il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelere ilişkin olarak ise İçişleri Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır

Toplantı No	: 2020/035
Gündem No	: 81
Karar Tarihi	: 12.08.2020
Karar No	: 2020/MK-206

BAŞVURU SAHİBİ:
Mega – Tes Enerji Elektrik Mak. İnş. Taah. Taşm. Proje Bilg. Sis. San. Ve Tic. Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Satınalma Dairesi Başkanlığı

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2012/90116 İhale Kayıt Numaralı "Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Bandırma Bor Ve Asit Fabrikaları İşletme Müdürlüğü İnşaat Bakım Ve Onarım İşleri" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Satınalma Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2012/90116 ihale kayıt numaralı "Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Bandırma Bor Ve Asit Fabrikaları İşletme Müdürlüğü İnşaat Bakım ve Onarım İşleri" ihalesine ilişkin olarak Mega-Tes Enerji Elektrik Makine İnşaat Taahhüt Taşımacılık Proje Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Sti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 30.11.2012 tarihli ve 2012/UH.II-4575 sayılı karar ile "4734 sayılı 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Mega-Tes Enerji Elektrik Makine İnşaat Taahhüt Taşımacılık Proje Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Sti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 08/11/2013 tarih ve E:2012/1813, K:2013/1251 sayılı kararında "davanın reddine." karar verilmiştir.

Davacı tarafından anılan Mahkeme kararına ilişkin yapılan temyiz başvurusu sonucunda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 08.07.2020 tarihli E:2014/1153, K:2020/1821 sayılı kararında "…1- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmı, usul ve hukuka uygun olup, davacı tarafından bu kısım yönünden ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesine ilişkin kısmının incelenmesine gelince;

Ceza Hukuku'nun genel ilkelerinden olan ve idari yaptırımların hukuki rejiminde de uygulanma alanı bulan "Lehe olan kanunun uygulanması" ilkesi gereğince idari yaptırımla ilgili hükümlerde, bu yaptırıma karşı açılan dava sürerken bir değişiklik yapılması durumunda, davada failin lehine olan düzenlemeler uygulanacaktır.

4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hâlinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş, böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılarak bunlar yönünden lehe düzenleme getirilmiştir.

Bu itibarla, 11. maddenin son fıkrasının, sadece idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar hakkında uygulanabileceği açıktır.

Öte yandan, Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacağı yönündeki kuralın yürürlüğü devam ettiğinden, hakkında açılmış bir kamu davası olmasına rağmen ihaleye katılan isteklilerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan değişikliğin, haklarında kamu davası açılan isteklilerin ihale dışı bırakılmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

6359 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucunu doğuran bir "idari yaptırım" niteliğinde olan geçici teminatın irat kaydedilmesinin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği açıktır.

Bu durumda, davacı şirketin, 28/08/2012 tarihinde yapılan ihaleye katılması nedeniyle, ihaleye katılım aşamasında sunmuş olduğu geçici teminat gelir kaydedilemeyeceğinden, geçici teminatın irat kaydedilmesinin uygun bulunmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, bu kısım yönünden davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

3- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemlerinin yapılması gerektiğine ilişkin kısmının incelenmesi;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İkinci Kısım" başlığı altında yer alan ve 18. maddeden 53. maddeye kadar olan bölümü "İhale Süreci", "Üçüncü Kısım" başlığı altında yer alan 53. maddeden 58. maddeye kadar olan bölümü "Kamu İhale Kurumu, Şikâyetlerin İncelenmesi ve Anlaşmazlıkların Çözümü", "Dördüncü Kısım" başlığı altında yer alan ve 58. maddeden 62. maddeye kadar olan bölümü "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" şeklinde düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, "idare", ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar; "ihale", bu Kanun'da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler şeklinde tanımlanmış; 53. maddesinde, bu Kanun'la verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu'nun kurulduğu, Kurum'un bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu, (b) bendinin 1. alt bendinde, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurum'un görev ve yetkilerinden olduğu; 58. maddesinin 1. fıkrasında ise, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği; katılma yasaklarının, ihaleyi yapan 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 kurala bağlanmıştır.

Kanun maddelerinde yer alan kuralların tek başına değil, Kanun'un tümü göz önünde bulundurularak yorumlanması gerekir. Çünkü, bir kuralın anlamı, kuralın kanunda yer aldığı kısım ve bölümler, diğer kurallarla ilişkisi, kanunun sistematiği içerisindeki konumu dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıca, amaçsal yorum yöntemi de, kuralın anlamına, düzenlemenin amacına ya da temel gerekçesine, kanunun çıkarılış nedenine göre yorumlanmasını gerekli kılar.

4734 sayılı Kanun sistematik olarak incelendiğinde, Kamu İhale Kurulu'nun görev ve yetkilerinin Kanun'un üçüncü kısmında düzenlendiği görülmektedir. Kanun'un üçüncü kısmında yer alan 53. maddesinde, "ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece (ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarca) yapılan işlemlerde Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri sonuçlandırmak" ve "haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak" Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama ise, Kanun'un dördüncü kısmında yer alan 58. maddede ayrıca düzenlenmiş, yasaklama kararlarının ihaleyi yapan 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 belirtilerek yasaklamaya yetkili makamlar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde, ihaleye katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderildiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumu'na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği, yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığından ve ihaleyi yapan eğer bir bakanlık değilse ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlıkça, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelere ilişkin olarak ise İçişleri Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca işlem yapılmasını uygun bulmasına ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır…" gerekçesiyle davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmı yönünden davanın reddine ve Mahkeme, Kurul kararının davacının geçici teminatının irat kaydedilmesi ile yasaklama işlemlerinin yapılması yönünden davanın reddine ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 30.11.2012 tarihli ve 2012/UH.II-4575 sayılı kararında yer alan Mega-Tes Enerji Elektrik Makine İnşaat Taahhüt Taşımacılık Proje Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Sti.nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmının sonucu itibariyle hukuken geçerliliğini koruduğuna,

2- Kamu İhale Kurulunun 30.11.2012 tarihli ve 2012/UH.II-4575 sayılı kararında yer alan Mega-Tes Enerji Elektrik Makine İnşaat Taahhüt Taşımacılık Proje Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Sti.nin geçici teminatın irat kaydedilmesinin uygun bulunmasına ilişkin kısmının iptaline, anılan şirkete geçici teminatının iade edilmesinin 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,

3- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Mega-Tes Enerji Elektrik Makine İnşaat Taahhüt Taşımacılık Proje Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Sti.nin iddiasında yer alan haklarında yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin kısmının, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince görev yönünden reddine,

Oybirliği ile karar verildi.