

ihalede haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların Kanun maddesi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucunu doğuran bir "İdarî yaptırım" niteliğinde olan geçici teminatın irat kaydedilmesinin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun

dikkate alınması gerektiği

Davacı Dikkan İnş. Harf. Taş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 27.09.2012 tarihli E:2012/65, K:2012/1236 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmesi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.05.2019 tarihli ve E:2013/401, K:2019/1714 sayılı kararında "Temyizen incelenen kararın;

1- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmı; usul ve hukuka uygun olup, davacı tarafından bu kısım yönünden ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemlerin başlatılmasına ilişkin kısmının incelenmesi;

Kamu İhale Kurumu'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 işlemlerinin başlatılmasına

ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca işlem başlatılmasına ilişkin kısmında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararının bu kısmında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

3- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesine ilişkin kısmının incelenmesine gelince;

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, "11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak" yasak fiil veya davranışlar arasında sayılmış; 11. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde, "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya süreli olarak 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 bulunanların" kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları kuralı bulunmakta iken, 01/11/2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; bu bentte yer alan "olarak" ibaresinden sonra gelmek üzere bu bende "idarelerce veya mahkeme kararıyla" ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendinde, "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" kuralı yer almaktadır.

Ceza Hukuku'nun genel ilkelerinden olan ve idari yaptırımların hukuki rejiminde de uygulanma alanı bulan "Lehe olan kanunun uygulanması" ilkesi gereğince idari yaptırımla ilgili hükümlerde, bu yaptırıma karşı açılan dava sürerken bir değişiklik yapılması durumunda, davada failin lehine olan düzenlemeler uygulanacaktır.

4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hâlinin İdarî 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) bendi kapsamı dışına çıkarılarak bunlar yönünden lehe düzenleme getirilmiştir.

Bu itibarla, 11. maddenin son fıkrasının, sadece idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar hakkında uygulanabileceği açıktır.

Öte yandan, Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacağı yönündeki kuralın yürürlüğü devam ettiğinden, hakkında açılmış bir kamu davası olmasına rağmen ihaleye katılan isteklilerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan değişikliğin, haklarında kamu davası açılan isteklilerin ihale dışı bırakılmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

6359 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının

ihalelerine katılmayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucunu doğuran bir "İdarî yaptırım" niteliğinde olan geçici teminatın irat kaydedilmesinin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği açıktır.

Bu durumda, davacı şirketin, 19/07/2011 tarihinde yapılan ihaleye katılması nedeniyle, ihaleye katılım aşamasında sunmuş olduğu geçici teminat gelir kaydedilemeyeceğinden, geçici teminatın irat kaydedilmesi işlemine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, bu kısım yönünden davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle,