

İhalelere katılmaktan yasaklanma yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır

ÖZET: İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada sözleşmeyi yapan idarenin, yüklenicinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışı vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışı vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir.

İstemın Özeti: Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2004 tarihli, E:2004/1660; K:2004/1887 sayılı kararının; idarenin yasaklamaya esas fiil veya davranışını tespit ettiği tarih 21.10.2003, yasağın davalı idarece onay tarihi ise 15.03.2005 olduğundan, 4735 sayılı Yasa'da belirtilen kırkbeş günlük sürenin aşıldığı öne sürölerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirinin bulunmadığı belirtilerek, usul ve kanuna uygun olduğu öne sürölün kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Muammer TOPAL'ın Düşüncesi: Temyiz başvurusu, Ege Üniversitesi tarafından açılan ihaleye katılan davacı firmanın, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 08.04.2004 tarih ve 25427 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine dair İdare Mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

4735 sayılı Yasa'nın 25/c maddesinde, <Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak> fiilinin yasak olduğu hükmüne yer verilmiş, Yasa'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında <25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, 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 verilir.> hükmü; 4964 sayılı Yasa'nın 47. maddesiyle değişik 4. fıkrasında, <Yasaklama kararları,

yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.> hükmü; 5. fıkrasında ise, <İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.> hükmü yer almıştır.

4735 sayılı Yasa'nın 4964 sayılı Yasa ile değişik 26. maddesinin gerekçesinde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle sürenin dolması halinde ceza verilemeyeceği göz önünde bulundurularak azami otuz günlük sürenin kırkbeş güne çıkarıldığı belirtilmiştir.

Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4735 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 26. maddenin 4. fıkrasında yer alan sürelerin disipliner niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışların tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır. İdarelerin yasaklama kararı verilmesini gerektiren bir fiil veya davranış tespit ettikleri tarihten itibaren en geç kırkbeş gün içinde yetkili merci tarafından yasaklama kararı verilebilmesi için gerekli düzenleme ve işlemleri yapmaları ve yasaklama kararı almaları gerekmektedir.

Yasaklama işlemlerinin kırkbeş günlük sürede tamamlanamaması

ve yürürlüğe girmemesi halinde ilgili ve görevli kamu görevlileri hakkında disiplin ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği tabiidir.

Söz konusu maddelerde geçen kırkbeş günlük sürenin başlangıcı olarak, yasaklamaya esas bilgi ve belgelerin yasaklama kararını verecek mercie ulaştığı tarihin değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihin esas alınması gerekmektedir. İhaleye katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunan bakanlıklar tarafından verildiği durumlar gözönüne alınarak azami otuz günlük sürenin kırkbeş güne çıkarılması da tespit tarihinin esas alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Olayda, 06.06.2003 tarihinde yapılan sözü geçen ihalede 31.07.2003 tarihinde sözleşmenin imzalanmasından sonra, davacı firma tarafından, Yasa'da belirtildiği şekilde fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapıldığı hususunun öğretim üyeleri tarafından tutulan 21.10.2003 tarihli tutanakla saptandığı, bu tutanağın 27.10.2003 tarihinde Ege Üniversitesi Rektörlüğü'ne gönderildiği, anılan rektörlüğün 09.02.2004 tarih ve 138 sayılı yazısı ile söz konusu durum hakkında Milli Eğitim Bakanlığı'ndan karar alınması yönünde gereği için ilgili dosyanın Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na gönderildiği, Bakanlık makamının 15.03.2004 günlü onayı ile davacı firmanın 4735 sayılı Yasa'nın 26. maddesi gereğince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanması üzerine dava konusu işlemin Resmî Gazete'de yayımlandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği 21.10.2003 tarihinden itibaren, yasaklama kararının verildiği 15.03.2004 tarihine kadar Yasa'da belirtilen 45 günlük süre aşıldığından, dava konusu işlemin yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, anılan husus incelenmek üzere İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği

düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emin Celâlettin ÖZKAN'ın Düşüncesi: İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Ege Üniversitesi tarafından açılan ihaleye katılan davacı firmanın, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanması kararına ilişkin 08.04.2004 tarih ve 25427 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; olayda davacı firma tarafından kan merkezinde kullanılmak üzere kurulan bilgisayar programının, kullanılan kilitlere uygun olmadığından gerek bunları kullanan mikrobiyoloji ana bilim dalı öğretim üyelerince düzenlenen tutanakla, gerekse açılan tespit davasında düzenlenen bilirkişi raporuyla saptanmış, dolayısıyla da fen ve sanat kurallarına aykırı, hatalı ve kusurlu imalat yapıldığı belirlenmiş olduğundan, davacının bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4735 sayılı Yasa'nın 25/c maddesinde, <Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya

usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak> fiilinin yasak olduğu hükmüne yer verilmiş, Yasa'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında <25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, 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 verilir.> hükmü; 4964 sayılı Yasa'nın 47. maddesiyle değişik 4. fıkrasında, <Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.> hükmü; 5. fıkrasında ise, <İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.> hükmü yer almıştır.

Anılan hükümlerden, kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmelerin uygulanması sırasında 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 bulunulan 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 otuz gün içinde idarece yasaklama kararı verileceği, verilen bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği anlaşılmaktadır.

Söz konusu maddelerde geçen kırkbeş günlük sürenin başlangıcı olarak, yasaklamaya esas bilgi ve belgelerin yasaklama kararını verecek mercie ulaştığı tarihin değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihin esas alınması gerektiğinden, burada yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada sözleşmeyi yapan idarenin, yüklenicinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışa vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışa vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir.

Olayda, 06.06.2003 tarihinde yapılan sözü geçen ihalede 31.07.2003 tarihinde sözleşmenin imzalanmasından sonra, davacı firma tarafından, Yasa’da belirtildiği şekilde fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat

yapıldığı hususunun öğretim üyeleri tarafından tutulan 21.10.2003 tarihli tutanakla saptandığı, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanlığı tarafından, durumun değerlendirilmesi istemiyle Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü'ne, anılan müdürlükçe de, kamu ihalelerinden yasaklama kararının alınması yönünde gereğinin yapılması için durumun Ege Üniversitesi Rektörlüğü'ne bildirildiği, anılan rektörlüğün 09.02.2004 tarih ve 138 sayılı yazısı ile söz konusu durum hakkında Milli Eğitim Bakanlığı'ndan karar alınması yönünde gereği için ilgili dosyanın Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na gönderildiği, Bakanlık makamının 15.03.2004 günlü onayı ile davacı firmanın 4735 sayılı Yasa'nın 26. maddesi gereğince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanması üzerine dava konusu işlemin Resmî Gazete'de yayımlandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği 09.02.2004 tarihinden itibaren, yasaklama kararının verildiği 15.03.2004 tarihine kadar Yasa'da belirtilen 45 günlük süre aşılmadığından, davacının, idarenin yasaklamaya esas fiil veya davranışı tespit ettiği tarih 21.10.2003, yasağın davalı idarece onay tarihinin ise 15.03.2005 olduğundan, 45 günlük sürenin aşıldığı yönündeki iddiasında isabet bulunmamaktadır.

Davanın, yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2004 tarihli, E:2004/1660; K:2004/1887 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 08.11.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi

]]>