

İstisna ihalelerde kapsamında ihalenin sözleşme sürecine ilişkin yasaklama kararı alınması

DANIŞTAY – 13. DAİRE E. 2013/1279 K. 2013/2292

TÜRK MİLLETİ ADINA Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosyanın tekemmül ettiği görüldükten sonra yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin, işin gereği görüldü: KARAR : Dava; ... Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/g maddesi kapsamında açık ihale usulü ile 11.07.2008 tarihinde yapılan "El Bilgisayarı (GPRS) ile Endeks Okuma Hizmet Alımı" ihalesi uhdesinde kalan davacı şirketin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25/c ve 26.maddeleri uyarınca iki yıl süreyle tüm ihalelerden yasaklanmasına ilişkin 31.01.2012 tarihli İl Müdürlüğü Olur'u ile tesis edilen ve 10.02.2012 tarih ve 28200 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; Tedaş Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu tarafından düzenlenen 14.10.2011 tarih ve 53 sayılı rapor, davacı şirket yetkilileri hakkında düzenlenen iddianame, Manisa 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/354 esas sayılı dosyasına sunulan bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davacı şirketin şartnamelerde belirtilen nitelikleri taşımayan binek araçları, minibüsü veya motosikletleri kullanarak ve şartnamede belirtilen PC istasyonlarının bir kısmını kiralamayarak, işin yaklaşık maliyet tutarının hesaplanmasında esas alınan söz konusu gider kalemlerine yönelik daha düşük tutarlı harcama yaparak veya

hiç harcama yapmayarak, bu suretle haksız şekilde gelir temin ettiği ve zenginleştiği, şartnamede istenilen sayıda endeksörü temin etmediği ve personeli istihdam etmediği yönündeki eylemlerinin sabit olduğu ve bu eylemlerin 4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinde belirtilen "Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak" kapsamında kaldığı sonuç ve kanaatine varılarak, dava konusu yasaklama kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Kanunun amacının, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiş; "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, bu maddede sayılan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği açıklanmış ve maddenin (b) bendinde, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri; (d) bendinde de, (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler kapsama dahil edilmiş; öte yandan, anılan Kanun'un "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin (g) bendinde ise, 2'nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli 6.629.154 (altı milyon altı yüz yirmi dokuz bin yüz elli dört) Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç

olmak üzere bu Kanun'a tabi olmadıkları kurala bağlanmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olduğu; 2. maddesinde ise, bu Kanun'un, Kamu İhale Kanunu'na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiştir; "Yasak Fiil ve Davranışlar" başlıklı 25. maddesinin (c) bendinde, sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak yasaklanmıştır; "İhalelere Katılmaktan Yasaklama" başlıklı 26. maddesinde ise, 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 dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, katılma yasaklarının, 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 verileceği kural altına alınmıştır. Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan "İstisna" kapsamında yapılan ihalelerin kural olarak 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı, ancak bu madde kapsamında yürütülen ihalelerde de, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son cümlesinde belirtilen "ceza ve ihalelerden yasaklama hariç" ifadesinden hareketle, sözleşmenin imzalanmasından önceki ihale aşamasında 4734 sayılı Kanun'da öngörülen ceza ve ihalelerden yasaklama hükümlerinin uygulanacağı; ancak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Amaç" ve "Kapsam" maddelerine bakıldığında, bu Kanun'un münhasıran "Kamu İhale Kanunu'na tabi kurum ve

kuruluşlar tarafından, söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri" kapsadığının belirtilmesi karşısında, 4734 sayılı Kanun'un 3/g maddesi kapsamında yapılan bir ihale sonucu imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'a tabi olmayacağı, ayrıca yukarıda hükmüne yer verilen 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin son cümlesinde belirtilen ifadeye de yer verilmediğinden, sözleşmenin imzalanmasından sonra, işin yürütümü sırasında yasaklanan fiil ve davranışların işlendiğinin anlaşılması halinde, 4735 sayılı Kanun'a göre yasaklama işlemi tesis edilemeyeceği anlaşılmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik İlkesi" başlıklı 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ise ancak kanunla belirlenebileceği kurala bağlanmıştır. Belirli normların sadece kanunlarla düzenlenebileceğini öngören kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir eyleme yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulamaması gerekmektedir. Diğer taraftan, 11.11.2009 tarih ve 27403 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü ve Bağlı Dağıtım Şirketlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik'in 98. maddesinde, yasak fiil ve davranışların neler olduğu sayılmış; 99. maddesinde, yasak fiil ve davranışlarda bulunanların bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklanacağı düzenlenmiş; "Yönetmelikte hüküm bulunmayan hususlar" başlıklı 107. maddesinde ise, bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu

İhale Sözleşmeleri Kanunu, KİK Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, KİK Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Kamu İhale Kurumunca ihale ve satın alma konularında yayımlanan ilgili mevzuatın uygulanacağı kural altına alınmıştır. Bakılan uyuşmazlıkta, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/g maddesi kapsamında açık ihale usulü ile 11.07.2008 tarihinde yapılan "El Bilgisayarı (GPRS) ile Endeks Okuma Hizmet Alımı" ihalesinin davacı şirket uhdesinde kalmasından sonra, 19.08.2008 tarihinde taraflar arasında sözleşme imzalandığı; davacı şirketin, sözleşme kapsamında yapması gereken işleri gerektiği gibi yapmadığı ve birtakım usulsüzlükler bulunduğu yönünde yapılan şikayetler üzerine, konuya ilişkin yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen Teftiş Kurulu raporu uyarınca, 4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinin ihlali nedeniyle aynı Kanun'un 26 maddesi uyarınca yasaklama işlemi tesis edildiği görülmektedir.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 3/g maddesi kapsamında yapılan ve uyuşmazlığa konu yasaklama işleminin tesis edildiği ihaleyle ilgili olarak, ihale aşamasında davacı şirketin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu yönünde herhangi bir tespit 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; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca da, yukarıda adı geçen Yönetmelikte yer alan atıflar nedeniyle idari yaptırımın kanuniliği ilkesinin sağlandığının kabulüne imkân bulunmadığından, 4735 sayılı Kanun'da açıkça çerçevesi çizilen kapsamın dışında kalan ihale sonrası imzalanan sözleşmedeki taahhütlere aykırı edim nedeniyle yasaklama işlemi tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğu dikkate alındığında, davaya konu edilen yasaklama işleminde hukuka uygunluk ve davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.