

**ihale yasaklamasına karşı
açılan davada kısmen
yasaklaması kaldırılan
isteklinin ihalelere
katılması(Danıştay K)**

**ihale yasaklamasına karşı
açılan davada kısmen
yasaklaması kaldırılan
isteklinin ihalelere
katılması**

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
K.

2022/462 E. , 2023/903

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/462

Karar No:2023/903

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Bakanlığı

VEKİLLERİ : ...

KARŞI TARAF (DAVACILAR) : 1. ... Teknoloji Mühendislik Elektrik
Ticaret Ltd. Şti.

2. ...

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Iğdır İl Sağlık Müdürlüğü'nce 03/04/2020 tarihinde gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Sağlık Tesislerinin 2 Yıllık Jenaratör, Kompanzasyon Panosu, Paratoner ve Trafo Bakım Onarım İşİ" ihalesine katılan davacı şirketin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmasına rağmen anılan ihaleye teklif sunduğundan bahisle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca, davacı şirket ile söz konusu şirketin hisselerinin yarıdan fazlasına sahip ortağı olan diğer davacı ...'ın 1 (bir) yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına ilişkin 13/05/2020 tarih ve 31126 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararda; dava konusu işlemin Adalet Bakanlığı Dinar T Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nce 12/02/2019 tarihinde gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Elektronik Güvenlik Sistemleri Yedek Parça Dahil Bakım ve Onarım İşİ" ihalesi uhdesinde kalan dava dışı ... Elektrik İnşaat Turizm Ticaret Ltd. Şti. ve onun yarıdan fazla hissesine sahip ortağı davacı ... ile davacı ... 'ın yarıdan fazla hissesine sahip olduğu davacı şirketin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. ve 26. maddeleri uyarınca iki (2) yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklı olmasına rağmen davaya konu ihaleye teklif sunması nedeniyle tesis edildiği, dava konusu işleme dayanak teşkil eden işlemin ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve Y.D.İtiraz No:... sayılı kararı ile yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği görüldüğünden, dayanak işlemin hukuka aykırılığının sabit

olması nedeniyle dava konusu işlemden hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdarî Dava Dairesince; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davalı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, ihale tarihi itibarıyla yasaklı olduğu hâlde ihaleye teklif sunan firma ile söz konusu firmanın sermayesinin yarıdan fazlasına sahip ortağının 4734 sayılı Kanun uyarınca kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ İHALE DÜŞÜNCESİ

Temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması 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:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Adalet Bakanlığı Dinar T Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nce 12/02/2019 tarihinde gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "Elektronik Güvenlik Sistemleri Yedek Parça Dahil Bakım ve Onarım İşi" ihalesi dava dışı ... Elektrik İnşaat Turizm Tic. Ltd. Şti.'nin uhdesinde kalmış, anılan ihaleye ilişkin sözleşmedeki taahhütlerini mücbir sebep halleri dışında yerine getirmediğinden bahisle dava dışı şirketin 4735 sayılı Kanun'un 25. ve 26. maddeleri uyarınca 2 (iki) yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlem tesis edilerek, söz konusu işlem 27/09/2019 tarih ve 30901 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bunun üzerine, dava dışı firmanın ortakları hakkında da bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları gerektiğinden bahisle, Adalet Bakanlığı'nca söz konusu firmanın yarıdan fazla hissesine sahip ortağı davacı ... ile davacı şirketin ilk yasaklama kararının süresinin sona erdiği 27/09/2021 tarihine kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına karar verilmiş, anılan karar 28/03/2020 tarih ve 31082 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Söz konusu yasaklama kararına rağmen davaya konu 03/04/2020 tarihli ihaleye teklif sunulduğundan bahisle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca, davacı şirket ile davacı şirketin hisselerinin yarıdan fazlasına sahip ortağı olan davacı ...'ın 1 (bir) yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına karar verilmiş ve bu işlem 13/05/2020 tarih ve 31126 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

13/05/2020 tarih ve 31126 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin 1.

fıkrasında, “Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar: a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar. (...)”

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.”; 17. maddesinde, “İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunma yasaktır: (...) e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”; 43. maddesinde, “Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.” kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanunun 58. maddesinin 1. fıkrasında, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği kurala bağlanmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği’nin “Haklarında yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının durumu” başlıklı 28.1.9.1. maddesinde, “4734 sayılı Kanun’un 17. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması sebebiyle aynı Kanun’un 58. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen

şirket ortak veya ortaklarının;

1) Ortağı olduğu şahıs şirketleri,

2) Sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri,

Ortak hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılamayacaktır.(...)"; 28.1.9.4. maddesinde, "Ortakları hakkında yasaklama kararı bulunan şahıs şirketlerinin ihalelere katılması hâlinde, yasaklı ortağın hisse oranına bakılmaksızın 4734 sayılı Kanun'un 11. ve 17. maddeleri gereğince işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Sermaye şirketlerinde ise, hakkında yasaklama kararı bulunan ortağın sermaye şirketinin yarıdan fazla hissesine sahip olması veya haklarında yasaklama kararı bulunan sermaye şirketi ortaklarının hisseleri toplamının şirketin sermayesinin yarısından fazlasını teşkil etmesi hâlinde, ihaleye katılan sermaye şirketi hakkında 4734 sayılı Kanun'un 11. ve 17. maddeleri uyarınca işlemde bulunulacaktır.";

"Teyit İşlemleri" başlıklı 30.5 maddesinin, 30.5.2 sayılı alt maddesinde, "4734 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesinde, sadece ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin, 42'nci maddesinde de sadece ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığının Kurumdan teyit ettirilmesinden söz edilmiş ise de, 11'inci maddede ihalelere katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmamalarının sağlanmasının amaçlandığı dikkate alındığında, ihale tarihi itibarıyla ihaleye katılan tüm isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının sorgulanması ve teyit edilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Bu sebeple:

I – Başvuru veya ihale tarihi itibarıyla tüm aday ve

istekliler için, ihale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce ihale üzerinde kalan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi için, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ise sadece ihale üzerinde kalan istekli için ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve Kurumdan teyit ettirilecektir,

II-Yasaklılık teyidi yapılırken aday ve istekliler ile bunların şahıs şirketi olmaları hâlinde tüm ortakları, sermaye şirketi olmaları hâlinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortakları ve hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortakları ile başvuru veya teklifi ya da sözleşmeyi imzalayan, başka bir ifade ile ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin de ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve Kurumdan teyit ettirilecektir,

III – Bu çerçevede yapılan teyit işlemi sonucunda; (...) c) Aday ve isteklilerin şahıs şirketi olmaları hâlinde ortaklarından herhangi birinin, sermaye şirketi olmaları hâlinde sermayelerinin yarısından fazlasına sahip ortakları veya hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortaklarının veya ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin başvuru veya ihale tarihi itibarıyla yasaklı olduğunun tespit edilmesi hâlinde, yukarıda belirtilen müeyyideler dışında ayrıca 58'inci madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı tesis edilecektir. (...)” açıklamalarına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Dosyanın incelenmesinden, Adalet Bakanlığı Dinar T Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nce 12/02/2019 tarihinde gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “Elektronik Güvenlik Sistemleri Yedek Parça Dahil Bakım ve Onarım İşi” ihalesi kapsamında davacı şirketin, 28/03/2020 tarihinden 27/09/2021 tarihine kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına rağmen

davaya konu 03/04/2020 tarihli ihaleye teklif sunulduğundan bahisle [4734 sayılı Kamu İhale Kanunu](#)’nun 58. maddesi uyarınca davacı şirket ile davacı şirketin hisselerinin yarıdan fazlasına sahip ortağı olan davacı ...’ın 1 (bir) yıl süre ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklandığı, dava konusu işlemin dayanağını teşkil eden 28/03/2019 tarih ve 31082 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılan davada, ... İdare Mahkemesi’nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararıyla dava konusu işlemin davacılara ilişkin kısmının iptaline karar verildiği,

anılan karara yönelik yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi’nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararının, Dairemizin 08/12/2022 tarih ve E:2021/4472, K:2022/4712 sayılı kararıyla, davacılardan ... Teknoloji Mühendislik Elektrik Ticaret Ltd. Şti. açısından gerekçeli olarak onanmasına, ... açısından ise bozulmasına karar verildiği görülmektedir.

Temyizi istenen Mahkeme kararında, aktarılan yargısal sürece değinilerek dava konusu işlemin dayanağını oluşturan işlemin hukuka aykırılığının sabit olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmakta ise de, Dairemizin anılan kararıyla davacılardan ... açısından dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına karar verildiğinden yeni oluşan hukuki duruma göre bir karar verilmesi gerektiği açıktır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 58. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği’nin 30.5. maddesi göz önüne alındığında, oluşan bu yeni hukuki duruma göre dava konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığının incelenerek yeniden bir karar verilmek üzere temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir.

KARAR [İHALE SONUCU](#) :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline

ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 01/03/2023 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.



ihâl

e