecin her aşamasında dikkate alınmak suretiyle, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayı iptal edilerek, usulüne uygun olarak verilmiş diğer tekliflerin değerlendirmeye tâbi tutularak ihale sürecinin tamamlanması yönündeki dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine, karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, 25.07.2005 tarih ve 25886 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliği"nin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ilgili birinci bölümünün "XV- İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar" başlıklı kısmının "G. Teminatların Gelir Kaydedilmesi" başlıklı maddesinde yer alan "İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan veya haklarında kamu davası açılmamış aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi veya haklarında kamu davası açılması durumunda yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayım tarihinden veya haklarında kamu davası açıldığı tarihten önce teklif vermiş olan istekliler açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir. İhale sürecine göre, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayı iptal edilecek ve usulüne uygun olarak verilmiş diğer

teklifler değerlendirilmeye tabi tutularak ihale s¼reci tamamlanacaktır...” d¼zenlemesinin iptali istemiyle açılmıştır.

25.07.2005 tarih ve 25886 sayılı Resm¼ Gazete’de yayımlanan dava konusu “Kamu İhale Genel Tebliği”, 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği’nin 98. maddesi ile y¼r¼rl¼kten kaldırılmış ise de; davacı hakkında bir uygulama işleminin bulunması nedeniyle işin esası incelendi:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesinde, “İhale” kavramının, bu Kanun’da yazılı usul ve şartlarla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi ¼zerine bırakıldığını g¼steren ve ihale yetkilisinin onayını m¼teakip s¼zleřmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade edeceği; 5. maddesinin birinci fıkrasında, idarelerin, bu Kanuna g¼re yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, g¼venirlięi, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları; 10. maddesinin 4. fıkrasının (i) bendinde, 11. maddeye g¼re ihaleye katılamayacağı belirtildiği h¼lde ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı; 11. maddesinin 1. fıkrasının d¼zenlemenin yapıldığı tarihteki h¼liyle (a) bendinde, bu Kanun ve diğer Kanunlardaki h¼k¼mler gereğince geçici veya s¼rekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı veya alt y¼klenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları; 4. fıkrasında, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği; ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri ¼zerine ihale yapılmışsa teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği; 40. maddesinin d¼zenlemenin yapıldığı tarihteki h¼liyle son fıkrasında, ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan ¼nce idarelerin, ihale ¼zerinde kalan isteklinin 58. maddeye

göre yasaklı olup olmadığını anılan maddeye göre teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorunda oldukları; 58. maddesinin 3. fıkrasında ise, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri kurala bağlanmış; düzenleme tarihinde yürürlükte bulunan İhalelere Karşı Yapılacak İdarî Başvurulara Ait Yönetmelik'in 4. maddesinde "ihale süreci"nin, ihale yetkilisince ihale onayı verildiği tarihten itibaren başlayan; sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici taraflarca imzalanıp notere onaylattırılması ve tesciliyle, notere onay ve tescil gerekmeyen hâllerde taraflarca sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan süreci ifade edeceği belirtilmiştir.

Anılan düzenlemelerden, bu Kanun'un hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, idarelerin ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu kılınmasının gerekli görüldüğü; kamu ihalelerine girmekten geçici veya sürekli olarak yasaklanmış olanların herhangi bir şekilde ihalelere katılmalarının önlendiği, ihale, ihale kararının onaylanması hâlinde geçerli sayılacağından, onaydan önce idarelerin, ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olmadığını teyit ettirmek zorunda oldukları; bu teyidin, ihalenin onaylanmasından önceki süreci kapsadığı; ihale işlemleri ve ihale süreci onaydan sonra da devam ettiğinden, sürecin devamında yayımlanan yasaklama kararlarının da uygulanmasına engel bir durumun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu düzenlemede, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade

edileceği; ihale sürecine göre, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayının iptal edileceği, usulüne uygun olarak verilmiş diğer tekliflerin değerlendirilmeye tâbi tutularak ihale sürecinin tamamlanacağı belirtilmektedir.

Mevzuattaki tanımlarıyla “ihale” ve “ihale süreci” sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanacağından, ihale kararının onaylanmasından sonra yayımlanan yasaklama kararlarının henüz süreç tamamlanmadığından uygulanması gerekmektedir. İdarelerin, ihale kararının onaylanmasından sonra yayımlanan yasaklama kararını dikkate almamaları yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olacaktır.

Diğer taraftan, anılan Kanun maddelerine göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmaması, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi; bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edilmesi şeklinde ağır yaptırımlar uygulanması karşısında, idarelerin ihale süreci içerisinde, ihale kararlarının onaylanmasından sonra yayımlanmış olsa dahi, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararlarına karşı kayıtsız kalmalarının, başta sayılan kamu ihalelerinin temel ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Kaldı ki, bu durumdaki isteklilerin, geçici teminatları gelir kaydedilmeyip, kastın bulunmadığı kanaatinden hareketle, iade edilmektedir.

Bu durumda, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete’de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi yönündeki dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 99,70.-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.500.-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi hâlinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 04.06.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.