

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa dayanılarak yasaklama işlemi tesis edilebilmesi için sözleşmenin mücbir sebep hâli olmadan ifa edilmemesi gerektiği sözleşmenin mücbir sebepten kaynaklı olarak ifa edilemediği ispat edilebiliyorsa bu madde hükmüne dayanılarak yasaklama işlemi tesis edilemeyeceği sonucuna varılmış olup idare tarafından Mahkeme dosyasında, davacı şirketin sözleşmeyi süresinde ifa etmediğinden bahisle kurum zararı olarak gösterilen

gecikme cezasından kaynaklı
*TL'nin *tarihinden itibaren
işleyecek yasal faizi ile
birlikte tahsilinin talep
edildiği Mahkeme kararında
davacı idarenin sözleşme
feshinin haksız olduğu ve
işin gecikmesinde davalı
şirketin kusurunun
bulunmadığından cezaî şart
talep edilemeyeceği
gerekçesiyle davanın reddine
karar verildiği, söz konusu
Mahkeme kararının Yargıtay
kararıyla karar düzeltme yolu
kapalı olmak üzere onandığı
karar

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) :1-F1 Müh. İnş. Elek Taah. San. ve
Tic. Ltd. Şti.

2-K1

VEKİLİ:Av. K2

KARŞI TARAF (DAVALILAR) :1-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

VEKİLİ :Av. K3

2-Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü

VEKİLİ :I. Hukuk Müşaviri Av. K4

İSTEMİN KONUSU :Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 27/03/2014 tarih ve E:2013/695, K:2014/287 **sayılı** kararının intemiyazen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem:Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü'nce 26/09/2011 tarihinde gerçekleştirilen "X1" **ihale**si üzerinde bırakılan ve 20/10/2011 tarihinde sözleşme imzalanan davacı şirketin taahhüdünü yerine getirmediğinden bahisle davacı şirket ile birlikte şirket ortağı K1'in 1 (bir) yıl süre ile **ihale**lere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 22/03/2013 tarih ve 28595 **sayılı** Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirketin taahhütlerini belirlenen süre olan 150 gün içerisinde yerine getirmediği, daha sonra eksikliklerin giderilmesi için verilen ilave ek süreler içerisinde de eksiklikleri tamamlamadığı, sonuç olarak sözleşme konusu işi, süresinde ve taahhüdüne uygun olarak yerine getirmediği anlaşıldığından **4735 sayılı** Kanun'un 26. maddesi hükmü uyarınca 1 (bir) yıl süreyle bütün **kamu** kurum ve kuruluş **ihale**lerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacı şirket ortağı K1 yönünden ise, dava konusu Bakanlık olur işleminde herhangi bir yaptırıma yer verilmediği, sehven

Resmî Gazete ilânında ismine yer verildiği, gerek Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü'nün yasaklamayla ilgili Hukuk Müşavirliğinden görüş talep ettiği yazılarında, gerekse Bakanlık onayına sunulan dava konusu yazısında sadece davacı şirkete yer verildiği, davacı K1'in adının ise yer almadığı anlaşıldığından, hakkında hüküm tesis edilmek suretiyle herhangi bir yasaklama kararı verilmediği ve dolayısıyla hukuk alanında sonuç doğuran kesin ve yürütülebilir bir idari işlem den söz edilemeyeceği görülen davanın bu kısmının esasını inceleme olanağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem davacı şirket yönünden hukuka uygun bulunarak davanın reddine, davacı şirket ortağı K1 yönünden ise davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :Davacılar tarafından,adli yargı Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde haklılıklarının ortaya konulduğu, idarenin kendi iç işleyişinden kaynaklı gecikmelerin yaşandığı, Resmî Gazete'de yapılan bir ilânın hukuk alanında sonuç doğurduğu, yasaklılık sorgulamalarının Resmî Gazete'den yapılacağı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :Davalı idareler tarafından,usul ve yasaya uygun olan Mahkeme kararının onanması gerektiğisavunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K5'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 :

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü'nce 26/09/2011 tarihinde "X1" ihalesi gerçekleştirilmiştir.

İhale üzerinde bırakılan ve 20/10/2011 tarihinde sözleşme imzalanan davacı şirketin taahhüdünü yerine getirmediğinden bahisle davacı şirket ve ortağı K1 hakkında 1 (bir) yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin karar 22/03/2013 tarih ve 28595 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bunun üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT

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 on 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:

Aynı Kanun'un işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan

“İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrasında, 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları 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 bulunulan 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.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan mevzuat hükümlerinin irdelenmesinden; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 25/f maddesine dayanılarak yasaklama işlemi tesis edilebilmesi için, sözleşmenin mücbir sebep hâli olmadan ifa edilmemesi gerektiği, diğer bir anlatımla, sözleşmenin mücbir sebepten kaynaklı olarak ifa edilemediği ispat edilebiliyorsa, bu madde hükmüne dayanılarak yasaklama işlemi tesis edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Davalı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü tarafından, Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin E:2014/861 sayılı dosyasında, davacı şirketin sözleşmeyi süresinde ifa etmediğinden bahisle kurum zararı olarak gösterilen gecikme cezasından kaynaklı 8.400,00-TL’nin 27/03/2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsilinin talep edildiği, Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 07/04/2015 tarih ve E:2014/861

K:2015/161 sayılı kararında davacı idarenin sözleşme feshinin haksız olduğu ve işin gecikmesinde davalı şirketin kusurunun bulunmadığından cezaî şart talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği, söz konusu Mahkeme kararının, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 30/05/2016 tarih ve E:2015/4227, K:2016/3031 sayılı kararıyla karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere onandığı görülmüştür.

Bu durumda, idarenin sözleşme feshinde haksız olduğu Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 07/04/2015 tarih ve E:2014/861 K:2015/161 sayılı kararında tespit edildiği ve söz konusu Mahkeme kararının temyiz kanun yolundan geçerek kesinleştiğinden, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25/f maddesine dayanılarak yasaklama işlemi tesis edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, davacı şirketin kamu ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın bu kısmının reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan davacı şirket ortağı K1 hakkında yapılan incelemede ise:

Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kurala bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinde: "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" idari dava türü olarak sayılmış, aynı Kanunun 14. maddesinde ise dava dilekçesinin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği belirtilmiştir.

İdari işlemler, idarî makamların, kamu gücü kullanarak, idare

işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran, muhataplarının hukukî durumlarında değişiklik yapan tek yanlı irade açıklamalarıdır. Buna göre, idari işlemlerin “idari makamlarca tesis edilmiş olma”, “tek yanlı olma” ve “icrailik niteliğini taşıma” unsurlarını bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bir işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığının, işlemin ismine veya idarenin isimlendirmesine bakılarak değil, işlemin içeriğine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir.

Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem sayılabilmesi; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli idarî usulün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına, bir başka idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine bağlı bulunmaktadır. İlgililerin hukuki durumları üzerinde etki yaparak, ilgililer için yeni hukuki durumlar doğuran, ilgililerin mevcut hukuki durumlarını değiştiren veya ortadan kaldıran işlemler, icrai nitelik taşıyan işlemlerdir. İdarenin belirli konulardaki görüşlerini açıkladığı işlemlerde olduğu gibi, muhataplarının hukuki durumları üzerinde etkide bulunmayan işlemler ise, icrai işlemler değildir.

Dava konusu işlemin K1’in yasaklanan şirketin % 50 ortağı olarak **kamu ihale**lerine katılmaktan yasaklılığının ilân edilmesinin, bu ölçütler kapsamında 2577 **sayılı** İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14/3-d maddesinde belirtilen idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Davacı şirketin %50 ortağı olan K1’in isminin 22/03/2013 tarih ve 28595 **sayılı** Resmî Gazete’de ilân edilmesiyle üçüncü kişiler nezdinde **kamu ihale**lerine katılmaktan yasaklı olduğu şeklinde anlaşılabileceği açık olduğundan söz konusu işlemin, davacının hukuki durumu üzerinde etki yaparak, davacı yönünden yeni hukuki durumlar doğuran, mevcut hukuki durumunu değiştiren bir nitelik taşıdığı açıktır.

Bu itibarla, dava konusu işlemin K1'a ilişkin kısmı, davacı açısından hukukî sonuç doğuran bir işlem niteliğinde olduğundan, aksi kabulün davacının hukuki durumunu bir şekilde etkileyen idari işlemin yargı denetime tabi tutulmaması anlamına geleceğinden bu durumun hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamayacağı açıktır.

Bu durumda, davacı şahsın ortağı olduğu şirketin yasaklanmaya ilişkin karar hususundaki hukuki değerlendirme de dikkate alınarak diğer davacı K1 hakkında ilân edilen yasaklama işleminin esasının değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, dava konusu istemin bu kısmının da esasının incelenmesi suretiyle bir hüküm kurulması gereken davanın incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bu kısmında da hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1.Davacılarının temyiz isteminin kabulüne;

2.2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 27/03/2014 tarih ve E:2013/695, K:2014/287 sayılı kararının **BOZULMASINA**,

3.Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

4.Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 14/10/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

15. Hukuk Dairesi

2015/4227 E. , 2016/3031 K.

"İçtihat Metni"

Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle **sözleşmede** kararlaştırılan ifaya ekli ceza olup fesih halinde dahi istenebileceğine dair hüküm bulunmaması ve davacı iş sahibince **sözleşmenin** 28.03.2013 tarihinde feshedilmiş olmasına göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 1,50 TL temyiz ilâm harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 30.05.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.