

**Yapım İŒi ihalesinde sözleşmeye aykırı davranıldığından bahisle A.Œ. ile bu Œirketin %50'den fazla hissesine sahip ortağı diğer Œirketin yasaklanması nedeniyle A.Œ'nin davacı Œirketin hisselerinin %50'den fazlasına sahip olması nedeniyle davacı Œirketin de 1 yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanamaz**

T.C.

D A N I Œ T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2014/4423

Karar No:2020/3602

TEMYİZ EDEN (DAVACI): ... A.O.

VEKİLİ: Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI): ... Bakanlığı

VEKİLİ: ...

İSTEMİN\_KONUSU: ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ:

Dava konusu istem: ... A.Ş. İle ... A.Ş. arasında imzalanan ... tarih ve ... referanslı sözleşme kapsamında yapılması öngörülen "380 kV'lık İsdemir 380 TM-Hatay 380 TM Elektrik İletim Hattının Yapım İşi"nde, sözleşmeye aykırı davranıldığından bahisle ... A.Ş. ile bu şirketin %50'den fazla hissesine sahip ortağı ... A.Ş.'nin yasaklanması nedeniyle ... A.Ş.'nin davacı şirketin hisselerinin %50'den fazlasına sahip olması nedeniyle davacı şirketin de bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 14/09/2013 tarih ve 28765 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce; 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca hakkında yasaklama kararı verilen gerçek kişi ile bu kişilerin şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde o şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketine ortak olmaları hâlinde ise ancak şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları koşulu ile sermaye şirketi hakkında yasaklama kararı verileceği, haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre, ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verileceği, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan ... A.Ş.'nin %61 oranında hissesine ... A.Ş.'nin sahip olduğu, davacı

şirketin hisselerinin de %62 oranında ... A.Ş.'ne ait olduğu, dolayısıyla ... A.Ş.'nin %50 oranından fazla hissesine sahip olması nedeniyle yasaklanan ... A.Ş.'nin de davacı şirketin yarısından fazla hissesine sahip olduğundan davacı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca bir yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

**TEMYİZ EDENİN İDDİALARI:** Davacı tarafından, yasaklama zincirinin sınırsız bir şekilde uzadığı, yasaklama halkasının ... A.Ş.'nde kesilmesi gerektiği, hukukî güvenlik ilkesinin ihlâl edildiği ileri sürülmektedir.

**KARŞI TARAFIN SAVUNMASI:** Davalı idare tarafından, usul ve yasaya uygun olan Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmuştur.

**DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ:** Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

## **TÜRK MİLLETİ ADINA**

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

**İNCELEME VE GEREKÇE:**

**MADDİ OLAY :**

... A.Ş. ile ... A.Ş. arasında enerji iletim hattı yapım işi ihalesine ilişkin olarak sözleşme imzalanmıştır. ... A.Ş. tarafından taahhüdün sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediğinden bahisle, anılan şirketle, bu şirketin

hisselerinin yarısından fazlasına sahip olan ... A.Ş. ve ... A.Ş.'nin hisselerinin yarısından fazlasına sahip davacı ... A.0.'nın bir yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına karar verilmiştir.

Bunun üzerine ... A.0. tarafından kendisine ilişkin yasaklama kararının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

#### İLGİLİ MEVZUAT:

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

1. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihaledokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihaledokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,
2. 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" kuralı yer almıştır.

Aynı Kanun'un işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrasında, 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere

iki yıla kadar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dâhil 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; 2. fıkrasında, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı hakkında; sermaye şirketi olması hâlinde ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verileceği kurala bağlanmıştır.

4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde ise, "Yasaklananların başka bir yöntem izleyerek dolaylı olarak kamu ihalelerine teklif vermesini önlemek üzere, haklarında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin ortağı buldukları şirketler veya ortaklarına da sermaye veya şahıs şirketi ayrımı yapılarak aynı müeyyidenin uygulanacağı hükme bağlanmıştır." açıklamalarına yer verilmiştir.

#### HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan mevzuat hükümleri ve madde gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden; 26. maddenin birinci fıkrası uyarınca, 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama kararı verileceği; haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verileceği; haklarında yasaklama kararı verilen gerçek ve tüzel kişilerin bir şahıs

şirketinde ortak olması hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olması hâlinde ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olunması kaydıyla, bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 4735 sayılı Kanun'un 26. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasaklanan tüzel kişilerin ortaklarının hangi durumda yasaklanacağı düzenlenirken; ikinci cümlesinde ise, birinci fıkra uyarınca yasaklanan gerçek ve tüzel kişilerin ortak oldukları tüzel kişilerin hangi durumda yasaklanacağı düzenlenmektedir. 26. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasaklanacak şirket yönünden esas alınacak şirket, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan, yani diğer şirketler hakkında yasaklama işleminin başlamasına sebebiyet veren şirkettir. Bu nedenle, 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi yönünden, sadece Kanun'un birinci fıkrasına göre yasaklanan şirket esas alınacaktır. Bu şekilde yasaklama zincirinin sınırsız bir şekilde uzaması önlenmiş olup, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan tüzel kişi ve ortakları yanında, bu gerçek ve tüzel kişinin kendisinin ortak olduğu diğer tüzel kişiler aracılığıyla dolaylı olarak ihalelere katılması engellenmiş olacaktır.

Dosyanın incelenmesinden, ... A.Ş. ile ... A.Ş. arasında enerji iletim hattı yapım işi ihalesine ilişkin olarak 22/10/2010 tarihinde sözleşme imzalandığı, ... A.Ş. tarafından taahhüdün sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediğinden bahisle, anılan şirketle, bu şirketin hisselerinin yarısından fazlasına sahip olan ... A.Ş. ve ... A.Ş.'nin hisselerinin yarısından fazlasına sahip davacı şirketin yasaklandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin, ... A.Ş.'nin %50'den fazla hissesine sahip olduğundan bahisle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin

işlemede hukuka uygunluk, davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
4. 2577 sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesi uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 10/12/2020 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X)

## KARŞI OY

4735 sayılı Kanun'un 26. maddenin birinci fıkrasında, 25. maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama kararı verileceği belirtilmiş; 26. maddesinin ikinci fıkrasında ise, tüzel kişiler hakkında verilen yasaklama kararlarının şirket ortakları hakkında da yasaklama kararı verilmesini gerektirdiği hâller ile gerçek kişiler hakkında verilen yasaklama kararlarının bu kişilerin ortağı oldukları şirketler hakkında yasaklama kararı verilmesini gerektiren hâller kurala bağlanmıştır.

26. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, birinci fıkraya göre hakkında yasaklama kararı verilenin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişinin şahıs şirketi olması hâlinde şirket ortaklarının tamamı

hakkında, sermaye şirketi olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verileceği; 26. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca ise, haklarında yasaklama kararı verilenin başka bir şirkette ortak olması durumunda, bir şahıs şirketinde ortak olması hâlinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olması hâlinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olması kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği; cümlenin başında yer alan “Haklarında yasaklama karar verilenlerin” ibaresinden, sadece birinci fıkra uyarınca hakkında yasaklama kararı verilenin değil, birinci fıkra uyarınca hakkında yasaklama kararı verilenle birlikte ikinci fıkranın birinci cümlesi uyarınca yasaklananın da anlaşılacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu suretle kanun koyucu, yasaklananların başka bir yöntem izleyerek “dolaylı olarak” kamu ihalelerine teklif vermesini önlemeyi amaçlamıştır.

Başka bir anlatımla, 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 25. maddesiyle yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunduğu için haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişinin sermaye şirketi olması hâlinde, bu sermaye şirketi ile birlikte sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında “doğrudan” yasaklama kararı verilmektedir. Haklarında doğrudan yasaklama kararı verilen sermaye şirketi ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip gerçek veya tüzel kişi ortakların, “dolaylı olarak” kamu ihalelerine teklif vermesini önlemek için ise, bunların sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verilmesi gerekmektedir.

Böylelikle kanun koyucu, yasak fiil ve davranışta bulunduğu için yasaklanan sermaye şirketi ile birlikte hâkim durumdaki



ortağının, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu başka bir sermaye şirketi aracılığıyla kamu ihalelerine teklif vermesini önlemeyi amaçlamıştır. Özellikle, yasak fiil ve davranışta bulunan sermaye şirketinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu için yasaklanan hâkim ortak açısından aksi bir uygulamanın kabulü, yasaklı olduğu hâlde hâkim durumda olduğu diğer şirketler üzerinden kamu ihalelerine katılmaya devam etmesi sonucunu doğuracaktır. Hâkim ortak ister gerçek kişi olsun isterse tüzel kişi sermaye şirketi olsun bu sonuç değişmeyecektir.

Oysa hâkim ortak, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu, temsil ve yönetiminden sorumlu bulunduğu sermaye şirketinin yasak fiil ve davranışından esasen sorumlu kabul edildiği için yasaklanmaktadır. Yasaklı hâkim ortağın, sermayesinin yarısından fazla hissesine sahip olduğu, temsil ve yönetiminden sorumlu olduğu diğer şirketler üzerinden kamu ihalelerine katılmaya devam etmesi, hâkim ortak hakkında alınan yasaklama kararının etkisiz hâle gelmesine sebep olacağından bu durumun kanunun amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Dolayısıyla, 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre haklarında yasaklama kararı verilecek olanları, yasak fiil ve davranışta bulunan sermaye şirketi açısından bu şirketin yarısından fazla hissesine sahip olduğu başka sermaye şirketi varsa bu sermaye şirketi ile sınırlı tutmak; yasak fiil ve davranışta bulunan sermaye şirketinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulunan hâkim ortak yönünden ise sadece hâkim ortağın yasaklanması ile yetinmek; buna karşılık yasaklı hâkim ortağın, hâkim durumda bulunduğu diğer şirketler üzerinden kamu ihalelerine katılmaya devam edebileceğinin kabulü Kanunun amacına uygun değildir.

Bu itibarla, yasak fiil ve davranışta bulunduğu için yasaklanan ... A.Ş.'nin sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulunan ... A.Ş.'nin "dolaylı olarak" kamu ihalelerine katılmasını önlemek amacıyla, sermayesinin yarısından

fazlasına sahip olduğu, temsil ve yönetiminden sorumlu bulunduğu davacı şirketin yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.