

İhalelerden Yasaklanma hangi hallerde verilir ?

İdarenin, bir yargı kararına gerek duymaksızın yasalardan aldığı yetkiyle ve idare hukukuna özgü şekil kuralları ile doğrudan uyguladığı yaptırımlara idari yaptırım adı verilmektedir.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararları da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihale yapmaya yetkili idarelere verdiği bir yetkinin uzantısı olarak verilmektedir. İhalelerden yasaklılık durumu bu şekilde idari bir işlemle ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararıyla da söz konusu olabilmektedir.

İdare tarafından verilen ihaleden men kararı, idari işlem – idari yaptırım niteliğindedir. Danıştay 13. Dairesi “4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında kamu davası açılması durumunda, yargılama sonuçlanıncaya kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaklarının düzenlendiği,

davalı Bakanlık veya başka bir kurum tarafından davacı hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmediği, davacının açılan bir kamu davası sonucu olarak ihalelere katılamayacağı, buradaki ihalelere katılmama olgusunun idari işlem değil yasal düzenleme gereği ceza yargılamasının bir sonucu olarak ortaya çıktığı ve yargısal faaliyet kapsamında bulunduğu kabulü gerektiği,

bu durumda davacı hakkında idari işlem niteliğinde verilen bir yasaklama kararının varlığından söz edilemeyeceğinden...” ifadeli gerekçeli kararında da belirttiği üzere, idarelerce verilen yasaklama kararları idari işlem niteliğindedir ve iptal davasına konu edilebilir

Anayasa Mahkemesi 2010 yılında verdiği bir kararda 4734 sayılı

Kanun'un 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yargılama sonuna kadar ihalelere katılmayacaklarına dair hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası hakkında "Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır" gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir

İhalelere katılma yasağına üç halde karar verilmektedir. Birincisi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesindeki yasak fiil ve davranışlardır. İkincisi aynı Kanun'un 17/e maddesi atfıyla 11'inci maddede sayılan ihaleye katılmalarında engel bulunmasına rağmen ihaleye giren isteklilerdir. Üçüncü hal ise 58'inci maddenin birinci fıkrası uyarınca üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamaktır.

Kamu İhale Kanunu'nun 58'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen kırkbeş gün içinde verileceğine hükmedilmiştir. Söz konusu 45 günlük süre hak düşürücü niteliktedir. Bu süre idarenin yasak fiilin işlendiğini tespit etmesi ile başlamaktadır. Yasak fiilin işlendiği, idarenin onu farketmediği zaman tespit edilebilir. Bu tarihten itibaren idare, ihalelerden yasaklama kararı vermeye yetkili merciiye durumu tutanakla derhal bildirmeli, mercii de 45 gün içerisinde yasaklama kararını tanzim etmelidir

-Danıştay 13. Dairesi 8.11.2005T., 2005/5992E., 2005/5404K. Sayılı kararı "*.. ihalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanarak ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış*

olduğu hususu ancak ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle idarenin ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olur.”

58’inci maddenin birinci fıkrasına göre, 17’nci maddenin ihlaline neden olan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişi ve şirketlerin ihalelerden 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar yasaklanmasına karar verilecektir. 11’inci maddeye aykırı olarak ihaleye giren istekliler hakkında da aynı cezaya hükmolunacaktır.

Bununla birlikte üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında verilecek ihalelere katılma yasağının süresi 6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadardır.

Sürenin takdirini idare yapacaktır. Yasaklılığa ilişkin değerlendirme yaparken işlenen fiilin ağırlığı ve daha önce benzer şekilde yasaklama kararı verilip verilmediği değerlendirilmelidir. İdare yasaklılık süresini takdir ederken kamu yararı, hizmetin gerekleri ve eşitlik ilkesini gözetmek durumundadır.

--Danıştay 13. Dairesi 2009(1748E., 2011/1945K. Sayılı kararı; Zor, “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı”,

, “...şartname gereği eksik kalan hususların giderilmesi için verilen 20 günlük sürede projelerde yapılan düzeltmeleri sunduğu hususları gözetilmeksizin diğer bir deyişle fiil ve davranışın özelliği dikkate alınmaksızın Yasa’da öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının üst sınırdan verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde eylemle ceza arasındaki ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yönünden hukuka uyarlık görülmediğinden, dava konusu işlemin iptali

gerekirken davanın reddi yolunda karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır” diyerek, fiil ve davranışın ihlal ettiği ölçüde bir yaptırımla karşılanması ve orantılı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kararda yasaklama süresinin belirlenmesi konusunda bir kural öngörülmediği için idare hukukunun genel ilkeleri gözetilmelidir.

Bununla birlikte takdir yetkisinin yalnızca süre yönünden bulunduğu ve idarenin yasaklama tedbiri uygulamamak şeklinde takdir yetkisinin olmadığı, ölçülülük ilkesinin kanunda yer almadığına değindiği kararda Danıştay “... davalı idarece takdir hakkının kullanılarak bu fiilin özelliğine göre davacılar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesine ilişkin dava konusu işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken, kanunda öngörülmeven ölçülülük ilkesinden hareketle işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline yönelik mahkeme kararının bozulması” şeklinde hüküm kurmuştur

58’inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması durumunda ortakların tamamı hakkında, sermaye şirketi ise sermayenin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da yasaklama kararı verilecektir.

İsteklinin işlediği yasak fiil ve davranış aynı zamanda TCK’nın 235’inci maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturuyorsa, yapılacak yargılama sonucu verilen mahkumiyet kararı gereğince mahkeme tarafından ihalelerden yasaklama kararı verilmelidir.

4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesi hükmü gereği, ihaleye fesat karıştırma suçundan hüküm giyen kimse hakkında yasaklama kararı verilmesi zorunludur. İdare tarafından ayrıca yasaklama kararı uygulanmış olması mahkemenin kararını etkilemez.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında öngörülen iki tür idari tedbir bulunmaktadır. Birincisi 10/4’üncü fıkrada

düzenlenen ihale dışı bırakma tedbiridir. İkincisi ise 58/3 maddesi uyarınca yasak fiil ve davranışları tespit edilenlerin aynı idare tarafından yasaklama kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar yapılacak sonraki ihalelere iştirak ettirilmemesidir.

Bunların haricinde ceza mahkemelerinde haklarında kamu davası açılan kişilerin 4734 sayılı Kanun'un 58/2 ve 59/1 maddesi uyarınca yargılama sonuna kadar ihalelere katılamamaları hali vardır.