

İHALELERDEN YASAKLAMALAR ÖNCESİ İŞ VE MESLEK AHLAKINA AYKIRI FAALİYETİN İDARE TARAFINDAN İSPAT EDİLMEK ZORUNDADIR

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4'üncü maddesinde, idarenin tanımını "İhaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar" şeklinde yapılmış olup, anılan Kanun'un "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10'uncu maddesinde,

"Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

1. f) *İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen..."* hükmü, yer almaktadır.

4734 sayılı Kanun'un yukarıya alınan hükmü uyarınca, isteklinin ihale dışı bırakılabilmesi için;

– İsteklinin ihaleyi yapan idareye karşı yüklenici olarak yaptığı bir iş sırasında iş ve meslek ahlakına aykırı fiil veya davranışta bulunmuş olması,

– Bu fiil veya davranışın gerçekleştiğinin idare tarafından ispat edilmesi,

– Bu fiil veya davranışın idarece tespit ve ispat edildiği tarihin ihale tarihinden önceki beş yılın içinde kalması,koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Belirtilen durum aynı idarenin yapacağı ihalelerle ilgili olup, başka bir idareye yaptığı iş sırasında iş veya meslek

ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunan bir istekli bir başka idarenin ihalesinde bu sebeple ihale dışı bırakılamayacaktır. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere burada önemli olan yüklenim sırasında hangi faaliyetlerin iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyet olduğudur.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.8'inci maddesinde“ 17.8.1. İdareye karşı yüklenilen işin yapımı sırasında gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar dolayısıyla iş ve meslek ahlakına aykırı davranışların 4734 sayılı Kanununun 17 nci maddesinde belirtilen fiil ve davranışların dışında değerlendirilmesi gerekmektedir.

17.8.2. 4735 sayılı Kanununun 25 inci maddesinde sayılmış olan yasak fiil ve davranışlar ile bu fiil veya davranışlar içine girmemekle birlikte, sözleşme hükümlerine aykırı veya idareye zarar verecek fiil ve davranışlar ya da yüklenicilerin iş veya mesleklerinden dolayı yürürlükteki kanunların yüklediği mükellefiyetlere aykırı davranışlar iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyet kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, 4735 sayılı Kanununun 25 inci maddesinin (f) bendinde yer alan “mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme” fiilinden ötürü hakkında yasaklama kararı verilmiş bir isteklinin yasaklama kararını veren idarenin ihalesine katılması halinde;

i- 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendi uyarınca ihale dışı bırakılabilmesi için, bu isteklinin davranışının iş ve meslek ahlakına aykırı bir davranış olup olmadığının **her olayın kendi özgün koşulları** içinde değerlendirilmesi gerekmekte ve **bu hususta takdir idareye ait** bulunmaktadır.

ii- Yine bu isteklinin 10 uncu maddenin (f) bendi uyarınca ihale dışı bırakılabilmesi, ancak ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu **idare tarafından ispat**

edilebilmesi halinde mümkün olabilecektir." açıklaması yer almaktadır.

Görüleceği üzere Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Genel Tebliğ'ndeki hükümlerde, sözleşme konusu işin gecikmeli olarak tamamlanmasının iş ve meslek ahlakına aykırı bir faaliyet olup olmadığı idare tarafından değerlendirilecek bir husus olarak ele alınmış ve idareye geniş bir takdir hakkı verilmiştir.

Söz konusu takdir hakkının objektif ve ispat edilebilir şekilde kullanılması gerekmekte olup, kanaatimizce 4734 sayılı Kanununun 10 (f) fıkrasının objektif uygulanabilmesinde idarelerin keyfi davranışlarının önüne geçilmesi gerekmektedir