

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararlarında ya da ilgili kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin esas ve usul hükümleri açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması durumunda, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca

ihalelere katılmaktan yasaklama kararı

T.C.
Danıştay
13. Daire

Esas No:2016/2046
Karar No:2016/4369
K. Tarihi:23.12.2016

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2016/2046
Karar No:2016/4369Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) :
Vekili :
Karşı Taraf (Davacılar) :

Vekilleri : ,

İstemın Özeti : Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 28/12/2015 tarih ve E:2015/1208, K:2015/2244 sayılı kararının; 20.04.2009 tarihli ve 2009/14973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin Eki Esasların 34. maddesi uyarınca, sözleşmenin uygulanmasında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinin dikkate alınacağı, buna göre, tesis edilen yasaklama kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi ...'nın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin

açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüşüldü:

Dava; davacı şirket ve yetkilisinin, tarafından ... kayıt numaralı ihale sonucunda, işin sözleşme şartlarına uygun olarak yerine getirilmediğinden bahisle 4735 sayılı Kanun hükümleri uyarınca 1 (bir) yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin olarak ... tarih ve ... sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendi uyarınca, yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 20.04.2009 tarihli ve 2009/14973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin Eki Esasların 10. Maddesinin (a) fıkrası kapsamında açık ihale usulü ile 22.10.2013 tarihinde yapılan ... ihale kayıt numaralı Köprücü Tankına Ait Asbest İçermeyen Yedek Parça Alımı " ihalesinin davacı şirket uhdesinde kaldığı ve 26.11.2013 tarihinde taraflar arasında sözleşme imzalandığı; davacı şirketin, sözleşme gereği muayene işlemlerine başlanabilmesi için yüklenici firma tarafından malzeme ile birlikte teslim edilen Menşe Şehadetnamesinin incelendiği, anılan belgenin şehadetnameyi veren makamın tasdik şerhini (tarih, imza, mühür ve kaşe) içermemesi nedeniyle Gümrük Yönetmeliğinin 40. maddesinin (d) bendine uygun bulunmadığı, sözleşmenin kodlandırmaya ilişkin hükümleri gereğince, muayeneye sunulan malzemelerin NATO Stok Numarasının Almanya menşeli parça numarası ile üreticilerini tanımladığı, ancak yüklenici tarafından kendi üretimi olan malzemelerin söz konusu stok numarası ile muayeneye sunulduğu, Milli Kodlama Bürosuna yapılan başvurunun da, aynı stok numarası altında olduğu ve orijinal firmanın imalatçı firma olarak belirtildiği, bu nedenle söz konusu beş kalem malzemenin yapılan muayene sonucunda, nitelikleri uygun bulunmayarak reddedildiği, firma tarafından muayene sonucuna itiraz edildiği, itiraz muayenesi sonucunda da nitelikleri uygun bulunmayarak reddedildiği,

16.03.2015 tarihinde sözleşmenin feshedildiği, kesin teminat mektubu hazineye irat kaydedilerek, dava konusu işlemle 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinin (f) fıkrası ile 26. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle ihalelerden yasaklama işlemi tesis edildiği; 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan ve uyuşmazlığa konu yasaklama işleminin tesis edildiği ihaleyle ilgili olarak, ihale aşamasında davacı şirketin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu yönünde herhangi bir tespitin bulunmadığı ve 4734 sayılı Kanun'a göre yasaklama işlemi tesis edilmediği; diğer yandan, sözleşmenin imzalanmasından sonra tespit edilen fiil ve davranışların ise, yapılan ihale sonucu imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun kapsamı dışında olması sebebiyle, anılan Kanun hükümleri uyarınca yasaklama işlemi tesis edilmesine olanak bulunmadığı sonucuna varıldığı, 4735 sayılı Kanun'da açıkça çerçevesi çizilen kapsamın dışında kalan ihale sonrası imzalanan sözleşmedeki taahhütlere aykırı edim nedeniyle yasaklama işlemi tesis edilmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un "Kapsam başlıklı 2. maddesinde, bu Kanun kapsamında bulunan idareler; "İstisnalar başlıklı 3. maddesinde de, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri belirlenmiştir. Bu düzenleme sonucunda, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelerin, anılan Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde bu Kanun'un ceza ve yasaklama hükümleri uygulanacaktır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin

düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller belirlenmiştir. Anılan Kanun'un "Kapsam başlıklı 2. maddesinde, bu Kanun'un, Kamu İhale Kanunu'na tâbi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un "İstisnalara ilişkin esas ve usuller başlıklı Geçici 4. maddesinde, söz konusu Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kurala bağlanmıştır. 4734 sayılı Kanun'un "Amaç başlıklı 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu, 4735 sayılı Kanunun "Amaç başlıklı 1. maddesinde ise, bu Kanun'un amacının Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiştir. İhalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar ile ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümlerde anılan kanunlarda düzenlendiğinden bu kanunların sistematiği açısından ceza ve yasaklama hükümlerinin de esas ve usule ilişkin kurallar olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararlarında ya da ilgili kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin esas ve usul hükümleri açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması durumunda, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan

yasaklama kararı verilebilecektir.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kuralının yer aldığı Kanunun Geçici 4. maddesi ile ortaya çıkan bu sistemin, hem 4734 sayılı Kanunun hem de 4735 sayılı Kanun'un amacına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine ve ulaşılması amaçlanan hedeflere uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim, kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin giderilmesi, kamu kaynaklarının etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği olan faaliyetlerde aksamalar olmaması ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kuralların ve ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Buna göre, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin evleviyetle uygulanması gerekir. Zira, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalelere ilişkin süreçte yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi karşısında, kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaati gereği, istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde ise 4735 sayılı Kanun'da yer alan ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanması yasa koyucunun amacına uygun bulunmaktadır.

Hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetini, idari yaptırımları, kamu düzeninin sağlanması için alınacak idari önlemleri belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisini

anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak çeşitli düzenlemeler yapabilir. 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği anılan Kanun'un Geçici 4. maddesinde açıkça belirtildiğinden ve istisna kapsamındaki ihalelere özgü Bakanlar Kurulu kararları ya da kurumların çıkardığı yönetmelikler ile ceza ve yasaklama açısından 4735 sayılı Kanun'a yapılan atıf hukuk devleti bakımından yeterli olduğundan, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'a uygun olmak kaydıyla ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde kanunilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Dairemizin tüm üyelerinin katılımıyla 30.11.2016 tarihinde yapılan toplantıda içtihat değişikliğine gidilmiş olup, anılan toplantıda; 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen istisnalar kapsamında yapılan bir ihale sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak fiil ve davranışların işlendiğinin anlaşılması hâlinde, 4735 sayılı Kanun uyarınca yasaklama işlemi tesis edilebileceği sonucuna varılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendi uyarınca yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 20.04.2009 tarihli ve 2009/14973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin Eki Esasların 10. maddesinin (a) fıkrası kapsamında davalı idarece açık ihale usulü ile ... tarihinde yapılan.... ihale kayıt numaralı Köprücü Tankına Ait Asbest İçermeyen Yedek Parça Alımı" ihalesinin davacı şirket uhdesinde kaldığı ve 26.11.2013 tarihinde taraflar arasında sözleşme imzalandığı, beş kalem malzemenin yapılan muayenesi sonucunda, nitelikleri uygun bulunmayarak reddedildiği, firma tarafından muayene sonucuna itiraz edildiği, itiraz muayenesi sonucunda da nitelikleri uygun bulunmayarak reddedildiği, 16.03.2015 tarihinde sözleşmenin

feshedildiği, kesin teminat mektubu hazineye irat kaydedilerek, dava konusu işlemele 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (f) fıkrası ile 26. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle ihalelerden yasaklama işlemi tesis edildiği anlaşılmaktadır.

16.05.2009 tarih ve 27230 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Geçici 4. maddesinin (a) bendine dayanılarak anılan Kanun'un 3. maddesinin (b) bendi uyarınca yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 20.04.2009 tarihli ve 2009/14973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin Eki Esasların 34. maddesinde, bu Esaslarda düzenlenen ve 33. maddede düzenleneceği belirtilen hâllerin dışındaki huuslarda 4735 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4734 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesine dayanılarak ilgili kurumlar tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde yer alan atıf nedeniyle 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümleri uygulanmak suretiyle 4735 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir.

Bu durumda, işlemin esasına yönelik olarak, davacının fiillerinin sözleşmeye aykırılık içerip içermediği, yasaklama sebeplerinin bulunup bulunmadığı hususunda bir inceleme yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, bu hususlar incelenmeden verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 28/12/2015 tarih ve E:2015/1208, K:2015/2244 sayılı kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 23/12/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.