

KAMU İHALELERİNE KATILMA YASAĞI

Saadettin DOĞANYİĞİT
Sayıştay Başdenetçisi

Kamu ihalelerine katılma yasağı esasen iki kaynaklıdır. Bunlardan ilki, ihale komisyon üyeleri ile ita amirine olan sıhri ve kan hısımlılığının ve ihaleyi yapan idarenin çalışanları olmanın bir gereğidir. Yasaklamanın diğer bir boyutu ise müteahhit ve isteklinin tutumu ile yakından ilgilidir.

Genel Olarak

2886 sayılı İhale Yasasının 6'ncı maddesi; doğrudan yada dolaylı olarak kamu ihalelerine katılamayacak olanları sıralamış ve ilgili kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanları hüküm altına almıştır. Maddede yasaklama hususunda herhangi bir iş veya işler istisna kapsamında değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla bu yasaklamalar İhale yasaının "kapsam" başlıklı 1'inci maddesinde sözü edilen tüm ihale işleri için geçerli bulunmaktadır.

6'ncı maddede, idareyi yapan idarenin ita amirleri ile ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar ve bu şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sıhri hısımları ile bunların ortakları (yönetim kurulunda görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) ve ayrıca bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılmayacakları vurgulanmaktadır.

İHALE YASASINDAN KAYNAKLANAN YASAKLAMA HÜKÜMLERİ

Kamu ihalelerine geçici ve sürekli olarak katılamamayı gerektiren fiil ve davranışların neler olduğu 83'üncü maddede ayrıntılı biçimde sıralanmaktadır. Bununla birlikte 84'üncü maddede idarelerce "ihalelere katılmaktan geçici yasaklama" ve 85'inci maddede ise "ceza sorumluluğu ve sonuçları" başlığı ile "ihalelere katılmaktan sürekli yasaklama" konularına açıklık getirilmektedir.

GEÇİCİ YASAKLAMA

83'üncü maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilirlik bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuş ise idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil ve davranışların özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından haklarında bir yıla kadar bü-

tün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı R.G.'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgilinin müteahhitlik sicillerine de işlenir.

İhalelere katılmaktan yasaklananlar yasaklı oldukları sürece diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit ve müşteri sıfatıyla katılamazlar. Yani yasaklama, geneldir. Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide hükmü uygulanır.

İhaleyi Aldıkları Halde Sözleşme Yapmayanlar İle Taahhüdünü Yerine Getirmeyenlerin Durumu :

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünde vazgeçen mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit ve müşteriler hakkında da ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar R.G.'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir. Ayrıca ihaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları taktirde gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.

Üzerinde ihale kaldığı halde sözleşme yapmayan ve bu yüzden aynı idarenin aynı iş için açtığı ihaleye ilgili yüklenicinin alınması Yasanın amir hükmünün özüne ve lafına aykırı düşeceği gibi Medeni Kanunun objektif iyi niyet kurallarını düzenleyen 2'inci maddesi hükmüne de uygun düşmeyecektir. Bu nedenle ilk ihale sonunda basiretli bir tacir gibi hareket etmeyip sözleşme yapmayan müşteriye hakkında yasaklama kararı alınmadığı gerekçesiyle aynı işin yeniden ihale edilmesi uygun olmaz.⁽¹⁾

Ortak Girişimlerde Ortaklardan Birinin "İhalelere Geçici Katılma Yasağı"nın Bulunması İhalenin Feshini Gerektirir mi?

Danıştay, ortak girişimlerle yapılan ihalenin, ortak girişimde yer alan firmalardan birinin "ihalelere geçici katılma yasağı" bulunduğu gerekçesiyle feshedilmesinde hukuka aykırılık görmemiş ve İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur.

Söz konusu dava, 233 sayılı KHK'nin 45'inci maddesine göre davacı yüklenicinin de yer aldığı ortak girişimle yapılan ihalenin, firmanın ihalele-

(1) Maliye Bakanlığının 4.2.1986 tarih ve 4/93-6408 sayılı müktezası.

re katılma yasağı bulunduğu ileri sürülerek sözleşmenin Maliye Bakanlığınca vize edilmemesi üzerine DPT Müsteşarlığınca feshedilmesi işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Ankara 2. İdare Mahkemesi, 2886 sayılı Yasanın ihalelere katılmaktan geçici yasaklamayı düzenleyen 84. maddesinin 2 inci fıkrasında "haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanacağı" hükmünün yer aldığı, ortak girişimde davacı hisse sayısının %40 olması karşısında dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle idarenin fesih işlemini iptal etmiştir. Davalı idareler, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla anılan mahkemenin 15.2.1990 günlü ve E.1989/402, K.1990/387 sayılı kararının temyizden incelenip bozulmasını istemişlerdir.

Bunun üzerine Danıştay; "2886 sayılı yasanın 6. maddesinde doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamayacak olanlar belirtilmiş olup; aynı maddenin 2. fıkrasıyla da "Bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış bulunanlar" yasak kapsamına alınmış bulunmaktadır.

"Dava dosyasında yer alan belgelerden AFC Fransız firmasıyla oluşturulan ortak girişimde yer alan davacı firmanın, teklif ve ihale tarihinde Tarım ve Köy İşleri 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 olup anılan işlemin iptali yönündeki temyizden incelenen kararda hukuki isabet görülmemektedir." demiş ve İdare Mahkemesinin söz konusu kararının bozulmasına değin hüküm vermiştir.

İşçi Ücretlerindeki Artışı Gereğe Göstererek Sözleşme İmzalamaktan Kaçınan Müteahhide Yasaklama Kararı Verilebilir mi?

Temizlik ihalesini kazanan yüklenicinin, asgari işçi ücretlerinde yüksek oranda artış olduğu, ihaleye katılırken işçi ücretlerinde %10 oranında artış olacağını hesaplayarak teklif verdiği ancak artışın %69'u geçtiği bu durumun beklenmeyen bir durum olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle ihale sözleşmesini imzalamaktan kaçılması üzerine idare; 2886 sayılı Yasanın 84. maddesine göre, ilgili yükleniciye bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermiştir. Yüklenici, idarenin vermiş olduğu yasaklama kararının iptali için İdare Mahkemesine gitmiş ve aynı gerekçelerle işlemin iptalini istemiştir. Mahkeme 24.12.1987 gün ve E.1986/896, K. 1987/1299 sayılı kararı ile işlemi iptal etmiştir. Bunun üzerine idare, asgari ücret artışının mücbir sebep olmadığı bu nedenle süresinde sözleşme imzalamaması sonucunda ihaleden yasaklama kararı verilmesinin yerinde olduğu iddiasıyla konunun temyizden incelenerek Danıştay tarafından bozulmasını istemiştir.

Danıştay ise verdiği karar⁽²⁾ ile; davacı şirketin ileri sürdüğü neden, mücbir sebep sayılamayacağından ilgili yasa uyarınca davacı yükleniciye ihaleyi kazanmasına rağmen, sözleşme imzalamaması nedeniyle yasaklama kararı verilmesini mevzuata uygun bulmuş ve İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığından 2577 sayılı Yasanın 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca bozulmasına hükmetmiştir.

Yerel Yönetimlerle "İlgili Bakanlık" Mercii

84 üncü maddede verilecek ihaleden yasaklama kararlarının "ihaleyi yapan Bakanlık veya ilgili Bakanlık tarafından" verilmesi ve Bakanlık tarafından R.G.'de ilan ettirilmesi öngörülmektedir. Herhangi bir Bakanlığa doğrudan bağlı bulunmayan yerel yönetimlerde uygulamanın ne şekilde yapılacağına İçişleri Bakanlığınca çıkarılan bir genelge⁽³⁾ ile konuya açıklık getirilmiştir.

83 üncü maddede belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılabilirler ile üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen veya mücbir sebepler dışında taahhüdünü yerine getiremeyen müteahhit ve müşteriler hakkında 84 üncü madde gereğince bir yıla kadar verilmesi gereken ihaleden yasaklama kararının il daimi encümenleri ve belediye encümenleri tarafından alındığı ve R.G.'de ilan ettirildiğinin görüldüğü ve bazı yerel yönetimlerde de yasaklamanın hangi makam tarafından yapılacağı hakkında görüş talebinde bulunulduğu gibi hususlara yer verilen mezkur Genelgenin sonuç kısmında :

"... il özel idareleri ile belediyelere ait ihalelerle ilgili olarak verilmesi gereken ihalelere katılmaktan yasaklama kararının il daimi encümeni ile belediye encümeni tarafından değil, anılan encümenlerin bu konudaki taleplerinin Bakanlığımız tarafından kararlaştırılması ve yine Bakanlığımız tarafından R.G.'de ilan ettirilmesi gerekmektedir." denilmektedir.

Belediye ve özel idareler için İçişleri Bakanlığının "ilgili" yada "bağlı bulunan Bakan veya Bakanlık" sayılması gerektiğine ilişkin Danıştay İdari İşler Kurulu kararı da mevcuttur.⁽⁴⁾ İlgili uygulamanın "yerel yönetimler özerklik şartına" aykırılık teşkil ettiği düşüncesiyle eleştirilere konu olduğunu da bu arada belirtelim.

(2) Danıştay 10. Dairesinin 30.9.1993 tarih, E. 1991/616, K.1992/4208 sayılı kararı.

(3) İçişleri Bakanlığının 11.3.1992 tarih ve 373 sayılı genelgesi.

(4) Danıştay İdari İşler Kurulunun 1.6.1995 tarih, E.1995/68, K.1995/120 sayılı kararı

CEZA SORUMLULUĞU VE SÜREKLİ YASAKLAMA

83 üncü maddenin (c) bendinde⁽⁵⁾ yazılı fiil ve davranışları, bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi, tespit edilenler ile o işteki ortak ve vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararıyla yasaklanırlar. İhale Kanunu kapsamına giren işlerden dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 342 inci maddesi ile son soruşturulmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar hiç bir suretle yeni iş verilmez. Yine bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında T.C.K.'nin 339 ve 340 inci maddeleri ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı mensupları yargılama sonucuna kadar görevden uzaklaştırılır.

Türk Ceza Kanununun 339, 340 ve 342 inci maddelerine göre, İhale Kanunu kapsamındaki işlerden mükerrer mahkumiyet alanlar, mesleklerini icra edemezler; hiç bir nam altında müteahhitlik yapamazlar. Bu mahkumiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenmektedir.

DİĞER KANUNLARDAN KAYNAKLANAN YASAKLAMA HÜKÜMLERİ

Aşağıdaki sıralandığı ve bir kısmını da kısaca değinildiği üzere belli şartların varlığı halinde bazı kimselerin kamu ihalelerine iştirakleri kısmen veya tamamen yasaklanmıştır. Bu hükümler şunlardır:

- 1930 tarihli 1580 sayılı Kanunun 29 uncu maddesi :

Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyeleri, herhangi bir nedenle görevinden ayrıldıktan itibaren bir yıl geçmedikçe mensubu bulunduğu belediye ile şahsen veya ortakları eliyle taahhüt işlerine giremez; mensubu buldukları belediye bütçesinden maaşlı veya ücretli bir göreve tayin edilemezler ve ayrıca Avukatlık Kanununun 9 uncu maddesi mucibince Başkanlık ve Meclis Üyeliği süresince ilgilendikleri ve üzerinde oy kullandıkları işlerle ilgili davaları alamazlar.

(5) c- ihale 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 sırasında hileli malzeme araç ve usuller kullanmak.

Belediye Meclisi Üyeliğinden ayrıca bir kimsenin belediyede maaşlı veya ücretli bir görev almasının önlenmesi, nüfuslarını kullanarak bir vazife tayin edilmelerine mani olmak içindir.⁽⁶⁾

Öte yandan Belediye Meclisine seçilme ile taahhüt ilişkisini düzenleyen bir Danıştay kararı gereğince de, Belediye Meclisine üye seçilebilmek için belediye ile herhangi bir taahhüt ilişkisi içinde bulunulmaması ve bu ilişkisizlik halinin en az kati kabul yapılan tarihe kadar devam etmesi gerekir.⁽⁷⁾

Görüleceği üzere ilgili karar ile yasaklama, seçim öncesine kadar götürülmektedir.

- 2.10.1981 tarih 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun : (Madde 1 ve 2)

Genel bütçeye dahil daire, kurum ve kuruluşlar ile katma bütçeli dairelerde, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanuna veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan fonlarda, belediye ile il özel idarelerinde, 468 sayılı kanun kapsamındaki kuruluşlarda aylık ödenek veya ücret almak suretiyle görev yapmış olup da hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak 3 yıl süreyle görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde girişemezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar.

- 657 sayılı D.M.K.'nun 28 inci maddesi :

Devlet memurları ile ilgili madde gereğince Türk Ticaret Kanununa göre tacir ve esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar; ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar ve vekil olamazlar.

Ancak resmi bir projenin tetkik işi devlete karşı ifa edilmiş bir hizmet niteliğinde olduğundan devlet memuru durumunda bulunan kimselere proje tetkiki ile ilgili hizmetlerine karşı bir ücret ödenebilmesi, ancak bu bilgilerin bağlı olduğu personel yasasındaki esaslara uyulmak şartı ile mümkündür.⁽⁸⁾

Yani devlet memuru niteliğindeki kişilerin proje tetkikinden doğan ücretleri tabi oldukları personel yasası hükümlerine göre ödenebilir.

(6) Danıştay 5. Dairesinin 27.4.1956 tarih ve E. 1955/1573, K.1956/1226 sayılı kararı.

(7) Danıştay 8. Dairesinin 1.10.1969 tarih ve E. 3512, K.3370 sayılı kararı.

(8) Sayıştay Genel Kurulunun 16.11.1959 tarih ve 3504/2 sayılı kararı.

- Sair Hükümler :

Medeni hakları bizzat kullanmayıp veya kullanamayıp ta bu haklarını veli, vasi veya kayyum marifetiyle kullananlar ile kamu hizmetlerinden mahrum bırakılmış olanlar, kamu ihalelerine haliyle katılamayacaklardır. Bununla beraber 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 11 inci, 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanununun 27 inci ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun 108 inci maddeleri de kamu ihalelerine katılımı yasaklayan hükümler içermektedir.

YASAKLI MÜTEAHHİTLERİN İZLENMESİ

Devlet İhale Genelgesinde de ayrıntısı ile açıklandığı üzere yasaklı müteahhitlerin takibi işlerinin idarelerce ve özellikle ita amirlerince yapılması gerekmektedir. Bu itibarla ita amirleri ihaleyi onaylayacakları sırada ihale üzerinde kalan müteahhit hakkında herhangi bir yasaklama kararı olup olmadığını titizlikle araştıraraklar ve ancak bulunamadığı takdirde ihaleyi onaylayacaklardır.

Bununla beraber ilan ve şartnamelere istekli ve müteahhitlerin ihalelere katılmaktan yasaklı olmadıklarına dair belge ibraz etmelerini zorunlu kılan hükümlerin konulamayacağı; yasaklı müteahhitlerin izlenmesinin idarelerin sorumluluğunda bulunduğundan bu şekilde ilgililerden belge ibraz etmeleri istenilmeyeceği ve ibraz etmedikleri gerekçesiyle de isteklilerin ihaleye katılmalarının engellenmeyeceği hususları yine ihale genelgesi hükümleri gereğidir.⁽⁹⁾

Sözleşme tasarılarının vize edilmesi sırasında da ita amirlerinin komisyon kararlarının onayladıkları tarihten önceki bir tarihte R.G.'de ilan edilmiş herhangi bir yasaklama kararının bulunup bulunmadığına bakılmaktadır ki, müteahhit hakkındaki yasaklama kararı ile ita amirinin onay tarihinden önce R.G. 2 de yayımlanmış ise ilgili işe ait sözleşme tasarısı vize edilmemektedir.

Yasaklı Müteahhitlere İhale Verilmesi Durumu

Devlet İhale Kanununun 6 ncı ve diğer yasalardaki yasaklama hükümlerine göre ihalelere katılamayacak olanların buna rağmen ihalelere katılmaları ve ihalenin üzerinde kalması halinde ihalenin feshi gerekir.⁽¹⁰⁾ ◆

(9) İlgili genelge 17.03.1998 tarih ve 23289 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

(10) Danıştay 10. Dairesinin 9.3.1983 tarih ve E. 189, K.473 sayılı kararı.