

4734 Sayılı Kanuna Göre Yapılan Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama İşleminin Analizi - Danıştay Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme (*)

Analysis of Acts of Prohibition from Participating in Tender Procurements Made According to Law No. 4734 - A Review within the Framework of the Council of State's Decisions

Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL^(**)

Öz:

Kamu İhale Kanunu'nda temel ilkeler düzenlenmiştir. Bunlar, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasıdır. Bu ilkelerin, kamu ihale sürecinde hayata geçirilmesi ise Kanunda yapılan düzenlemelerle sağlanmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama işlemi, ihale sürecinin Kamu İhale Kanunu'nun amacına uygun yürütülmesinde idarenin elindeki önemli araçlardan birisidir. Bu aracın kullanımında, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının hukuka uygun olması, Kanunda belirlenen amaca ulaşmayı sağlar. İşlemin unsurlarının kapsamı, Kanun ve mevzuat çerçevesinde tespit edilerek mevcut uygulama, yargı kararları da dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılmış ve öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

İhalelere Katılmaktan Yasaklama, Yetki, Şekil, Sebep, Konu, Amaç, 4734 Sayılı Kanun.

Abstract:

The basic principles are regulated in the Public Procurement Law. These are transparency, competition, equal treatment, reliability, confidentiality, public supervision, fulfilment of needs appropriately, promptly, and efficient use of resources. The implementation of these principles in the public procurement process is ensured by the regulations made in the law. The administrative act of prohibition from participating in tenders is one of the important tools in

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 10.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 21.10.2024.

(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: meakgul@baskent.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5585-3439>.

the hands of the administration in carrying out the tender process in accordance with the purpose of the public procurement law. In using of this tool, the compliance of the elements of competence, form, cause/motivation, subject and purpose with the law ensures the achievement of the purpose determined in the law. The scope of the elements of the administrative acts has been determined within the framework of the law and legislation, and an attempt has been made to present them by taking into account current applications and judicial decisions, and suggestions have been made.

Keywords:

Prohibition From Participating In Tenders, Competence, Form, Cause, Subject, Purpose, Public Procurement Law No: 4734.

GİRİŞ

Kamu ihale hukukunda ihale süreci idarenin, yükleniciyi belirlemesiyle ilgili aşamalardan oluşmaktadır. Bu süreç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmiştir ve idare hukukuna tabidir. 4734 sayılı Kanun, ihalenin temel ilkelerini düzenlemiş ve yüklenicin belirleneceği süreçte bu ilkelerin somutlaşmasını sağlayacak düzenlemeleri de yapmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de ihalelere katılmaktan yasaklama idari işlemidir. Bu işlem sonucunda hakkında yasaklama işlemi yapılan gerçek ya da tüzel kişi Kanunda belirlenen süre boyunca kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı kamu ihalelerine katılamamaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama kararının hukuki niteliğiyle ilgili açıklamalara ve tartışmalara girilmemiştir. İhalelere katılmaktan yasaklama, 4734 sayılı Kanun tarafından ihaleyi yapan kamu kurum ya da kuruluşunun yapacağı bir idari işlemidir.

Çalışmada ihalelere katılmaktan yasaklama idari işlemi, unsurları açısından bir incelemeye tabi tutularak, ihale yapacak idarenin kanuni idare ilkesi zemininde kalmasını sağlayacak tespitler yapmak amaçlanmıştır. Bunun temini için ihaleden yasaklama idari işleminin unsurları; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç sırasıyla önce kısaca açıklanacak devamında pozitif hukukta unsurlarla ilgili düzenlemeler, sorunlu konular ve yargı kararları çerçevesinde tespitler ve mümkün ise öneriler sunulacaktır. İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin yargısal denetimi konulu incelemeler, idare hukuku alanında yeter ölçüde mevcuttur. Bu çalışmadan maksat ise işlemin unsurlarının idare için bir yol haritası oluşturacak şekilde ele alınması, açıklanması, devamında ise örnek yargı kararlarıyla uygulamadaki sorunların ortaya konmasıdır.

I. 4734 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE VERİLEN KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ İHALELERİNE KATILMaktan YASAKLAMA İŞLEMİNİN YETKİ UNSURU

İdari işlemde yetki unsurunun hukuka uygunluğu, idari işlemin geçerliliğinin ve varlığının idare adına yetkilendirilmiş makam tarafından yapılmış olup olmamasıyla tespit edilir. İdare hukukunda yetki, idari işlemin Anayasa ve kanun

tarafından idare adına irade açıklayacağı belirtilen makamlarca ve hukukun belirlediği alanda yapılması olarak tanımlanır. Kamu hizmetinin sunumunda kamu gücü kullanımının “aracı olan idari işlemin”, idari teşkilatlanma içinde yalnızca kanunla tespit edilen ve sınırları belirtilmiş makamlar tarafından yapılması, yetki unsurunun içeriğini oluşturur. Kamu görevlisinin kamu hizmetinin sunumunda idare adına hukuken geçerli irade açıklayabilmesi idari işlemin yetki unsurunun diğer bir tanımıdır. İdari teşkilatlanma içinde hukuki sonuç doğuracak karar alma gücü yetki olarak ifade edilmektedir.¹ Anayasamızın 6’ncı maddesinde ifade edilen “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.” hükmü yetki kavramının da en kısa ve öz tespitini yapmaktadır. Egemenliğin kullanılması için Anayasa ile oluşturulan devlet yapılanmasında bulunan organ ve makamların, bu yetkinin kullanımı için Anayasa, yasalar ve 2017 Anayasa değişiklikleri sonucu Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle belirlenmeleri ve yetkiyi kullanacakları alanın sınırlanması gerekmektedir.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makamlar, 4734 sayılı Kanun madde 58/1’de² “... *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 bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.*” şeklinde sayılmıştır. Bakanlıklarda, ihaleden yasaklama kararını vermek yetkisi bakanlık makamına aittir ve bakan tarafından kullanılır. Bakanlıklar, ihaleden yasaklama kararının bakan onayına sunulmadan önce yapılması gerekenleri ve usulü, genelgeler³ ile yayımlamaktadır. Anayasa madde 123 idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini belirterek kanuni idare ilkesini vurgulamaktadır. Buradan hareketle idare adına irade açıklayacak-

¹ S. Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt I, İstanbul, 1966, s. 301; E. Ethem Atay, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2023, s. 512; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023, s. 40; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2023, s. 364; Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla, Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara, 2023, s. 337.

² 4734 sayılı Kanun, “**Madde 58- (Değişik birinci fıkrası: 30/7/2003-4964/35 md.)** 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, 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 bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir...”

³ T.C. Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Genelge 2018/2 (11.04.2018); Tarım ve Orman Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Genelge 2023-11 (18.10.2023).

ların kanunla belirlenmesi gerekir.⁴ İdare adına irade açıklamakla yetkilendirilmiş mercilere idari makam denmektedir. İdare içinde irade açıklamakla yetkilendirilmiş makamların sayısı sınırlıdır ve kanunla belirlenmiştir.⁵ Bakan, ihaleden yasaklama kararı vermek yetkisini devredebilir mi sorusu gündeme gelebilir. Yetki devri kısaca, idari yapı içinde idare adına karar almak yetkisinin bir makamdaki diğer bir makama devredilmesidir. Yetki devrinde makam esas alınır, kişiler arasında bir yetki devri söz konusu olamaz. “Aynı tüzel kişilik içinde” ve “aynı hiyerarşideki” üst makamdan ast makama yetki devri mümkündür.⁶ Yetki devrinde esas, Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle bir makama verilmiş olan yetkinin devredilemeyeceğidir. Yetki devri bilindiği üzere istisnai bir durumdur ve yine Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi tarafından açıkça belirtilmedikçe devredilemez.⁷ Yetki devrinde, idare adına irade açıklamakla yetkilendirilmiş makamın mesaisinin yoğunluğunun yarattığı baskıyı hafifletme ve etkin çalışmasını sağlamak, bunun yanında ise yetki devri yapılan alt makamın “bilgi ve tecrübesinin” artmasını ve üst görevlere hazırlanmasını sağlamak amacı da güdülür.⁸

Yetki devrinin yapılamayacağı durumların neler olduğuyula ilgili kısa bir açıklama yapılması yerinde olacaktır. Yetkinin kullanılmasını düzenleyen norm, yetkiyi münhasıran belli bir makama tevcih etmişse bu yetkinin devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Bakanların yetki devri yapamayacakları konular, “başka bir bakana vekâlet etmek, yönetmelik çıkarmak, idari vesayet yetkisinin kullanımı, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmak ve disiplin cezası vermek” şeklinde sıralanmaktadır. Bu tespitle aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararı da⁹ mevcuttur. Bununla birlikte yetki devrinin hukuka uygunluğu ile ilgili ifadeler, normatif düzenlemeler değil, kamu hukukunda yetki konusuyla ilgili temel prensipler ve

⁴ E. Ethem Atay, s. 514; R. Çağlayan, s. 120; Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt 1, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019, s. 152; Emre Akbulut, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İkesi, İstanbul, 2013, s. 13-14.

⁵ Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara, 2015, s. 136; Kemal Gözler, s. 218.

⁶ Kemal Gözler, s. 860-864. E. Ethem Atay, s. 520-521; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 188-190; Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, 2020, s. 393.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2023, s. 486; “Disiplin cezası, disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesi, görevden uzaklaştırma, soruşturma açma, soruşturma izni verme ya da vermeme, ihbar ve şikayetleri işleme koyup koymama ve ön inceleme başlatıp başlatmama yetkileri kanunla doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş yetkiler olduğundan devredilemez.” Kamu hizmetini planlama yetkisi, kamu görevlileri arasında iş bölümü ve örgütlenme, devralınmış bir yetkinin devri, maddi ve prestij maliyeti yüksek olan yetkiler, hiyerarşik denetim ve idari vesayet yetkisi” devredilemez”. Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023, s. 192-193.

⁸ Ender Ethem Atay, s. 521.

⁹ Konuyla ilgili AYM Kararının künyesi; 27 Nisan 1993 tarih ve E. 1992/37, K. 1993/18; Kemal Gözler, s. 874.

Anayasanın ilgili hükümlerinin yorumuyla ortaya çıkan kabullerdir. Kanun metninde bir yetkinin “münhasıran” belirli bir makam tarafından kullanılması belirtilmişse, burada üstü örtülü olarak yetki devrinin dışarıda bırakılmış olduğu anlaşılmalıdır. Bu yorumun dayanağı ise yetkisizliğin genel, yetkinin istisnai olması ilkesi şeklinde somutlaşmaktadır.¹⁰ Yasalaşmayan “Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı” metninde de yetki devri konusu düzenlenmiştir.¹¹ Yetki devri ile ilgili idare hukuku yazını ve mahkeme içtihatları dikkate alındığında doğrudan belirli bir kamu görevlisine verilen yetkilerin, kamu hizmetiyle ilgili planlama ve iş bölümünü yapma, hiyerarşi ve idari vesayet yetkilerinin devredilemeyeceği konusunda görüş birliğinin olduğu söylenebilir.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı vermek yetkisi, 4734 sayılı Kanun md.58 ile bakanlıklara verilmiştir. Yetki devri ile ilgili açıklamalar zemininde kamu ihalelerinden yasaklama kararı vermek yetkisinin devri incelenmelidir. Anayasamızda yetki devri konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa’da “Egemenlik” başlıklı md.6’da “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmü gereği yetki, Anayasaya dayanmalıdır. Bu yetkinin kim tarafından kullanılacağı da kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesince belirlenecektir. Yetkisizlik genel yetki de istisnai olduğuna göre yetki devri konusu da kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmediği sürece yetki devri yapmak yetkisi hukuka uygun değildir. 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi “Ortak Hükümler” başlıklı onsekizinci bölüm madde 506’da yetki devri, “Bakan ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme dikkate alındığında,

¹⁰ Ayrıca Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı md.16/2’de; “kullanılması doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş yetkiler, eşgüdüm ve planlama yetkisi, iş bölümü ve örgütlenme yetkisi, üstün, astları üzerindeki denetim yetkisi, disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verme yetkisi, astın değerlendirilmesi ve terfine yönelik” yetkilerin devri yasaklanmıştır. Kemal Gözler, s. 873-875.

¹¹ “Yetki devri

Madde 16- “Yetkili makam, kanunla izin verilen hâllerde ve yazılı olmak koşuluyla işlem yapma yetkisini, kısmen, hiyerarşik yapıya uygun olarak alt makamlara devredebilir. Devredilen yetkiler, devreden tarafından kullanılamaz. Yetkiyi devralan, bu yetkileri devredenden bağımsız olarak kullanır.

Aşağıda belirtilen yetkiler devredilemez:

a) Kullanılması kanunla doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş olan yetkiler,

b) Planlama yetkisi,

c) Kamu görevlileri arasındaki iş bölümünü kapsayan örgütlendirme yetkisi,

d) Üstün astları üzerindeki denetim yetkisi,

e) Disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi yetkileri,

f) Astların değerlendirilmesine ve terfiine yönelik yetkiler,

g) Yetki devri ile devralınan yetkiler”. <https://www.bilgiedinmehakki.org/blog/2006/10/12/genel-idari-usul-tasarisi/>, Erişim tarihi: 12.06.2024.

yetki devri yapılacak yetkilerin neler olacağı ya da olamayacağı konusunda bir sınırlama mevcut değildir. Kamu ihalelerinden yasaklama kararı verme yetkisi 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi madde 503¹² dikkate alındığında bakana aittir. Bakan bu yetkiyi bizzat kullanabilir ya da yetki devrinin şekil şartlarına uygun olarak bakanlık içinde bir makama devredebilir. İhaleden yasaklama kararı vermek yetkisinin uygun olarak devrinden sonra devredilen makamın yaptığı yasaklama işlemi yetki unsuru açısından hukuka uygundur.¹³

4734 sayılı Kanun md.58'de herhangi bir bakanlığın bağlı ve ilgili kuruluşu sayılmayan idarelerde ise bu idarelerin ihale yetkilileri, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili olarak belirlenmiştir. İhale yetkilisi 4734 sayılı Kanun md.4'te "İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini" şeklinde tanımlanmıştır. Harcama yapma yetkilisi ve yetkisi ise 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanunu md.31'de "Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama

¹² "Bakanlar MADDE 503 - (1) Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir".

¹³ "HUKUKİ DEĞERLENDİRME: 4734 Sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca, bakanlıklara bağlı kurumlar tarafından yapılan ihalelerde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının Bakan tarafından verilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik içtihatları da bu yöndedir". (Dairemizin 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1280, K: 2015/3247 Sayılı kararı; 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1296, K: 2015/3248 Sayılı kararı; 21/11/2016 tarih ve E: 2010/1228, K: 2016/3810 Sayılı kararı; 10/02/2016 tarih ve E: 2010/4422, K: 2016/227 Sayılı kararı).

"Dairemizin benzer dosyalarında yapılan ara kararları ile davalı idareden, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin "Olur"un Bakanlık Müsteşarı tarafından imzalanabileceğine ilişkin olarak Bakan tarafından müsteşarlık makamına herhangi bir yetki devri veya müsteşar adına herhangi bir imza devri yapıp yapılmadığı sorulmuş; davalı idare tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin müsteşar tarafından tesis edilmesine imkan sağlayan yazılı yetki devrini gösteren bir belgenin sunulmadığı görülmüştür. (Dairemizin 27/04/2016 tarih ve E: 2010/1228 sayılı; 28/05/2015 tarih ve E: 2015/1296 sayılı; 02/07/2015 tarih ve 2010/2724 Sayılı ara kararları) Bu itibarla, müsteşar tarafından imzalanmak suretiyle tesis edilen ihaleden yasaklama işleminde yetki yönünden hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır". Dan. 13. D. E. 2016/201 K. 2021/1030 T. 23.3.2021.

"Hukukî Değerlendirme: 4734 Sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca, bir bakanlığa bağlı kurumlar tarafından yapılan ihalelerde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının Bakan tarafından verilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik içtihatları da bu yöndedir (Dairemizin 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1280, K: 2015/3247 Sayılı kararı; 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1296, K: 2015/3248 Sayılı kararı; 21/11/2016 tarih ve E: 2010/1228, K: 2016/3810 Sayılı kararı; 10/02/2016 tarih ve E: 2010/4422, K: 2016/227 Sayılı kararı) Dairemizin diğer dosyalarında yapılan ara kararı ile davalı idareden, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin "olur"un Bakanlık Müsteşarı tarafından imzalanabileceğine ilişkin olarak Bakan tarafından müsteşarlık makamına herhangi bir yetki devri veya müsteşar adına herhangi bir imza devri yapıp yapılmadığı sorulmuş; davalı idare tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin müsteşar tarafından tesis edilmesine imkân sağlayan yazılı yetki devrini gösteren bir belgenin sunulmadığı görülmüştür. (Dairemizin 27/04/2016 tarih ve E: 2010/1228 sayılı; 28/05/2015 tarih ve E: 2015/1296 sayılı; 02/07/2015 tarih ve 2010/2724 Sayılı ara kararları". Dan. 13. D. E. 014/974 K. 2020/1640 T. 30.6.2020 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-201.htm>.

biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir.” şeklinde düzenlenmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığının Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliği (Seri No: 2) 1 a)’da “... ihale yetkilisinin ilgili mevzuatında özel olarak belirlendiği haller dışında, 5018 sayılı Kanununun 31 inci maddesi uyarınca belirlenmiş bulunan harcama yetkilileri aynı zamanda ihale yetkilisi olacaktır.” Harcama yetkisinin devrinin mümkün olup olmayacağı sorusunun cevabı 5018 sayılı Kanun madde 31/5’te “Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde; idareler, merkez ve merkez dışı birimler ve görev unvanları itibarıyla harcama yetkililerinin belirlenmesine, harcama yetkisinin bir üst yönetim kademesinde birleştirilmesine ve devredilmesine ilişkin usûl ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenir. Harcama yetkisinin devredilmesi, yetkiyi devreden idarî sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.” düzenlemesiyle verilmiştir.

İl özel idareleri ve bunlara bağlı birlik müessese ve işletmeler tarafından yapılan ihalelerde ihalelere katılmaktan yasaklama kararı, 4734 sayılı Kanun md.58 gereği İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir. Büyükşehir belediyesi tarafından kurulmuş olan iktisadi bir işletmenin ihaleye katılmaktan yasaklama kararının büyükşehir belediyesi tarafından verilmesi idari işlemine karşı açılan davada idare mahkemesi, 4734 sayılı Kanun md.58/1’de mevcut açık hüküm gereği kararın Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından verilmesi gereğini belirterek işlemi iptal etmiştir. Bahse konu karara yapılan başvurular istinaf ve temyiz kanun yollarında da reddedilmiştir.¹⁴ İhalelere katılmaktan yasaklama kararı verme yetkisinin devredilmesi, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dikkate alındığında yasaklanan bir konu değildir. İlgili makamlar şekil şartlarına uygun olarak bu yetkiyi yetki devri esaslarına uygun olarak devredebilirler.

II. İHALELER KATILMAKTAN YASAKLAMA İŞLEMİNİN ŞEKİL UNSURU

İdari işlemin şekil unsuru, işlemin yapılış usulünü ve şeklini kapsar biçimde kullanıldığı gibi işlemin şekli ile yapılış usulünü ayrı unsurlar olarak kabul ederek inceleme yapılması da mümkündür. Şekil unsuru altında hem idarenin iradesini ortaya koyduğu araç hem de iradenin ortaya çıkma sürecinde takip edilen aşamalar bir arada incelenmektedir. Şekil unsuruyla ilgili asli (esas) kurallar; “yazılılık, gerekçe, hazırlık işlemleri, kolektif ve karma işlemlerde şekil kuralları, ilgilinin savunmasının alınması, şekil ve usulde paralellik ilkesi”¹⁵ olarak sayılmaktadır.

¹⁴ Dnş. 13. D., E. 2023/528, K. 2023/914 T. 01.03.2023. T.C. Danıştay Başkanlığı, İçtihat Raporlama ve İstatistik Birimi Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklamalara İlişkin Karar Bülteni, Bülten: 7, Aralık 2023.

¹⁵ Ramazan Çağlayan, s. 389; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik ÇALIŞMA Kitabı, Seçkin, 2022, s. 334-336.

Diğer bir tespit ise şekil; “yazılı şekil, yazılı olmayan şekil, şekilde paralellik” ve idari işlemin yapılışı sırasında uyulması gerekli aşama ve ilkelere uyulmaması olarak belirlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin şekil unsuru açısından incelenmesinde öncelikle idarenin yasaklama iradesinin ortaya konma şekli üzerinde durulması gerekir. İdari işlemin şekil unsurunda öncelikli olarak ifade edilen konu idari işlemlerin yazılı olması genel kuralıdır. Anayasamızın 125/3 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md.7/2 gereği idari işlemlere karşı dava açma süresi işlemin yazılı bildirimiyile başlayacaktır.¹⁶ İhalede yasaklama karar iradesinin yazılı olarak yapılması gerekir. Yasaklama kararının yazılı şekilde olacağı 4734 sayılı Kanun md.58/4'te “*Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmî Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer.*” düzenlemesi mevcuttur. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı alan 4734 sayılı Kanun md.58/1'de sayılan makamların bu iradeleri Resmî Gazetede yayımlanacaktır. Yazılılık şartı Resmî Gazete¹⁷ ile yerine getirilmiş olmaktadır. Resmî Gazetede ihalelere katılmaktan yasaklama kararının yayımlanması, tebliğ şartını yerine getirmekte aynı zamanda dava açma süresinin¹⁸ başlangıcını da oluşturmaktadır. İhalede

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 427; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, s. 334.

¹⁷ “Nitekim, anılan maddenin gerekçesinde, “İdareler 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 30 gün (sonraki değişiklikle 45 gün) içinde idarece yasaklama kararı verileceği, verilen bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu itibarla, 4734 Sayılı Kanun’un 58. maddesi uyarınca yasaklama kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmakla birlikte yürürlüğe girdiği, yasaklamanın yürürlüğe girmesi için ilgililere ayrıca tebliğ şartının aranmadığı, yasaklanmış olan kişinin başka bir ihaleye teklif sunamayacağı dikkate alındığında dava konusu işlemde hukuka aykırılık, hakkındaki ihaleye katılmaktan yasaklama kararının davacıya tebliğ edilmemesi sebebiyle davacının bilerek ve isteyerek ihaleye katılma kastının bulunmadığı gerekçesiyle verilen dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.” Dan. 13. D. E. 2016/604 K. 2021/603 T. 23.2.2021 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2009-2667.htm>.

¹⁸ “YASAKLAMA KARARI (Kamu Kurum ve Kuruluşlarının İhalelerine Katılmaktan Yasaklanmasına İlişkin - Resmî Gazete’de İlan Edilmek Suretiyle Tebliğ Edilen/Kararın İlan Tarihinde Öğrenildiğinin Kabulü Gerektiğinden Bu İşleme Karşı 60 Gün İçinde Doğrudan ya da 11. Md. Uyarınca İdareye Yapılan Başvuru Üzerine Dava Açılması Gerektiği)”. Dan. 13. D. E. 2009/2667 K. 2009/9386 T. 23.10.2009. Aynı yönde diğer bir karar örneği, Dan. 13. D. E. 2008/3504 K. 2009/8647 T. 25.9.2009 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2009-2667.htm>. Aynı yönde diğer kararlar için, Dan. 13. D. E. 2022/3012 K. 2022/4750, Dan. 13. D. E. 2021/3844 K. 2021/3316 Dan. Karar bülteni1.pdf.

yasaklama kararının Resmi Gazetede yayımlanmasıyla tebliğ şartının yerine getirildiğini belirten mahkeme kararlarına yazılan muhalefet serhinde ise “*Her ne kadar, anılan Kanunlarda ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanması öngörülmüş ise de, bu hükümler, idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olup, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmemektedir. Bu hukuki çerçevede karşısında; 2577 sayılı Kanunda düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilan tarihini, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanması mümkün olmayıp; ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, uygulanma süresi içerisinde, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.*” üzerinde durulmuştur. Resmi Gazetede ihaleden yasaklama kararının yayımlanarak yürürlüğe gireceği 4734 sayılı Kanun md.58’de açık olarak ifade edilmiştir. Resmi Gazetede yayım ile yürürlüğe girmesi hem idare hem de ihaleden yasaklanan kişi açısından sonuçlar doğurmaktadır. Anayasa md.125/3’te idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinde başlayacağı, Anayasa md.40/2’de ise “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*” hükmü mevcuttur. Yazılı bildirim idare hukuku yazınında, idari işlemin ilgilisi olan kişinin işlemin içeriğinden “haberdar edilmesidir”. İşlemin içeriğinden haberdar olma ise “tebliğ, ilan ve ıttıla” ile olmaktadır. Danıştay bir kararında Anayasanın 40. Maddesinde yapılan düzenlemeyle; hakkında işlem yapılan kişiye hangi mahkemede dava açabileceğinin idare tarafından bildirilmesi gerektiğini, “idari işlemin niteliği ve hukuki sonuçlarıyla öğrenilip bilgi edinilmesinin yazılı bildirim sonuçlarını doğuracağı ve dava açma süresine başlangıç alınacağını” kabul etmiştir.¹⁹ İlgilinin aleyhine olan bireysel işlemler, ilgiliye tebliğ yoluyla yürürlüğe girecektir. İlgililerin çok sayıda olması durumunda ise istisnai bir uygulama olarak yayın usulünün kullanılması söz konusudur. Sınav sonuçlarının tebliğ ile değil “ilan” ile duyurulması istisna durum için örnek olarak verilebilir.²⁰ İhalelere katılmaktan yasaklama kararının ilgilinin aleyhine bir idari işlem olması ve Anayasa md.40 gereği başvuru yollarının kararda bildirilme zorunluluğu göz önüne alındığında bu kararın tebliği yoluyla ilgisine bildirim gerekliliği ağır basmaktadır. Pozitif hukuk olarak 4734 sayılı Kanun md 58/4’te ihalelere katılmaktan yasaklama kararının yürürlüğü ile ilgili “... Resmî Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve ya-

¹⁹ Atay, s. 572.

²⁰ Gözler, s. 1169.

yımı tarihinde yürürlüğe girer.” düzenlenmesinin Anayasa md.125/3 ve md.40/2 karşısındaki durumu tartışmalı hale gelmektedir.

İdari işlemlerin yazılı olması pozitif hukukta özel olarak düzenlenebilir. İdari işlemin yazılı olması yanında bu yazılılığın nasıl somutlaşacağı ya da içeriğin ne olacağı da mevzuatla belirlenebilmektedir. “Pasaport ya da diploma” örneklerinde olduğu üzere idari işlem, önceden belirlenmiş bir yazılı şekil ile somutlaşabilir.²¹ Resmî Gazetede yayımlanacak ihalelere katılmaktan yasaklama kararının içeriğinde nelerin olması gerektiği de yazılılık şartı içinde incelenmesi gereken bir konudur. Yazılı kararın içeriği ve doldurulmasında dikkat edilecek hususlar, Kamu İhale Genel Tebliği md.28.1.3'te²² açıklanmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin şekil unsurundaki yazılılık, Resmî Gazetede yayım ile somutlaşırken bu yazılı kalıbın neleri içereceği ise idarenin “Tebliğ” adı altında yaptığı düzenlemeyle açık hale gelmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminde şekil açısından hukuka aykırılık ise işlemin yazılı yapılmaması durumunda ortaya çıkar. 4734 sayılı Kanun md.58'de açık olarak Resmî Gazetede yayım şartını düzenlemiştir. İşlemin sözlü olarak yapılması durumunda ise 4734 sayılı kanunda sözlü yapılmasıyla ilgili istisnai şartlar belirtilmediği göz önüne alındığında sözlü yasaklama kararının yokluğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu duruma idare hukuku yazınında, Resmî Gazetede yayımlanan yasaklama kararının, “Tebliğ” ile belirlenen içeriği yanlış ya da hatalı ise yasaklama işleminin hukuka uygunluğu, “esaslı

²¹ Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 428.

²² 28.1.3. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı formunu doldururken dikkat edilecek hususlar a) İstisna kapsamında yapılan ihaleler dahil 4734 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararları ile 4735 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarında İhale Kayıt Numarası yazılacak, İhale Kayıt Numarası almayı gerektirmeyen ihalelerde, bu bölüme “İhale Kayıt Numarası alınmamıştır” ibaresi konulacaktır. b) Yasaklama kararı veren bakanlık/kurum bölümüne, yasaklama kararını veren bakanlık veya 4734 sayılı Kanunun 58 inci ve 4735 sayılı Kanunun 26'ncı maddelerinde belirtilen herhangi bir bakanlıkla ilgili veya bağlı bulunmayan ve Kanun kapsamında olan kurum ve kuruluşların adı yazılacaktır. c) Yasaklanan kişinin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre, gerçek kişiye adı ve soyadı, tüzel kişiye vergi kimlik numarası ve ticaret siciline kayıtlı ticaret unvanı kısaltma yapılmadan yazılacaktır. ç) T.C. Kimlik Numarası bölümü yasaklanan kişinin gerçek kişi olması halinde doldurulacaktır. d) Ortak veya ortaklıklara ilişkin bölüm, 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin ikinci fıkrası ile 4735 sayılı Kanunun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ortak ve/veya ortaklıkların bulunması halinde doldurulacaktır. e) Yasaklananın herhangi bir ticaret odasına veya esnaf odasına kayıtlı olmaması halinde, bu kısımda, kayıtlı olmadığı hususu belirtilecektir. f) Yasaklama süresi ay ya da yıl olarak yazılacaktır. g) Yasaklamanın dayanağı ve kapsamı bölümünde, hangi Kanuna göre yasaklama işlemi gerçekleştirilecekse o kısmın içindeki kutu işaretlenecektir. İstisna kapsamındaki ihalelerde 4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi uyarınca yasaklamalar bu Kanunda belirtilen usullere göre yapılacaktır. İstisna kapsamında yapılan ihaleler dahil 4734 sayılı Kanuna göre yapılan yasaklamalar ile 4735 sayılı Kanuna göre yapılan yasaklamalar tüm ihaleler için geçerli olacaktır. 2886 sayılı Kanuna veya diğer mevzuata göre yasaklamalarda ise yasaklama kapsamı farklı olabileceğinden ilgili kutular işaretlenecektir. ğ) Kurumun internet sayfasında yer alan yasaklama kararı formunun çıktısı alınıp doldurularak yayımlanmak üzere Resmî Gazeteye gönderilecektir. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=13354&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>.

biçim eksiklikleri”nin olup olmadığı tespitiyle cevap verilmektedir. İdari işlemin yapıldığı usul ve şekil ile geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesini içeren usul ve şekil paralelliği” ilkesinin uygulaması bu konu için mutlak değildir. Yazılı işlemin içeriğindeki “maddi hatalar” işlemin iptali sonucunu doğurmamaktadır, bu tür hatalar “düzeltme işlemi” ile ortadan kaldırılabilir. Burada düzeltme işleminin geçmişe etkili olduğu ve asıl işlemin yapıışındaki usulün takibi zorunludur. Danıştay, kararlarında Resmî Gazetede yayımlanan idari işlemdeki yazım hatalarının işlemin ilgisine tebliği sırasında düzeltilebileceğini ve düzeltilmiş işlemin, Resmî Gazetede tekrar yayımlanmasına gerek olmadığına karar vermiştir.²³ İdari işlemin şekil unsurunda hukuka aykırılığın derecesi, “esasî etkileyen” ve “esasî etkilemeyen” ayrımıyla yapılmaktadır. Bu ayrım teoride mutlak olarak yapılmamış olsa da idari işlemin ilgisininin “lehine olan” ve sonucu etkileyen sakatlıklar esasî etkileyen, yapılması mevzuat açısından zorunlu olmayan ve işlemin sonucunu etkilemeyen sakatlıklar ise esasî etkilemeyen olarak kabul edilmektedir. İşlemin şekil unsurunda “yazı ve dizgi” gibi maddi hatalar esasî etkilemeyen sakatlıklar olarak kabul edilmektedir. Esasî etkilemeyen sakatlıkların ise sonradan düzeltilebileceği ve işlemin sakat olmasının bu şekilde ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Buna ek olarak mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkta şekil unsurundaki sakatlığın esaslı olup olmamasını, “somut olayın” özelliğini dikkate alarak değerlendirmeleri gerekmektedir.²⁴ Şekil unsurundaki “ağır hukuka aykırılıklar” yokluk kararı ile karşılanmaktadır. Resmî Gazetede yayımlanması gerekirken yayımlanmamış yönetmelik hakkında Danıştay yokluk kararı vermiştir.²⁵ Oysa yukarıda da belirtildiği üzere uygulamada Resmî Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin ayrıca ilgiliye tebliği kamu ihale hukuku uygulamasında söz konusu değildir. Bu durumda yazım yanlışlarının düzeltilmesinin idarenin kendi yapacağı bir düzeltmeyi işlemin ilgisine tebliğ ile değil de yine Resmî Gazetede düzeltilmiş işlemin yayımlanması yoluyla olması “usul ve şekil paralelliği ilkesi” gereğidir. Kamu İhale Tebliği ile yapılan düzenlemeyle, Resmî Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının neleri içereceği belirlenmiştir. Bu, idarenin işlemi eksiksiz olarak somutlaştırması için yine idare tarafından yapılan bir düzenlemedir. 4734 sayılı Kanunda, Resmî Gazetede yayımlanacak işlemin şekil içeriğiyle ilgili bir düzenleme söz konusu değildir. Esasî etkileyen ve etkilemeyen ölçütüyle bakıldığında, Tebliğin talep ettiği konulardaki sakatlıklar, esasî etkilemeyen maddi hata olarak kabul edilecek ve düzeltme ile işlem yenilenecektir.

²³ DDDK, E. 1979/276, K. 1980/390, 11.07.1980. Onur Karahanoğulları, s. 414-415.

²⁴ E. Ethem Atay, s. 545; Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 440-444.

²⁵ Güher Ulu, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 19 Sayı: 38 Yaz 2020/2, s. 86, [chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1288913](https://efaidnbnmnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1288913).

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin şekil unsurunda incelenecek diğer konu ise işlemin somutlaşması aşamasında takip edilecek usuldür. 4734 sayılı Kanun md.58’de usul ile ilgili düzenlemeler, “*Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer...*”

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.” şeklindedir. Kamu İhale Tebliğinde yasaklama kararının verilmesinde usul açıklanırken “Yasaklama kararının verilmesi gereken sürenin başlangıcı”²⁶ ve “yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği”²⁷ konu-

26 “28.1.4. Yasaklama kararının verilmesi gereken sürenin başlangıcı

28.1.4.1. 4734 sayılı Kanunun 58 ve 4735 sayılı Kanunun 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 (Değişik ibare: 16/03/2019-30716 R.G./10. md.) bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik 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 yer almaktadır.

28.1.4.2 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.”

27 “28.1.5. Yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği

28.1.5.1. 4734 sayılı Kanunun “Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu” başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan “İhalelere katılmaktan yasaklama” kenar başlıklı 58 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında; “Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer” hükmü yer almıştır. Söz konusu madde hükmünde “en geç” şeklinde ifade edilen sürelerle ilgili olarak uygulamada tereddütler olduğu görüldüğünden aşağıdaki hususların açıklanmasına ihtiyaç duyulmuştur. 28.1.5.1.1 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin gerekçesinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, şurasındaki 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.

28.1.5.1.2. 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 disiplin 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. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır.

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

su özel olarak düzenlenmiştir. Yasaklama kararının verilebileceği 45 günlük sürenin başlangıcı, yasaklama kararı vermek yetkisine sahip makama talebin ulaşması olarak kabul edilmektedir. Yasaklama kararının verilmesi gereken 45 günlük süre, idarenin iç düzeni ile ilgili düzenleyici bir süre midir, yoksa sınırlandırıcı bir süre midir sorusu sürenin sınırlandırıcı olduğu ve süre aşımı halinde yetkili makamın yasaklama kararı veremeyeceği şeklinde cevaplanmaktadır. Danıştay kararlarında da bu süre hak düşürücü süre²⁸ olarak kabul edilmektedir. Kamu İhale Tebliği md.28.1.5.1.2'de de aynı kabul söz konusudur.²⁹ Yasaklama kararının verilmesi gereken sürenin uyuşmazlık konusu olduğu davalarda Danıştay, ihaleyi gerçekleştiren idari birimin yasaklama kararının verilmesi gerekli durumla ilgili dosyayı hazırlayıp, dosyanın yasaklama kararı vermeye yetkili makama sunulmasıyla 45 günlük sürenin başlayacağını vurgulamaktadır. Bunun yanında Danıştay, karar vermeye yetkili makam, yasaklama talepli dosyanın kendisine ulaşmasından sonra ayrıca bir inceleme başlatmışsa bu incelemenin tamamlanmasından ve raporun yetkili makama sunumundan sonra 45 günlük sürenin başlayacağını³⁰ belirtmektedir. 4734 sayılı Kanun md.58'de düzen-

²⁸ "4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin, 30/07/2003 tarih ve 4964 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde, yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen otuz gün içerisinde verilmesi gerekmekte iken, anılan Kanun değişikliğiyle bu süre kırk beş güne çıkarılmıştır. 4964 sayılı Kanun'un 35. maddesinin gerekçesinde, "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 süre kırkbeş güne çıkarılmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir.

Anılan Kanun değişikliğinin amacıyla birlikte değerlendirilmesinden, yasama organınca, kırk beş günlük yasaklama süresinin hak düşürücü nitelikte süre olarak belirlendiği, başka bir anlatımla, anılan süre içerisinde yasaklama kararının verilmemesi halinde ihaleden yasaklama kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır." Dan. 13. D. E. 2015/2398 K. 2021/138, 19.01.2021. Aynı yönde diğer bir karar için Dan. 13. D. E. 2015/1039 K. 2021/1071, 24.03.2021. <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar2022-787.pdf> (danistay.gov.tr).

²⁹ Eren Toprak, Kamu İhale Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, 2022, s. 520-521.

³⁰ "İhaleyi gerçekleştiren idareler tarafından yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışta bulunanlar hakkında gerekli inceleme yapıp hazırlanan dosyanın yasaklama kararını verecek bakanlığa bildirildiği tarihte ilgili bakanlığa kendisine yapılan bildirim üzerine ayrıca bir inceleme, araştırma yapılmadan yasaklama kararının verildiği durumlarda, Kanun'da öngörülen kırk beş günlük hak düşürücü sürenin ihaleyi gerçekleştiren idarenin bildirimimin bakanlığa ulaştığı tarihten başlayacağı açıktır. Ancak, kendilerine yapılan bildirim üzerine yasaklama kararını verecek ilgili veya bağlı bakanlık tarafından ayrıca bir inceleme yapıldığı takdirde bu inceleme sonucunda düzenlenen raporun Bakanlık adına yasaklama kararı vermeye yetkili makama sunulduğu tarihte söz konusu kırk beş günlük hak düşürücü sürenin başlatılması gerekmektedir. Orman Genel Müdürlüğü'nce davacının Kanun'da belirtilen yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışta bulunduğu bahisle yasaklama kararının verilmesi için durumun ... tarih ve ... sayılı yazıyla davalı Tarım ve Orman Bakanlığı'na (Mülga Orman ve Su İşleri Bakanlığı) bildirildiği, davalı Bakanlık'ça Orman Genel Müdürlüğü'nün teklifi doğrultusunda ayrıca bir inceleme yapılmadan 10/03/2014 tarihli Bakan oluru'yla yasaklama kararının verildiği anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre 15/01/2014 tarihinde Bakanlığa yapılan bildirim üzerine ayrıca bir inceleme yapılmadan yasaklama kararının verilmiş olması nedeniyle, 15/01/2014 tarihinden itibaren Kanun'da öngörülen kırk beş günlük hak düşürücü süre geçirdikten sonra 10/03/2014 tarihinde verilen yasaklama kararında hukuka uygunluk bulunmadığından davanın reddi yönündeki İda-

lenen 45 günlük süre idarenin iç işleyişiyle ilgili bir süre değildir. Birey ile idare arasındaki kamu ihalesinden kaynaklı ilişkide belirliliği sağlamak ve idare karşısında yer alan gerçek ve tüzel kişiler açısından hukuki güvenliğin temini amaçlanmıştır. Bu nedenle sürenin geçirilmesi durumunda idare açısından yasaklama kararının verilememesi sonucunu doğurmaktadır. Kamu ihalesi sürecinde 4734 sayılı Kanun md.58 ile tespit edilen 45 günlük sürenin başlangıcı, mevzuat ve yargı kararlarında ihaleyi yapan idarenin yasaklılık halini tespit ederek dosyayı hazırlayıp, karar vermeye yetkili makama iletilmesiyle başlayacağı mutlaklıdır. Bununla birlikte, yasaklanmayı gerektirecek durumun ihaleyi yapan idare tarafından tespiti ve yasaklama kararı verecek yetkili makama sunulacak dosyanın hazırlanması için bir süre öngörülmüştür. Bunun da düzenli idare ilkesi çerçevesinde makul bir süre içinde tamamlanacağına öngörüldüğü kabul edilmelidir. Bu sürenin bir iç düzen işlemi olduğu varsayımıyla idare tarafından düzenlenmesi gereği de düşünülmelidir. Diğer yandan ihaleyi yapan idarenin, yasaklama kararı verecek makama sunacağı dosyanın hazırlık süresinin uzaması ise hukuki güvenlik ve belirlilik açısından sorun oluşturacaktır.

III. İHALELER KATILMAKTAN YASAKLAMA İŞLEMİNİN SEBEP UNSURU

Devletin varlık sebebi kamu hizmetlerinin ifasıdır. Devlet işlemlerinin hukukiliği, kamu yararına yönelmiş olmasıyla mümkündür. Kişi, kendi yarar ve zararını düşünerek hukuki ilişkilere girmektedir. Oysa kamu hukukunda idare, kamu adına harekete geçip onu temsil etmektedir. İdarenin işlemlerinin hukuka uygun olması, işlemlerin idareye tanınan yetki alanı içinde bulunması, diğer bir ifadeyle objektif hukukun bu alanı önceden tanımlaması, dayanılacak sebepleri belirlemesiyle hukuken geçerli olur.³¹ Kişilerin bireysel açıdan maddi ve manevi çıkarlarının karşılanması özel hukuk ilişkisinin sebebini oluşturmaktadır. Sebep ise karşımıza “ekonomik ya da ticari” şekilde çıkar. Özel hukuk zemininde esas, işlemin, taraflar açısından sonuçlar doğurmasıdır. Bu sebeple “Kanun koyucu” özel hukuk çerçevesindeki işlemlerin sebebini düzenleme konusunda bir çaba içine girmez. Kanun koyucu, özel hukuk alanındaki işlemlerde kamu düzeni açısından bir tehdit öngördüğünde bu alanda düzenleme yapmak ihtiyacını hisseder. Buna karşılık idare hukukunda idare ile birey arasındaki ilişkiler, kamu yararının daha önceden tanımlanması dolayısıyla kurala tabidir. Bu kuralsallık idarenin “hangi maddi ya da hukuki” durumda nasıl bir davranış göstereceğinin önceden tanımlanmasını gerektirir. İdare, yasa koyucunun tanımladığı durumlar

re Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Dan. 13. D. E. 2015/2398 K. 2021/138, 19.01.2021. <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBültenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar2022-787.pdf> (danistay.gov.tr).

³¹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, İstanbul, 1966, s. 281, 282.

dışında herhangi bir hukuksal sonuç doğuran işlemler yapamaz.³² “İdari işlemin sebebi, idareyi işlem yapmaya yönelten saiklerdir.” Hukuki ya da maddi bir olay veya bir mevzuat hükmü, saik olarak ortaya çıkar. Danıştay, kararlarında idari işlemin gerçek ve hukuka uygun bir sebep ya da sebeplere dayalı olması gerektiğini ifade etmektedir. Sebebin gerçek olması ise varlığının usule uygun olarak yapılan tespitlerle ortaya konması, hukuka uygun olması ise işlemin sebebinin kanunda öngörülmüş olmasıdır. İdari işlemdeki varlık şartının yokluğu, “işlemin yokluğu ve hiç doğmadığı sonucunu ortaya çıkarır ve böyle bir işlem hukuka uygun hale getirilemez ya da hukuki dayanak olarak kullanılamaz”.³³ Sebep, iç hukuka uygunluk, gerekçe ise dış hukuka uygunluk olarak tanımlanmaktadır. İdareyi bir işlem yapmaya yönelten maddi ya da hukuki durumlar sebep olarak kabul edilmektedir.³⁴ Danıştay kararında sebep, işlemi yapan idarenin kendi düşüncesiyle ya da tercihiyle ortaya koyacağı bir durum olmadığı, bu nedenle de “nesnel bir nitelik” taşıdığı, nesnellüğün, hukuka uygunluğun tespitinde önemli olduğu ve hukuk devleti anlayışını gerçekleştirdiği vurgulanmıştır.³⁵

İdare hukukumuzda sebep unsurunda üç durum mevcuttur. Bunlardan birincisi, işlemin sebebinin objektif olarak belirlenmiş olması, kanunda tespit edilmiş olmasıdır. İkinci durumda sebep objektif hukuk ile tespit edilmemiş olsa da idare işlemine bir sebep göstermek yükümlülüğü altındadır. Üçüncü durum ise idare, işlemlerine bir sebep göstermek yükümlülüğü altında değildir. Bu halde işlem “sübjektif” niteliğe bürünmüş, idarenin takdiri öne çıkmıştır.³⁶ İdari işlemin dayanacağı sebep, işlemden önce kanunda açıkça düzenlenebilir, sebep kanunda “genel kavramlar” ile belirtilebilir ya da idari işlemin dayanacağı sebep kanunda belirtilmemiş idareye sebebin tespiti açısından “değerlendirme marjı” tanınmış olabilir.³⁷

Sebebin kanunda açık olarak gösterildiği durumlarda idare, bu sebeplere kamu yararını öne sürerek farklı sebepler de ekleyemez.³⁸ İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin sebep unsurları 4734 sayılı Kanun md.17’de³⁹ sayma yo-

³² E. Ethem Atay, s. 546.

³³ Dan 7. D. E. 2007/4612, 08.11.2007; Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 447, 448.

³⁴ Bahtiyar Akyılmaz, “İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü” Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e Armağan, Ankara, 2005, s. 18.

³⁵ Mehmet Emin Akgül, Hukuk Devletinde Devlet İşlemlerinin Gerekçesi, Ankara, 2023, s. 133-134.

³⁶ Sıddık Sami Onar, s. 293-298.

³⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa, 2019, s. 1010-1013.

³⁸ Onur Karahanoğulları, s. 454.

³⁹ “**Yasak fiil veya davranışlar**

Madde 17- İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

luyla belirlenmiştir. Bu maddedeki düzenlemeye ek olarak 4734 sayılı Kanun md.58/1'de üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak ve md.61'de⁴⁰ düzenlenen bilgi ve belgeleri açıklama yasağına uymamak, ihaleye katılmaktan yasaklama kararının kanunda açık olarak ifade edilen sebepleridir. İdarenin yapacağı düzenlemelerle, 4734 sayılı Kanunun belirtilen maddelerinde ifade edilenlerin dışında bir sebep belirleyip, bunun gerçekleşmesi durumunda ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermesi hukuka aykırıdır. Danıştay kararında yasaklama kararının uygulanabilmesi için kanunilik ilkesinin dikkate alınmasının gerektiği, 4734 sayılı Kanun md.17'de belirtilen sebeplerin dışında genişletici yoruma ya da farklı bir sebebe dayanılmayacağını belirtmektedir. Hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkesi gereği hangi eylemlerin yasak olduğu ve yasak olan eylemlere verilecek cezaların önceden açık ve anlaşılır biçimde belirlenmiş olması esastır.⁴¹ İhalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesine dayanak sebeplerin, kanunda belirtilenin dışında idare tarafından genişletilmesi ya da yeni bir sebebin kamu yararı düşüncesiyle eklenmesi, yasaklama işleminin sebep unsurunun hukuka aykırı olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede idareye tanınmış bir takdir alanı mevcut değildir. İhalelere

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 vekâleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır".

⁴⁰ "Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı

Madde 61- (Değişik: 30/7/2003-4964/37 md.)

Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır".

⁴¹ "Ancak, dava konusu Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 Sayılı Kurul kararında, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektubunu (asıllarını) idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında, Kanun'un 17. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi öngörülmüştür. Böylece, dava konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararı ile anılan fiil, ihale kararını etkileyip etkilemediğine ilişkin ihaleyi gerçekleştiren idarelere niteleme imkânı tanınmaksızın ve somut olayın koşulları ve mâkûl bir sebebi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak mutlak bir yasaklama sebebi olarak düzenlenmiş, dava konusu düzenleyici idarî işlemler ile ihalelerden yasaklamaya ilişkin fiil ve davranışları belirleyen Kanun hükmünün kapsamı ve çerçevesi genişletilmiştir. Bu itibarla, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 Sayılı Kurul kararında, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan açık düzenlemelerden farklı yeni bir durum belirlendiği ve düzenleyici işlemlerin Kanun'u aşan nitelikte kurallar içerdiği anlaşıldığından, dava konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dan. 13. D. E. 2020/3648 K. 2023/4255 T. 23.10.2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2020-3648.htm>.

katılmaktan yasaklama kararını, 4734 sayılı Kanun ilgili maddelerine uygun olarak yetkili organlar verecektir, bağlı yetki söz konusudur. Bununla birlikte 4734 sayılı Kanunda sayılan sebeplerin varlığının tespitinde olgu, bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi idareye bir alan yaratır mı sorusu da ortadadır.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin dayanacağı sebeplerden ilki 4734 sayılı Kanun md.17/a'da "*Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*" şeklinde tespit edilmiştir. 4734 sayılı Kanunun md.1⁴² gereği bu kanundaki düzenlemeler kamu kurum ve kuruluşlarının düzenleyeceği ihalelerde uygulanacak esasları düzenlemektedir. Kanun koyucu, ihaleye fesat karıştırmak ya da buna teşebbüs etme fiilini oluşturacak eylemleri saymış⁴³ bunun yanında "veya başka yollarla" diyerek sayılanların dışında benzer eylemleri bu şekilde nitelemekle ilgili bir alanın varlığını da kabul etmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) md.235'te⁴⁴ Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar bölüm başlığı altında İhaleye fesat karıştırmaya suçu⁴⁵ düzenlenmiş ve hangi eylemlerin ihaleye fesat karıştırmaya suçunu oluşturacağını saymıştır. İhaleye fesat karıştırmaya suçunu oluşturan dört eylem tanımlanmıştır. Bu eylemlerden ilki olan "Hileli davranışlar" ise ayrıca dört eylem şeklinde somutlaştırılmıştır. Hile

⁴² "Amaç

Madde 1- Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir."

⁴³ Kerem Cambazoğlu, İhalelere Katılma Yasağı, Kabul Edilmiş Doktora Tezi, (Tez Danışmanı. M. Ayhan TEKİNSOY), Ankara, 2017, s. 173-174.

⁴⁴ "İhaleye fesat karıştırmaya

Madde 235- (1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları".

⁴⁵ İhaleye fesat karıştırmaya suçu ile ilgili olarak geniş bir çalışma olarak künyesi verilen çalışma ayrıca incelenebilir. Vedat Dilberoğlu, İhaleye Fesat Karıştırmaya Suçu, Ankara, 2018.

kavramının içeriği ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK'da bir tanım ya da açıklama mevcut değildir. Bunun yanında "Hile" bir kimsenin davranışları ve sözleriyle, diğer kimseyi bir irade beyanı veya bir sözleşme yapmaya yöneltmek için yanlış bir fikrin oluşmasına ya da bu yanlış fikrin devam etmesine bilerek sebep olması şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay da kararlarında bu tanımı⁴⁶ benimsemektedir. Ceza hukuku doktrininde hileli davranışın temel olarak kabul edildiği suç tipi "Dolandırıcılık" suçudur (TCK md.157).⁴⁷ Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hileli davranışın gerçekleştirilmiş olması aranan şartlardan birisidir. Hilenin "vakiyla ilgili olması ve bu vakiyla ilgili olarak kişinin yanılıya sevk edildiği" durumlarda hile söz konusudur. Olmayan bir durumu varmış gibi sunmak, mevcut bir olayı gizlemek ve buna eklemeler yaparak değiştirmek dolayısıyla gerçeğe aykırı açıklamalar ile kişilerin aldatılması hile olarak kabul edilmektedir. Hilenin konusunu oluşturan olayın ise insanın duyu yoluyla algılayabileceği, yaşam tecrübesine dayalı olarak kontrol edebildiği, ispata uygun olan durum şeklinde kabulü gerekir. Kişinin diğer kişiyi ikna için olayla ilgili yaptığı açıklamalar ya da ileriye yönelik öngörü açıklamaları da hile kapsamında değerlendirilebilir.⁴⁸ Medeni hukukta hile ya da aldatma, "bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten yanlış bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut olan yanlış kanaati koruma ya da sürdürme fiili" olarak tanımlanmıştır.⁴⁹ Bir kişinin diğer bir kişiyi sözleşme yapmaya yöneltmek için gerçek durumun dışında bir görüş ve düşünceyi ileri sürerek bir "fikir yaratması" ve bu durumu devam ettirmesi aldatma ya da hilenin diğer bir tanımı olarak verilmektedir.⁵⁰ 5237 sayılı TCK md.235'te hileli davranışlar sayılarak belirlenmiştir. Hileli davranışlar, "kendi içinde seçimlik ve bağlı hareketli davranışlardan olmaktadır." Seçimlik hareketler, zaman açısından "birkaçı birlikte yapıldığında" dahi tek suç işlenmiş olmaktadır. TCK açısından md.235'teki normatif eksiklikler uygulamada konunun sınırlarını belirleyen ve kapsamını ortaya koyan ihale mevzuatına başvurularak giderilebilir.⁵¹ TCK md.235(2)(c) fıkrasında geçen hukuka aykırı diğer davranışların nitelendirilmesinde ihalede yasak fiil ve davranışların düzen-

⁴⁶ "HİLE (Genel Olarak Bir Kimseyi İrade Beyanında Bulunmaya Özellikle Sözleşme Yapmaya Sevk etmek İçin Onda Kasten Hatalı Bir Kanı Uyandırmak Olduğu)", T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2004/11093, K. 2004/11916, T. 25.10.2004. T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2006/10845, K. 2006/13283, 16.11.2006.

⁴⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 957.

⁴⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 792-794.

⁴⁹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020, s. 447.

⁵⁰ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 350.

⁵¹ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2016, s. 414, 415; Vedat Dilberoğlu, s. 131-134.

lendiği 4734 sayılı Kanun md.17'den faydalanabileceği belirtilmektedir.⁵² Buradan hareketle ceza hukuku açısından ihaleye fesat karıştırma suçunda; “Hile” kavramının içeriğinin belirlenmesinde, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesindeki suç ve cezayı düzenleyen kanun olarak karşımıza çıkan 5237 sayılı TCK ile birlikte “hukuka aykırı diğer davranışlar” kapsamında ihaleyi düzenleyen 4734 sayılı Kanunun da kullanımı olanaklı hale gelmektedir.

4734 sayılı Kanun, kamu hukukuna tabi, kamu kaynağı kullanan ve kamu denetimi altında bulunan kurum ve kuruluşların ihalelerinde kullanacakları esasları düzenlemektedir. 4734 sayılı Kanun md.17/a)'da sebepler, “*Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek*” şeklinde sayma yoluyla belirlenmiştir. Bu eylemlerin tanımlanmasında ya da kapsamının belirlenmesinde büyük bir sorun yaşanmadığı değerlendirilmektedir. İrtikâp ve rüşvet eylemlerinin tanımlanmasında ise ceza hukuku tarafından yapılan tespitler idare açısından belirleyici olacaktır.⁵³ Ancak “başka yollarla” ifadesiyle genel şekilde belirtilen sebeplerin içeriğinin doldurulması gereklidir. İdari işlem teorisinde “sebebin belirsiz kavramlarla” ifadesi söz konusu olduğunda idare bu kavramın içeriğini doldururken, kendi düşüncesine göre değil olayla ilgili toplumda istikrar kazanmış düşüncelere ve önceki uygulamalara göre bir tespit yapmalıdır.⁵⁴ İdarenin bu çerçevede göstereceği olay ya da durumun, 4734 sayılı Kanun md.17/a) kapsamında sayılanların oluşturduğu bütün dikkate alınarak niteliği itibarıyla kabul edilebilir olması gerekir.⁵⁵ İdareye verilen takdir yetkisinin, işlemde umulan amacı gerçekleştirecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Buradaki takdir yetkisinin geniş olduğu düşünülebilir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen temel ilkelerin⁵⁶ ihale sürecinde gerçekleştirilmesi için kanunda belirtilmemiş ihaleye fesat karıştırma eylemlerinin de yaptırım ile karşılanması gerekir. “Başka yollarla”⁵⁷ ibaresi, idare için bu hareket sahasını kar-

⁵² Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 963, 964.

⁵³ Begüm İsbir, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara, 2011, s. 47, 48.

⁵⁴ E. Ethem Atay, s. 550.

⁵⁵ Kemal Gözler, s. 1011.

⁵⁶ “**Temel ilkeler**

Madde 5- İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur”.

⁵⁷ “... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava konusu istem: Davacı şirketin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 02/05/2013 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

şılmaktadır. Kanuni idare ilkesi zemininde hareket eden idarenin de bu takdir hakkını kanunun amacını somutlaştıracak şekilde kullanması beklenir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin ikinci sebebi 4734 sayılı Kanun md.17/1-b'de "*İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*" şeklinde ifade edilmiştir. Burada bahsi geçen fiiller iki gruba ayrılabilir. Bunlardan ilki serbest rekabeti bozan fiillerdir. İkinci grupta ise idarenin ihale aşamalarını ve kararlarını etkileyecek fiillerdir. Teklif zarfında aynı iş için biri bedel belirten diğeri de bedel belirtmeyen "imzalı ve kaşeli" iki adet teklif mektubunun yer alması, Danıştay tarafından ihale kararını etkileyecek fiil olarak kabul edilmiştir.⁵⁸ İradı olan ve önceden kararlaştı-

lık Derece Mahkemesi kararında... Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ihale edilip tamamlanmayan bir işin tekraren kalan kısımları yönünden ihalesinin gerçekleştirildiği, önceki ihale işini tamamlamayan ve bu nedenle hakkında yasaklılık kararı bulunan firma adına davacı şirket temsilcilerinin ihale günü idarenin bulunduğu binaya giriş yaptıkları, ihale saatinden çok önce binaya davacı şirket temsilcilerinin giriş yaptığı ve ihaleye katılmak üzere binaya giriş yapan diğer firma temsilcileri ile görüşmeler yaptıklarının kamera kayıtları ile sabit olduğu, binaya, ihaleye katılmak için gelen beş firmanın bu görüşmeler sonrasında ihaleye katılmadıkları, öte yandan davacı şirketin ihale dışı bırakılması ve ihalenin iptali üzerine Kamu İhale Kurulu'na davacı şirketin yaptığı itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kararda, ihalenin yapıldığı yerde gerçekleşen olaylar ve ile ilgili idarenin güvenlik birimince düzenlenen tutanak dikkate alındığında ihalenin iptalinin yerinde olduğu şeklinde bir değerlendirmeye yer verildiği, davacı şirketin eyleminin 4734 sayılı Kanunun 17. maddesinin (a) bendinde belirtilen başka yollarla ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs etmek ve aynı maddenin (b) bendinde belirtilen ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak kapsamında olduğu anlaşıldığından, davacı şirket hakkında tesis edilen ihaleden yasaklamaya ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir... Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü: ... İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir...". Dan. 13. D. E. 2014/2718, K. 2020/1153, 03.06.2020. <https://karararama.danistay.gov.tr/>.

⁵⁸ "Devlet ve İl Yollarında Rutin Bakım, Yapım, Onarım ile Kar ve Buzla Mücadele Yapılması İşleri" ihalesine ortak girişim olarak katılan İş Ortaklığı tarafından sunulan teklif zarfında aynı iş için biri bedel içeren, diğeri bedel belirtilmemiş imzalı ve kaşeli iki adet teklif mektubu bulunduğu, ortak girişim grubunun bu yönde eyleminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) fıkrasında belirtilen "isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" şeklindeki yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğundan bahisle iş ortaklığını oluşturan firmalardan ...'nin ortağı olan davacının, aynı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi üzerine davanın açıldığı, tutar içeren teklif ile beraber tutar belirtilmeden imzalanmış teklif mektubu sunulması fiilinin, ihale komisyonunun tereddüde düşmesine sebebiyet verebilecek bir fiil olması nedeniyle ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (b) fıkrası ile 58. maddesi uyarınca davacının 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir". Dan. 13. D. E. 2015/829, K. 2015/3006, 07.09.2015. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/danistay/lyd20.htm>.

rılmış bir sonuca hukuka aykırı yollarla ulaşmayı amaç edinen her fiil, “özellikle üstü örtülü veya açık anlaşmalar”, bazı isteklilerin ihaleye katılmasını engelleyen cebir ve hile içeren davranışlar bu çerçevede değerlendirilecektir.⁵⁹ Danıştay bir kararında; elektronik ihale sürecinde iki farklı isteklinin, farklı tarihlerde aynı IP adresi kullanarak doküman indirmesini yasak fiil ve davranış olarak kabul etmiş, bu davranışın 4734 sayılı Kanun md.5’te mevcut rekabet ilkesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.⁶⁰ “İhale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak”, sebebin belirsiz bir kavramla ifadesine karşılık gelmekte ve idarenin takdir hakkı çerçevesinde değerlendireceği bir alan olarak kalmaktadır. Burada da “ihale kararını etkileyecek davranışlar” nitelemesini somutlaştıracak ve işleme sebep olarak kullanılacak mevcut olayın, yasaklama kararı için yeter bir sebep olup olmadığının takdirinde ya da değerlendirilmesinde⁶¹ 4734 sayılı Kanunda mevcut ihalelerle ilgili temel ilkelerin ve ihaleden umulan amacın gerçekleştirilmesi ölçütü geçerlidir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin üçüncü sebebi 4734 sayılı Kanun md.17/c)’de “*Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*” fiilleri olarak ifade edilmektedir. Kanun herhangi bir ayırım yapmadığına göre ihale sürecinde kullanılacak bütün belgelerin buradaki “belge” başlığı altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay bir kararında;⁶² ihale sürecinde kullanılan belgenin dayanağı olan belgenin sahte olmasından dolayı belgenin hukuken geçersiz olduğunu belirterek verilen ihaleden yasaklama kararını hukuka uygun bulmuştur. Mevzuatta yetki verilen makamların hazırladığı belgeler de gerçeğe aykırı olabilir. İhale sürecinde istekli tarafından sunulması zorunlu belgeyi mevzuatta belirtilen serbest muhasebeci mali müşavir düzenlemiştir. Ancak belgede gerçeğe aykırılıkların olduğu, gerçekliğin teyidi idareye bırakılmış olsa da bunun istekliye gerçeğe aykırı belge sunma hakkı vermeyeceği açıktır. Böyle bir durumda belge sunan tarafın “haksız avantaj” sağlayacağı ortadadır.⁶³ Kamu ihalelerinde çokça karşılaşılan durumlardan bazıları da ihalelerde sunulan “ürün katalogları” ya da etiketlerin sahte olması, iş deneyim belgelerinin

⁵⁹ Yaşar Gök, “İhalelerde Yasak Fiil veya Davranışlar”, <https://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-5.pdf>.

⁶⁰ Dan. 13. D. E. 2021/1052, K. 2021/1732, 17.05.2021. Eren Toprak, s. 489.

⁶¹ Sebep unsurunda takdir hakkı kavramı mı yoksa “değerlendirme marjı” kavramı mı kullanılmalıdır tartışmasına konunun sınırları dikkate alınarak girilmemiştir.

⁶² “İhalede Kullanılan Özel Güvenlik Faaliyet İzin Belgesinin Dayanağı Belge Olan Diplomanın Sahte Olduğu/Diplomanın Sahteliğinin Bu Diploma Esas Alınarak Düzenlenen Özel Güvenlik Faaliyet İzin Belgesinin de Geçersizliği Sonucunu Doğuracağından Dava Konusu İşleminde Hukuka Aykırılık Bulunmadığı...”. Dan. 13. D. E. 2016/2034, K. 2021/367, 09.02.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-2034.htm>.

⁶³ Dan. 13. D. E. 2015/4042, K. 2015/3805, 10.11.2015. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2015-4042.htm>.

sahte olması ve sigorta belgelerinin sahte olmasıdır.⁶⁴ Sayılanlar, ihaleye katılmaktan yasaklama işleminin 4734 sayılı Kanun md.17c) gereği sebep unsurunu oluşturacaktır. İhale sürecinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenilirliğin sağlanması sunulan belgelerin gerçeği yansıtması doğru ve hukuka uygun olmasıyla mümkündür. Bunun temini için de 4734 sayılı Kanun md.17c) de ifade edilen sahte belge veya teminat düzenlemek kullanmak ya da teşebbüs etmek bir sebep olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada belge altında nelerin kabul edileceğini belirtmese de ihale sürecinde kararı etkileyecek bilgi ve belgelerin “belge” altında değerlendirilmesi olması gerektir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin dördüncü sebebi 4734 sayılı Kanun md.17/d)’de “*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.*” şeklinde düzenlenmiştir. Kamu ihale hukukunda rekabetin sağlanması şartlarından birisi de ihaleye katılanlar arasında organik bir bağın olmamasıdır. İhalelerde gerçek piyasa şartlarının oluşumu her katılanın kendi özgür iradesiyle vereceği teklife bağlıdır. Kamu kaynaklarının verimli kullanılması, gerçek piyasa şartlarının ihale sürecinde oluşumuyla sağlanabilir. Bu sebeple 4734 sayılı Kanun md.17/d)’deki düzenleme sadece ihale dışı bırakılma sebebi değil ihalelere katılmaktan yasaklama kararının da sebebidir.⁶⁵ Şahıs veya sermaye şirketlerinin ortakları da 4734 sayılı Kanun md.17-d) kapsamında değerlendirilmektedir. “Ortakları benzer olan şahıs ya da sermaye şirketlerinin” aynı ihaleye katılmaları durumunda yasaklama kararı gündeme gelecektir. Ortaklık ilişkisinin varlığı yasaklama kararının verilmesi için yeter sebep olarak kabul edilmekte, ortaklıktaki payın ağırlık derecesinin bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁶ Kamu İhale Genel Tebliğinde de ortaklar ve bunlarla ilgili yasaklama kararları konusunda düzenlemeler⁶⁷ mevcuttur. Bu madde hükmünde de sebep 4734 sayılı Kanunda

⁶⁴ Erdem Bafra, Kamu İhale Kurumu, <http://ekapakademi.kik.gov.tr/wp-content/uploads/2020/01/Dan%C4%B1%C5%9Ftay-Kararlar%C4%B1-1-%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1nda-4734-m.-17-c.pdf>.

⁶⁵ “Dosyanın incelenmesinden, ihaleye teklif veren her iki şirketin hissedarı olan ...’ın ayrıca mühendislik diplomasının her iki şirket tarafından iş deneyim belgesi olarak teklif sunulduğu görülmektedir. Bu itibarla, uyumsuzluğa konu ihaledeki tekliflerin aynı hakim etki altında verildiği, başka bir ifadeyle şirketlerin teklifleri hazırlama aşamasında birbirleri ile irtibatlarının bulunmadığından ve ihale işlemlerinin birbirleri ile etkileşim içinde olmaksızın, rekabet hâlinde yürütüldüğünden söz edilemeyeceği anlaşıldığından, davacı şirketin yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır”. Dan. 13. D. E. 2016/1222, K. 2021/1029, T. 23.3.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-1222.htm>.

⁶⁶ Eren Toprak, s. 492, 493.

⁶⁷ “Kamu İhale Genel Tebliği

28.1.9. Haklarında yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının durumu

28.1.9.1. 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması

düzenlenmişse de uygulamada ortaya çıkan durumlar nedeniyle hem Tebliğ hem de Danıştay kararlarıyla 4734 sayılı Kanun md.17-d)'nin kapsama alanının açıklığa kavuşturulması ihtiyacı karşılanmaya çalışılmıştır.

Alternatif teklif vermek hallerinin kapsam dışında tutulduğu belirtilmiş olsa da bu hallerin neler olduğunun tespiti, uygulamada belirlilik bakımından önemlidir. Alternatif teklif, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde⁶⁸ belirlenmiştir. İhale sürecinde aynı aday veya isteklinin “ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra sunulması” sadece mal alım ihaleleri açısından mümkündür. Alternatif teklif verme halinde diğer önemli konu hangi durumlarda alternatif teklif verme kastının olduğunun tespiti-

sebebiyle aynı Kanunun 58 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının;

1) Ortağı olduğu şahıs şirketleri,

2) Sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri,

Ortak hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılmayacaktır.

28.1.9.2. (Değişik: 13/04/2013-28617 R.G./7. md.) 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı ya da alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılmaları mümkün bulunmayıp, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerekmektedir.

28.1.9.3. (Ek: 13/04/2013-28617 R.G./8. md.) 6359 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiş olduğundan, bu Kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle hakkında kamu davası açılanlar söz konusu bent kapsamından çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılmayacakları hüküm altına alınmış olup, Kanun değişikliği bu kuralla ilgili olmadığından; haklarında kamu davası açılmış olanların kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları veyahut ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin ihaleye katılmaları mümkün değildir. Bu yasağa rağmen ihaleye katılmış olunması halinde, bu durumda olan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılması, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi ve idarece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.

28.1.9.4. (Ek: 13/04/2013-28617 R.G./8. md.) Ortakları hakkında yasaklama kararı bulunan şahıs şirketlerinin ihalelere katılması halinde, yasaklı ortağın hisse oranına bakılmaksızın 4734 sayılı Kanunun 11 inci ve 17 nci maddeleri gereğince işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Sermaye şirketlerinde ise, hakkında yasaklama kararı bulunan ortağın sermaye şirketinin yarısından fazla hissesine sahip olması veya haklarında yasaklama kararı bulunan sermaye şirketi ortaklarının hisseleri toplamının şirketin sermayesinin yarısından fazlasını teşkil etmesi halinde, ihaleye katılan sermaye şirketi hakkında 4734 sayılı Kanunun 11'inci ve 17 nci maddeleri uyarınca işlemde bulunulacaktır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=13354&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>.

⁶⁸ **Madde 3-** “a) Alternatif teklif: İhale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulmasını, ... ifade eder”. <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>.

tidir. Danıştay, kararında ihaleye konu malın imalinde farklı malzemelerin kullanılması durumunda birim fiyatta meydana gelebilecek değişikliklerden dolayı imalde kullanılan malzemeye göre birim fiyatı verilmesini alternatif teklif olarak görmemiş ve verilen yasaklama kararını iptal etmiştir.⁶⁹ Alternatif teklif konusunda hukuka uygun olan, ihaleye yönelik olarak istekliler tarafından asıl teklif yanında aynı teknik niteliğe sahip “alternatif başka bir teklif verme” seçeneğinin kullanılmasıdır. “Yasak alternatif teklif” ise aynı ihaleye birden fazla teklif mektubunun sunulması durumudur. Yasak alternatif tekliflerin tespiti ve ihale dışı bırakılması, sürecin kamu yararı doğrultusunda işleminin de garantisidir.⁷⁰

Sebeb unsurunun kanunda açık ifadelerle belirtilmiş olması durumunda bile şartlar ve mevcut olay idareyi sebep tespiti açısından değerlendirmeye sevk edebilir. Bu konu açısından ihale sürecinde ortaya çıkabilecek yeni olayların, 4734 sayılı Kanun md.17-d) kapsamında değerlendirilmesi ve yasaklama işleminin sebebi olup olmayacağı, Kamu İhale Kanunundaki temel ilkeler çerçevesinde, amacı gerçekleştirecek ölçütlü ve objektif bir yorumla çözümlenebilir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin beşinci sebebi 4734 sayılı Kanun md.17-e)’de “11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.” olarak atıfla düzenlenmiştir. Adı geçen maddeyle⁷¹ ilgili esas olan;

⁶⁹ “... İdare Mahkemesi’nce; ihale konusu malın imalinde kullanılan malzemenin maliyeti ve bilyenin yapım tekniğine dair farklılıkların, bilyelerin pik döküm, çelik döküm veya çelik dövme olma niteliğine göre farklı birim maliyetten oluşabileceği göz önüne alındığında, davacı şirket tarafından sunulan ve farklı fiyatlar içeren teklifin, ihale şartnamesinde yer alan pik döküm, çelik döküm veya çelik dövme bilye olabilir, ifadesinden kaynaklandığı ve davacının alternatif teklif verme kastının bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davaya konu işlemin iptaline karar verilmiş, ... 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmemekle anılan mahkeme kararının onanmasına...”. Dan. 13. D., E: 2007/1181, K: 2009/117, 09.01.2009. Bahar Koç Görmez, Kamu İhale Hukukunda İhale Deneyim Yasaklama İşlemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne Sunulan Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 52-55.

⁷⁰ Mustafa Çolak, “Kamu Alımlarında Yasal ve Yasak Alternatif Teklif Analizi”, Vergi Raporu, Sayı 188, Mayıs 2015, s. 31, https://vergiraporu.com.tr/uplimage/org/2015-188-Kamu_Alımlarında_Yasal_Ve_Yasak_Alternatif_Teklif_Analizi-Dr_Mustafa_Colak%20.pdf.

⁷¹ “İhaleye katılamayacak olanlar

Madde 11- Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.)** Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.[20]
- İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
- İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
- İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
- (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.

sayılanların “doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere” katılamayacakları düzenlendiği halde ihaleye katılmalarıdır. Bu durumda ayrıca yasaklama kararı da verilecektir. Burada üzerinde durulması gereken istisnai durum, ihaleye katılamayacak olanın ürününün bir satıcı tarafından teklifidir. Bu konu da Kamu İhale Genel Tebliğinde⁷² satıcının yasaklanamayacağı şeklinde düzenlenmiştir.⁷³ 4734 sayılı Kanun, hakkında yasaklama kararı bulunan kişilerin dolaylı olarak bile ihalelere katılamayacağını düzenlemiştir. Danıştay, ihalelere katılmaktan yasaklı olmayan şirketlerin, yasaklama kararı olan kişilerce ihaleye katılmaları durumunda, ortaklıktaki pay durumlarına bakılmaksızın 4734 sayılı Kanun md.11’in uygulanacağı kararını vermiştir. Danıştay, ihale sürecinin sonunda sözleşmeyi tüzel kişiliği temsilen imzalayacak kişinin de 4734 sayılı Kanun md.11 kapsamında sayılan kişilerden olmaması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁴ 4734 sayılı Kanun md.11 ile yapılan düzenleme esas olarak ihaleye katılması engellenmiş durumları açıklamaktadır. Bu durumda olan kişiler ihalelere katılamazlar. Bununla birlikte md.17 ve md.11’de sayılan durumda

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin %10’undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

g) (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile)

İhale konusu için danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir”.

⁷² “28.1.6. Yasaklı firmanın ürününün yetkili bayi ya da başka bir satıcı tarafından teklif edilmesi

4734 sayılı Kanunun “İhaleye katılamayacak olanlar” başlıklı 11’inci maddesi ile “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 58’inci maddesinde ihaleye katılıma ve ihaleden yasaklamaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Anılan maddelerde, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmayan isteklinin, yetkili satıcı ya da üretici firmanın kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı bulunması halinde, üretici firma garantisinde olan bazı belgeleri ve satışa dair yetki verilen mal veya malları teklif etmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır”.

⁷³ Eren Toprak, s. 497, 498.

⁷⁴ Dan. 13. D. E. 2016/3004 K. 2021/1268, 7.4.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-3004.htm>. Aynı yönde başka bir karar için, “İhale Sürecinde İhaleye Teklif Vermek Birtakım Taahhütlerde Bulunmak ve İhale Sürecinin Sonunda Sözleşme İmzalamak Gibi Hak ve Borç Doğurucu İşlemler Söz Konusu Olduğundan İhale Sözleşmesini Tüzel Kişiliği Temsilen İmzalayacak Kişilerin de Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanmış Olmaması Gerektiği - İhale Sürecinin Sonucunda Sözleşmeyi Bir Tüzel Kişiliği Temsilen İmzalayacak Kişinin de 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 11. Maddesinde Sayılan Kişiler Arasında Olmaması Gerektiği...”. Dan. 13. D. E. 2015/6098 K. 2021/161, 19.1.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2015-6098.htm>.

bulunan kişilerin Kanuna rağmen ihaleye katılması ve bunun tespiti durumunda ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımıyla karşılaşacaklarını belirtmektedir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin altıncı sebebi 4734 sayılı Kanun md.58/1'de "... üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir." şeklindedir. İhale üzerine kalanın süresi içinde sözleşme yapmaması, ihaleyi yapan idare ve ihaleye katılan diğer istekliler için farklı kayıpları gündeme getirmektedir. Bunların önlenmesi için ihale üzerine kalanın mücbir sebepler dışında sözleşme yapmaması yaptırımla karşılanmıştır. 4734 sayılı Kanunda mücbir sebeplerin neler olduğuyula ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Bunun yerine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md.10,⁷⁵ mücbir sebeplerin neler olduğunu sıralamıştır.⁷⁶ Mücbir sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirip karar vermek yetkisi idareye aittir. Burada sebep unsuru açık bir şekilde kanunda belirtilmiş olsa da sebebe dayanmayı hukuka aykırı hale getirebilecek mücbir sebep itirazının, idare tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. İdare bu değerlendirmeyle mücbir sebebin varlığını ya da yokluğunu tespit ettikten sonra 4734 sayılı Kanun md.58/1 sebep olarak kullanılabilir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin yedinci sebebi 4734 sayılı Kanun md.61'de "*Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.*" olarak düzenlenmiştir. İhale yetkilisi ve ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına, ihale sürecinin her basamağındaki görevliler, ihale komisyonlarında görevli kişiler ile ihale sürecinde danışmanlık hizmeti yapanlar bu kapsamda değerlendirilmektedir.

⁷⁵ "Mücbir sebepler

Madde 10- Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- Doğal afetler.
- Kanuni grev.
- Genel salgın hastalık.
- Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur".

⁷⁶ Begüm İsbir, s. 59-61.

IV. İHALELERE KATILMaktan YASAKLAMA İŞLEMİNİN KONU UNSURLU

İdari işlemin konu unsuru, işlemin hukuk zemininde meydana getirdiği değişikliktir. İdari işlemin neticesi ve bunun hukuki karşılığı işlemin konusunu oluşturur. İdari işlemin konusunun idare tarafından seçilmesi söz konusu değildir. İşlemin konusu kanun tarafından önceden tespit edilmiştir. İşlemin konusunun hukuka uygunluğu, öncelikle konunun “imkânsız olmaması” ile mümkündür. Ölçülülük ilkesinin de işlemin konu unsuru açısından ayrıca gözetilmesi gerekir. İdari işlemin konu unsurunda hukuka aykırılıklar, “konunun mümkün ve meşru olmaması”, “mevzuatta düzenlenmeyen konu”, “mevzuata uygun olmayan konu”, “mahkeme kararının gereklerine uygun olmayan konu”, “geriye yürümezlik ilkesine aykırı konu”, “ölçülülük ilkesine uygun olmayan konu” ve “kazanılmış hakları ihlal eden konu” şeklinde ortaya çıkabilir.⁷⁷

İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin hukuk zemininde meydana getirdiği değişiklik, 4734 sayılı Kanun md.17’de belirtilen fiil ve davranışları yapanlar, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar eğer yasaklama sebebi ihale üzerinde kalanın sözleşmeyi imzalamamasına dayanıyorsa altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar;

- Tasarruf Sigortası Mevduat Fonu (TMSF) ve bu Fonun hisselerine kısmen sahip olduğu bankaların,
- 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası, Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkındaki Kanunda sayılı bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin (yapım ihaleleri hariç),
- 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin,
- Bütün kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları mal veya hizmet alımları ile yapım işleri,
- 4734 sayılı Kanun md.3’te belirtilen istisnaların ihalelerine katılmaktan yasaklıdır. Kanunda, ihalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin sonuçları, diğer bir ifadeyle hukuk zemininde ortaya çıkacak durum açıklanmıştır. İhaleler katılmaktan yasaklama kararı;
- şahıs şirketi olan tüzel kişiler hakkında verilmişse şirket ortaklarının tamamı,
- sermaye şirketi olması halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilir.

⁷⁷ E. Ethem Atay, s. 551-553; Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 457-463; Kemal Gözler, s. 1044-1059, Ali Ulusoy, s. 433, 434.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararı gerçek veya tüzel kişi hakkında verilmişse ve bu gerçek veya tüzel kişi;

- ayrıca bir şahıs şirketine ortak ise bu şahıs şirketi hakkında,
- sermaye şirketinde ortak olmaları durumunda sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında Kanunda yazılı fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler ise idare tarafından o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.⁷⁸

Kamu İhale Genel Tebliğinde de yasaklama kararının sonuçları ile ilgili açıklamalar bulunmaktadır. Ortak girişimin ortaklarından birisinin yasak fiil ve davranışlarda bulunması durumunda; ortaklardan birden fazlasının yasak fiil ve davranışa iştirak etmesi durumunda yasak fiil ve davranışa işleyen ortaklar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecek, yasak fiil ve davranışa iştirak yoksa sadece bu davranışa işleyen ortak ya da ortaklar yasaklama yaptırımına uğrayacaklardır. (Tebliğ 28.1.7. 1).

Yasaklama işleminin konu unsurunun hukuka aykırılığıyla ilgili olan dava konusu olayda, AA Sigorta Anonim Şirketi, 21.04.2020 tarihinden 21.04.2021 tarihine ve 29/05/2020 tarihinden 29/05/2021 tarihine kadar olmak üzere iki farklı idare tarafından kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmıştır. En avantajlı teklif sahibi olarak ihale üzerinde bırakılan BB Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin dava konusu ihaleye, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olan AA Sigorta A.Ş.'nin yetki belgesiyle katıldığı, anılan şirketin İdari Şartname gereği tek sigorta şirketi adına ihaleye katılabileceği, AA Sigorta A.Ş.'nin dava konusu ihaleye katılmaktan yasaklı olduğu ve mevcut hâliyle de dava konusu ihaleye dolaylı olarak katıldığı, bu itibarla ihale üzerinde bırakılan istekliye ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği anlaşıldığından, aksi yönde tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar temyiz incelemesi sonucunda da kesinleşmiştir. Daha sonra idarenin, AA Sigorta anonim şirketi ile birlikte %50'den fazla hisseye sahip ortağı CC ve bu ortağın diğer şirketi olan DD Holding A.Ş. ile DD Holding A.Ş.'nin sahip olduğu EE Sigorta A.Ş.'nin de 4734 sayılı Kanun md.58 uyarınca 1 (bir) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin kararı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bunun üzerine AA Sigorta A.Ş., ortağı CC ve DD Holding A.Ş. ve EE Sigorta A.Ş. yasaklama işleminin iptali davasını açmıştır. Danıştay

⁷⁸ 4734 sayılı Kanun md.58/1 ve 2, açıklama ile ifade edilmiştir.

önündeki davada; “58. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, Kanun’un 58. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasaklanan tüzel kişilerin ortaklarının hangi durumda yasaklanacağı düzenlenirken; ikinci cümlesinde ise, birinci fıkra uyarınca yasaklanan gerçek ve tüzel kişilerin ortak oldukları tüzel kişilerin hangi durumda yasaklanacağı düzenlenmektedir. 58. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasaklanacak şirket yönünden esas alınacak şirket, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan, yani diğer şirketler hakkında yasaklama işleminin başlamasına sebebiyet veren şirkettir. Bu nedenle 4734 Sayılı Kanun’un 58. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi yönünden, sadece Kanun’un birinci fıkrasına göre yasaklanan şirket esas alınacaktır. Bu şekilde yasaklama zincirinin sınırsız bir şekilde uzaması önlenmiş olup, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan tüzel kişi ve ortakları yanında, bu gerçek ve tüzel kişinin kendisinin ortak olduğu diğer tüzel kişiler aracılığıyla dolaylı olarak ihalelere katılması engellenmiş olacaktır. Bu itibarla, CC’nin %50’den fazla hissesine sahip olduğu DD Holding A.Ş.’nin, DD Holding A.Ş.’nin %50’den fazla hissesine sahip olduğu EE Sigorta A.Ş.’nin tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemlerde hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararının kaldırılmasına ve davanın reddine ilişkin Bölge İdare Mahkemesi kararının ... Holding A.Ş. ve ... Sigorta A.Ş.’nin yasaklanmasına yönelik kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır”.⁷⁹ Yasaklama idari işlemiyle Kanunda düzenlenmemiş olan bir sonuç ortaya çıkmıştır. Konu unsuru, Kanunda düzenlenmeyen şekilde genişletilmiştir. Davaya konu idari işlemin konusu olan yasaklılık yaptırımı; yasaklı olan AA A.Ş. ile ortaklık ilişkisi içinde bulunan CC ve bunun ortağı olduğu DD A.Ş. ve EE Sigorta A.Ş.’ye kadar kanunda öngörülenin dışında genişletilmiş ve kanunda olmayan bir netice ortaya çıkmıştır. Çıkan sonuç, işlemin konu unsuru açısından hukuka aykırıdır. İdari işlem teorisinde sebep ve konu unsuru arasında mevcut ilişki, bahse konu davada işlemin sebep unsuru açısından da hukuka aykırılığa ayrıca işaret etmektedir. Konu unsurunda, hukuk kuralının uygulanması sonucunda ulaşılabilecek neticeden bahsedilmektedir. Bu netice kanunla belirlenmiştir. Kanunla verilen yetkinin işlemin unsurları bazında hukuka uygun olarak uygulanması neticesinde yine kanunda belirlenen neticeye ulaşılmalıdır. Kanuni idare ilkesi ancak bu şekilde somutlaşabilir. Gerçek ve tüzel kişilerin idare karşısındaki hukuki güvenliği bu şartla sağlanmış olur. Kanunda verilen yetkinin uygulanması sonucunda ulaşılabilecek netice ve hukuksal yükümlülük doğuran durumun kapsamı kanunda belirtilenin dışında genişletildiğinde idari işlemin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir. Bu süreçte konu ile sebep unsurunun da hukuka aykırılığı incelenmelidir.

⁷⁹ Dan. 13. D. E. 2022/2812, K. 2022/3009, 05.07.2022. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2022-2812.htm>.

V. İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLAMA İŞLEMİNİN AMAÇ UNSURU

İdare hukukunda işlemin amaç unsuru, idare hukukunun temel ilkelerinin bir sonucudur. İdareye Anayasa ve kanunlar tarafından verilen yetkiler, kamu yararı ve kamu hizmetinin somutlaştırılmasına hizmet etmelidir. İdari işlemlerin meşruiyeti, kamu yararı ve kamu hizmetine yönelmiş olmasıyla gerçekleşebilir. İdari işlemin amaç unsurunun hukuka uygunluğunun şartları; idarenin faaliyetlerinde kamu yararı esastır, bu esasın dışında bir amaç güdülemez, idari işlemin amaç unsurunun kanunda açık olarak ifade edilmiş olması ya da kanunun ruhundan çıkarılabilmesi gerekir, kanun tek bir amaç belirtmemiş, birden fazla amaç belirleyebilir, bazı idari işlemlerde ise sebep unsuru ile amaç unsuru birleşebilir dolayısıyla sebebin gerçekleşmesi ve işlemin yapılmasıyla amaç da gerçekleşmiş olmaktadır şeklinde sayılmıştır.⁸⁰ Amaç idari işlemin “sübjektif” unsurudur ve sübjektifliğini de işlemi yapan makamın düşüncesinin sorgulanması gereğinden almaktadır. Bu unsurun objektif olması ise amacın kamu yararı dışında başka bir amaç olarak belirlenmemiş olmasına bağlıdır. Kamu yararını ne olduğuna karar vermek ise yasama organının yetkisidir. Yasama organının kanun yaparak ortaya koyduğu kamu yararının gerçekleştirilmesi ise idarenin işlemleriyle mümkündür.⁸¹ “Kişisel amacın, güdülmesi, üçüncü kişilerin korunması amacının ya da siyasi amacın güdülmüş olması” durumunda idari işlem hukuka aykırı olur.⁸² İdarenin işlemlerinin genel amacının kamu yararı olması esastır. Bunun yanında idari faaliyetin niteliğine göre özel amaçlar da güdülebilir. İdari işlemin genel amacının kamu yararı olması esastır, bunun yanında işlemin ortaya koyduğu kamu hizmetiyle bağlantılı “özel amaçlar” belirlenebilir. İmar hukuku açısından idareye İmar Kanunu ile verilen yetkilerin özel amacı, yerleşim yerlerinde “imar düzeninin” korunmasıdır. Buradan hareketle özel amaç için verilmiş olan yetkinin başka bir özel amaç için kullanımı durumunda da amaç unsurunda aykırılık “yetki saptırması” şeklinde ortaya çıkabilir. Birden fazla özel amacın olması durumunda ise hangi amaca öncelik tanınacağı “üstün kamu yararı” ölçütü kullanılarak çözüme kavuşturulabilir.⁸³ Davacı amaç unsurundaki sakatlık iddiasını ispat yükümlüğü altındadır. İdarenin, işlemlerinde kamu yararı dışında bir amaç güttüğünün ispatı oldukça zordur. İdare, yaptığı işlemin kamu yararı dışında bir amaçla yapıldığını doğal olarak kabul etmeyecektir. Amaç unsurunun hukuka aykırılığı konusunda mahkemelerin verdiği karar sayısı oldukça azdır.⁸⁴

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin amacının ne olduğu 4734 sayılı Kanun md.5'te⁸⁵ düzenlenen “Temel İlkeler” bakılarak anlaşılabilir. Kamu iha-

⁸⁰ S. Sami Onar, s. 317-322.

⁸¹ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 463, 464.

⁸² E. Ethem Atay, s. 554. Kemal Gözler, s. 1097, 1098.

⁸³ Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Ankara, 2022, s. 108-110.

⁸⁴ Ali Ulusoy, s. 436; Kemal Gözler, s. 1094, 1095.

⁸⁵ “Temel ilkeler

Madde 5- İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muame-

le sürecinde idarenin ihale ile ilgili yapacağı işlemlerin amaç unsuru özellikle md.5/1'de belirtilen temel ilkeler çerçevesinde somutlaşacak ve amacın kamu yararı mı yoksa yetki saptırmasıyla başka bir amaca mı evrildiği tespit edilebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu Gözlerin de ifade ettiği üzere kamu yararı vardır demek zor, kamu yararı yoktur demek "daha kolaydır". Kişisel, siyasal ya da başka kişiye çıkar sağlamak amacıyla alınmış bir kararda kamu yararı olmadığının tespiti kolaydır. Bunun yanında bir idari işlemde, kamu yararının olmadığını tespit etmek zordur. Kamu yararının varlığı, bakış açısı ve değerlendirme ölçütlerine göre değişiklik arz edebilir. Dolayısıyla idari işlemde "kamu yararı karinesi" ile hareket edilmeli, kamu yararının olmaması "istisnai" bir durum olarak kabul edilmelidir.⁸⁶ Konuya, kamu yararının varlığı ya da yokluğunun tespitinde idari işlemin diğer unsurlarından yardım alınabilir mi sorusu ile devam edilebilir. Cevaben; Karahanoğulları'nın, "neden ve amaç bağlantısı" ve konu ve amaç bağlantısı" tespitinden hareketle neden unsurundaki sakatlığın işlemin amaç unsuru açısından da hukuka aykırılığı ortaya çıkaracağı, işlemin konusundaki hukuka aykırılığın da bu işlemle güdülen amacı sakatlayacağı görüşü⁸⁷ ile cevap verilebilir. İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin amaç unsuru; "saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını" sağlamaktır. Bu kamu yararı amacına ulaşmak için de idari işlemin diğer unsurlarının objektif olarak kim, ne zaman hangi sebeple ve nasıl kullanılacağı, kanun ve diğer düzenlemelerle ortaya konmuştur. Bunlardan birindeki kanuna aykırılık işlemin amaç unsurunda da hukuka aykırılığı gündeme getirebilecektir.

leyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. **(Ek cümle: 2/7/2018-KHK-703/171 md.)** Cumhurbaşkanlığı hizmetlerinin özelliği ve güvenlik şartlarına uygun şekilde yerine getirilme zorunluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanlığı'nca gerçekleştirilecek her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılabilir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz.

(Değişik altıncı fıkra: 30/7/2003-4964/4 md.) İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz".

⁸⁶ Kemal Gözler, s. 1111.

⁸⁷ Onur Karahanoğulları, İdare..., s. 111.

SONUÇ

İhalelere katılmaktan yasaklama kararı bir idari işlemdir. İdari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları, ihalelere katılmaktan yasaklama idari işleminde Kanun ve diğer mevzuatta yapılan düzenlemelerle belirlenmektedir. Yasaklama işleminin hukuka uygunluğu öncelikle bu yetkiye sahip idarenin işlemin unsurlarını hukuka uygun olarak somutlaştırmasıyla mümkündür. Yargısal denetimle, hukuka uygunluğun sağlanması söz konusu olsa da hukuk devletinde idarenin hukuk dışına çıkma keyfiyeti söz konusu değildir ve öncelikle işlemi yaparken kendi hukukilik denetimini yine kendisi yapacaktır. Çalışmada 4734 sayılı Kanuna göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararı incelenmiştir. 4734 sayılı Kanunda yapılan düzenlemelerle, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi bağlı yetki konumunda tespit edilmiş olsa da işlemin unsurlarının incelenmesinde idarenin yapacağı değerlendirmelerin hukuka uygunluk açısından belirleyici olduğu ve idareye bu alanda Kanun ve mevzuatla çizilen yol haritasının çok açık olmadığı da ortadadır.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararının yetki unsuru 4734 sayılı Kanunda açık olarak ifade edilmiş ise de bu konuda yetki devri ile ilgili bir düzenleme 4734 sayılı Kanunda mevcut değildir. Bu konudaki boşluk ilgili kamu kurum kuruluşlarını düzenleyen kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesindeki genel yetki devri ile doldurulmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı gibi temel hak ve özgürlükler açısından önem arz eden bir konuda yetki devrinin, ihale hukukunun gerekleri dikkate alınarak ayrıca düzenlenmesi değerlendirilmesi gereken bir konudur. Yasaklama kararının şekil unsuru, Resmî Gazetede yayın yoluyla yazılılık ve tebliğ şartını yerine getirdiği iddiasında ise de hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi açısından Resmî Gazetede yayımlanan kararın ilgisine tebliğinin ve yasaklama kararı verme sürecinin aşamalar ve zaman bakımından mevzuatla daha ayrıntılı düzenlenmesi tespiti hak kayıplarının olmaması açısından değerlendirilmelidir. İşlemin sebep unsuru, 4734 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde sayılarak belirtilmiş, sayılanlara benzer durumların da söz konusu olacağı halleri karşılamak için idareye bir değerlendirme alanı ya da maddi/hukuki olguyu sebep olarak takdir edeceği bir yetki alanı da bırakmıştır. Bu durumlar açısından da takdir hakkının yeknesaklığı sağlayacak şekilde kullanımı ihaleyi yapan idarenin uzmanlığıyla ilgili bir konu olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte sebep unsurunun sınırlarının genişletilmesi hukuki belirliliği ortadan kaldırabilmekte, konu unsuru açısından da belirsizliğe neden olmaktadır. İhaleden yasaklama kararının unsurlarının hukuka uygunluğuyla ilgili olarak Kanun ve mevzuatta düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte hukuki güvenlik, belirlilik ve ihaleden kamunun beklediği ekonomik yararın sağlanması hem düzenlemelerin sınırlarının açık tespit edilmesine hem de işlemi yapan idarenin bu konudaki ehliyetine bağlıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, İstanbul, 2013.
- Akgül, Mehmet Emin, Hukuk Devletinde Devlet İşlemlerinin Gereği, Ankara, 2023..
- Atay, E. Ethem, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2023.
- Akyılmaz, Bahtiyar, "İdari İşlemlerde Gereği Yükümlülüğü", Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara, 2005.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2023.
- Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2023.
- Çolak, Mustafa, "Kamu Alımlarında Yasal ve Yasak Alternatif Teklif Analizi", Vergi Raporu, Sayı 188, Mayıs 2015, s. 31. https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/2015-188-Kamu_Alimlarinda_Yasal_Ve_Yasak_Alternatif_Teklif_Analizi-Dr_Mustafa_Colak%20.pdf.
- Dilberoğlu, Vedat, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara, 2018.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020.
- Gök, Yaşar, "İhalelerde Yasak Fiil veya Davranışlar", <https://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-5.pdf>
- Görmez, Bahar Koç, Kamu İhale Hukukunda İhaleden Yasaklama İşlemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2015.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2016.
- İsbir, Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara, 2011.
- Karahanogulları, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara, 2023.
- Karahanogulları, Onur, İdare Hukuku, Ankara, 2022.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Us Doğan Eser/Kasapoğlu Turhan Mine, Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik ÇALIŞMA Kitabı, Seçkin, 2022.
- Onar, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt I, İstanbul, 1966.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023.
- Toprak, Eren, Kamu İhale Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, 2022.
- Ulu, Güher, "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 19 Sayı: 38 Yaz 2020/2, s. 86. <chrome-extension://efaidnbmnnnibp-cajpcgclefindmkaj/https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1288913>.
- Ulusoy Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, 2020.