

KAMU İHALELERİNE
KATILMaktan YASAKLAMA
SÜRESİ, SÜRENİN BAŞLANGICI
VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Volkan SIRABAŞI*

* E. Kamu İhale Uzmanı.

A. GİRİŞ

Kanunlarda tanımı yapılmayan ihalelere katılmaktan yasaklama, ihale sürecini bozmaya yönelik fiil veya davranışlarda bulunan gerçek ya da tüzel kişilere uygulanan geçici veya sürekli nitelikte olan yaptırımdır. Mevcut mevzuatımıza göre ihalelere katılmaktan yasaklama; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa, Türk Ceza Kanununa ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa dayanılarak verilmektedir. Söz konusu kanunlarda yasaklama ile hükümlerde bir kısım hukuki boşluklar bulunduğu da bir gerçektir.

Kanun olarak ilk kez 01.01.1984 yılında yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklamaya, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda da yer verilmiştir.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlara göre, istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmekte, bu durum yasaklanan gerçek veya tüzel kişinin bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine girmesine engel oluşturmaktadır.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlara göre, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı iki farklı merci tarafından verilen bir yaptırımdır. Mahkemelerce tesis edilen güvenlik tedbiri niteliğinde geçici ve sürekli yasaklama kararları ile idareler tarafından verilen idari yaptırım niteliğindeki yasaklama kararları şeklindedir. Mahkemelerce tesis edilen güvenlik tedbiri niteliğinde geçici ve sürekli yasaklama kararlarının mahkeme ilamında belirtilen kapsam ve süre dahilinde uygulanması gerekmektedir.^[1]

01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kamu harcaması gerektiren ihalelere ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Buna karşın kamuya gelir getiren ihalelere ilişkin hususlar (satım, kiraya verme, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi gibi işleri) 2886 sayılı Kanunun hükümlerine tabidir. Dolayısıyla 2886 sayılı Kanun tüm hükümleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmamış, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan “mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri” açısından 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 84 üncü maddesine göre verilen ve Resmi Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklamaya ilişkin kararlar, kararı veren kurum veya kuruluşun ihalelerine ya da bu Kanuna göre yapılan tüm ihalelere katılmaktan yasaklama şeklinde olmaktadır. 2886 sayılı Kanuna göre idarelerce verilen yasaklama kararları, Resmi Gazete’de yayımlandığı kapsam ve içeriğe göre uygulanacaktır.

[1] Ayrıntılı bilgi için bakınız Sırabaşı, Volkan, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.; İsbir, Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlardaki yasaklama 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan farklı olarak bütün kamu ihalelerine katılmaya engel oluşturur. Yani, sadece ilgili kamu kuruluşundan veya bakanlıktan değil, bütün kamunun ihalelerine katılmaktan yasaklama sonucu doğurur.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımının Türk Ceza Kanunu anlamında bir ceza niteliğinde olmamakla birlikte, idari yaptırım (idari ceza) niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

İhale süreci, ihtiyacın tespitinden usulüne uygun sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süredeki işlemlerin tamamını kapsamaktadır. İhalenin amacı objektif ve rekabetçi bir yarışma ortamı içerisinde en uygun fiyat teklifine ulaşmaktır. Bu süreçteki uyuşmazlıklar “İdari Yargının” görev alanı içinde olup, usulüne uygun bir sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreçteki uyuşmazlıklar ise özel hukuk hükümlerine tabi olduğundan “Adli Yargının” görev alanına girmektedir. 4735 sayılı yasanın adı her ne kadar “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” ise de, 4735 sayılı kanuna göre imzalanmış sözleşmeler “Kamu Sözleşmesi” sayılmamakta ve özel hukuk hükümlerine göre işlem görmektedir.

Yasaklama kararına karşı Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet yolu ile başvurulması söz konusu olmayıp, karar Resmi Gazetede yürürlüğe girdikten sonra, buna ilişkin yasal başvuru yolu 60 günlük süre içerisinde (Resmi Gazetede yayımdan itibaren) yürütmenin durdurulması istemli idare mahkemesinde açılacak iptal davasıdır. Yasaklama kararlarının ayrıca ilgisine yazılı olarak bildirileceğine (tebliğ edileceğine) ilişkin bir şart olmadığına dikkat edilmelidir.

B. YASAKLAMA SÜRESİ

Yasaklılık süresi 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda 3 tür düzenlenmiştir;

- a. Kanunlardaki yasak fiil veya davranışta buldukları tespit edilenler hakkında (4734 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 4735 sayılı Kanunun 25. maddesi) fiil veya davranışın özelliğine göre **1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar,**
- b. Üzerine ihale kaldığı halde mücbir sebep halleri (doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde idarenin başvurusu üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller) dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında **6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadar,**
- c. 4734 sayılı Kanunun 59 ve 4735 sayılı Kanunun 27 nci maddeleri uyarınca **mahkemeler tarafından verilen yasaklama kararları, 1 yıl ile 3 yıl arasında değişen** süreli cezalardır. Ancak bu cezanın diğer

yasaklama şekillerinden farkı, 4734 sayılı Kanunun 58 ve 4735 sayılı Kanunun 26 ncı maddelerine göre verilen yasaklama kararlarının (idari yaptırım niteliğindeki yasaklama kararları) bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmasıdır. İdare tarafından yasaklama kararı verilmemesi, mahkeme tarafından yasaklama kararının verilmesine engel değildir, bu durumda mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı karar tarihinden itibaren uygulanır. Ayrıca, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlardaki yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarına mükerrer (birden fazla) ceza hükmolunanlar mahkeme kararı ile **sürekli olarak** kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar.

Danışmanlık hizmeti sunucuları için 4734 sayılı Kanunun 61 inci ve 4735 sayılı Kanunun 29 uncu maddelerinde yer alan **bilgi ve belgeleri açıklama yasağına** aykırılık halinde ne kadar süre yasaklama öngörüreceği düzenlenmemiş olmakla birlikte, yasak fiil veya davranışlar için öngörülen 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar ki süre geçerli olacaktır.

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında düzenlenen, **haklarında kamu davası açılmış olanlarla ilgili yasaklama**, kamu davası açılmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve yargılama süresince uygulanacak olan bir yaptırım niteliğindedir. Bu yaptırımın Resmi Gazete’de yayımlanması gerekmemekte olup, kamu davasının açılmasıyla hüküm ifade etmektedir.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararı ihaleyi yapan veya sözleşmeyi uygulayan idareler tarafından verilmez. İdari yaptırım niteliğindeki yasaklama kararları; 4734 sayılı Kanuna göre ihaleyi yapan, 4735 sayılı Kanuna göre sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

4734 ve 4735 sayılı Kanunların yasaklama kararını vermeye yetkili merci belirlemede kabul ettiği kıstas; ihaleyi yapan veya sözleşmeyi uygulayan idarenin hiyerarşi zincirinde en üstte yer alan yahut vesayet denetimi ile bağlı bulunduğu merciin işlemi tesis etmesidir.^[2]

[2] Danıştay 13. Dairenin Nisan 2007 tarihli kararında; “... Bu düzenlemeler uyarınca üniversiteler yönünden, Yükseköğretim Kurulu’nun ilgili bakanlığının Millî Eğitim Bakanlığı olduğu anlaşıldığından, 4735 sayılı Yasa’nın 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen yükleniciler hakkında Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verilebileceğinden, üniversitelere doğrudan yasaklama kararı verilmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, ihalelerden yasaklama kararı verme yetkisi bulunmayan davalı ... Üniversitesi Rektörlüğü tarafından tesis edilen dava konusu işlem yetki yönünden hukuka aykırı olduğundan, Resmi Gazete’de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan

İhaleyi yapan veya sözleşmeyi uygulayan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için (yasaklama işleminin tesis edilmesi için) bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

Kanundaki durumlar gerçekleştiğinde idarelerin yasaklama kararı verip vermemekte takdir hakları bulunmamakta olup, yasaklama kararı vermek zorundadırlar. Takdir hakkı, sadece yasaklama süresinde (asgari ve azami süreler içinde kalmak koşuluyla) söz konusu olup yasaklama kararının verilir verilmemesinde bulunmamaktadır. Yani, kanunlarda öngörülen alt ve üst sınırlar içinde idarelerce yasaklılık süresi; işlenen fiil veya davranışın niteliği, ağırlığı, gerçekleşme veya teşebbüs aşamasında kalmış olma gibi hususlar ile yargı kararlarında belirtilen kriterlere dikkat edilerek takdir edilecektir. Üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkındaki sürenin takdirinde ise; bu davranışın tekerrür edip etmediği, idarenin zarara uğrayıp uğramadığı, isteklinin durumu gibi hususlara dikkat edilerek takdir edilecektir. Takdir yetkisinin sınırı ise, kamu yararı ve hizmet gerekleridir. İhalelere katılmaktan yasaklama kararında işlenen fiil veya davranışla bunun yaptırımı olan yasaklılık süresinde kanunların çizdiği sınırlar dahilinde adalet, ölçülülük ve hakkaniyet ilkesine dikkat edilmelidir. Zira, gerek 4734 sayılı Kanun gerekse de 4735 sayılı Kanun “fiil veya davranışların özelliğine” göre cümlesini kullanarak alt ve üst sınır koyarak süreleri belirlemiştir. Ölçülülük, yapılan hukuka aykırılıkla yaptırım arasında bir denge kurulmasını içermektedir.^[3]

Kamu İhale Kurumunun kendi ihtiyaçlarına yönelik olarak kendi yaptığı ihaleler hariç, yasaklama kararının tesisi sürecinde herhangi bir görev ve yetkisi bulunmamaktadır. **Kamu İhale Kurumu tarafından yasaklama kararı verilmesi ya da verilmiş yasaklama kararının kaldırılması mümkün değildir.**^[4] Kamu İhale Kurumunun yasaklılık ile ilgili kanuni görevi, haklarında

davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.” belirlemesi yapılmıştır.

- [3] Danıştay 13. Dairenin Mayıs 2008 tarihli kararında; “... Gerek olayın oluş şekli ve niteliği ve gerekse işin mali portresi dikkate alındığında, davacı şirkete verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararında işlenen suçla bunun yaptırımı hususunda ölçülülük ilkesinin ihlal edilerek cezanın üst sınırının uygulandığı, dolayısıyla tesis edilen işlem ile verilen yaptırım kararında hukuka, mevzuata ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş...” belirlemesi yapılmıştır.
- [4] Kamu İhale Kurulu'nun 18.02.2010 tarih ve 2010/UH.I-603 sayılı kararında; “4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi gereği idarelerce ve yargı organlarına verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, Kamu İhale Kurumunca izlenerek kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicile işlenmektedir. Kamu İhale Kurumunun yasaklama kararlarının verilmesine veya kaldırılmasına ilişkin bir yetkisi bulunmamakta olup, söz konusu iddiaya ilişkin olarak başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.” denilmiştir; İsbir, a.g.e., s.179.

yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak olarak belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesine göre, Kamu İhale Kurumu, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı bulunanların sicillerini tutmakla görevli olup, sadece 4734 ve 4735 sayılı kanunlar yönünden değil, diğer mevzuat yönünden de ihalelere katılmaktan yasaklı olanların sicilini tutmaktadır. Zira; ihale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını ve yine sözleşmenin imzalanacağı tarihte ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığını Kamu İhale Kurumundan elektronik ortamda bu sicile göre teyit ettirmektedirler. Ancak, **Kamu İhale Kurumu itirazın şikayet incelemesi sırasında iddia konuları arasında yasak fiil veya davranış tespit ettiğinde gereği yapılmak üzere (yasaklamaya ilişkin hükümlerin uygulanmasını temin etmek amacıyla) durumu ihaleyi yapan idareye bildirebilmekte ve de söz konusu fiil veya davranışın suç oluşturup oluşturmadığının takdir ve ifası için Cumhuriyet Başsavcılıklarına suç duyurusunda bulunabilmektedir.**^[5]

İdarelerin, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren yasaklama kararını mevzuata uygun şekilde vermemeleri (süre, şekil, yetki ve kanuni gerekçe açısından uygunsuzluk) halinde, açılacak idari davalar ile yasaklama kararı işleminin iptal edileceği hususu bilinmesi gereken önemli bir konudur.

İdare hukukunun temel ilkelerinden biri, her idari işlemin nihai amacının kamu yararı olduğudur. İhalelere katılmaktan yasaklama işlemiyle, ihale sürecini bozmaya yönelik ihlaller cezalandırılarak kamu yararının gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu amaç dışında başka amaçlarla verilen yasaklama kararı hukuka aykırı olacaktır.

[5] Kamu İhale Kurulu'nun 25.07.2011 tarih ve 2011/UY.I-2565 sayılı kararında; "İstekli firmalardan ... Ltd. Şti. adına, anılan şirketi temsil ve ilzam yetkili şirket müdürü N.D.'nin imzası ile teklif verildiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, Bitlis Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma neticesinde 30.03.2010 tarihinde bahsi geçen şirket müdürü N.D. hakkında kamu davası açıldığı anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacağına hükme bağlanmış olması sebebiyle, hakkında yasaklama kararı verilen ve bu sebeple geçici olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olan şirket müdürünün, müdürü olduğu ve bu sebeple temsile yetkili bulunduğu şirket adına ihalelere katılmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Bu itibarla, ... Ltd. Şti.'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının irad kaydedilmesi ve hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerekmektedir." tespiti yapılmıştır.

İdari yaptırımlarda da ceza hukukundaki suçlar için öngörülen “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi geçerlidir. İdari yaptırımlar için kanunda öngörülen sebepler dışında başka sebeplere dayanılarak idari yaptırım tesis edilemez ve kanunun öngördüğü yaptırımdan başka bir yaptırım uygulanamaz. Kanuni bir yükümlülük olmayan bir hususun ikincil mevzuat (Yönetmelik, Tebliğ, Genelge vs) ile bir idari yatırım olan yasaklamaya konu edilmesi “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kanundaki temel çerçeveye uygun şekilde gerekli açıklamaların ikincil mevzuatla yapılması gerekmekte olup, ancak bu yapılır iken yeni yasaklayıcı hükümlerin konulmaması gerekmektedir. Yine, yasaklama kararı verilmesini gerektirmeyecek fiil veya davranışlar sebebiyle yasaklama kararı verilmesi de söz konusu ilkeye aykırı olacaktır. Tüm bu hukuka aykırı durumlar (gerek kanuna uygun olmayan ikincil mevzuat düzenlemele-
rindeki yasaklama maddeleri, gerekse de kanuna aykırı olarak verilen yasaklama kararları) idari yargı kararları ile düzeltililecektir.^[6]

C. YASAKLAMADA SÜRENİN BAŞLANGICI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

4734 sayılı Kanununun 58 ve 4735 sayılı Kanununun 26 ncı maddelerinde; yasaklama kararlarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceği, ihaleyi yapan idarelerin, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları, yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilmesi gerektiği hükümleri açık olarak yer almaktadır.

İhaleye veya sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemleri gerçekleştiren birimler tarafından, yasaklamayı gerektiren bir fiil veya davranışın tespiti halinde bu hususun idarenin yetkili makamına bildirilmesi ve bu çerçevede yetkili makam tarafından da bağlı, ilgili veya ilişkili bulunulan bakanlığa bildirimde bulunulması gerekmektedir. Söz konusu maddelerde geçen kırk beş günlük sürenin başlangıcı olarak, idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihin esas alınması gerekecektir. Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi

[6] Sırabaşı, a.g.e., s.280-281.

zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır.^[7]

4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin gerekçesinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle sürenin dolması halinde ceza verilemeyeceği göz önünde bulundurularak azami otuz günlük sürenin kırk beş güne çıkarıldığı belirtilmiştir.

Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 58 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan sürelerin disiplinler niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. **Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır (emredici süre).** Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Yasaklama işlemlerinin süresinde tamamlanarak yürürlüğe girmemesi halinde ilgili ve görevli kamu görevlileri hakkında disiplin ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

Kamu ihalelerinin 4734 sayılı Kanun'da belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla, yasak olan fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından haklarında maddede belirlenen süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, idareler tarafından verilen yasaklama kararlarının gecikmeye neden olunmadan işleme konulmasını sağlamak üzere yapılacak işlemler için süre belirlenerek, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihten itibaren en geç kırk beş gün içinde idarece yasaklama kararı verileceği, verilen bu kararların Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderileceği ve Resmi Gazete'de yayım tarihinden itibaren yürürlüğe

[7] Ankara 5. İdare Mahkemesinin Şubat 2010 tarihli kararında; "... 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinde yer alan 45 günlük sürenin başlangıcının; ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunulan Bakanlığa yasaklama kararı verilmesi için gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih olarak alınması gerektiği açık olup, Mahkememizce yapılan ara kararına verilen cevaptan ... Valiliği tarafından yasaklama talebiyle davalı idareye gönderilen 25.09.2009 gün ve 10938 sayılı yazının 28.09.2009 tarihinde İçişleri Bakanlığı'na ulaşmasına karşın, yasaklama kararının bu tarihten itibaren Kanunda belirtilen 45 günlük süre geçirildikten sonra 17.11.2009 tarihli olur ile verildiği görüldüğünden, dava konusu işlemden bu yönüyle mevzuata uyarlık bulunmamıştır." denilmiştir.

gireceği anlaşılmaktadır. **Yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayınlanması, yasaklama kararının geçerlik değil ve fakat yürürlük şartıdır.** Yani, yasaklama işlemi yetkili merci tarafından usulüne uygun olarak tesis edilmekle birlikte geçerlik kazanmakta, fakat bu işlemin yürürlüğe girmesi için Resmi Gazete’de yayımı gerekmektedir. Verilen yasaklama kararların Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilmesindeki 15 günlük süre de emredici niteliktedir ancak bu süreye uyulmaması yasaklama işleminin geçerliliğine etki etmeyecektir. Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere gönderilen yasaklama kararlarının gönderilmesinden itibaren kaç gün için yayımlanması gerektiğine dair herhangi bir süre, 4734 ve 4735 sayılı kanunlarda yer almamaktadır.

Söz konusu madde ile getirilen kırk beş 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 anlaşılmaması gerektiğinin açıklığa 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, 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.