

İHALE HUKUKUNDA ÇALIŞMA HÜRRIYETİNİN SINIRLANMASI: İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLANMA

Doç. Dr. Cemil KAYA*

ÖZET

Türkiye’de kamu ihalelerini düzenleyen üç temel kanun bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla, 01.01.1984’te yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 01.01.2003’te yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu ve 01.01.2003’te yürürlüğe giren Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’dur. İhale hukukunu düzenleyen kanunların temel amacı, kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı ihalelerle ilgili temel ilke ve usulleri düzenlemektir. Aynı zamanda bu kanunlarda, kamu ihalelerinin belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, kamu kurum ve kuruluşlarının haksız yere zarara uğramasını önlemek, ihale edilen işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek, kamu kaynaklarının verimli ve etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ihale işlemleriyle bağdaşmayan yasak fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilen özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hakkında idari bir müeyyide olan ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı alınacağı da hüküm altına alınmıştır. Yasak fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilen isteklilerin bu fiil ve davranışları aynı zamanda Ceza Kanununa göre suç teşkil ediyorsa, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı cezai bir müeyyide olarak ceza mahkemesi tarafından ayrıca verilir. Makalede, ihalelere katılmaktan yasaklanma konusu, Danıştay içtihatları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhale hukuku, kamu ihalesi, idari müeyyide, cezai müeyyide, yolsuzluk, çalışma hürriyeti

LIMITATIONS ON THE RIGHT TO WORK IN PROCUREMENT LAWS: PROHIBITION FROM PARTICIPATING IN PUBLIC TENDERS

ABSTRACT

There have been three main legislations in regulating public procurements in Turkey. These include the following laws: The first one is State Procurement Act numbered 2886 that was entered into force on January 1 st, 1984; the second one is Public Procurement Act numbered 4734 that was entered into force on January 1 st, 2003; and finally the last one is Public

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD

Procurement Contracts Act numbered 4735 was entered into force on January 1 st, 2003. The primary aims of these acts regulating procurements are to determine basic principles and procedures which are to be applied by public entities and institutions in procurements. Furthermore, the purposes of these acts also include providing the full transparency of the public procurement, making sure that contracts are completed in the determined time period, creating an efficient and productive governmental structure and preventing financial corruptions in state institutions. For guaranteeing an accountable and efficient-working procurement procedure, these acts contain that those persons or firms who involve in financial irregularities or corruptions can be subjected to administrative and criminal sanctions. This article examines the prohibitions of private persons and firms from entering into public tenders in the light of the established jurisprudence of the Council of State.

Key Words: Procurement law, public tender, administrative sanction, criminal sanction, corruption, right to work

GİRİŞ

Kamu ihaleleri, ihale hukukunun temel ilkelerine uygun olarak yapılmalıdır. Ancak bu şekilde ihale hukukunun şeffaf, adil, eşitlikçi ve rekabete dayalı olduğu ileri sürülebilir. İhalelerin usulüne uygun olarak yapılmasını engelleyen fiil ve davranışlara bir yaptırım uygulanması, bu ilkelerin gerçekleşmesine hizmet eder. İşte bu amaçla, ihale düzenini bozan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlara “ihalelere katılmaktan yasaklanma” yaptırımı uygulanır. Bu yaptırım aynı zamanda ileride yapılacak ihalelerin de sağlıklı bir şekilde yapılmasının güvencesidir. Bu yaptırım kararının sonuçları dört boyutlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki bu kararlar birlikte, bir defa hakkında yasaklanma kararı verilen istekli muhtemel bir ekonomik çıkardan yoksun bırakılmakta, ihaleye katılan diğer isteklilerin çıkarları gözetilmiş olmakta, idarenin mali açıdan zarara uğramasının önüne geçilmekte ve nihayet toplum yararı korunmaktadır.

İhalelere katılmaktan yasaklanma, isteklilerin ihale düzeninden geçici veya sürekli olarak dışlanmasını ifade eder. İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı “idare” ve/veya “mahkeme” tarafından verilir. İdare tarafından verilen yasaklanma kararı “idari bir yaptırım” niteliğindedir¹. Bu karar, kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem (şart işlem) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu

¹ “... yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, İdarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar-uyguladığı müeyyideler vardır ki, bunlara ‘idari müeyyide’, ... idari yaptırım denilir”. Özey, İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985, s. 35.

işlem doktrinde “*ekonomik idari kolluk*” ve hatta daha özel olarak “*kamu ihale kolluğu*” şeklinde görülmektedir². Ceza mahkemesi tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı ise bir güvenlik tedbiri şeklinde³ “cezaî bir yaptırım” niteliğindedir. Bu güvenlik tedbiri “ekonomik yoksunluk” olarak adlandırılabilir. Şüphesiz ceza mahkemesi, ceza ve yasaklama kararı verme yanında, yasak fiil ve davranışların işlenmesi suretiyle elde edilen malvarlığı değerlerinin, “kazanç müsadere” adlı güvenlik tedbirini uygulama yoluyla müsadere sine de karar verebilecektir (TCK m. 55).

İhale düzenini koruyan “mali kabahat” niteliğindeki⁴ ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı, bir ihale sürecine doküman olarak teklif sunma arzusunun ortaya koyan, ihaleye teklif sunan, ihaleyi kazanan ve sözleşme imzalayarak sözleşmeyi uygulama yükümlülüğü altına giren özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hakkında uygulanır⁵. Şüphesiz bu karar belirli şartların varlığı halinde verilir. Tabi bu karar verilirken yetkili makamlar yasaklama nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini titizlikle incelemelidir. Aksi takdirde idarece, haklarında hukuka aykırı olarak ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen kişiler bu işleme karşı iptal davası açabilecekleri gibi uğramış oldukları zararlar için de tam yargı davası⁶ açabilirler.

² **Gürsel**, Meltem Kutlu, Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları, in Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, c. III, İstanbul 2003, s. 609.

³ “Güvenlik tedbiri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik cezaî hukuku yaptırımdır”. **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 609.

⁴ **Taşdelen**, Aziz, Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma, Ankara ÜHFD, c. 55, 2006, sy. 1, s. 310, 316.

⁵ **Taşdelen**, s. 297.

⁶ “Olayda; 13.03.2003 tarihinde ... Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi 4 kalem yemek alım ihalesine katılan davacı firmanın teklif mektubunun içinde bir adet şikayet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kağıdı bulunması üzerine ihale dışı bırakıldığı, ayrıca davacının bu eyleminin 4734 sayılı Yasa’nın 17/a kapsamında ‘yasak fiil ve davranış’ niteliğinde olduğu gerekçesiyle 1 (bir) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin oluşturulduğu anlaşılmakta olup, davacının eylemi ‘hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar

Bu makalede ihalelere katılmaktan yasaklanma konusu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu olmak üzere üç temel kanun çerçevesinde ve Danıştay içtihatlarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

I. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNA GÖRE

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁷, kapsamında sayılan idarelerin, bugün itibarıyla, satım, kira, trampa, mülkiyet dışında aynı hak tesisi ile taşıma işleri ihaleleri hakkında uygulanan bir kanundur. Kanunda ihale “bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri” kapsar şeklinde tanımlanmıştır (DİK m. 4). İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü ise Kanunun 83-85. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, Devlet İhale Kanunu’nda sayılan ihale usullerinde uygulanır. Kanunun 35. maddesinde ise ihale usulleri, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü şeklinde sayılmıştır. Diğer taraftan Kanunun üçüncü kısmında sayılan belli işlerin ihale usullerine tabi olmadan yaptırılması da mümkün kılınmıştır. İşte, ihale usullerine tabi olmayan işler (m. 71-82) açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilip verilmeyeceği sorun teşkil etmektedir. Konu Kanunun 81. maddesinde yer alan emanet yoluyla yapılacak işler açısından Danıştay’ın önüne gelmiştir. Danıştay, “... 2886 sayılı Yasanın 83. ve 84. maddelerinde; ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasındaki yasak fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılmalara idarece ihalelere katılmaktan geçici yasaklama tedbiri getirileceği hüküm altına alınmıştır. / 2886 sayılı Yasanın 81. maddesinde öngörülen emanet usulü uygulanan ihalelerin de bu Yasanın 2. maddesinde yer alan ilkelere tabi olması, anılan Yasanın 83. ve 84. maddelerinde ihale usullerine tabi işler yönünden bir sınırlama getirilmeksizin ihale işlerinde yasak fiil ve davranışlar ile ihalelere katılmaktan geçici yasaklama yaptırımının yer alması karşısında, 2886 sayılı Yasa kapsamında bir ihale işi olan emanet usulüyle yapılan

sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek’ niteliğinde olmadığından, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararının davacı şirketin ticari itibarını zedeleyeceği, güvenilirliğini azaltacağı açıktır. / Bu nedenle davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerek(ir)”. D13D, E. 2005/1819, K. 2005/4728, KT. 26.09.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 391.

⁷ RG. 10.09.1983, sy. 18161.

ihalelerde de 83. maddede yer alan ve bu Kanunda belirtilen amaç ve ilkelere aykırı davranışlar için öngörülen ‘ihalelere katılmaktan yasaklama’ yaptırımının uygulanması gerekmektedir. Esasen, aksi görüşün kabulü, bu ihalelerde tespit edilen usulsüzlüklerin yaptırımsız kalmasına, aynı yasa kapsamında yapılacak işlerde ihaleye katılacaklara uygulanacak yaptırımlar yönünden eşitsizliğe yol açacaktır” gerekçesiyle ihale usullerine tabi olmayan işler açısından da ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceğine karar vermiştir⁸. Kanaatimizce bu karar isabetlidir. Zira konuya ilişkin olarak Kanunun dördüncü kısmı “ihale işlerinde yasaklar ve sorumluluklar” başlığını taşımaktadır. Dikkat edileceği üzere bu kısmın başlığı “ihale usullerinde yasaklar ve sorumluluklar” değildir. Kaldı ki başlık böyle olmuş olsaydı bile, ihalelere katılmaktan yasaklanmanın asıl sebebi, yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin, idarenin kendisine duyduğu güveni sarsması olduğundan, duyulan bu güvenin ihale usullerinde veya ihale dışı usullerde sarsılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ihale usullerine tabi olmayan işler açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmayacağına ilişkin olarak Kanunda bir hüküm de bulunmamaktadır.

A. YASAKLAMA NEDENLERİ

Kamu ihalelerinde ihale süreci, hazırlık aşaması, ilan aşaması, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması, ihale kararının alınması aşaması ve sözleşme aşamasından geçerek tamamlanır⁹. Yasaklama nedenleri de bu süreçte ortaya çıkar. Yasaklama nedenlerini ihale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki fiiller ile ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki fiiller şeklinde iki aşamada inceleyebiliriz.

1. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Önceki Fiiller

⁸ D10D, E. 2005/8982, K. 2006/2630, KT. 24.04.2006. Karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2005/8912, K. 2006/2637, KT. 24.04.2006. Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/1281, K. 2006/2421, KT. 14.04.2006, Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/1043, K. 2006/2191, KT. 29.03.2006. Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/2480, K. 2005/2874, KT. 08.06.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 280-283; D10D, E. 2003/3387, K. 2005/2879, KT. 08.06.2005. Karar yayımlanmamıştır. Aksi yönde bkz. D10D, E. 2003/259, K. 2003/1768, KT. 15.05.2003, DKD, 2004, sy. 3, s. 291-293; D10D, E. 2003/446, K. 2003/1886, KT. 27.05.2003. Karar yayımlanmamıştır.

⁹ Bu aşamalar için bkz. **Günday**, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 192 vd; **Akyılmaz**, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 314 vd.

Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde, genel olarak "ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında" ihalelerde yasak fiil ve davranışlar üç bent halinde sayılmıştır. Ancak bu yasak fiil ve davranışlar incelendiğinde özellikle (c) bendinde yer alan yasak fiiller açısından birinci virgülden sonra gelen kısmın, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkacağı görülecektir. Dolayısıyla bu kısım makalede "sözleşme aşamasından sonraki fiiller" başlığı altında ele alınacaktır.

a) Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak.

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak.

İhale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki bu yasak fiil ve davranışları daha yakından incelediğimizde şu değerlendirmeler yapılabilir:

a) İhalelerde hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek¹⁰ yasak fiil ve davranıştır. Kısacası, ihale işlemlerinde, Ceza Kanununa göre de suç sayılan "ihaleye fesat karıştırmak" yasaktır. Bu bentte geçen "başka yollarla" şeklindeki düzenlemeden hareketle, ihaleye fesat karıştırmak örneklerinin burada sayılanlarla sınırlı olmadığı söylenebilir. Danıştay'a göre, verilen teklif mektuplarının aynı kişiler tarafından yazıldığı şüphesi üzerine yaptırılan kriminal inceleme sonunda bu durumun sabit görülmesi halinde bu bende dayanılarak ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilir¹¹. Buna karşılık Danıştay, yeterlik belgesi alamama nedenlerini öğrenmek amacıyla dilekçe hakkının kullanılması niteliğinde idareye yapılan başvuruyu "nüfuz kullanma" olarak değerlendirmemiş, dilekçede suç unsuru oluşturan ifadelerin bulunması halinde durumun adli makamlara intikal

¹⁰ Teşebbüs konusunda ayrıntılı olarak bkz. **Özgenç**, s. 388 vd.

¹¹ D10D, E. 2003/2480, K. 2005/2874, KT. 08.06.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 280-283. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2003/3387, K. 2005/2879, KT. 08.06.2005. Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/1281, K. 2006/2421, KT. 14.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

ettirilmesi gerektiğine karar vermiştir¹². Yine Danıştay, ihalede yüksek indirim oranı teklif etmeyi “ihaleye fesat karıştırma” olarak nitelendirmemiştir¹³.

b) İhalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak yasak fiil ve davranıştır. Bentte, bu fiiller açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihaleler açısından ele alınmış olmakla birlikte, burada sayılan yasak fiiller, açık teklif ve pazarlık usulü dışında yapılan diğer ihaleler için de geçerli sayılmalıdır. Bu bendin uygulanması ile ilgili olarak örnek bir Danıştay kararı şu şekildedir¹⁴: “Dava dosyasının incelenmesinden, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacı olan malzemenin yurt dışı limanlardan Türk Limanlarına nakliyesini sağlamak amacıyla 2886 sayılı Yasanın 51/c maddesi uyarınca 26.9.2001 tarihinde yapılan taşıma hizmeti ihalesi sırasında ihale tekliflerinin değerlendirildiği bir ortamda ihaleye katılan firmalardan bazılarının tekliflerinde eksiklikler bulunması nedeniyle bu eksikliklerinin giderilme yöntemiyle ilgili görüşmeler yapılırken davacı şirket temsilcisinin ihaleye katılan bütün tarafların bulunduğu bir ortamda bir firma temsilcisine ‘eksik evrakların tamamlanması için zaman kaybetmeyelim, biz üçümüz de İstanbul’dan geldik, bu küçük bir ihale ve tutarı az, buraya gelmiş olmakla işi öğrenmiş oldun, en iyisi sen bu ihaleden çekil git, biz işimize bakalım’ şeklinde sözler sarfettiği, bu durumun ihale komisyonunun 26.9.2001 tarihli tutanağı ile saptanması üzerine 2886 sayılı Yasanın 83/b maddesi kapsamına giren bu fiili nedeniyle anılan Yasanın 84/1. maddesi uyarınca davacı şirketin on ay süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. / Dava konusu olayda, ihale tekliflerinin değerlendirildiği ve ihaleye katılan tarafların hepsinin bulunduğu bir ortamda davacı şirketin temsilcisinin ihaleye katılan firmalardan birinin temsilcisine sarfettiği sözler 2886 sayılı Yasanın 83/b maddesinde belirtilen ‘isteklileri tereddüte düşürecek veya rağbeti kırarak’ nitelikte sözler olup anılan Yasanın 84/1. maddesi uyarınca davacı şirketin belirtilen bu fiiller nedeniyle on ay süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”.

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek yasak fiil ve davranıştır. Sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek bizzat ihaleye katılanlar için söz konusu olabilir Danıştay’a göre, sahte yer görme belgesiyle ihaleye

¹² D10D, E. 2001/5061, K. 2003/1662, KT. 13.05.2003. Karar yayımlanmamıştır.

¹³ D10D, E. 86/2025, K. 86/1417, KT. 18.06.1986. Danıştay Bilgi Bankası.

¹⁴ D10D, E. 2002/4430, K. 2005/491, KT. 15.02.2005. Karar yayımlanmamıştır.

katılmak¹⁵, sahte geçici teminat belgesiyle ihaleye katılmak¹⁶, ihalede sunulan belgede tahrifat yapmak¹⁷ ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir.

2. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Sonraki Fiiller

İta amirince onaylanan ihale kararı kesinleşir ve sözleşme aşamasına gelinir (DİK m. 31 ve 53). Bu aşamada en uygun bedeli teklif eden kişi için sözleşme yapma/ımsalama zorunluluğu doğar (DİK m. 57)¹⁸. Bu itibarla, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhitler veya müşteriler hakkında, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir (DİK m. 84/3). Bu haller yanında sözleşmenin uygulanması aşamasında taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapan veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanan istekliler hakkında da ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir (DİK m. 83/c). O halde ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki yasaklama hallerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- a) Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre *sözleşme yapmamak*.
- b) Sözleşme yapıldıktan sonra *taahhüdünden vazgeçmek*.
- c) *Mücbir sebepler*¹⁹ dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek.
- d) Taahhüdünü *kötü niyetle* yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken *idareye zarar verecek işler yapmak* veya işin yapılması veya teslimi sırasında *hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak*.

Sözleşme aşamasından sonra ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektiren fiil ve davranışlara daha yakından bakmakta fayda bulunmaktadır. Buna göre;

- a) Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmamak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Bu halde mücbir sebep dahi ileri

¹⁵ D10D, E. 2004/526, K. 2006/1474, KT. 21.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

¹⁶ D6D, E. 96/3618, K. 97/3048, KT. 17.06.1997, DD, 1998, sy. 95, s. 345-347.

¹⁷ D10D, E. 2001/4734, K. 2003/1607, KT. 07.05.2003. Karar yayımlanmamıştır.

¹⁸ Sözleşme yapma yükümlülüğüne uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir olarak da kaydedilir (DİK m. 57/3).

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Yayla**, Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 45-59.

sürülemez. Danıştay, Eskişehir Devlet Hastanesi temizlik ihalesini kazanan şirketin, ihaleye katılırken asgari işçi ücretlerinde % 10 oranında artış olacağını hesaplayarak teklif verdiği, ancak artışın % 69'u geçmesi nedeniyle yüksek oranda artış olduğu gerekçesiyle mücbir sebep ileri sürerek sözleşmeyi imzalamaktan kaçınamayacağına karar vermiştir²⁰.

b) Sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçmek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Bu halde de mücbir sebep ileri sürülemez.

c) Mücbir sebepler dışında, taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Mücbir sebep sadece bu halde ileri sürülebilir. Ancak burada, ilgilinin *iyi niyetle* taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi/Ceza Kanununa göre suç oluşturan eylem ve davranışının bulunmaması gerekir. Danıştay'a göre, şirketin yapılan sözleşme uyarınca taahhüt ettiği malzemenin bir kısmını eksik teslim edip bir kısmını ise hiç teslim etmemesi²¹, idareye teslim edilen dört tıbbi cihaz üzerinde iki ayrı komisyon tarafından yapılan inceleme sonucunda cihazların teknik şartnameye uymaması²², Ankara Üniversitesi İbn-i Sina Hastanesi asansörlerinin 1996 yılı 7 aylık bakım ve onarım işini üzerine alan şirketin bunu yapmaması²³ "taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme" anlamına gelir.

d) Taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Burada önemli olan, *kötü niyetle* idareyi zarara uğratacak işlerin yapılmış olmasıdır. İdarenin zarara uğramış olması gerekmez²⁴. Burada idare, ilgilinin taahhüdünü kötü niyetle yerine

²⁰ D10D, E. 88/607, K. 91/871, KT. 11.03.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 964-965.

²¹ D10D, E. 2003/34, K. 2006/1937, KT. 15.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

²² D10D, E. 2004/2113, K. 2005/3507, KT. 20.06.2005. Karar yayımlanmamıştır.

²³ D6D, E. 99/425, K. 2000/3195, KT. 22.05.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 309-310.

²⁴ Aksi yönde bkz. "... davacı şirket tarafından düzenlenen 16 nolu hak ediş belgesinde fazla ödemede bulunulmasına teşebbüs edilmekle birlikte, yapılan inceleme sonucuna göre *herhangi bir devlet zararının bulunmadığı anlaşıldığından*, bu eylemin sadece ihaleyi yapan idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama gerektirmesi karşısında davacı şirketin bütün kamu ihalelerine girmekten yasaklanması yönünde tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunma(maktadır)". D10D, E. 2003/1029, K. 2006/2065, KT. 24.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

getirmediğini, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yaptığını, veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullandığını somut bilgi ve belgelerle ortaya koymalıdır²⁵. Kısacası, ilgilinin kötü niyetli olduğunu ispat yükü idareye aittir. Danıştay, hafriyat malzemesinin sözleşme ile belirlenen yer dışına dökülmesine rağmen hak edişlerin sözleşmede belirlenen yere göre alınması²⁶, imalatların yapılandan fazla gösterilip gerçeğe aykırı metraj ve hak ediş düzenlenmesi²⁷, alüminyum doğrama imalatında profillerin boşluklarına kurşun yerleştirilmesi ve kurşunla yapılmış köşe bağlantı elemanının kullanılması²⁸, spor salonunun çatısı tamamlanmadığı halde hak edişlerde imalatların tamamlanmış gösterilmesi, inşaatta kullanılan malzemenin bir kısmının TSE işaretlemesiz olması, sözkonusu malzemenin standartta belirlenen limitleri ve özellikleri taşımaması, inşaatın bazı kısımlarında gereğinden fazla kazı yapılırken bazı kısımlarında ise atışmada belirtilenden az yapılması, bazı kazı bedellerinin makinalı kazı bedeli yerine daha pahalı olan elle kazı bedeli üzerinden ödenmesi²⁹ nedenleriyle haksız menfaat sağlandığına ve dolayısıyla idareyi zarara uğratan ilgililerin, “taahhüdünü yerine getirirken kötü niyetle idareye zarar verecek işleri yaptığı”na karar vermiştir. Yine Danıştay’a göre, idareyi zarara uğratacak nitelikte işler yapılması üzerine haksız menfaat sağlayan ancak son hak ediş karşılığı ödenirken fazla ödenen değerler dikkate alınarak mahsuplaşma yapılması ihalelere katılmaktan yasaklama kararı alınmasını engellemez³⁰.

B. YASAKLAMA MAKAMI, SÜRESİ VE USULÜ

İhaleden yasaklama makamı idare ve/veya ceza mahkemesidir. Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı fiil ve davranış nedeniyle istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmez. Ancak işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa bu kararın yasaklama makamı tarafından dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce idareler, ihalelere

²⁵ Nitekim bkz. D10D, E. 2002/844, K. 2005/3499, KT. 17.06.2005. Karar yayımlanmamıştır.

²⁶ D10D, E. 2002/312, K. 2005/3502, KT. 17.06.2005. Karar yayımlanmamıştır.

²⁷ D10D, E. 2003/1177, K. 2006/2639, KT. 24.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

²⁸ D10D, E. 2002/460, K. 2005/2869, KT. 08.06.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 278-280.

²⁹ D10D, E. 2003/2749, K. 2005/8070, KT. 24.12.2005. Karar yayımlanmamıştır.

³⁰ D10D, E. 2003/3941, K. 2004/5898, KT. 30.06.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 263-265.

katılmaktan yasaklama kararı verirken varsa ceza mahkemesi kararını da göz önünde bulundurmalı³¹, ancak bununla kendini mutlak anlamda bağlı hissetmemelidir³². Burada asıl önemli olan ceza mahkemesi kararının gerekçesidir. Örneğin, sahte teminat mektubu verdiği için hakkında evrakta sahtecilik nedeniyle açılan davada ilgilinin delil yetersizliğinden beraat etmiş olması, ihalelere katılmaktan yasaklanmasına engel teşkil etmemelidir. Nitekim Danıştay'a göre, "İhaleye şirket katıldığına ve şirketin bu ihalede idareye verdiği teminat mektubunun sahte olduğu sabit bulunduğuna göre davacının şahsen asliye ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş olmasının şirket hakkında verilmiş bulunan bir yıl ihalelere katılma yasağını etkilemeyeceği, idarenin anılan işlemin tesisinde sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağı kuşkusuzdur"³³.

1. İdare

Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde ve 84. maddesinin 3. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, *ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlıktır*³⁴ (DİK m. 84/1 ve 3). İhaleyi yapan idareler, ihalelere

³¹ Nitekim bu konuya ilişkin olarak bkz. D10D, E. 2003/398, K. 2006/1978, KT. 20.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

³² Bu durum, ceza mahkemesi kararının disiplin soruşturması üzerindeki etkisine benzetilmektedir. Bu konuda verilmiş Danıştay istişari mütalaasının burada işletilmesi düşünülebilir. İstişari mütalaa şu şekildedir: "Kanunkoyucu bu hükümle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulamasını etkilemeyeceğini açık olarak öngörmüştür ... Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeptir ki kanunkoyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Her ne kadar ceza hakiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır". D3D, E. 79/187, K. 79/253, KT. 30.3.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 108-111.

³³ D6D, E. 96/3618, K. 97/3048, KT. 17.06.1997, DD, 1998, sy. 95, s. 345-347.

³⁴ Danıştay'ın bir istişari mütalaasına göre, il özel idareleri ve belediyelerin ilgili bulunan Bakan veya Bakanlığın onayını gerektiren iş ve işlemleri için 2886

katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, *gereğinin yapılması için* bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler (DİK m. 84/4). Burada ilgili bakanlık yasaklama kararının onay merciidir. Onay işlemi kesin ve yürütülebilir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların hasım mevkiinde de ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık bulunur. Bu nedenlerle ilgili bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yasaklama makamı, Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara, fiil ve davranışlarının özelliğine göre, haklarında *bir* yıla kadar *bütün* ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verir (DİK m. 84/1). Bu fiil ve davranışlar ihale aşamasında ortaya çıkmışsa doğal olarak bu kişiler yapılmakta olan ihaleye de o idarece iştirak ettirilmezler (DİK m. 84/1). Bu şekilde ihalelere katılmaktan yasaklananlar,

sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca İçişleri Bakanlığı onay merciidir: "... sözü geçen Kanunda, genel bütçeye dahil daire ve katma bütçeli idareler ile özel idare ve belediyeler arasında gerek Kanuna tabi işler gerekse onayı gerektiren iş ve işlemler bakımından herhangi bir ayırım ve aykırı durum öngörülmemiş, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verme yetkisi de ilgili idarelerin bildirim üzerine yalnızca ilgili bakanlığa tanınmıştır. / Bu durumda il özel idareleri ve belediyelerin de, onayı gerektiren iş ve işlemleri için "ilgili bakan ya da bağlı bulunulan bakan ve bakanlığın" onayı gerekmekte ve bu idarelerce ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde de, ilgililer hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararının ilgili bakanlıkça verilmesi zorunlu bulunmaktadır. / Tersine anlayış, Kanunun kimi hükümlerinin özel idareler ve belediyeler bakımından uygulanmaması sonucunu doğurur ki, böyle bir durum kanunun sözüne olduğu kadar, yasa koyucunun amacına da aykırılık oluşturur. / Anayasa ve ilgili kanunlarla verilen vesayet yetkisini yerel yönetim idareleri üzerinde kullanan İçişleri Bakanlığını bu idarelerin ilgili bakanlığı olarak kabul etmek zorunludur. / Öte yandan ilgili ve bağlı kuruluş kavramlarının tanımlandığı ve bu kuruluşların örgütlenme biçiminin düzenlendiği 3046 sayılı yasa, bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarını düzenleyici içerikte bir yasa olduğundan ve idari örgütlenmede standartlaşmayı amaçladığından bu yasada yer alan tanımlardan hareketle 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda belirtilen 'ilgili' ve 'bağlı' bakanlık kavramlarının açıklığa kavuşturulması mümkün değildir. / Açıklanan nedenlerle il özel idareleri ve belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kimi maddelerinde yer alan ve onayı gerektiren iş ve işlemleri için, İçişleri Bakanlığının 'ilgili' ya da bağlı bulunan bakan veya 'bakanlık' sayılması gerek(ir)". DİK, E. 95/68, K. 95/120, KT. 01.06.1995. Karar yayımlanmamıştır.

yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar (DİK m. 84/1)³⁵. Buna karşılık yasaklama makamı, 84. maddenin 3. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara ise haklarında *bir* yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verir (DİK m. 84/3). Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır (DİK m. 84/2)³⁶.

Görüldüğü üzere 83. madde uyarınca verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı genel niteliktedir. Yani sadece yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihaleleri değil, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Yasaklama kapsamının bu kadar geniş tutulmasının sebebi ise maddede sayılan fiil ve davranışların ağır olmasıdır. Buna karşılık 84. maddenin 3. fıkrası uyarınca verilen yasaklama kararının kapsamı madde metninden tam olarak çıkartılamamakla birlikte, bu kararı veren bakanlığın bu kanun ve diğer kanunlar uyarınca yaptığı ihaleleri kapsayacağı söylenebilir³⁷.

³⁵ Yasaklı müteahhitlerin izlenmesi ile ilgili olarak 2002/1 sayılı Devlet İhaleleri Genelgesinde şu hususlar yer almaktadır: "... ita amirleri ihaleyi onaylayacakları sırada da ihale üzerinde kalan müteahhit hakkında yasaklama kararı olup olmadığını titizlikle araştıraraklar, bulunmadığı takdirde ihaleyi onaylayacaklardır. / Sözleşme tasarısının vizesi sırasında da ita amirlerinin komisyon kararlarını onayladıkları tarihten önceki bir tarihte Resmi Gazete’de ilan edilmiş bir yasaklama kararının bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Müteahhit hakkındaki yasaklama kararı ita amirinin onay tarihinden önce Resmi Gazete’de yayımlanmış ise, bu işe ait sözleşme tasarısı kesinlikle vize edilmeyecektir”. RG. 07.03.2002, sy. 24688.

³⁶ Ortak girişimle yapılan ihalede, ortak girişimde yer alan şirketlerden birinin ihalelere katılma yasağı bulunduğu gerekçesiyle ihalenin feshi hukuka uygundur. “Dava dosyasında yer alan belgelerden AFC Fransız firmasıyla oluşturulan ortak girişimde yer alan davacı firmanın, teklif ve ihale tarihinde Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca verilmiş ihalelere geçici katılma yasağı bulunduğu anlaşılmaktadır. İhale yasağı olan davacı şirkete, dolaylı yoldan, ortak girişime katılmak suretiyle ihaleye girme sonucunu doğurması nedeniyle mevzuata aykırı bulunan ihale işleminin geri alınmasına ilişkin dava konusu işlem hukuka uygun(dur)”. D10D, E. 90/3463, K. 92/3360, KT. 30.09.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 523-525.

³⁷ Danıştay’a göre, 84. maddenin 3. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin *bütün* ihalelere katılmaktan yasaklanması esaslı bir şekil

Gerek 83. madde ve gerekse 84. maddenin 3. fıkrası uyarınca verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı *azami* 1 yıl olarak verilebilecektir. Çünkü her iki maddede de “bir yıla kadar” ibaresi bulunmaktadır. Dolayısıyla yasaklama makamı, yasaklama kararının süresini, fiil ve davranışın özelliğine göre ve nihayet 1 yılı aşmayacak şekilde belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Yasaklama kararı Resmi Gazete’de yayımlanır ve ilgililerin müteahhitlik sicillerine de işlenir (DİK m. 84/1 ve 3). Bununla birlikte Devlet İhale Kanunu’nda yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edilip ilgili bakanlığa bildirilmesinden itibaren yetkili makamca ne kadar süre içerisinde yasaklama kararının verileceği düzenlenmemiştir. Ayrıca, ilgili kişi/kişiler hakkında örtüşen dönemde birden fazla yasaklama kararı var ise yasaklamaların Resmi Gazete’de yayımı için her bir yasağın süresinin dolması beklenmemelidir³⁸.

2. Mahkeme

Devlet İhale Kanunu’nun 83. maddesinin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları işleyenler hakkında “ceza mahkemesi” de yasaklama kararı verebilmektedir. Bu doğrultuda Kanunun “ceza sorumluluğu ve sonuçları” başlıklı 85. maddesinin 1. fıkrasında özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, 83. maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile, o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılır³⁹ ve hükümlenacak ceza⁴⁰ ile birlikte bu kişilerin *bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmeleri* mahkeme kararı ile yasaklanır. Görüldüğü üzere ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı *genel* nitelikte olup, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır.

hatası oluşturur. D10D, E. 2005/3246, K. 2006/2858, KT. 11.05.2006. Karar yayımlanmamıştır.

³⁸ D10D, E. 2003/260, K. 2006/1604, KT. 24.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

³⁹ Yargıtay’a göre, şartnamede istenilen yeterli düzeyde makine parkına sahip olmadıkları halde, olduğundan bahisle demirbaş defteri düzenleyip ihale komisyonuna vermek ve bu hale göre komisyon tarafından kabul edilip ihaleye sokulmaları şeklinde gelişen sanıkların eylemi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 343. ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 83/c ve 85/1. maddelerinde gösterilen suçları oluşturur. Y6CD, E. 95/3466, K. 95/3449, KT. 30.03.1995, YKD, c. 21, Ağustos 1995, sy. 8, s. 1317-1318.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Özgenç**, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 227-270.

İhalelere katılmaktan yasaklamanın süresini de ceza mahkemesi takdir edecektir. Ancak bu süre 1 yıldan az 3 yıldan çok olamayacaktır.

Ceza mahkemesinin bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmesi, isteklinin, “taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak” nedeni ile sınırlıdır. Burada bu nedene dayalı olarak ceza mahkemesinin verdiği yasaklama kararı yanında idarenin de yasaklama kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durmak gerekmektedir. Kanaatimizce idarenin ceza mahkemesinin yasaklama kararı yanında, Kamu İhale Kanunu’nda olduğu gibi, ayrıca yasaklama kararı vermesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle idareler, ceza kovuşturmasına tabi tutulacak nitelikte veya kötü niyete dayalı olarak idareyi yanıltan, zarara uğratan bir davranış belirlerse, ceza mahkemesince verilen yasaklama kararından bağımsız olarak, DİK m. 84/1 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmelidir⁴¹. Danıştay ise bazı kararlarında, Devlet İhale Kanunu’nun 85. maddesinde özel bir düzenleme öngörüldüğünü ve asıl ceza ile birlikte ihalelere katılmaktan yasaklama kararının ancak ilgili ceza mahkemesince verilebileceğini belirtmektedir⁴².

Devlet İhale Kanunu’nda ihalelere katılmaktan süresiz yasaklanma sonucunu doğuran bir hüküm de bulunmaktadır. Buna göre, (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının Üçüncü Babının Üçüncü Faslında yer alan rüşvet verme (213) suçu⁴³ ile 339⁴⁴, 340⁴⁵ ve 342⁴⁶ maddelerine göre, bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında *tekerrür* hükümleri uygulananlar, *mesleklerini icradan men olunurlar* ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar (DİK m. 85/4). Bu mahkumiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenir (DİK m. 85/5). Şüphesiz bu

⁴¹ Nitekim bkz. D10D, E. 2002/1860, K. 2005/7047, KT. 18.11.2005, DD, 2006, sy. 112, s. 286-288.

⁴² D6D, E. 97/3839, K. 98/3615, KT. 25.06.1998. Karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2002/3970, K. 2003/72, KT. 15.01.2003. Karar yayımlanmamıştır.

⁴³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 252. (rüşvet) maddedir.

⁴⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 204 (resmi belgede sahtecilik) ve 205. (resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek) maddedir.

⁴⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 204. (resmi belgede sahtecilik) maddedir.

⁴⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 204. (resmi belgede sahtecilik) maddedir.

karar, “belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma” şeklinde bir güvenlik tedbiridir (TCK m. 50/1-e).

Devlet İhale Kanunu kapsamına giren işlerden dolayı haklarında (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun 342. maddesi ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmez (DİK m. 85/2). Ayrıca bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun 339 ve 340. maddeleri ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı mensupları, yargılama sonuna kadar görevden uzaklaştırılır (DİK m. 85/3).

II. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁴⁷, kapsamında sayılan idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri hakkında uygulanan bir kanundur. Kanunda ihale “bu Kanunda 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 işlemleri” kapsar şeklinde tanımlanmıştır (KİK m. 4). İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü ise Kanunun 17, 58 ve 59. maddelerinde düzenlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, Kamu İhale Kanunu’nda sayılan ihale usullerinde uygulanır. Kanunun 18. maddesinde ise ihale usulleri, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü şeklinde sayılmıştır. Diğer taraftan Kanunda yer alan “doğrudan temin” ve “tasarım yarışmaları” bir ihale usulü sayılmamakta, bunlar ihale dışı temin usulleri olarak görülmektedir. İşte, bu işler açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilip verilmeyeceği sorun teşkil etmektedir. Kamu İhale Genel Tebliğinde⁴⁸, 2003 yılında doğrudan teminin ihale usulü olmaktan çıkarılması nedeniyle, bu yolla yapılan alımlarda Kamu İhale Kanunu’nun 10, 11 ve 40. maddelerinin uygulanması zorunlu olmadığından, Kamu İhale Kanunu’nun 58. ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Kanaatimizce bu yorum isabetli değildir. İhalelere katılmaktan yasaklanmanın asıl sebebi, yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin, idarenin kendisine duyduğu güveni sarsması olduğundan, duyulan bu güvenin ihale usullerinde veya ihale dışı usullerde sarsılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, “doğrudan temin” ve “tasarım yarışmaları” açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmayacağına ilişkin olarak Kanunda bir hüküm de bulunmamaktadır. Ayrıca daha önce görüldüğü üzere Danıştay, Devlet İhale Kanunu’nda bir ihale

⁴⁷ RG. 22.01.2002, sy. 24648.

⁴⁸ Kamu İhale Genel Tebliği XV/B. RG. 25.07.2005, sy. 25886.

usulü olarak öngörülmeleyen emanet usulüyle yaptırılan işler için de ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceğine karar vermiştir.

A. YASAKLAMA NEDENLERİ

Kamu İhale Kanunu'nda da yasaklama nedenlerini, ihale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki fiiller ile ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki fiiller şeklinde iki aşamada inceleyebiliriz⁴⁹. Ancak Kamu İhale Kanunu'nda ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki fiillerden sadece “üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak” fiili düzenlendiğinden, bu aşamadaki diğer yasak fiiller Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlendiğinden bu başlık altında sadece bu sebep incelenecektir.

1. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Önceki Fiiller

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde, genel olarak ihalelerde yasak fiil ve davranışlar beş bent halinde sayılmıştır. İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce (yani ihale kararı kesinleşmeden önce) idareler, ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır (KİK m. 40/8). İhale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

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 halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten *birden fazla teklif vermek*.

e) 11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak⁵⁰.

⁴⁹ Doktrinde *Taşdelen*, yasaklama nedenlerinin sayma yöntemi yerine daha kapsayıcı bir şekilde “ihalenin ve ihale üzerine yapılan sözleşmenin bozulmasına neden olan her türlü davranış” biçiminde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. **Taşdelen**, s. 316.

⁵⁰ “... davacı şirketin küçük ortağı olan bir gerçek kişi hakkında, 3713 sayılı Kanun uyarınca verilen mahkumiyet kararı üzerine, davacı şirket hakkında da

İhale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki bu yasak fiil ve davranışları daha yakından incelediğimizde şu değerlendirmeler yapılabilir:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Dikkat edileceği üzere bu fiiller, Devlet İhale Kanunu'nun 83/a bendine çok yakın bir düzenlemedir. Danıştay, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, ihalenin üzerinde kalması halinde ek ürün *vaadinde* bulunan kişinin, Kamu İhale Kanunu'nun 17/a ve b bentlerini ihlal etmesi nedeniyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasını hukuka uygun bulmuştur⁵¹.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Rekabetin oluşmasını önleyen bu fiiller de, Devlet İhale Kanunu'nun 83/b bendine çok yakın bir düzenlemedir. Danıştay, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra taahhütten vazgeçme fiili üzerine, ihale komisyonunun yeniden toplanmak zorunda kaldığı ve dolayısıyla ihale kararının etkilendiği gerekçesine dayalı kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamayı 17/b kapsamında değerlendirmemiştir⁵².

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Bu fiiller de, Devlet İhale Kanunu'nun 83/c bendine benzemektedir. Bu kapsamda ihaleye katılan firmaya ait ihale dosyasında bulunan sahte bir belge ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirecektir⁵³. Ancak ihale dosyasında ihaleye katılmayan firmaya ait sahte bir belgenin bulunması katılmayan firmanın ihaleden yasaklanması sonucunu doğurmaz. Çünkü sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek bizzat ihaleye katılanlar için söz konusu olabilir⁵⁴.

4734 sayılı Kanununun 58. maddesinin uygulanarak işlem tesis edilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir". D13D, E. 2005/9479, K. 2005/6213, KT. 27.12.2005. Karar yayımlanmamıştır.

⁵¹ D13D, E. 2005/7984, K. 2006/857, KT. 06.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

⁵² D13D, E. 2005/9728, K. 2006/1020, KT. 20.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

⁵³ Nitekim bkz. D13D, E. 2005/6379, K. 2005/5525, KT. 15.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁴ Nitekim bkz. D13D, E. 2006/827, K. 2006/2190, KT. 22.05.2006. Karar yayımlanmamıştır.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Burada isteklinin kastının bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Aynı isteklinin iki veya daha fazla teklif dosyasını ihale makamına sunması ya da bir teklif dosyası içinde iki veya daha fazla teklif mektubu sunması bu kapsamdadır. Danıştay, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün ihtiyacını karşılamak amacıyla gerçekleştirilen ihaleye katılan ilgili şirket ile katılan bir diğer şirketin hissedar yapıları ve temsile yetkili kişileri aynı olmakla birlikte, ihale konusu 89 kalem malzemenin tamamen farklı kalemlerine kısmi teklif vermeleri ve gerekse her iki şirketin faaliyet alanlarının farklı olması karşısında verdikleri tekliflerin bu fıkra da sayılan yasak fiil ve davranışlar kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir⁵⁵.

e) Kanunun 11. maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Buna karşılık Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesine⁵⁶ göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak, ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirmemektedir.

2. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Sonraki Fiiller

İhale yetkilisince onaylanan ihale kararı kesinleşir ve sözleşme aşamasına gelinir (KİK m. 40). Bu aşamada ekonomik açıdan en avantajlı teklifi

⁵⁵ D13D, E. 2005/9064, K. 2005/5457, KT. 11.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁶ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesi uygulamasında Danıştay, belediyenin açmış olduğu ihaleye belediye başkanının kardeşinin katılmayacağına karar vermiştir. D10D, E. 90/927, K. 92/2056, KT. 15.05.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 552. Yine Danıştay, belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacaklarına karar vermiştir. D10D, E. 2001/4312, K. 2003/5197, KT. 16.12.2003, DKD, 2004, sy. 5, s. 266-270. Aksi yöndeki Sayıştay kararı için bkz. "...belediyelere ait şirketlerin ihalelere katılmalarını engelleyen bir hükme yer verilmediği gibi, kendi nam ve hesaplarına, kamu ihalelerine katılamayacakları hususunda bir tereddüt bulunmayan belediye görevlilerinin, belediyelerin, şirketlerdeki hisselerini temsilen şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında bulunmayacaklarına dair bir hükme de yer verilmemektedir". S3D, K. 149, KT. 19.06.2002. Sayıştay Bilgi Bankası.

veren kişi için sözleşme yapma/ımsalama zorunluluğu doğar (KİK m. 44)⁵⁷. Bu itibarla, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebepler dışında usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir (KİK m. 58/1). Yasaklama kararı verilmesini engelleyen tek şart ise, süresi içinde sözleşme yapmayı imkansız kılan bir mücbir sebebin varlığıdır. Mücbir sebep her somut olayda idare tarafından takdir edilecektir. Danıştay, üzerine ihale yapıldığı halde süresi içerisinde sözleşme imzalamayan ve sözleşmeyi imzalamama nedeni olarak da istenilen yağın sadece Petrol Ofisi AŞ. tarafından üretilmesini gerekçe gösteren isteklinin savını mücbir sebep olarak kabul etmemiştir⁵⁸.

Üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri dışında, usulüne göre sözleşme yapmamak fiili, her ne sebeple olursa olsun sözleşme yapmamak değil, iradi olarak sözleşme yapmaktan imtina etmek şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim Danıştay, ihaleye katıldığı tarihte vergi borcu olması nedeniyle (KİK m. 10/4-d) kendisiyle sözleşme yapılmayan ihale üzerine kalan kişi hakkında KİK'nun 44. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekirken, 58. madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine yasal olanak bulunmadığına karar vermiştir⁵⁹.

B. YASAKLAMA MAKAMI, SÜRESİ VE USULÜ

İhaleden yasaklama makamı idare ve/veya ceza mahkemesidir. Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı fiil ve davranış nedeniyle istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmez. Ancak işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa bu kararın yasaklama makamı tarafından dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durulmalıdır. Daha önceki açıklamalarımız ışığında bu kararın mutlak anlamda bağlayıcı olmadığını bir kez daha tekrar etmekte fayda görmekteyiz. Konuyla ilgili bir Danıştay kararına göre, “uyuşmazlık konusu olayda, davacının ceza mahkemesinde yargılandığı suç ihaleye fesat karıştırma olup, sahte faturanın davacı tarafından ibraz edilmediği yolundaki savunmasının aksine mahkumiyetine yeterli kesin ve inandırıcı delil olmadığı, sahte faturanın ihale komisyonunca anlaşılması nedeniyle işgal kabiliyetinin bulunmadığı, söz konusu ihalenin de davacıya verilmemesi karşısında yeterli delil elde edilememesi nedeniyle müsnet suçtan beraatine karar verildiği

⁵⁷ Sözleşme yapma yükümlülüğüne uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir olarak da kaydedilir (KİK m. 44/2).

⁵⁸ D13D, E. 2006/1132, K. 2006/1991, KT. 26.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁹ D13D, E. 2006/1109, K. 2006/1950, KT. 21.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

anlaşılmalıdır. / Ceza mahkemesinde açılan davanın konusunun sahte belge kullanmak suçunu teşkil etmemesi, anılan mahkeme kararının davacının ihaleye fesat karıştırma suçundan beraatine ilişkin olması, davalı idarece 58. madde uyarınca tesis edilen işlemin ise 17. maddede belirlenen sahte belge kullanmak eylemi nedeniyle tesis edilmesi karşısında, idareye sunulan belgeler içerisinde ihalede sahte belge kullanıldığının sabit olması nedeniyle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”⁶⁰.

1. İdare

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ve 58. maddesinin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri⁶¹, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığıdır (KİK m. 58/1). İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, *gereğinin yapılması için* bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (KİK m. 58/5). Burada ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık yasaklama kararının onay merciidir. Onay işlemi kesin ve yürütülebilir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların hasım mevkiinde de ihaleyi yapan bakanlık, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık bulunur. Bu nedenlerle ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yasaklama makamı, Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara, fiil ve davranışlarının özelliğine göre, *bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar*, “KİK'nun 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dahil” *bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verir (KİK m. 58/1). Buna karşılık yasaklama makamı, 58. maddenin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara ise haklarında *altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar* “KİK'nun 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dahil” *bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı

⁶⁰ D13D, E. 2005/9549, K. 2005/5647, KT. 25.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

⁶¹ Örneğin, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınarak Özelleştirme İdaresine devredilen TEDAŞ'a bağlı müesseselerde, örneğin MEDAŞ gibi, ihaleden katılma yasağı doğrudan o müessesenin ihale yetkilisi tarafından verilir. Bkz. D13D, E. 2005/9338, K. 2006/953, KT. 13.02.2006. Karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2004/10963, K. 2006/2307, KT. 10.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

verir (KİK m. 58/1)⁶². Nitekim Danıştay ihaleyi kazandığı halde öngörülen sürede (10 gün) sözleşmeyi imzalamayan isteklinin altı ay süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasını hukuka uygun bulmuştur⁶³.

Görüldüğü üzere Kanunun 17. maddesinde ve de 58. maddenin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı *genel* niteliktedir. Yani sadece yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihaleleri değil, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Yine her iki halde de yasaklama kararının KİK'nun 2. ve 3. maddesi ile istisna edilen işleri de kapsar biçimde uygulanması sağlanarak yasaklama kararının kapsamı geniş tutulmuştur. Zaten KİK'nun 3. maddesinin son fıkrasında bu doğrultuda "... (alımları) ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir" hükmü yer almaktadır.

Kanunun 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen yasaklama kararı 1 yıl – 2 yıl arasında olabilecektir. Buna karşılık Kanunun 58. maddenin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen yasaklama kararı 6 ay – 1 yıl arasında olabilecektir. Yasaklama makamı, yasaklama kararının süresini, fiil ve davranışın özelliğine göre ve yine bu süreler içerisinde kalmak kaydıyla belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da aynı yaptırım uygulanır. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir (KİK m. 58/2). Bu gibi durumdakiler, o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler (KİK m. 58/3).

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı kişi veya şirketi takip eder. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliğine göre, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının bu şirketlerden ayrılarak başka şirketlere ortak olması halinde, ortak oldukları şirketler de, ortak hakkında

⁶² Yasaklama süresinin, bu zaman dilimleri içerisinde kalmak kaydıyla, gün, hafta, ay veya yıl şeklinde belirlenebilmesi mümkündür. Nitekim bu yönde bkz. **Taşdelen**, s. 311.

⁶³ D13D, E. 2006/1172, K. 2006/2330, KT. 01.06.2006. Karar yayımlanmamıştır.

verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde ihalelere katılamayacaktır⁶⁴.

Yasaklama kararı, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın *tespit edildiği* tarihi izleyen en geç 45 gün içinde verilir. Bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer (KİK m. 58/4). Görüldüğü gibi yasaklama kararının ivedi olarak yürürlüğe girmesini sağlamak üzere idari bir süre de öngörülmüştür. Burada geçen 45 günlük sürenin başlangıcı, fiil veya davranışın işlendiği tarih değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihtir. Yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihten ise bunun gereğinin yapılması için yasaklamaya yetkili makama bildirildiği tarih anlaşılmalıdır. Nitekim Danıştay kararları da bu yöndedir: “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 ihaleyi yapan idarenin, isteklinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukukten 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 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”⁶⁵; “Söz konusu madde ile getirilen kırkbeş günlük süre yasaklama kararı verecek merciin, işi karara bağlamasına yönelik bir süre olup, fiilin işlendiği tarihten belli bir süre geçtikten sonra, karar verilmesini engelleyen bir zamanaşımı süresi niteliğinde bulunmamaktadır. Bu itibarla sürenin başlangıcını saptayabilmek için, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığı kavuşturulması gerekmektedir. / İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. 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, ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa,

⁶⁴ Kamu İhale Genel Tebliği XV/H.

⁶⁵ D13D, E. 2005/5992, K. 2005/5404, KT. 08.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır. / Aksi bir uygulama, ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararı verecek bakanlığın, teşkilatlanma farklılıkları nedeniyle, iletişimde gecikmeler olacağı göz önüne alındığında, bütün yasaklamalarda bu sürenin aşılması sonucunu beraberinde getirecektir”⁶⁶.

Burada son olarak yasaklamanın gereğinin yapılması istemi önüne gelen yetkili makamın 45 günden sonra yasaklama kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Kamu İhale Genel Tebliğinde, *isabetli olarak*, Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunması ve madde gerekçesi de dikkate alınarak, burada yer alan sürelerin disiplinler niteliği aştığı ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, 45 gün içinde yasaklama kararı verilmediği takdirde yasaklama kararı verilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır⁶⁷. Ayrıca maddede “en geç kırkbeş gün içinde verilir” denmesi de bu yaklaşımı isabetli kılmaktadır. Kısacası, 45 günden sonra ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verildiği takdirde “zaman bakımından yetkisizlik” hali ortaya çıkacaktır.

Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur (KİK m. 58/4).

2. Mahkeme

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde yazılı fiil ve davranışları işleyenler hakkında “ceza mahkemesi” de yasaklama kararı verebilmektedir. Bu doğrultuda Kanunun “isteklilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 59. maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu kişilere, hükmolunacak cezaya ilaveten, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla *bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılma mahkeme kararıyla* yasaklanır. Bu yaptırım Kamu İhale Kanunu m. 58/2’de sayılanlar için de uygulanır (KİK m. 59/1). Görüldüğü üzere ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı *yarı genel* niteliktedir. Şöyle ki, yasaklama kararı bütün

⁶⁶ D13D, E. 2005/7380, K. 2006/1443, KT. 20.03.2006, DD, 2006, sy. 113, s. 422.

⁶⁷ Kamu İhale Genel Tebliği, XV/D. Aynı yöndeki görüş için bkz. **Taşdelen**, s. 313.

idarelerin sadece bu kanun kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklamanın süresini de ceza mahkemesi takdir edecektir. Ancak bu süre 1 yıldan az 3 yıldan çok olamayacaktır.

Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve m. 58/2'de sayılanlar, yargılama sonuna kadar KİK kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamazlar. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir (KİK m. 59/2). Haklarında mükerrer ceza hükümlenmiş olanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, *mahkeme kararı ile sürekli olarak* kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır (KİK m. 59/3). Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur (KİK m. 59/5).

Ayrıca ister geçici ister sürekli olsun haklarında mahkemece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenler ve ceza hükümlenmiş olanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir (KİK. m. 59/4).

III. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNA GÖRE

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁶⁸, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirleyen özel bir kanundur. Kanun, sözleşmenin uygulanması sırasında birtakım yasaklar getirmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü ise Kanunun 25-27. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

A. YASAKLAMA NEDENLERİ

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlar yedi bent halinde sayılmıştır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere *fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara *teşebbüs etmek.*

⁶⁸ RG. 22.01.2002, sy. 24648.

- c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu *imalat yapmak*.
- d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye *zarar vermek*.
- e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29. madde hükümlerine *aykırı hareket etmek*.
- f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak *taahhüdünü yerine getirmemek*.
- g) Sözleşmenin 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

Burada, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek fiili üzerinde kısaca durulacaktır. Çünkü Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller de sayılmıştır. Kanuna göre, doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller mücbir sebeptir (KİSK m. 10/1). İstekliler, basiretli davranmalı, muhtemel tüm olumsuzlukları göz önünde bulundurarak sözleşme imzalamalıdır. Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme fiilinin muayene komisyonu tarafından tespit edilmesi üzerine ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir⁶⁹. Aksi takdirde ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilemez⁷⁰.

B. YASAKLAMA MAKAMI, SÜRESİ VE USULÜ

1. İdare

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı

⁶⁹ D13D, E. 2005/10034, K. 2006/1395, KT. 13.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

⁷⁰ D13D, E. 2005/7149, K. 2005/4726, KT. 26.09.2005. Karar yayımlanmamıştır. Bir kararında Danıştay, teslim edilen malın teknik şartnameye uygun olup olmadığı konusunda Asliye Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine verilecek karar uyuşmazlığın çözümünü etkileyeceğinden, ihaleden yasaklama kararını denetleyen idare mahkemesinin bu davanın sonucuna göre bir karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. D13D, E. 2005/9029, K. 2005/5783, KT. 06.12.2005. Karar yayımlanmamıştır.

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 Bakanlığıdır (KİSK m. 26/1). İdareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, *gereğinin yapılması için* bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (KİSK m. 26/5). Burada ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık yasaklama kararının onay merciidir. Onay işlemi kesin ve yürütülebilir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların hasım mevkiinde de ihaleyi yapan bakanlık, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık bulunur. Bu nedenlerle ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yasaklama makamı, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara, fiil ve davranışlarının özelliğine göre, *bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar*, "KİK'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil" *bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verir (KİSK m. 26/1). Görüldüğü üzere Kanunun 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı *genel* niteliktedir. Yani sadece yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihaleleri değil, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Yine yasaklama kararının KİK'nun 2. ve 3. maddesi ile istisna edilen işleri de kapsar biçimde uygulanması sağlanarak yasaklama kararının kapsamı geniş tutulmuştur. Zaten KİK'nun 3. maddesinin son fıkrasında bu doğrultuda "... (alımları) ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir" hükmü yer almaktadır.

Kanunun 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen yasaklama kararı 1 yıl – 2 yıl arasında olabilecektir. Yasaklama makamı, yasaklama kararının süresini, fiil ve davranışın özelliğine göre ve yine bu süreler içerisinde kalmak kaydıyla belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da aynı yaptırım uygulanır. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir (KİSK m. 26/2). Bu gibi durumdakiler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler (KİSK m. 26/3).

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı kişi veya şirketi takip eder. Bu hususta Kamu İhale Kanunu'nda söylenenler aynen geçerlidir.

Yasaklama kararı, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın *tespit edildiği* tarihi izleyen en geç 45 gün içinde verilir. Bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer (KİSK m. 26/4). Görüldüğü gibi yasaklama kararının ivedi olarak yürürlüğe girmesini sağlamak üzere idari bir süre de öngörülmüştür. Burada geçen 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, fiil veya davranışın işlendiği tarih değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın sözleşmeyi yapan idarece tespit edildiği tarihtir. Yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın sözleşmeyi yapan idarece tespit edildiği tarihten ise bunun gereğinin yapılması için yasaklamaya yetkili makama bildirildiği tarih anlaşılmalıdır. Nitekim Danıştay'a göre, "ihalelere 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"⁷¹.

Burada son olarak yasaklamanın gereğinin yapılması istemi önüne gelen yetkili makamın 45 günden sonra yasaklama kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Daha önce de görüldüğü gibi Kamu İhale Genel Tebliğinde, *isabetli olarak*, Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunması ve madde gerekçesi de dikkate alınarak, burada yer alan sürelerin disipliner niteliği aştığı ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, 45 gün içinde yasaklama kararı verilmediği takdirde yasaklama kararı verilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır⁷². Ayrıca maddede "en geç kırkbeş gün içinde verilir" denmesi de bu yaklaşımı isabetli kılmaktadır. Kısacası, 45 günden sonra ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verildiği takdirde "zaman bakımından yetkisizlik" hali ortaya çıkacaktır.

⁷¹ D13D, E. 2005/7182, K. 2005/5405, KT. 08.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

⁷² Kamu İhale Genel Tebliği, XV/D.

Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur (KİSK m. 26/4).

2. Mahkeme

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde yazılı fiil ve davranışları işleyenler hakkında "ceza mahkemesi" de yasaklama kararı verilebilmektedir. Bu doğrultuda Kanunun "yüklenicilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 27. maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu kişilere, hükmolunacak cezaya ilaveten, idarece 26. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla *bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılma *mahkeme kararıyla* yasaklanır. Bu yaptırım Kamu İhale Kanunu m. 26/2'de sayılanlar için de uygulanır (KİSK m. 27/1). Görüldüğü üzere ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı *yarı genel* nitelikte olup, bütün idarelerin sadece bu kanun kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklamanın süresini de ceza mahkemesi takdir edecektir. Ancak bu süre 1 yıldan az 3 yıldan çok olamayacaktır.

Haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, *mahkeme kararı ile sürekli olarak* kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır (KİSK m. 27/2). Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur (KİSK m. 27/4).

Ayrıca ister geçici ister sürekli olsun haklarında mahkemece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenler ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir (KİSK m. 27/3).

SONUÇ

İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki genel değerlendirme, tespit ve önerilerimiz şunlardır:

1) Devlet İhale Kanunu'ndaki yasaklama nedenleri Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'ndaki nedenlerle uyumlu hale

getirilmelidir. Bu yapılırken, sözleşme aşamasından önceki fiil ve davranışlar ile sözleşme aşamasından sonraki fiil ve davranışlar ayrı maddelerde düzenlenmelidir.

2) İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, emanet, doğrudan temin ve tasarım yarışmaları gibi ihale usulleri dışındaki işler açısından da verilebilmelidir.

3) Yasaklama kararı vermeye yetkili makam, yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

4) Yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar, “bütün” ihalelere katılmaktan yasaklanmalı, kanunlarda bu konuda gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

5) Devlet İhale Kanunu’nda idarelerin, ceza mahkemesinin yasaklama kararı yanında ayrıca yasaklama kararı verip veremeyecekleri konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda olduğu gibi idareler ceza mahkemesinin yasaklama kararı yanında ayrıca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmelidir. Ceza mahkemesinin verdiği yasaklama kararı, idarece verilen yasaklama kararının bittiği tarihi izleyen günden itibaren uygulanmalıdır.

6) Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ndaki yasaklama süreleri birbirine uyumlu hale getirilmelidir. Aynı fiil nedeniyle farklı kanunlara göre verilen yasaklama kararları eşitsizliğe neden olmaktadır.

7) Devlet İhale Kanunu uyarınca ceza mahkemesince verilen yasaklama kararının sonuçları genel niteliktedir. Yani yasaklama kararı, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Buna karşılık, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca ceza mahkemesince verilen yasaklama kararının sonuçları ise yarı genel niteliktedir. Yani yasaklama kararı, bütün idarelerin sadece bu kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Bu durum, Devlet İhale Kanunu uygulaması esas alınarak yapılacak bir değişiklikle giderilmelidir.

8) Yasaklama kararı, hakkında yasaklama kararı verilen kişi veya şirketi takip eder. Yani yasaklama kararı verilen kişi bir şirkete ortak olursa veya yasaklama kararı verilen şirket bir diğer şirketle birleşirse bu karar bunlar hakkında da geçerli kabul edilmelidir.

9) Devlet İhale Kanunu’nda, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edilip yetkili makama gereğinin yapılmasının bildirilmesinden itibaren yetkili makamca ne kadar süre içerisinde yasaklama kararı verileceği düzenlenmemiştir. Konu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ndakine benzer şekilde düzenlenmelidir.

10) Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yasaklama kararının verilmesi için bu fiil ve davranışların tespit edildiği tarihten itibaren 45 günlük bir idari süre öngörülmüştür. Danıştay yasak fiil ve davranışların tespit tarihini, ihale düzenini korumak amacıyla, gereğinin yapılması için yasaklama makamına bildirilme tarihi olarak kabul etmektedir. Aslında en uygun olanı bu kanunlarda yapılacak bir değişiklikle maddenin “yasaklama kararı yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiğinin yetkili makama bildirildiği tarihten itibaren en geç 45 gün içinde verilir” şeklinde yeniden düzenlenmesidir.

11) Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca 45 günlük süreden sonra ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi halinde “zaman bakımından yetkisizlik” durumu ortaya çıkacaktır.

12) İhale aşamasında verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararına karşı iptal davası açıldığında, şartları varsa, “savunma gelmeden yürütmeyi durdurma” kararı verilebilmesi İYUK'ta yapılacak bir değişiklikle mümkün hale getirilmelidir.

13) Hem ihalelere katılmaktan yasaklama kararı gerekçeli olmalı hem de asgari ve azami sürede yasaklama kararı verme gerekçeli olmalıdır.

14) Yasaklama usulü disiplin usulüne benzemektedir. Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı fiil ve davranış nedeniyle istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmemelidir. Ancak işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa bu karar yasaklama makamı tarafından göz önünde bulundurulmalı, ancak yasaklama makamı bu kararla kendini mutlak anlamda bağlı hissetmemelidir.

15) Kanunlarla idarelere sadece geçici yasaklama kararı verebilmesi, buna karşılık ceza mahkemelerine hem geçici hem de sürekli yasaklama kararı verebilmesi yetkisi tanınması isabetlidir.

16) Kamu İhale Kanunu'nda olduğu gibi, Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesinde ihaleye katılamayacağı sayılan kişilerin ihaleye katılması halinde haklarında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilmesi için gerekli kanun değişikliği yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıymaz, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004.

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.

Gürsel, Meltem Kutlu, Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları, in Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, c. III, İstanbul 2003.

Özay, İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Taşdelen, Aziz, Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma, Ankara ÜHFD, c. 55, sy. 1, 2006.

Yayla, Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979.