

İstisna Kapsamındaki İhaleler, -İhalelere Katılmaktan Yasaklama,

T.C.

D A N I Ş T A Y

Onüçüncü Daire

Esas No : 2016/2046

Karar No : 2016/4369

Anahtar Kelimeler :-İstisna Kapsamındaki İhaleler,

-İhalelere Katılmaktan Yasaklama,

-4735 Sayılı Kanun,

-Atıf,

-Yasak Fiil veya Davranışlar

Özeti : 4734 sayılı Kanunda 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 Kanuna atıf yapılması durumunda, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanunda sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Savunma Bakanlığı

Vekili : Hukuk müşaviri ...

Karşı Taraf (Davacılar) : 1- ... 2- ... Makina Yedek Parça

İnşaat Turizm Sanayi ve Dış Ticaret Ltd. Şti.

Vekilleri : Av. ..., Av. ..., Av. ...

İstem Özetini : 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 Metin Hakan ATİLA'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, Milli Savunma Bakanlığı tarafından 2013/130085 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 28.04.2015 tarih ve 29340 sayılı Resmî

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 2013/130085 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 Şehadetnamesi"nin 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
işlemlerle 4735 sayılı Kamu İhale 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
kamu 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 ağısından ceza ve yasaklama

hükümlerinin de esas ve usule ilişkin kurallar olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki

ihalelere özđü yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararlarında ya da ilgili

kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin

esas ve usul hükümleri ağısından 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 değişikliği"ne 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 22.10.2013 tarihinde yapılan 2013/130085 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

işleme

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 Resmî 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 hususlarda 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 bozulmasına, 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.