

**imzalananan Yapım İhale Sözleşmesinin “Taahhüdün Yerine Getirilmemesi” maddesinde “Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi hâllerinde ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı hâlin devam etmesi durumunda ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve**

# **varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir**

Danıştay Kararı – 13. D., E. 2016/881 K. 2018/1433 T. 17.4.2018

İstemin\_Özeti :Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 18.05.2012 tarih ve E:2011/252, K:2012/1757 sayılı kararının; davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından, idarenin ihtarlarına rağmen hatalı ve kusurlu olduğu tespit edilen imalatların ayrıca verilen 30 günlük süre sonuna kadar davacı tarafından düzeltilmediği, işin tamamlanarak geçici kabule hazır hâle getirilmesi gerekirken % 29 seviyesinde kalması sebepleriyle 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (a) bendine göre sözleşmenin feshedildiği; anılan Kanun'un 26. maddesi gereğince kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, inşaatın kontrolü sonucu tutulan tutanaklarda yanlış ve eksik imalatlar ile idareyi aldatmaya yönelik eylem ve davranışların tespit edildiği, imalatların sözleşme ve eki projelere uymadığına ilişkin olarak Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, Kurumun harçtan muaf olması sebebiyle aleyhine yargılama gideri olarak harca hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğu; davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, dava konusu işlemlerin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti :Temyiz istemlerinin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi K1'in Düşüncesi :Temyiz istemlerinin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, "X1" ihalesi üzerinde kalan davacı şirketin kati teminatının irat kaydedilmesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca bir yıl süreyle tüm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; Dairemizin 27.09.2010 tarih ve E:2008/11866, K:2010/6503 sayılı süre aşımı gerekçesiyle bozma kararı üzerine dava dosyası incelenerek, davanın süresinde açılıp açılmadığı yönünden, dava konusu yasaklama kararının davacıya yazılı olarak tebliğ edilmediği ve davacının öğrenme tarihi olarak belirttiği tarihten önce öğrendiğine ilişkin bir bilgi ve belge de sunulmadığından, davacının yasaklama kararını öğrenme tarihi olarak belirttiği 15.06.2005 tarihinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içinde 23.06.2005 tarihinde açılan davanın süresinde olduğu anlaşıldığından davanın esasına geçildiği; Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 03.07.2007 tarihli ve E:2005/464, K:2007/231 sayılı kararı uyarınca, davacı şirket ile davalı idare arasında yapılan "istisna" sözleşmesinin haksız olarak davalı idare tarafından feshedildiği ve davacıya yükletilebilecek bir kusurun bulunmadığının ortaya konulması karşısında, kendisine sözleşme hükümleri uyarınca yüklenilen edimlerini ifa edebilme şansı tanınmayan davacı şirketin, 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getiremediği ve işi süresinde bitiremediğinden söz edilemeyeceğinin açık olması nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmediği; davacının, kesin teminatın irat kaydedilmesiyle ilgili istemine gelince, davacı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca tüm kamu ihalelerinden yasaklanmasına karar verilmesi nedeniyle kesin teminatın irat kaydedildiği ve yasaklama işleminin bu karar neticesinde iptal edildiğinden, kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin dayanaksız kalması nedeniyle bu işlemde de hukuka uygunluk bulunmadığı

gerekçesiyle Mahkeme'nin 29.07.2008 tarih ve E:2005/1196, K:2008/1504 sayılı kararında ısrar edilerek,dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idareler tarafından temyiz edilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 18.06.2014 tarih ve E:2012/2420, K:2014/2714 sayılı kararıyla, yasaklama kararına ilişkin olarak davada süre aşımı bulunmadığından, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 18.05.2012 tarih ve E:2011/252, K:2012/1757 sayılı kararının bu husus yönünden ısrara ilişkin kısmının onanmasına ve dosyanın işin esası hakkında karar verecek olan Danıştay Onüçüncü Dairesi'ne gönderilmesine karar verildiği, bu kararın düzeltilmesi isteminin 05.11.2015 tarih ve E:2014/5259, K:2015/3946 sayılı kararıyla reddine karar verildiği anlaşıldığından, esasın incelenmesine geçildi.

Davacının, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi gereğince bir yıl süre ile kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına yönelik işlem incelendiğinde;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi" başlıklı 20. maddesinde, "Aşağıda belirtilen hâllerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25'inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hâllerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir."; "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25. maddesinde, "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: ...

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme

hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek..."; "İhalelere Katılmaktan Yasaklama" başlıklı 26. maddesinde de, "25'inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanun'un 2'nci ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir." hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı ile davalı idare arasında "X1"ne ilişkin olarak "istisna akdi" düzenlendiği, bu sözleşme ile sürenin 90 gün olarak belirlendiği ve yer tesliminin 19.08.2004 tarihinde yapıldığı, sözleşme eki olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 40. maddesi gereğince her ay yapılan işlerin bedelinin hesaplanarak hak ediş tanzimi ve hak edişin onayını müteakip 15 gün içerisinde bedelin davacıya ödenmesinin öngörüldüğü, sözleşme konusunun inşaat, elektrik ve makina tesisatı işlerini kapsayan genel bir onarım işi olduğu, sözleşme konusu işin süresinde tamamlanmadığı gerekçesiyle 23.12.2004 tarihinde idarece tek taraflı olarak feshedildiği ve teminat mektubunun irat kaydedildiği, davacının talebiyle Ankara 8. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/133 D.İş sayılı dosyasında yapılan tespit sonunda tanzim edilen bilirkişi raporuna göre, davacının yaptığı iş karşılığınının KDV hariç 110.584.510.056-TL olarak hesaplandığı, davacı şirkete sadece 30.586.439.760-TL ödemede bulunduğu, Ankara 25. Noterliği'nin 25.05.2005 tarihli ve 19725 sayılı ihtarnamesi ile alacağın ödenmesinin davalıya ihtar edildiği hâlde alacağın ödenmediği, öte yandan, davacı şirketin, 4735 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılan sözleşmeye uygun olarak edimini ifa etmemesi nedeniyle aynı Kanun'un 26. maddesine göre tüm kamu ihalelerinden bir yıl süreyle

yasaklanmasına karar verildiği, bunun üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Temyize konu Mahkeme kararına esas alınan Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 03.07.2007 tarih ve E:2005/464, K:2007/231 sayılı kararının davalı SGK Başkanlığı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin 19.11.2008 tarih ve E:2007/6036, K:2008/6898 sayılı kararıyla bozulduğu, söz konusu kararda, "akdin feshinde tarafların ortak kusurlu bulduklarının anlaşıldığı" gerekçesine yer verildiği, İdare Mahkemesi'nce anılan yargı kararı ile ortaya çıkan yeni hukukî durum dikkate alınarak bakılan dava ile ilgili olarak yeniden karar verilmesi ve ayrıca aktarılan mevzuathükümleri kapsamında, yasaklama işlemine konu fiillerin değerlendirilmesi suretiyle uyuşmazlığın karara bağlanması gerekirken, yalnızca Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen karar esas alınarak verilen İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem yönünden incelendiğinde;

Davacı şirket ile SSK Başkanlığı Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü arasında imzalanan Yapım İşlerine Ait Sözleşme'nin, "Taahhüdün Yerine Getirilmemesi" başlıklı 26. maddesinde, "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi hâllerinde, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı hâlin devam etmesi durumunda, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmü yer almıştır.

Sözleşme aşamasına kadar idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idarî yargı mercilerince, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise özel hukuk hükümlerine göre adlî yargı mercilerince çözümlenmesi gerekmekte, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile

sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idarî işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların da idarî yargı mercilerince çözümlenmesi gerekmektedir.

Olayda, 23.12.2004 tarih ve 3617 sayılı işlem ile, ihaleye ait sözleşmenin 26. maddesi ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca sözleşmenin feshi ile kesin teminatın irat kaydına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalenin sonucunda davacı ile davalı idare arasında imzalanan ve tarafların serbest iradelerine dayanan özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki sözleşme hükümlerinden kaynaklanan, dolayısıyla sözleşmenin uygulanmasından doğduğu anlaşılan, davacı şirketin ihalelerden yasaklanmasına ilişkin işlemde kaynaklanmayan kesin teminatın irat kaydedilmesine dair dava konusu uyuşmazlığın görevli adlî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği; öte yandan, Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 03.07.2007 tarih ve E:2005/464, K:2007/231 sayılı kararında, davacının teminat mektubu alacağı ile ilgili davasının reddine karar verildiği, kararın bu kısım yönünden temyiz edilmediği dikkate alındığında; davanın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi uyarınca görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esası incelenerek verilen İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz istemlerinin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 18.05.2012 tarih ve E:2011/252, K:2012/1757 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, 17.04.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.