

İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI DAVA AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGIÇ SORUNU

Kamu İhale Kanunu'na göre Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararları Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğu bulunmakta olup, bu zorunluluğun sonucu olarak ilan yoluyla tebliğin gerçekleşip gerçekleşmediği oldukça önem arz etmektedir. Ancak, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarının yürürlük şartını, Resmi Gazete'de yayımlanma oluşturduğundan, yasaklama kararlarının ilan yoluyla tebliğ edildiğini kabul etmenin mümkün olmadığı ve dolayısıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararları, kararın istekliye/yükleniciye/ilgiliye yazılı bildirim tarihinden veya yazılı bildirim yapılmamışsa öğrenme tarihinden itibaren idari yargıya konu edilebilmesine imkan bulunduğu düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Kanunu, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, itirazın şikâyet, ilan yoluyla tebliğ.

Bilindiği üzere, Kamu İhale Kanunu'nun "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58'inci maddesinde "17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2'nci ve 3'üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine

katılmaktan yasaklama kararı verilir.

' Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer'" hükmü gereğince, anılan Kanun'un 17'nci maddesinde sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bir yıldan iki yıla kadar, ihale üzerinde kaldığı halde mücbir sebep olmaksızın sözleşme yapmayanların altı aydan bir yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının verileceği ve verilen yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarına karşı Kamu İhale Kurumuna şikayet başvurusunun yapıp yapılmayacağı ile idari yargıda dava açma süresinin, hangi tarihten itibaren başlayıp başlamayacağı hususları aşağıda değerlendirilecektir.

2.Kamu İhale Kurumuna İtirazen Şikâyet

Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinde Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkileri tek tek sıralanmakta ve bunlar arasında haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak yer almaktadır. Ancak, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarına ilişkin yapılacak şikayetleri inceleyip sonuçlandırmak Kurum'un görev ve yetkisi bulunmamaktadır.

Keza, Kamu İhale Kurulunun 02.04.2014 tarihli Kararı'nda da, " ' Başvuru sahibi iş ortaklığının ' Ltd. Şti.nin yetkilisi ve ortağı ' hakkında yasaklama kararı verilen 07.01. 2014 tarihinden sonra 29.01.2014 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu anlaşılmıştır.

' 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi çerçevesinde, ihalelere katılmaya ilişkin yasaklanmaların ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından verileceği göz önüne alındığında anılan Kanun'un 58'inci maddesi uyarınca tesis edilecek yasaklama işlemine karşı, yetkili ve görevli yargı mercilerinde dava açılması mümkündür.

4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinde "İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak." Kurumun görev ve yetkileri arasında sayıldığından ihalelere katılmaktan yasaklanma işlemine ilişkin başvuru konusunda Kurumun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı anlaşılmıştır..." denilerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararlarına karşı Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığından, doğrudan idari yargıda dava açılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

3.Dava Açma Süresinin Başlangıç Sorunu

Kamu İhale Kanunu'nda ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının isteklilere/yüklenicilere ne zaman tebliğ edilmiş sayılacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, anılan Kanun'un 58. maddesinde " ' Yasaklama

kararları bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer.” denilmek suretiyle yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla ilan yoluyla tebliğin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tereddüt yaşanmaktadır.

Madde metnindeki yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanması olayı, ilan yoluyla tebliğden ziyade yasaklama kararının yürürlük şartının bir gereğidir. Bu nedenle, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren dava açma süresinin başladığını söylemek oldukça zordur. Çünkü Resmi Gazete’de yayımlanma olayı, yasaklama kararının yürürlük şartını teşkil etmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Danıştay 13. Dairesinin 25.09.2009 tarihli Kararı’nda “‘ İdare Mahkemesi’nin ‘ sayılı kararının; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 17. maddesinde sayılan ve 58. maddesinin uygulanmasını gerektiren fiillerinin bulunmadığı, haklarında kamu davası açılmadığı, ‘ müfettişlerince hazırlanan soruşturma raporunun savunmaları alınmaksızın hazırlanan tek yanlı bir rapor olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

‘ Dava, 23.08.2006 tarihinde yapılan ‘ Müdürlüğü deprem güçlendirme ve onarım ihalesine katılan davacı şirket ve ortağının iki yıl süre ile tüm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 16.07.2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılmış, idare Mahkemesi’nce; ‘ Lisesi ile ‘ Lisesi Müdürlüğü’nün onarım işi ihalesinde davacı şirketin ve ortağı ”ın yasak fiilde

bulunduğu hususunun mufettişlerce yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda dzenlenen raporla sbuta erdiğinden davacı şirket ve ortağının, 4734 sayılı Kanunun 58. maddesi uyarınca iki yıl sreyile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket ve ortağı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

' Buna gbre, 4734 sayılı Kanun'da ihaleden yasaklama kararlarının ayrıca tebliğ edileceğine dair bir hbkme yer verilmediği, anılan Yasanın 58. maddesinin ddrdcncu fıkrası uyarınca Resmi Gazete'de ilan suretiyle tebliğin gerçekteşeceği gbrlmemektedir.

' Bakılmakta olan davada davacılar vekilince, ' Merkezi Mdurluğu deprem guçlendirme ve onarım ihalesi ile ilgili iptali istenilen yasaklama kararının, Resmi Gazete'deki ilan tarihinin 16.07.2007 tarihi olduğu belirtilmiş ise de, davacı şirket ve ortağının da aralarında bulunduğu ihaleye katılan şirket ve ortaklarının, iki yıl sreyile tm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamalarına ilişkin kararların 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı, 16.07.2007 tarihli Resmi Gazete'de, davacı şirket ve ortağının kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları ybnde davalı idare tarafından alınarak ilan edilmiş olan herhangi bir yasaklama kararı bulunmadığı ve 16.07.2007 tarihinin, yasaklama kararının ilan edildiği 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'nin internet ııktısının alındığı tarih olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 14.07.2007 tarihinde ilan suretiyle tebliğ edilmesi nedeniyle, bu tarihte bđrenildiđi kabul edilen dava konusu yasaklama işlemine karşı, bu tarihten itibaren 60 gn

içerisinde, en son 12.09.2007 tarihine kadar dava açılması gerekirken, 13.09.2007 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın, 2577 sayılı Yasa'nın 7. maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığından, esasa girilerek davanın reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, ' İdare Mahkemesi'nin ' sayılı kararının bozulmasına '' karar verilmiş olup, yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla ilan suretiyle tebliğin gerçekleştiği ve bu tarihten itibaren öğrenildiğinin kabulü gerektiğinden, ihaleleri katılmaktan yasaklama kararlarına karşı Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren dava açma süresinin başladığı ifade edilmiştir.

Buna karşılık, Danıştay 13. Dairesinin 12.03.2013 tarihli Kararı'nda , "Dava, davacı şirketin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 03.08.2004 tarih ve 25542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; Dairemizin ' sayılı bozma kararına uyularak; 03.08.2004 tarihinde ilân suretiyle tebliğ edilmesi nedeniyle, bu tarihte öğrenildiği kabul edilen dava konusu yasaklama işlemine karşı, 04.10.2004 tarihine kadar dava açılması gerekirken 24.11.2004 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığından, davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

' Diğer yandan, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesinde; 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmanın, bu fiil ve davranışların ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi, fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği, kararı veren idarelerin, bu kararı Resmi Gazete'de ilan ettirecekleri, bu kararların ilgililerin müteahhitlik siciline de işleneceği hükmü yer almış; bu hüküm, kamu idarelerinin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olup, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmemektedir.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'da düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilân tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanması mümkün olmayıp; ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 84. maddesi uyarınca bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin 03.08.2004 tarih ve 25542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandığı; davacı şirketin katılmış olduğu başka bir ihalede teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının gerekçesi olarak söz konusu ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin gösterilmesi üzerine 22.10.2004 tarihinde öğrenildiği ileri sürülerek 24.11.2004 tarihinde bu işlemin iptali için açılan davanın, 03.08.2004

tarihinde ilan suretiyle tebliğ edilmesi nedeniyle bu tarihte öğrenildiği kabul edilen dava konusu yasaklama işlemine karşı, 04.10.2004 tarihine kadar dava açılması gerekirken 24.11. 2004 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın 2577 sayılı Yasa'nın 7. maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığından davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirim esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idarî davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idarî işlemin ilgilisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu, yasaklama kararlarının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı dikkate alındığında, bakılan davanın, dava konusu işlemin öğrenilmesi üzerine yasal süre içerisinde açıldığı kabulü gerektiğinden ve 22.10.2004 tarihinde davacı tarafından öğrenilen işleme karşı 24.11.2004 tarihinde açılan davanın süresinde olduğu anlaşıldığından, İdare Mahkemesince davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda usule uygunluk bulunmamaktadır.

Nitekim benzer bir uyuşmazlık hakkında İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen 30.01.2013 tarih ve E:2011/212, K:2013/ 121 sayılı karar da bu yöndedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ' İdare Mahkemesi'nin ' sayılı kararının bozulmasına '' karar verilmiştir.

Her ne kadar söz konusu Karar Devlet İhale Kanunu ile ilgili olsa da Kamu İhale Kanunu'ndaki yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlattırılacağına ilişkin maddenin benzer nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla, yasaklama kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmasının, kamu idarelerinin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engellemek amacıyla getirildiği, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının bireysel niteliğinde olduğundan, 2577 sayılı Kanunda düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilan tarihinin bireysel işlem niteliğindeki ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanmasının mümkün olmadığı, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süre içerisinde dava açılacağı hususları Karar'da ifade edilerek konuya farklı bir yaklaşım getirmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nda sadece yasaklama haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkileri arasında tadat edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı itirazın şikayet başvurusuna gerek olmaksızın doğrudan idari yargıda dava konusu edilmesi gerekmektedir. Esas sorunda, dava açma süresi başlangıcının ne zaman olacağı hususunda yaşanmakta olup, yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten mi yoksa ilgililere/isteklilere/yüklenicilere tebliğ tarihinden mi başlayacağı oldukça önem arz etmektedir.

Kamu İhale Kanunu'nun 58'inci maddesindeki “‘ Yasaklama kararları, ‘ içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı

tarihinde yürürlüğe girer'' hükmünden, yasaklama kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla ilan yoluyla tebliğ edildiğinin anlaşılmasının/kabulünün mümkün olmadığı düşünülmektedir. Söz konusu yasaklama kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanması aslında yasaklama kararının yürürlük şartıdır.

Sonuç olarak, yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten değil tebliğ (yazılı bildirim) tarihinden veya tebliğ edilmemiş ise öğrenme tarihinden itibaren ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı dava açma süresinin başlaması gerektiği düşünülmektedir.