

ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararını tesis eden idarenin aynı olması sebebiyle davacının yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışını gerçekleştirdiği tarihte yasaklama kararını verecek merciin fiilden haberdar olduğu, bununla birlikte davacı tarafından gerçekleştirilen fiil ve davranışın yasaklama gerektirip gerektirmediği konusunda davalı idarede hasıl olan tereddütün giderilmesi amacıyla Kamu İhale Kurumu'na (KİK) görüş

sorulduğu hususu dikkate alındığında, cevabi yazının davalı idare kayıtlarına girdiği 04/08/2020 tarihi esas alınsa dahi, 04/08/2020 tarihi itibariyle yasaklama kararını tesis eden idarenin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışını tespit ettiği anlaşıldığından, anılan tarihten itibaren kırkbeş gün içinde (yani en geç 18/09/2020 tarihinde) idarece yasaklama kararı verilmesi gerekirken, bu süre geçirildikten sonra 09/11/2020 tarihinde tesis edilen dava konusu işleminde

hukuka uygunluk bulunmadığı hk (Danıştay Kararlı)

ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararını tesis eden idarenin aynı olması

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2022/4935 K.**

2021/5195 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/5195

Karar No:2022/4935

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Bakanlığı

VEKİLLERİ : Hukuk Müşaviri Av. ...,

Hukuk Müşaviri Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACILAR) : 1. ...

2. ... Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

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: Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel
Müdürlüğü'nce 29/04/2020 tarihinde açık ihale usulü ile
gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “Aydın Didim Devlet

Hastanesi 75 Yataklı Ek Bina Yapım İşi" ihalesine istekli olarak katılan davacı şirket ve şirketin %50'den fazla sermaye sahibi diğer davacının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) bendinde yer alan yasak fiil ve davranışları gerçekleştirdiğinden bahisle kamu ihalelerine katılmaktan 1 (bir) yıl süre ile yasaklanmasına ilişkin 24/11/2020 tarih ve 31314 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararda; ilgili mevzuat hükümlerinden, kamu ihalelerinde sözleşmede belirlenen hususların uygulanmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla, yasak olan fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin, fiil veya davranışlarının özelliğine göre sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından haklarında maddede belirlenen süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, idareler tarafından verilen yasaklama kararlarının, gecikmeye neden olunmadan işleme konulmasını sağlamak üzere yapılacak işlemler için süre belirlenerek, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihten itibaren en geç kırkbeş gün içinde idarece yasaklama kararı verileceği, verilen bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe gireceğinin anlaşıldığı,

Söz konusu madde ile getirilen kırkbeş günlük sürenin, yasaklama kararı verecek merciin, işi karara bağlamasına yönelik bir süre olup, sürenin başlangıcını saptayabilmek için, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiği, ihalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırımın, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulandığı, burada fiilin işlendiği tarih esas

alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu, ancak, sözleşmeyi uygulayan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkün olduğu, bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacağı, aksi bir uygulamanın, ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararı verecek bakanlığın, teşkilatlanma farklılıkları nedeniyle, iletişimde gecikmeler olacağı göz önüne alındığında, bütün yasaklamalarda bu sürenin aşılması sonucunu beraberinde getireceği,

Olayda, ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararını tesis eden idarenin aynı olması sebebiyle davacının yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışını gerçekleştirdiği tarihte yasaklama kararını verecek merciin fiilden haberdar olduğu, bununla birlikte davacı tarafından gerçekleştirilen fiil ve davranışın yasaklama gerektirip gerektirmediği konusunda davalı idarede hasıl olan tereddütün giderilmesi amacıyla Kamu İhale Kurumu'na (KİK) görüş sorulduğu hususu dikkate alındığında, cevabi yazının davalı idare kayıtlarına girdiği 04/08/2020 tarihi esas alınsa dahi, 04/08/2020 tarihi itibarıyla yasaklama kararını tesis eden idarenin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışını tespit ettiği anlaşıldığından, anılan tarihten itibaren kırkbeş gün içinde (yani en geç 18/09/2020 tarihinde) idarece yasaklama kararı verilmesi gerekirken, bu süre geçirildikten sonra 09/11/2020 tarihinde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

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

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ...Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nce; 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, davacı şirket tarafından sunulan belgelerin fotokopi olduğunun görülmesi üzerine bu durumda nasıl bir yol izleneceği konusunda net bir düzenlemenin olmaması nedeniyle İhale Komisyonu'nca gerekli araştırmaların yapılmaya başlanarak KİK'e görüş sorulduğu, görüş isteme yazısının Genel Müdürlük'çe ihalesi yapılan bütün işler için genel nitelikte istişari mahiyette olduğu, yazıda ne işin adı ne de firma adının geçmediği, KİK tarafından verilen cevabın bütün komisyon üyelerine tebliğ edilmediği, İhale Komisyonu'nun yaptığı toplantılarda nihai olarak mevzuat, Danıştay ve İdare Mahkemesi kararları, KİK tarafından verilen 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı düzenleyici Kurul kararı ve KİK'e 10/07/2020 tarihinde yazılan görüş yazısı ve cevabı dikkate alınarak karar verildiği, KİK tarafından verilen görüşün bir bağlayıcılığı olmadığı, ihale sürecinde gerçekleştirilen idari işlem ve eylemlerin tesisine yönelik nihai değerlendirme yapma yetki ve sorumluluğunun, her somut ihale bakımından ihaleyi yapan idarede bulunduğu, bu bağlamda sadece KİK'ten gelen görüşe göre hareket edilmediği, 23/09/2020 tarihinde alınan İhale Komisyon kararında davacı şirketin yasak fiil ve davranışta bulunduğu görülmesi üzerine alınan 06/11/2020 tarihli Olur ile yasaklama işlemlerinin yapılmasına karar verildiği ve 09/11/2020 tarihli Bakan Oluru ile yasaklama kararı verildiği, dolayısıyla 23/09/2020 tarihi itibarıyla yasaklama kararını tesis eden idarelerinin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışı tespit ettiği ve 45 günlük yasal süre içerisinde işlemleri tamamladığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, davalı idarede oluşan tereddüt nedeniyle söz konusu fiilin yasaklama gerektirip gerektirmediği konusunda 10/07/2020 tarihli yazı

ile KİK'ten görüş sorulduğu, KİK'in 04/08/2020 tarihli cevabi yazısının davalı idarenin kayıtlarına 04/08/2020 tarihinde girdiği, bu durumda işlendiği iddia edilen yasak fiil veya davranışın tespit tarihinin 04/08/2020 olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi ve Kamu İhale Genel Tebliği hükümleri gereğince, yasaklama kararının en geç 18/09/2020 tarihine (18/09/2020 Cuma günü mesai saati bitimi) (tespit tarihinden – 04/08/2020 tarihinden itibaren en geç kırkbeş gün içinde) verilmesi gerektiği, oysa yasaklama kararının 09/11/2020 tarihli Bakan onayı ile verildiği, dolayısıyla tespit tarihi ile yasaklama kararının verildiği tarih arasında kırkbeş günlük sürenin açıkça geçirildiği, 4734 sayılı Kanun'da, elektronik ortamda yani Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak alınmayan (bankadan kağıt olarak alınan) bir geçici teminat mektubunun idarenin talebi üzerine sunulmaması durumunda, mektubu sunmayan istekli hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanacağına ilişkin düzenleme bulunmadığı, dolayısıyla, anılan Yönetmelik hükmü ve düzenleyici Kurul kararının kanuni dayanaktan yoksun olduğu, nitekim kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının yasal dayanağı, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin 10. fıkrasının son cümlesi ile Kamu İhale Kurulu'nun 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı düzenleyici kararın ilgili kısmının Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 09/03/2021 tarih ve E:2020/3648 sayılı kararı ile yürütmesinin durdurulduğu, söz konusu karara karşı yapılan itirazın da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14/06/2021 tarih ve 2021/448 YD İtiraz sayılı kararı ile reddedildiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Bölge İdare Mahkemesi kararının gerekçeli onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü'nce ... ihale kayıt numaralı "Aydın Didim Devlet Hastanesi 75 Yataklı Ek Bina Yapım İşi" ihalesi 29/04/2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilmiş, tekliflerin değerlendirilmesi sürecinde geçerli tekliflerden ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci teklif sahibi olması öngörülen teklif sahiplerinden Yeterlik Bilgileri Tablosunda beyan edilen bilgi ve belgeleri tevsik etmek üzere, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin 21. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak alınmayan belgelerin sunulmuş şekline uygun olarak sunulması kapsamında aynı tarihte EKAP üzerinden davacı şirkete tebliğ edilen Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü'nün ...tarih ve ...sayılı yazısı ile geçici teminat mektubu ve banka referans mektubuna ilişkin bilgilerin uygun olarak 3 (üç) gün içinde (01/07/2020 tarihine kadar) sunulması istenmiştir.

Davacı şirket tarafından 30/06/2020 tarihinde sunulan belgelerin fotokopi olduğunun, sunulmuş şekline uygun olmadığının görülmesi üzerine Genel Müdürlüğün 10/07/2020 tarih ve E.1684 sayılı yazısı ile verilen sürede belgelerin "fotokopi" olarak sunulması halinde nasıl bir yol izleneceğine dair görüş talebi üzerine verilen KİK'in ...tarih ve ...sayılı görüş yazısında "...elektronik ihale yöntemiyle yapılan ihalelerde 1- İdarenin talebi üzerine, ihaleye katılım aşamasında beyan ettikleri bilgi ve belgelerden EKAP veya diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfası üzerinden sorgulananı oyun lora ilişkin tevsik edici belgeleri ve bunların eklerini, belgelerin sunulmuş şekli hükümlerine ayları olarak sunan isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerektiğine, 2- Elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektuplarının

asıllarını idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17 nci maddesi uyarınca istem tesis edilmesi gerektiğine” ifadelerine yer verilmiştir.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü İhale Komisyonu’nun 23/09/2020 tarihli kararıyla davacının teklifi değerlendirme dışı bırakılarak hakkında 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesi uyarınca işlemi tesis edilmesi gerektiğine ve ihalenin dava dışı ...İnş. San. Tic. A.Ş. uhdesinde bırakılmasına karar verilmiş, anılan Genel Müdürlüğün ...tarih ve ...sayılı işlemi ile davacı şirket ve şirketin %50’den fazla sermaye sahibi diğer davacının, 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesinin (b) bendinde yer alan yasak fiil ve davranışları gerçekleştirdiğinden bahisle kamu ihalelerine katılmaktan 1 (bir) yıl süre ile yasaklanmalarına karar verilmiş, anılan kararın 24/11/2020 tarih ve 31314 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanması üzerine işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Yasak fiil veya davranışlar” başlıklı 17. maddesinde, “İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- d) Alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.
- e) 11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği

hâlde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.” kuralına yer verilmiştir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin “Elektronik İhale” başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesinde, dava tarihi itibarıyla, “Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21’inci maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak alınmayan geçici teminat mektubunu idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında, Kanunun 17’nci maddesi uyarınca işlem yapılır.” kuralı yer almaktadır.

Anılan Yönetmelik kuralının uygulanmasına yönelik olarak Kamu İhale Kurulu tarafından alınan 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı kararda, elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektuplarının asıllarını idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Sözlük anlamı ile “düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek” olarak tanımlanan “düzenleme”, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; sürekli, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s. 426).

İdare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir. “Kural işlemler” (ya da diğer adıyla genel düzenleyici işlemler), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığının kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurallar konulmuş

olması zorunlu olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi gerekir.

İhale işlemlerine ilişkin idarî usulü düzenleyen temel kanunlardaki tanımlamalar ve istikrar kazanan içtihatlar ile ihaleden yasaklamaya yönelik kurallar uyarınca, ihaleden yasaklama işlemi, ihale sürecindeki ve/veya sözleşmenin imzalanmasından sonraki fiil veya davranışlar nedeniyle kanunda belirtilen fiil ve davranışları gerçekleştirenlere yönelik belirli bir süreliğine uygulanan idari yaptırımını ifade etmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinde idarî ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, belirli normların sadece kanunlarla düzenlenebileceğini öngören kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idarî yaptırımlarda (cezalarda) da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Nitekim, başta Anayasa'nın 38. maddesinde yer alanlar olmak üzere, temel ceza hukuku ilkelerinin cezalandırıcı nitelikteki idarî yaptırımlara da uygulanması gerektiği Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından kabul edilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi incelendiğinde, karşılığında Kanun'un Dördüncü Kısımında belirtilen yaptırımın uygulanması öngörülen yasak fiil ve davranışların; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek; isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak; sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek; alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek; 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak şeklinde tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir.

Belirtilen bu durumlar, Kanun'un 17. maddesi uyarınca ihaleden yasaklama yaptırımının uygulanabilmesi için düzenlenen yasal

sebepler olup, “idarî yaptırım (ceza)” niteliği taşıyan ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin kuralların düzenlenmesinde kanunilik ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu ilke, Anayasa’nın 38. maddesinde, “kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz...” kuralıyla ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde “suç ve cezada kanunilik ilkesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Kanunilik ilkesi uyarınca idarî yaptırım gerektiren fiillerin çerçevesinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak yaptırım uygulanacak eylemin kanunda belirli olması gerekmektedir. Kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunda suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla veya yorum suretiyle yaptırıma bağlanması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanunilik ilkesi aynı zamanda suç ve ceza niteliği taşıyan kuralların yorum yoluyla genişletilemeyeceğini de öngörmektedir. Bu bakımdan, istisnaî nitelik taşıyan idarî yaptırımlara ilişkin kanun hükümlerinin de dar yorumlanması gerekmektedir.

Bu itibarla, idarî tedbirler ve klasik anlamda idarî işlemlerden farklı olarak idarî cezalar bakımından öngörülen düzenlemelerin kanunilik ilkesine aykırı olmaması, hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesinin de gereği olarak hangi davranışların/fiillerin işlenmesi hâlinde hangi yaptırımlarla karşılaşılabilceğinin muhatap tarafından bilinir olması, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın “açık”, “anlaşılır” ve “sınırlarının belli olması” gerekmektedir.

Bu bağlamda, ihalelerde bulunulması yasak olan fiil ve davranışların Kanun’un 17. maddesinde düzenlendiği, yasaklamaya ilişkin düzenlemeler ve uygulamanın anılan Kanun hükmü çerçevesinde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ancak, dava konusu işleme yasal dayanak teşkil eden Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin 10. fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı Kurul kararında, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektubunu (asıllarını) idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında, Kanun'un 17. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi öngörülmüştür. Böylece, söz konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararı ile anılan fiil, ihale kararını etkileyip etkilemediğine ilişkin ihaleyi gerçekleştiren idarelere niteleme imkânı tanınmaksızın ve somut olayın koşulları ve mâkûl bir sebebi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak mutlak bir yasaklama sebebi olarak düzenlenmiş, dava konusu düzenleyici idarî işlemler ile ihalelerden yasaklamaya ilişkin fiil ve davranışları belirleyen Kanun hükmünün kapsamı ve çerçevesi genişletilmiştir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesinde yer alan "Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21'inci maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak alınmayan geçici teminat mektubunu idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında, Kanun'un 17'nci maddesi uyarınca işlem yapılır." kuralı ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının "Elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektuplarının asıllarını idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi gerektiğine" ilişkin kısmının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada Dairemizce 09/03/2021 tarih ve E:3648 sayılı karar ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş, söz konusu karara yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14/06/2021 tarih ve 2021/448 YD İtiraz No'lu kararı ile reddedilmiştir.

Bu itibarla, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının

son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 sayılı Kurul kararında, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan açık düzenlemelerden farklı yeni bir durum belirlendiği ve düzenleyici işlemlerin Kanun'u aşan nitelikte kurallar içerdiği anlaşıldığından, söz konusu düzenlemeler esas alınarak tesis edilen dava konusu işlemde de hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddi yönündeki Bölge İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin reddine,
2. Dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ...Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ...tarih ve E:..., K:... sayılı kararının yukarıda belirtilen GEREKÇEYLE ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davalıya iadesine,
5. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, bu onama kararının taraflara tebliğini ve bir örneğinin de ...Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesini teminen dosyanın ... İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 22/12/2022 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.

