



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Mustafa Alper ORAL

KAMU İHALELERİNDEN YASAKLANMA

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Mustafa Alper ORAL

KAMU İHALELERİNDEN YASAKLANMA

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi A. Kürşat ERSÖZ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Mustafa Alper Oral'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi A. Kürşat ERSÖZ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (İmza)

Tez Başlığı: Kamu İhalelerinden Yasaklanma

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 11/09/2018

Mezuniyet Tarihi : 04/10/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Kamu İhalelerinden Yasaklanma” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

(imza)

Mustafa Alper ORAL





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Mustafa Alper ORAL
Öğrenci Numarası	20098519204
Enstitü Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üy. A. Kürşat ERSÖZ
Tez Başlığı	KAMU İHALELERİNDEN YASAKLANMA
Turnitin Ödev Numarası	1005839446

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 107 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 21.09.2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 12

alıntılar dahil % 21'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

21/09/2018

(imza)

Dr. Öğr. Üyesi A. Kürşat ERSÖZ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
ÖNSÖZ	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİ, İDARİ YAPTIRIM KARARLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ; İHALE İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKA AYKIRILIKLAR VE MÜCADELE YÖNTEMLERİ

1.1. Genel Olarak Kamu İhale Sistemi	3
1.2. Kamu İhalelerinde Uygulanan Başlıca İlkeler	5
1.2.1. Rekabet İlkesi	5
1.2.2. Saydamlık İlkesi	6
1.2.3. Güvenilirlik İlkesi	7
1.2.4. Gizlilik İlkesi	8
1.2.5. Gerekçe İlkesi	8
1.2.6. Eşitlik İlkesi	9
1.3. İlkelerin İhlali Nedeniyle Uygulanan İdari Yaptırımlar ve Hukuki Nitelikleri	9
1.4. İdari Yaptırımların Avrupa Birliği Mevzuatındaki Görünümü	11

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİNDE YASAKLAMA KARARININ TANIMI; HUKUKİ NİTELİĞİ, USULÜ; SONUÇLARI VE YARGISAL DENETİMİ

2.1. Yasaklama Kararına Genel Bakış	13
2.1.1. Yasaklama Kararının Tanımı	13
2.1.2. Yasaklama Kararlarının Hukuki Niteliği	13
2.2. Kamu İhalelerinden Yasaklanmaya İlişkin Kanuni Düzenlemeler	18
2.2.1. Devlet İhale Kanununa Göre Kamu İhalelerinden Yasaklanma	18
2.2.1.1. Devlet İhale Kanununa Genel Bakış	18
2.2.1.2. Yasaklama Kararının Sebepleri	19
2.2.1.2.1. İhale Kararının Kesinleşmesinden Önceki Fiiller Bakımından	19

2.2.1.2.1.1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	20
2.2.1.2.1.2. İhalelerde İsteklileri Tereddüde Düşürecek veya Rağbeti Kıracak Söz Söylemek ve İstekliler Arasında Anlaşmaya Çağırıp İma Edecek İşaret ve Davranışlarda Bulunmak veya İhalenin Doğruluğunu Bozacak Biçimde Görüşme ve Tartışma Yapmak.....	21
2.2.1.2.1.3. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek	22
2.2.1.2.2. İhale Kararının Kesinleşmesinden Sonraki Fiiller Bakımından	22
2.2.1.2.2.1. Üzerine İhale Yapıldığı Halde Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak .	23
2.2.1.2.2.2. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Taahhütten Vazgeçmek	24
2.2.1.2.2.3. Mücbir Sebepler Dışında, Taahhüdünü Sözleşme ve Şartname Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemek	24
2.2.1.2.2.4. Taahhüdünü Kötü Niyetle Yerine Getirmemek	25
2.2.1.2.2.5. Taahhüdünü Yerine Getirirken İdareye Zarar Verecek İşler Yapmak	25
2.2.1.2.2.6. Hileli Malzeme, Araç veya Usuller Kullanmak.....	27
2.2.1.3. Yasaklama Kararının Türleri.....	27
2.2.1.3.1. İdari Yasaklama Kararı.....	27
2.2.1.3.1.1. İdari Yasaklama Kararının Unsurları.....	28
2.2.1.3.1.1.1. Yetki Unsuru.....	28
2.2.1.3.1.1.2. Amaç Unsuru	29
2.2.1.3.1.1.3. Şekil Unsuru	29
2.2.1.3.1.1.4. Konu Unsuru.....	30
2.2.1.3.1.1.5. Sebep Unsuru.....	31
2.2.1.3.2. Yargısal Yasaklama Kararları	32
2.2.1.3.2.1. Ceza Soruşturmasının Başlatılması	32
2.2.1.3.2.2. Geçici Yargısal Yasaklama Kararı	33
2.2.1.3.2.3. Sürekli Yargısal Yasaklama Kararı	34
2.2.1.4. Yasaklama Kararı ile Bağlantılı İdari Tedbir Kararları.....	35
2.2.1.4.1. İhaleye İştirak Ettirmemeye Yönelik İdari Tedbir Kararları	35
2.2.1.4.2. İhaleye Katılamayacak Olanlar	36
2.2.1.4.3. Yargılama Sonuna Kadar Yeni Bir İş Verilmeme Tedbiri.....	38
2.2.2. Kamu İhale Kanununa Göre Kamu İhalelerinden Yasaklanma	39
2.2.2.1. Kamu İhale Kanununa Genel Bakış	39

2.2.2.2. Yasaklama Kararının Sebepleri.....	39
2.2.2.2.1. 17'nci Maddede Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışlar	40
2.2.2.2.1.1.İhale Sürecinde Hile, Vaat, Tehdit, Nüfuz Kullanma, Çıkar Sağlama, Anlaşma, İrtikap, Rüşvet Suretiyle veya Başka Yollarla İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek	40
2.2.2.2.1.2.İsteklileri Tereddüte Düşürmek, Katılımı Engellemek, İsteklilere Anlaşma Teklifinde Bulunmak veya Teşvik Etmek, Rekabeti veya İhale Kararını Etkileyecek Davranışlarda Bulunmak.....	43
2.2.2.2.1.3. Sahte Belge, Sahte Teminat Düzenlemek, Kullanmak	45
2.2.2.2.1.4. Alternatif Teklif Verebilme Halleri Dışında, İhalelerde Bir İstekli Tarafından Kendisi veya Başkaları Adına Doğrudan veya Dolaylı Olarak, Asaleten ya da Vekaleten Birden Fazla Teklif Vermek	46
2.2.2.2.2. İhaleye Katılamayacak Olanlar Nedeniyle Yasaklama	47
2.2.2.2.3. Üzerine İhale Yapıldığı Halde Mücbir Sebep Halleri Dışında Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak	50
2.2.2.2.4. Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağını İhlal Eden Danışmanlık Hizmeti Sunucusunun Yasaklanması	52
2.2.2.3. Yasaklama Kararının Türleri.....	52
2.2.2.3.1. İdari Yasaklama Kararları	52
2.2.2.3.1.1.İdari Yasaklama Kararının Unsurları.....	52
2.2.2.3.1.1.1. Yetki Unsuru	52
2.2.2.3.1.1.2. Amaç Unsuru	54
2.2.2.3.1.1.3. Şekil Unsuru	55
2.2.2.3.1.1.4. Konu Unsuru	57
2.2.2.3.1.1.5. Sebep Unsuru	59
2.2.2.3.2. Yargısal Yasaklama Kararları	60
2.2.2.3.2.1. Suç Duyurusunda Bulunulması ve Ceza Soruşturması Başlatılması..	60
2.2.2.3.2.2. Geçici Yargısal Yasaklama Kararı	60
2.2.2.3.2.3. Sürekli Yargısal Yasaklama Kararı	61
2.2.2.3.2.4. Sicil Bildirimi	62
2.2.2.4. Yasaklama Kararı ile Bağlantılı İdari Tedbir Kararları.....	62
2.2.2.4.1. İhaleye İştirak Ettirmemeye Yönelik İdari Tedbir Kararları	62
2.2.2.4.2. İhaleye Katılmayı Önlemeye Yönelik İdari Tedbir Kararı	63
2.2.3. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Kamu İhalelerinden Yasaklama..	65

2.2.3.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Genel Bakış	65
2.2.3.2. Yasaklama Kararının Sebepleri.....	65
2.2.3.3. Yasaklama Kararının Türleri.....	67
2.2.3.3.1. İdari Yasaklama Kararları	67
2.2.3.3.1.1.İdari Yasaklama Kararının Unsurları.....	67
2.2.3.3.1.1.1. Yetki Unsuru.....	67
2.2.3.3.1.1.2. Amaç Unsuru	68
2.2.3.3.1.1.3. Şekil Unsuru	69
2.2.3.3.1.1.4. Konu Unsuru.....	70
2.2.3.3.1.1.5. Sebep Unsuru	71
2.2.3.3.2. Yargısal Yasaklama Kararları	71
2.2.3.3.2.1. Suç Duyurusunda Bulunulması ve Ceza Soruşturması Başlatılması..	72
2.2.3.3.2.2. Geçici Yargısal Yasaklama Kararı	72
2.2.3.3.2.3. Sürekli Yargısal Yasaklama Kararı	73
2.2.3.3.2.4. Sicil Bildirimi	74
2.2.3.4. Yasaklama Kararı ile Bağlantılı İdari Tedbir Kararı.....	74
2.2.4. Yasaklama Kararına İlişkin Kanuni Düzenlemelerin Mukayeseli Değerlendirmesi	75
2.3. Yasaklama Kararının Bazı Ceza İlkeleri ve Kabahatler Kanunu Bakımından İncelenmesi	77
2.3.1. Yasaklama Kararının Uygulanmasında Ne Bis In Idem İlkesi.....	78
2.3.2. Yasaklama Kararının Uygulanmasında Cezaların Şahsiliği İlkesi.....	79
2.3.3. Kabahatler Kanununun Uygulanması.....	80
2.4. Yasaklama Kararının Yargısal Denetimi.....	82
SONUÇ.....	84
KAYNAKÇA.....	89
ÖZGEÇMİŞ.....	93

KISALTMALAR LİSTESİ

2577 sayılı Kanun	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
2886 sayılı Kanun	2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
4734 sayılı Kanun	4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
4735 sayılı Kanun	4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
5237 sayılı Kanun	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
5326 sayılı Kanun	5326 sayılı Kabahatler Kanunu
bk.	Bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
EC	European Community
Ed.	Editör
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
RG	Resmi Gazete
vb.	ve benzeri
vd.	ve diğerleri
s	Sayfa

ÖZET

Devletler; kamu ihalelerinin devamlılığını ve güvenilirliğini sağlamakta; düzenli işleyişini kontrol etmek adına sürekli olarak takip altında tutmakta; gerekli gördüğü durumlarda kamu ihalelerini düzenleyen mevzuatta değişikliğe gitmektedir.

Belirttiğimiz bu hususa ilişkin dış dinamiklerin de etkisiyle Türk Hukuku’nda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Kamu ihalelerinin hukuka uygun ve şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmesi için çeşitli denetim ve kontrol araçları; yaptırımlar ve ilkeler uygulanmaktadır.

Tezimizde, bir yaptırım olarak “ihaleye katılmaktan yasaklama” kurumu detaylı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca; ihaleye katılmaktan yasaklama kararının çeşitleri kararı veren merciye göre idari yasaklama ve yargısal yasaklama şeklinde sınıflandırılmış ve incelenmiştir.

Yine; ihaleye katılmaktan yasaklama kararının idare tarafından verilmesi halinde; bu kararın idari yaptırımlar açısından değerlendirilmesi yapılmış ve bu kararın niteliği de bir idari yaptırım olarak tespit edilmiştir. Bu kapsamda idari yaptırımlara temel teşkil ilkeler ekseninde değerlendirme yapılmıştır.

Bu tez, kamu ihalelerine katılma yasağıyla ilgili olarak mevzuattaki eksikliklerin tespiti ve uygulamada meydana gelen sorunları belirtip bu sorunların çözümünde uygulayıcılara çözüm sağlama noktasında çözüm önerileri getirme amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhalesi, İhale Hukuku, İdari Yaptırım, İhaleye Katılmaktan Yasaklama.

SUMMARY

PROHIBITION FROM PUBLIC PROCUREMENT

States provide the reliability and continuity of public procurements; keep under constant monitoring for regular working; change the public procurement legislation in necessary cases.

Noting the fact of influence of external Dynamics, Turkish Public Procurement Law No. 4734 and 4735 in numbered Public Procurement Contracts Law were enacted.

In order to execute public procurements in a lawful and transparent manner, various audit and control tools, sanctions and guidelines are applied.

In our thesis, as a sanction "to ban from participating in the tender" Corporation are explored in detail. In addition; the decision to ban from participating in the tender varieties according to administrative ban and addressed as judicial decision in the form of a restraining order is classified and studied.

Again; the decision to ban from participating in the tender should be given by the Administration; This decision is made and the administrative sanctions evaluation in terms of the nature of this decision has been identified as an administrative sanction. In this context, policies that would form the basis of administrative sanctions in the evaluations.

This thesis, regarding public procurement ban to participate in the determination of the deficiencies in legislation and in practice, specify the problems that occurred in solving these problems at the point of providing solutions to the practitioner suggested solutions is intended to bring.

Keywords: Public Procurement, Procurement Law, Administrative Sanction, The Tender To Join Interdiction.

ÖNSÖZ

Ülkemizde ve dünyada kamu ihaleleri oldukça çeşitlilik arz eden konularda gerçekleştirilmektedir. Alıma konu mal/hizmet ve yapım işlerinin zamanında tesliminden garanti sürecine kadar oldukça kapsamlı bir işlem olan kamu ihalelerinin çeşitli kanunlarla çerçevesi çizilmiştir.

İhale sonucu tesis edilen sözleşme hükümlerine dayanarak ihale isteklisinin (yüklenicinin) sorumluluklarından kaynaklanan bir yaptırım olan “yasaklama” işleminin hangi koşullarda uygulandığı, tarafların kimler olduğu, yasaklama şekli gibi konular incelendiğinde ülkemizde sıkça karşılaşılan uygulama farklılıkları dikkat çekmektedir.

Kamu İhale Kurumu’nun özel yetkileri ile aldığı kararlar ile Danıştay’ın kararları değerlendirilerek mevzuattaki çelişkili durumlara yönelik her durumun kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği gerçeğine bu çalışmada dikkat çekilmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında kurulan işlemlerin neticesinde, idari ve cezai sonuçları değerlendirilerek yasaklama sürecinin ve işleminin uygulamada daha iyi anlaşılması için değerlendirmeler yapılmıştır.

Mustafa Alper ORAL

Antalya, 2018

GİRİŞ

İdare, ilgili mevzuat kapsamında kendisine tevdi edilen yükümlülüklerini ifa edebilmek ve bu çerçevede faaliyetlerini gereği gibi yerine getirebilmek amacıyla bazı mal veya hizmetlere gereksinim duymaktadır. İdare bu faaliyetlerini kamu yararını gözeterek sürdürmesinden dolayı, gördüğü hizmetlerin yürütülmesine katkı sağlayacak en elverişli mal ve hizmetleri tercih etmektedir. İdarenin bu yöndeki tercihleri hukuki düzenlemelerle belirlenmiş bir takım ilke ve prensipler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

İdarenin yürütmekle sorumlu olduğu kamu hizmetlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi bakımından gereksinim duyduğu mal ve hizmetleri satın almasına ve yapım işlerini yaptırmasını sağlayan süreç kamu ihalesi olarak nitelendirilmektedir. Kamu ihalelerinin sağlıklı bir şekilde ve hukuka uygun olarak yapılabilmesi için kamu ihale süreçleri bazı kurallara tabi kılınmıştır. Söz konusu kurallara uyulmaması halinde hukuk sistemi bazı yaptırımlara başvurmaktadır. İhale süreçlerine ilişkin olarak uygulanan yaptırımların başında kamu ihalelerinden yasaklanma durumu gelmektedir.

Mevzuatımızda kamu ihalelerinden yasaklanma konusu önce 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (2886 sayılı Kanun), daha sonra ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun) ve 4735 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (4735 sayılı Kanun) kapsamında düzenleme altına alınmıştır. Bu kanuni düzenlemelerle ilgili ortaya çıkan tereddütleri açıklığa kavuşturmak amacıyla Kamu İhale Genel Tebliği de yürürlüğe girmiştir.

Yüksek lisans tez konusu olarak “Kamu İhalelerinden Yasaklanma” konusunun seçilmiş olmasının temel amacı, kamu ihale sisteminde önemli yeri bulunan kamu ihalesine katılma yasağına ilişkin olarak özellik arz eden ve gerek doktrinde gerekse de yargı kararlarında tartışma konusu olan hususları belirtip bunlarla ilgili kanaatlerimizi paylaşmaktır.

Bu kapsamda, tez çalışmasının amacının belirtildiği ve başlangıç niteliği taşıyan Giriş bölümünü müteakip birinci bölümde kamu ihaleleri, idari yaptırım kararları ve hukuki niteliği, ihale işlemlerinden kaynaklanan hukuka aykırılıklar ve mücadele yöntemleri başlıkları incelenecektir.

Bu bağlamda, öncelikle genel olarak kamu ihale sisteminden söz edilmiş, sonrasında kamu ihalelerinde uygulanan başlıca ilkelere yer verilmiş, daha sonra söz konusu ilkelerin ihlali nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ve bunların hukuki nitelikleri açıklanmış ve son olarak idari yaptırımların Avrupa Birliği mevzuatındaki görünümü üzerinde kısaca durulmuştur.

İkinci bölümde kamu ihalelerinde yasaklama kararının tanımı, hukuki niteliği, usulü, sonuçları ve yargısal denetimi başlıkları incelenmiştir. Bu kapsamda, yasaklama kararının tanımına ve hukuki niteliğine yer verilmiş, kamu ihalelerinden yasaklamaya ilişkin kanuni düzenlemeler açıklanmış, daha sonra yasaklama kararının bazı ceza ilkeleri ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (5326 sayılı Kanun) bakımından incelenmesini müteakip yasaklama kararının yargısal denetimi konusuna temas edilmiştir.

Son bölümde ise tez çalışmasından elde edilmiş olan sonuç ve öneriler genel ve özet olarak açıklanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİ, İDARİ YAPTIRIM KARARLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ; İHALE İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKA AYKIRILIKLAR VE MÜCADELE YÖNTEMLERİ

1.1. Genel Olarak Kamu İhale Sistemi

İdari usul, idari işlemlerin yapılışına ilişkin kurallar bütünüdür. Onar¹, idari usul kavramını “*Kamu hizmeti teşebbüslerinin, idari faaliyetlerin kendine özgü bir kudreti olmasının doğal bir neticesi, bu kudretin kullanımının birtakım usullere tabi bulunmasıdır. İdare kudretine dayanan ve bu sebeple fertlerin faaliyet usulünden ayrı bir mahiyet ve şekil arz eden bu usullere idari usuller denilmektedir.*” olarak tanımlamıştır.

Günümüzde idari usul, idarenin yargısal denetimi kadar önemlidir. Kişilerin idare karşısında korunması bakımından idari işlemleri denetleyecek yargı mekanizmasının oluşturulması kadar, idari işlemin oluşumu aşamasında ilgililerin bilgilendirilmesi ve katılmalarını sağlayacak mekanizmaların oluşturulması da gerekmektedir.

Ülkemizde, idari işlemin yapılış usulü genel ve idari usul kanunu altında düzenlenmemiş, birkaç özel düzenleme dışında tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. Mevzuatımızda, idari usul öngören düzenlemeler; Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu gibi kanunlardır. Bunların haricinde, idarenin çalışma usulleri, yargı içtihatları sonucu belirlenen ilkeler doğrultusunda bizzat idare tarafından belirlenmiştir².

İşte, 2886 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun, idarenin yürüttüğü belli bir faaliyet alanına yönelik kuralları düzenlemektedir. Başka bir deyişle, bu düzenlemeler sadece idari usul açısından değil, ihale usulüne yönelik kuralları da içermektedir. 4734 sayılı Kanun’da 2886 sayılı Kanun’a göre bir adım daha ileriye gidilerek kanunun amacı belirtilirken “usul” kelimesi kullanılmakta, söz konusu kanunun ihale usulünü düzenlediği görülmektedir. İdarenin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve devamını temin etmek amacıyla gereksinim duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerini sağlamaya yönelik süreçler kamu ihalesi olarak nitelendirilmektedir³.

¹Onar, 1966: 1590.

²Özkan, 1998: 281-290.

³Sayın, 2008: 3.

4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde ihale kavramı *“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri”* şeklinde tanımlanmıştır.

Başka bir tanımlamada ise ihale kavramı idarenin hizmetlerini yerine getirebilmek amacıyla, karşılığı idarece ödenmek koşuluyla; ihtiyaç duyulan mal, hizmet alımlarının yapılmasına yönelik olarak en uygun teklifte bulunan özel kişinin seçilmesi ve sözleşmenin imzalanması sürecidir⁴.

Kamu ihalelerinde, sözleşme aşamasına kadar işleyen belli bir süreç söz konusudur. Bu süreç, ihale işlemleri olarak da adlandırılmaktadır. Kamu hukuku kurallarının uygulandığı bu işlemler farklı aşamalardan oluşmaktadır. Öncelikle hazırlık aşamasında ihale konusu iş ile ilgili yaklaşık maliyet tespit edilmekte, ihale komisyonu oluşturulmakta, idari ve teknik şartname hazırlanmaktadır. İlan aşaması, ihale konusu işin, ilgili kişilere farklı araçlarla duyurulmasıdır. Tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması ihale isteklileri tarafından, idarenin ihale dokümanlarında belirtildiği şekilde tekliflerin sunulması işlemidir. İhale kararının verilmesi ve onay aşamasında ihaleye ilişkin, isteklilerden gelen teklifler ihale komisyonu tarafından değerlendirilerek en uygun teklife karar verilmekte ve ihale yetkilisi bu kararı onaylamaktadır. Sözleşme aşamasında ise gerçek veya tüzel kişi ile idare arasında ihale sözleşmesi imzalanmaktadır.⁵

İhale sürecinin hukuka uygun yürütülmesi gerek idare gerek ihaleye katılan katılımcıların, gerekse de kamu hizmetlerinden yararlananların ortak amacıdır. Zira idarenin ihale sürecinde gözettiği esas amaç, kamu ihalelerinde düzeni yani kamu yararını sağlamaktır⁶. Kanun koyucu kamu yararını sağlamak amacıyla, kamu ihalelerinde uygulanması gereken ilkeleri düzenlemiştir. 2886 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun kapsamında farklı anlamlara gelmeyecek kadar açık, evrensel nitelikli ilkelere yer verilmiştir⁷. Kamu ihalelerinin eşitlikçi, şeffaf, adil ve rekabete dayalı olduğundan söz edebilmek için, bu ihalelerin söz konusu temel ilkelere uygun olarak yapılması gerekmektedir⁸.

⁴Yıldırım, 2006: 247; Buz, 2007: 67.

⁵Gözübüyük ve Tan, 2011: 520 vd.

⁶Doğanyigit, 2008: 859.

⁷Uz, 2005:157.

⁸Kaya, 2006: 154.

1.2. Kamu İhalelerinde Uygulanan Başlıca İlkeler

4734 sayılı Kanun'a göre kamu ihale ilkeleri; saydamlık, rekabet, yeterlik, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ayrı ihale düzenlenmesi, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla ihale konusunun bölünememesi, ödeneği olmayan iş için ihaleye çıkılamaması şeklinde sayılabilmektedir⁹. Bununla birlikte 2886 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde sadece saydamlık, rekabet ve yeterlik ilkelerinin düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla, 2886 sayılı Kanun ile kıyaslandığında, 4734 sayılı Kanun'un ihale ilkeleri yönünden daha kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır.

Söz konusu ilkelerin ortak özelliklerinden birisi, bu ilkelerin, ihalenin ilk aşamasından son aşamasına kadar, hatta sözleşmenin uygulanması sırasında bile dikkate alınmasıdır. Diğer bir ortak özellik; söz konusu ilkelerin, idare hukukundaki birçok ilke ve kavramın kamu ihale hukukundaki tezahüründen kaynaklanmış olmasıdır. Başka bir ortak özellik ise, 4734 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, ilkelerin gözetilmesinin idareye verilmiş bir sorumluluk olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, idare, ihale süreci boyunca ilkelerin yerine getirilmesinden sorumlu olmaktadır. Söz konusu ilkelere ilişkin ortak özelliklerin sonuncusu ise 4734 sayılı Kanun'a tabi olmayan idarelerin düzenledikleri ihalelerde bile söz konusu ihale ilkelerinin geçerli olmasıdır¹⁰. Başka bir anlatımla, 2886 sayılı Kanun'a göre düzenlenen ihaleler için de 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihale ilkeleri uygulanmaktadır.

Bu bölümde, ihale sürecine ilişkin birçok ilkenin içinden çalışmamızla ilgili olan ve kamu ihalelerinden yasaklanma sonucuyla doğrudan bağlantılı ilkeler incelenecektir.

1.2.1. Rekabet İlkesi

2886 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş olan ilkelerden birisi rekabet ilkesidir. Söz konusu ilke uyarınca, ihaleyi yapan idare, ihale süresince rekabet ortamını temin etmekle yükümlüdür. Özellikle, ihalelerdeki tekliflerin aşırı düşük olmaması ve yıkıcı rekabetin engellenmesi rekabet ilkesinin önemli bir sonucudur¹¹.

⁹Yordam, 2003: 23; Buz, 2007: 157.

¹⁰Ulusoy, 2004: 52-53.

¹¹Aslan, 2006: 95.

Rekabet serbestisinin temin edilmesi, kamu yararının bir gereğidir¹². İhalede rekabetin sağlanabilmesi, ihaleye çok sayıda kişinin katılmasıyla mümkündür. Ancak birden çok katılımcının olduğu ihalelerde, rekabeti bozucu fiil ve davranışların olması da kaçınılmazdır¹³.

Bununla birlikte Gözler¹⁴, birden fazla katılımcı arasında sadece yerli isteklilerin ihaleye katılmasının uygun görülmesinin, rekabet ilkesine istisna teşkil ettiğini belirtmektedir. Ersöz¹⁵ yerli isteklilerin korunması uygulamasının genel olarak ülke ekonomisi ve yükleniciler açısından faydalı olduğunu, her ne kadar uluslararası anlamda rekabetin engellendiği gerekçesi ile diğer ülkelerden eleştiri alınsa da aynı uygulamayı ikincil mevzuat aracılığı ile üye ülkelerin de yaptığını savunmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 17/1-b maddesinde yer alan *“İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.”* hükmü ile rekabet ilkesi düzenleme altına alınmış, rekabeti bozucu fiil veya davranışlarda bulunanlara yönelik 58'nci maddede ve devamındaki maddelerde yer alan yasaklama yaptırımının uygulanacağı belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin temel amacı, rekabet ve kamu kaynaklanma verim kullanılması ilkelerini hayata geçirebilmektir¹⁶. Rekabeti sağlayacak şekli şartlar ihaleye katılımcı sayısının artırılmasıdır. Bir başka anlatımla, ihalelere yeterli katılımın sağlanması, rekabetin gerçek manada gerçekleşebilmesinin ön koşullarından olmakla birlikte yeter koşulu değildir. Zira katılımın yüksek olduğu her ihalede rekabet olgusunun tam manası ile gerçekleşeceği söylenemeyebilir. Rekabet olgusunun tam manası ile gerçekleşebilmesi için, esasa ilişkin şartların da hayata geçirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir¹⁷.

1.2.2. Saydamlık İlkesi

Saydamlık mal, hizmet veya yapım işi ihtiyacı olan kamu kurum ve kuruluşlarının ihale yolu ile yürüttükleri sürecin şeffaf, açık ve herkes tarafından bilinebilir olması anlamına

¹² Özkan, 2015: 112.

¹³ Bafra, 2014: 94.

¹⁴ Gözler ve Kaplan, 2017: 456.

¹⁵ Ersöz, 2015: 45-46.

¹⁶ Kazancı, 2011: 47.

¹⁷ Canbazoglu, 2017: 143.

gelmektedir. Bir başka deyişle saydamlık; devletin, yürüttüğü ihale işlemlerini şeffaf bir şekilde yerine getirmesi yükümlülüğüdür¹⁸.

Saydamlık ilkesinin ihalede aleniyetin sağlanması ve ihalede alınan kararlardan ilgililerin haberdar edilmesi olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. İhalede aleniyetin sağlanması, ihale dokümanlarının ilan yolu ile ilgilienlere duyurulması ve teklif zarflarının herkesin gözü önünde açılması ile söz konusu olmaktadır. İhale dokümanlarının ilan yolu ile ilgililere duyurulmasında amaçlanan husus, rekabet koşullarının en üst düzeyde sağlanmasıdır¹⁹. Ayrıca, ihalede, ihale yetkililerinin ve komisyondakilerin aldığı kararların katılımcı veya teklif verenlere ulaştırılması da saydamlık ilkesinin önemli bir sonucudur.

Saydamlık, 4734 sayılı Kanun'da yer alan tüm ihale usullerinde dikkate alınması gereken bir ilkedir. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'da pazarlık usulü ve doğrudan temin usulü²⁰ gibi ihale usullerinde saydamlık ilkesinin uygulanmaması haklı olarak eleştirilmiştir. Ayrıca, bütün ihale aşamalarında gözetilmesi gereken, yani sözleşmecî gerçek veya tüzel kişi belirlenmiş olsa bile, sözleşmenin imzalanması ve uygulanması aşamalarında bile dikkate alınması gereken bir ilke olan saydamlık ilkesi ile ihalelerde yolsuzlukların önlenmesi amaçlanmaktadır²¹.

1.2.3. Güvenilirlik İlkesi

İhale sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesini teminen idare, ihaleye katılanlarda şüphe uyandıracak fiil veya davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. İhale sürecinde güvenilirlik ilkesine uyulması sayesinde, ihale süreci düzgün işleyebilmekte ve katılımcıların, ihale konusu işe ve ihale sahibi idareye güven duyabilmesi sağlanmaktadır.

İdarenin, ihale dokümanlarında, tekliflerin açılmasında ya da ihale sözleşmecisinin seçimi sırasında ortaya koyacağı şüphe uyandıracak davranışlar nedeniyle, katılımcıların “her an ihalenin iptal edileceği” korkusundan uzak kalabilmeleri bakımından güvenilirlik ilkesi büyük önem taşımaktadır. Güvenilirlik ilkesi ihale görevlilerinin yasak fiil ve davranışlarda bulunarak, ihaleden yasaklanmalarını gerektiren durumlara neden olmasını da önlemektedir. Çünkü idare, ihaleye katılan isteklilerin ihaleden doğan güvenini sağlamakla yükümlüdür²².

¹⁸Giritli vd., 2008: 1027.

¹⁹Onar, 1966: 1617.

²⁰4734 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde düzenlenen ihale usullerinden birisi olan “doğrudan temin usulü” 4964 sayılı Kanun ile 18'inci maddenin (d) bendinin ilga edilmesiyle, ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

²¹Gözler ve Kaplan, 2017: 455-456.

²²Gözler ve Kaplan, 2017: 455-458.

1.2.4. Gizlilik İlkesi

Gizlilik ilkesinden anlaşılması gereken, idarenin fiyat araştırması yapması aşamasında ve ihale isteklilerine ait bilgi ve belgelerin saklanması hususunda gizliliğe riayet etme zorunluluğudur. İdare, ihale konusu mal, hizmet alımı veya yapım işinin fiyatına ilişkin olarak, ön araştırma yapmaktadır. Ön araştırmanın yapılmasını müteakip işin yaklaşık maliyeti belirlenmektedir. Gizlilik ilkesi, söz konusu yaklaşık maliyetin ihale sonuna kadar katılımcılardan saklanması ile ilgilidir. Gizlilik ilkesinin yansıdığı başka bir uygulama ise, ihaleye katılan isteklilerin, ihale komisyonuna sundukları bilgi ve belgelerin, görevlilerce gizli tutulmasına ilişkindir. İhale görevlilerinin ihaleye ilişkin birtakım bilgi ve belgelerin açıklaması, ihale konusu mal, hizmet veya yapım işinin yaklaşık maliyetini açıklaması ihalelerde gizlilik ilkesinin ihlaline sebebiyet vermektedir²³.

1.2.5. Gerekçe İlkesi

Kamu ihalelerinde idarenin, 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen bazı durumlarda gerekçe bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, gerekçe ilkesi ihale ilkeleri arasında yer almaktadır. İdarenin, özellikle tüm teklifleri reddedip ihaleyi iptal etmesi halinde, ihale isteklilerine ret gerekçesini bildirmekle yükümlüdür.

Ayrıca, idarenin isteklileri alakadar eden her türlü işlemin gerekçesini de açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. İdarenin bu yükümlülüğü, yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihale isteklilerinin ihaleden yasaklanması halinde de devam etmektedir. İdarenin, bir ihale isteklisinin yasak bir fiilini belirlemesi durumunda, bunu bir tutanakla tespit etmesi ve yasak fiil ile bu fiilin kanuni dayanağını, gerekçeli bir şekilde açıklaması gerekmektedir. Özellikle idarenin vermiş olduğu yasaklama kararları bakımından, yasak fiilin tespitini gerçekleştiren idare tarafından ilgili, bağlı veya ilişkili bakanlığa yapılan bildirimden sonra, bakanlık tarafından yasaklama kararı verilirken; bu kararın da gerekçeli olması gerekmektedir²⁴.

*İsbir*²⁵, kanaatimizce de haklı olarak, idari yaptırım olarak kabul edilen ihaleden idarece yasaklanma kararı verilmeden önce, yasaklanacak kişinin savunmasının alınması gerektiğini, ihale mevzuatında ihaleden yasaklanacak kişinin savunmasının alınmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığını, bu itibarla, 4734 sayılı ve 4735 sayılı Kanunlarda yapılacak bir değişiklikle söz konusu boşluğun telafi edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

²³İsbir, 2009: 34.

²⁴Akyılmaz, 2017: 553.

²⁵İsbir, 2009: 192.

1.2.6. Eşitlik İlkesi

Hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin bir parçası olduğuna veya bir temel hak olduğuna ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusudur²⁶.

İhaleler için de geçerli olan eşitlik ilkesinin bir başka ihale ilkesi olan rekabet ilkesinden farkı; eşitlik ilkesinin sadece ihalelere özgü olmayıp hukukun genel ilkesi olmasından kaynaklanmaktadır²⁷. Yani eşitlik ilkesi hukukun her alanında uygulanan, evrensel bir ilke olup ihalede rekabet ilkesinin kapsamı eşitlik ilkesine göre daha sınırlıdır. Bununla birlikte ihalelerde rekabet ve eşitlik ilkelerinin birbiriyle bağlantılı olması nedeniyle ihalede rekabetin sağlanması, eşitlik ilkesinin uygulanmasını da beraberinde getirmektedir.

Eşitlik ilkesi, hukuki durumları birbirine benzer olan kişiler için kabul edilen bir ilkedir. Bu ilkenin, ihale hukukuna uyarlanması sonucunda idarenin, tüm ihale isteklilerine “eşit muamele” yapması gerekmektedir. Bu itibarla, kamu ihalelerinde aynı durumda bulunanlara aynı muamelenin yapılması zorunluluğu, “ihalelerde eşitlik” ile açıklanmaktadır. Bu ilke sayesinde ihaleyi düzenleyen idarenin, ihale isteklilerine farklı ve keyfi uygulamalarda bulunması önlenmektedir. İhaleyi düzenleyen idareler, herhangi bir şekilde, ihale isteklileri arasında farklı hukuki statüye sebep olacak bir işlem tesis edememektedir. İhale görevlilerinin ihale isteklileri arasında eşitliği bozucu biçimde fiil ve davranışlarda bulunması halinde, bu kişiler ihaleden yasaklanma yaptırımına maruz kalmaktadır.

Diğer taraftan, ihalede yasak fiil ve davranışları ile diğer ihale isteklileriyle eşit olmayan koşullarda ihaleye devam eden istekliler de ihalelerden yasaklanabilmektedir. Söz konusu ilke uyarınca, idarelerin, ihale süresince istekliler arasında dil, din ırk, gibi nedenlerle ayrımcılık yapması yasaklanmıştır²⁸.

1.3. İlkelerin İhlali Nedeniyle Uygulanan İdari Yaptırımlar ve Hukuki Nitelikleri

Kamu ihale ilkelerinin ihlal edilmesi durumunda ekonomik kamu düzeninin korunması amacıyla bazı idari yaptırımlar uygulanmaktadır²⁹. Söz konusu yaptırımlar ihale düzenlenirken, sözleşme imzalandıktan sonra veya sözleşmenin uygulanması aşamalarında ortaya çıkan düzensizlikleri ve ihaleyi etkileyebilecek düzen bozucu fiilleri bertaraf etmeye

²⁶Gözler ve Kaplan, 2017: 455-458.

²⁷Yılmaz, 2007: 99.

²⁸İsbir, 2009: 32.

²⁹Taşdelen, 2006: 293.

yöneliktir. Başka bir anlatımla, ihale, sözleşmenin yapım ve sözleşmenin uygulanma aşamalarında idari yaptırımlar söz konusu olmaktadır³⁰.

İdari yaptırım kavramı, sınırları hukuk kurallarınca belirlenmiş olan idari emir ve yasakların ihlal edilmesi neticesinde yargı kararı olmaksızın ortaya çıkan sonuçtur³¹. İdari yaptırımların diğer özelliği ise idari işlem olmalarıdır. Yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından oluşan idari işlemler idari makamlarca tesis edilmekte ve hukuk âleminde değişiklik meydana getirmektedir³².

Bu kavramın sınıflandırılmasına ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. *Günday*³³, idari yaptırımları idari cezalar ve idari icra olarak iki grupta toplamakta, idari ceza kavramını ise “*birey ve toplulukların idari düzene aykırı davranışları nedeniyle idarece tertip edilen cezalar*” olarak tanımlamaktadır. *Tan*³⁴, idari yaptırımları idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar olarak sınıflandırmaktadır. *Ulusoy*³⁵ ise idari yaptırımları idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayırmaktadır.

Kanaatimizce idari tedbir ve idari ceza kavramları arasındaki ayırım temel bir nitelik farklılığına dayandığından idari yaptırımları idari cezalar ve idari tedbirler olarak sınıflandırmanın yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

Genel olarak idari ceza, idari düzenin bozulmasını müteakip uygulanan, bastırma amaçlı tesis edilen yaptırımlardır³⁶. İdari tedbirler ise cezalandırma amacından ziyade hukuk düzenine aykırı bir eylemin meydana gelmesini önlemek amacıyla tesis edilmektedir. Bu itibarla, bir idari yaptırımın idari ceza olarak nitelendirilmesi idarenin hukuka aykırı fiili bastırma amacıyla hareket ettiğinin belirlenmesine bağlıdır. Aksi durumda, ilgiliye karşı bazı cezalandırıcı neticelere sebep olursa bile tesis edilen işlem idari ceza değil idari tedbir vasfı taşıyacaktır³⁷.

Kamu ihale ilkelerinin ihlali halinde ihale isteklilerine uygulanacak idari yaptırımlar arasında yer alan bu idari tedbirler ve cezalar ilgili kanuni düzenlemeler çerçevesinde bir sonraki bölümde ayrıntılı şekilde incelenecektir.

³⁰İsbir, 2009: 23-25; Şimşek, 2006: 50-54.

³¹Özay, 1985: 25.

³²Otaç, 2006: 5.

³³Günday, 2013: 232.

³⁴Tan, 2011: 408.

³⁵Ulusoy, 2013: 11.

³⁶Çağlayan, 2006: 19; Canbazoglu, 2017: 57; Oğurlu, 2001: 38-41.

³⁷Canbazoglu, 2017: 57.

1.4. İdari Yaptırımların Avrupa Birliği Mevzuatındaki Görünümü

Avrupa Birliği kamu ihalesi mevzuatı içerisinde önemli bir yeri bulunan 2004/17/EC Teşebbüs Direktifi ve 2004/18/EC Klasik Direktifi kamu ihale sistemine ilişkin en önemli düzenlemelerdir. Söz konusu direktifler, daha önceki mal, hizmet alımları ve yapım işleri alımlarına ilişkin düzenlemelerin bir araya toplanmış halidir. Her iki direktifin çıkarılmasında kamu alımlarının modern hale getirilmesi, sadeleştirilmesi ve esnekleştirilmesi amaçlanmıştır³⁸.

Klasik Direktif, idarelerin, mal, hizmet ve yapım işlerine ait ihalelerini yaparken riayet edilecek kuralları, ilkeleri ve usulleri gibi klasik ihale konularını düzenlemektedir. Teşebbüs Direktifi ile Klasik Direktif arasında, ihale ilkeleri ve usulleri arasında fark bulunmamaktadır. Her iki direktif arasındaki en temel fark, ihale konularına ilişkindir. Bu direktifler kapsamında, kamu ihalelerinde isteklilerin seçilmesinde ortaya çıkan ihale usulsüzlüklerine ilişkin yeni düzenlemeler öngörülmektedir. Bu bağlamda, organize suçlar, yolsuzluk ve Avrupa Birliği'nin ekonomik menfaatlerini ihlal eden fiil ve davranışlarda bulunan kişilere yönelik ihalelerin dışında bırakılma yaptırımının uygulanması söz konusudur³⁹.

2004/17/EC sayılı Teşebbüs Direktifinde bulunan bazı hükümler ile Türk kamu ihale mevzuatı arasında ihalelere hâkim olan ilkeler ve ihale usulleri bakımından benzerlikler bulunmaktadır. Öte yandan, ihaleden yasaklama kavramına ilişkin olarak ilgili direktiflerde ayrıntılı bir şekilde yer verilmemiş olması Türk kamu ihale sistemi ile Avrupa Birliği sistemi arasındaki en esaslı farktır. Zira söz konusu Avrupa Birliği direktiflerinde, yalnızca yolsuzluk, organize suçlar ile Avrupa Birliği'nin ekonomik menfaatlerini ihlal eden fiilleri işleyenler ihalelerin dışında bırakılmaktadır. Bu yaptırım 2004/17/EC sayılı Teşebbüs Direktifi'nde doğrudan düzenlenmemiş olsa da konuyla ilgili olarak 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'in 45'inci maddesine atıfta bulunulmuştur⁴⁰.

³⁸Uz, 2005: 101.

³⁹İsbir, 2009: 116.

⁴⁰“Kamu ihalelerinin, bir suç örgütüne karışmış veya yolsuzluk veya Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarına zarar verecek yolsuzluktan veya kara para aklamadan suçlu bulunmuş iktisadi işletmeler verilmesi engellenmelidir. İhale kurumu olmayan idarelerin konu üzerinde su götürmez kanıtlara ulaşamaması ele alındığında, 2004/18/EC sayılı direktifin 45(1) maddesinde belirtilen harici tutma kriterlerinin, idarelere uygulanıp uygulanmayacağının seçilmesinin bırakılması uygun olacaktır. Dolayısıyla, Madde 45(1)'in uygulanma zorunluluğu sadece ihale açan idarelerle sınırlı tutulmalıdır. Uygun olan durumlarda, idareler adaylar ya da isteklilerden gerekli belgeleri talep edebilir, bu iktisadi işletmelerinin kişisel durumları hakkında şüpheleri olması halinde, ilgili Üye devletlerin yetkili kurumları ile işbirliği yapmak isteyebilirler. Bu tür iktisadi işletmelerinin hariç tutulması, idare, ulusal hukuka göre işlenen suçlarla ilgili verilen hükümden haberdar olur olmaz gerçekleştirilecektir. Ulusal mevzuatta bu amaca hizmet eden hükümler bulunması halinde,

2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'te yer alan bazı şartların söz konusu olması halinde, kişilerin ihale dışında bırakılacağı düzenlenmiştir. 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'in 45'inci maddesinin birinci fıkrasına göre:

“1. Aşağıda sayılan sebeplerden bir ya da daha fazlasından dolayı nihai bir mahkeme kararı ile bir hüküm almış olduğu idare tarafından bilinen herhangi bir aday ya da istekli kamu ihalelerine katılmaktan men edilecektir:

(a) 98/733/JHA sayılı Konsey Ortak Eylemi Madde 2(1)'de belirtildiği şekilde bir suç örgütünün üyesi olma;

(b) 26 Mayıs 1997 tarihli Konsey Kanunu Madde 32 ile 98/742/JHA sayılı Konsey Ortak Eylemi Madde 3 (1)'de belirtildiği şekilde yolsuzluk;

(c) Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunması ile ilgili olan Konvansiyonda Madde 1'de belirtildiği anlamda dolandırıcılık;

(d) Mali sistemlerin para aklanması amacıyla kullanılmasını önlemeye yönelik 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı Konsey Direktifi Madde 1'de tanımlandığı şekilde kara para aklama. Üye Devletler ulusal kanunları uyarınca Topluluk kanunlarını da göz önünde bulundurarak bu bent için uygulama koşullarını belirleyecektir.”

Görüldüğü üzere, kara para aklama, dolandırıcılık, suç örgütü üyeliği ve yolsuzluk gibi suçlardan dolayı mahkeme tarafından yargılanan ve hakkında hüküm verilen ihale isteklisi ihaleden yasaklanmaktadır. Bu durumda, ihaleden yasaklama kararını veren merci, ihaleyi düzenleyen idare olup, idarenin, yasaklama kararını verebilmesi istekli hakkındaki mahkeme kararından haberdar olmasına bağlıdır.

Bu itibarla, Avrupa Birliği hukuku uyarınca, 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'in 45/1'inci maddesinde yer alan suçların işlenmiş olması, işlenen suçlara ilişkin nihai bir mahkeme kararının varlığı ve ihaleyi yapan idare tarafından bu mahkeme kararının biliniyor olması ihaleden yasaklanma şartlarını teşkil etmektedir. Söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde, idare ihale isteklisinin yasaklanmasına ilişkin karar vermektedir⁴¹.

çevre mevzuatı ya da nihai bir hükmün ya da eşdeğer etkiye sahip bir kararın konusu olan ihalelerde yasadışı anlaşmalarla ilgili mevzuata uymama durumu da, ilgili iktisadi işletmenin mesleki çalışmalarıyla ilgili bir suç ya da ciddi bir usulsüzlük olarak değerlendirilebilir. Çalışanlara eşit muamele yapılmasına ilişkin 2000/78/EC ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktiflerinin uygulanmasına ilişkin ulusal hükümlerin gözetilmemesi ve bu durumun yargıya ya da buna denk bir mercie intikal ettirilmiş olması halinde, bu durum ilgili iktisadi işletmenin mesleki edimiyle ilgili bir suç ya da önemli derecede hatalı davranış olarak kabul edilecektir”. (İsbir, 2009: 115)

⁴¹İsbir, 2009: 118-120.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİNDE YASAKLAMA KARARININ TANIMI; HUKUKİ NİTELİĞİ, USULÜ; SONUÇLARI VE YARGISAL DENETİMİ

2.1. Yasaklama Kararına Genel Bakış

2.1.1. Yasaklama Kararının Tanımı

Türk kamu ihale hukukunda, ihale isteklilerine uygulanan “ihalelere katılmaktan yasaklama” kararı, ihale düzeninin sağlanması ve ihalede amaçlanan hususların gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. İhale düzenini bozan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişilere yönelik ihalelere katılmaktan yasaklanma yaptırımının uygulanması ileride yapılacak ihalelerin de sağlıklı bir şekilde yapılmasının teminatıdır. Başka bir anlatımla, bu yaptırım sayesinde, hakkında yasaklanma kararı verilen istekli olası bir ekonomik menfaatten mahrum bırakılmakta, ihaleye katılan diğer isteklilerin menfaatleri dikkate alınmış olmakta, idarenin mali açıdan zarara uğraması engellenmekte ve bu şekilde kamu yararı korunmuş olmaktadır⁴².

Onar⁴³ ihalelere katılmaktan yasaklama kavramını, “*ihalede rekabet serbestisinin istisnai olarak sübjektif bakımdan sınırlandırılabilceği*” şeklinde ifade etmiştir. Onar, ihalede serbestinin sınırlandırılması hususunda; “*devlet işlerinde suiniyet gösterdiği anlaşılmalr, kanunun gösterdiği usullerle sabit olarak, bir çeşit kara listeye alınır ve bunlar daimî olarak veya muvakkat olarak eksiltmelere kabul edilmezler*” demek suretiyle, ihaleye katılmaktan yasaklama müessesesini işaret etmiştir. Bir başka ifadeyle Onar, ihaleye katılmaktan yasaklama işlemini, rekabet serbestisinin bir istisnası olarak görmüş ve bu işlemi, rekabette sübjektif bir sınırlandırma olarak nitelendirmiştir.

İhale hukukunda ihaleye katılmaktan yasaklama olarak ortaya çıkan bu kavram, ihale kurallarına uyulmamasının caydırıcı bir sonucudur. Zira belli bir süre boyunca ihalelere katılamamak, ihale isteklisinin ekonomik anlamda bazı sıkıntılar yaşaması, bazı gelirlerden mahrum kalması gibi olumsuz bir etkiye sahip olacaktır⁴⁴.

2.1.2. Yasaklama Kararlarının Hukuki Niteliği

Kamu ihalelerinden yasaklama, ihale sürecini bozmaya yönelik fiil veya davranışlarda bulunan gerçek ya da tüzel kişilerin ihale düzeninden geçici veya sürekli olarak dışlanması

⁴²Kaya, 2006: 154.

⁴³Onar, 1966: 1619.

⁴⁴Doğanyigit, 2008: 859.

anlamına gelmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı idare veya ceza mahkemesi tarafından verilmektedir⁴⁵.

Kamu ihaleleri dikkate alındığında, ilgili kişilere uygulanacak idari yaptırımların idari ceza ve idari tedbir ayrımı kapsamında incelenmesi mümkün görülmektedir. İhale düzeninde idari tedbirler, ihalelerin tabi olduğu temel ilkeleri ihlal edecek durumda olan kişilerin ihale sürecine başından itibaren hiç katılmamalarını temin etmek üzere önleyici nitelikteki uygulamalardır. İdari cezalar ise ilgili mevzuat hükümlerinin ihlali üzerine ihlali bastırıcı ve cezalandırıcı kapsamda uygulanmaktadır⁴⁶. İdari yasaklama kararları idari tedbir ve idari ceza mahiyeti taşıyan idari yaptırımlar olarak uygulanırken, ceza mahkemesinin yasaklama kararları güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca ihale dışı bırakılma⁴⁷, 11'inci maddesi uyarınca ihalelere katılamama durumları, 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yasaklama kararının tesisini gerektiren fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilenlerin aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere iştirak ettirilmemeleri, 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca hakkında ceza soruşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaması gibi başlıklar idari tedbirlere örnek teşkil etmektedir. Diğer taraftan 2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'da

⁴⁵Canbazoglu, 2017: 55; Sırabaşı 2011b: 373.

⁴⁶Canbazoglu, 2017: 79.

⁴⁷ İhale dışı bırakılma hukuken idari tedbir niteliği taşımaktadır. İhale konusu işi yapmasında sakınca görülen kişiler, idare tarafından ihale dışı bırakılmaktadır. Bu bağlamda, iflas eden veya iflası ilan edilen, kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunan, kesinleşmiş vergi borcu bulunan, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı hüküm giyen, ilgili meslek odası tarafından meslekten men edilen, ihale ile ilgili yanıltıcı veya sahte belge ibraz eden kişi veya kişiler hakkında, 11'nci maddede belirtilen maddelere göre ihaleye katılmaya uygun olmadığı halde ihaleye katılan ve 17'nci maddede belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihale katılımcıları hakkında ihale dışı bırakılma tedbiri uygulanabilmektedir. Hukuken, özellikle mali yönden ihale isteklisinin kötü durumda olduğunun kabul edildiği veya dürüstlük bakımından ihale isteklisine güvenilemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, kişi ihale dışı bırakılmaktadır. İhale dışı bırakılan kişinin söz konusu eksiklikleri tamamlaması durumunda, idarenin başka ihalelerine katılabilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla, ihale dışı bırakma yaptırımı, bir kez uygulandığında şahsın başka ihalelere katılmasını yasaklamayan bir tedbir çeşididir. Bununla birlikte, bir ihale isteklisinin, 10'uncu maddenin (j) bendinden ötürü ihale dışı bırakılması halinde; daha önceden hakkında verilen ihaleden yasaklama kararının süresi sona ermeksizin, başka hiçbir kamu ihalesine katılabilmesi mümkün değildir. (Tepe, 2002: 25-27; Canbazoglu, 2017: 100; İsbir, 2009: 44)

ihalelere katılmaktan yasaklama ve 4734 sayılı Kanun'da düzenlendiği şekliyle teminatın gelir kaydedilmesi⁴⁸ şeklinde idari ceza niteliği taşıyan idari yaptırımlar da söz konusudur.

İdarenin vermiş olduğu yasaklama kararı hukuki niteliği itibarıyla, idari yaptırım mahiyetinde, kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlemdir. Bir gerçek veya tüzel kişiyi ihalelere katılmaktan belli bir süre engelleyen, ihaleye ilişkin kamu yararını gerçekleştirmek üzere, kanunda düzenlenen idareler tarafından, özel idari kolluk yetkisi bağlamında tesis edilen yasaklama işlemleri bastırıcı yönü ağır basan idari yaptırım niteliği taşımaktadır⁴⁹. Yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışların tespiti halinde idarenin yasaklamaya ilişkin süreci başlatmak zorunda olması nedeniyle yasaklama kararı bağlı yetki şeklinde düzenlenmiştir⁵⁰.

4734, 4735 ve 2886 sayılı Kanun'lar kapsamında kurulacak yasaklama maddi ölçüt açısından bireysel hukuki durumlar doğuran veya bireysel hukuki durumlarda değişiklik yaratan, uygulanacak yaptırımın süresinin belirlenmesinde muhatapın ve olayın nitelik ve şartlarının gözetildiği subjektif bir işlemdir. İçeriği açısından incelendiğinde yasaklama işleminin emredici işlemlerden olduğu anlaşılmaktadır. Yasaklama işleminin doğrudan muhatapları üzerinde yarattığı hukuki etki, onların belli bir süreyle ihalelere girmek hakkını sınırlamak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Söz konusu işlem, kişileri ihalelere katılmaktan yasaklanmış statüsüne sokan bir işlem olması nedeniyle doğrudan muhatapları açısından bir yapmama, kaçınma sonucu doğuran yükümlendirici bir idari işlem niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu işlem yasaklılık durumunu takip etmek ile görevli idareleri de ilgilendirmektedir. Söz konusu durumda olanların takibi ile bu kişilerin yasaklılar siciline alınmaları ve dolayısıyla yasaklılık kararının kapsamına göre başkaca kamu ihalelerine girmeleri engellenmek istenmektedir. Söz konusu işlemin dolaylı muhatabı olan Kamu İhale Kurumu, yasaklıların sicilini tutmak görevi nedeniyle hem kamuya, hem de sicilde tutulanlara karşı

⁴⁸ Kamu ihale ilkelerinin ihlali halinde idare tarafından uygulanacak idari ceza niteliği taşıyan idari yaptırımlar arasında teminatın gelir kaydedilmesi bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un "Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu" başlıklı 44'üncü maddesi uyarınca ihale üzerinde kalan ihale isteklisi, ihaleye ilişkin kesin teminatı vermek suretiyle, ihale sözleşmesini imzalamak zorundadır. İhaleyi kazanan isteklinin, sözleşme imzalama konusunda hareketsiz kalması durumunda, ihaleyi yapan idare herhangi bir uyarıda bulunmaya gerek olmadan ihaleyi kazanan şahsın geçici teminatını gelir olarak kayıt altına almaktadır. Söz konusu geçici teminatın idare tarafından gelir olarak kaydedilmesi cezai şart olarak da adlandırılmaktadır. Bu itibarla, sözleşme yapmaya yanaşmayan ihale isteklisinin ihale sürecinin başında yatırmış olduğu geçici teminatın idare tarafından gelir olarak kaydedilmesi, idarenin mali yönlü idari bir yaptırımı olarak tanımlanmaktadır. (Zor ve Yosunkaya 2014: 231-234; Sırabaşı 2011a: 161-167)

⁴⁹Ulusoy, 2013: 5.

⁵⁰Sezginer, 2013: 1004.

sorumluluk taşımakta ve bu durum Kurum açısından yapma sonucu doğurmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilgili mevzuat kapsamında yasaklama işleminin kurulmasında tek bir yetkili makamın, ilgili veya bağlı irade açıklaması yeterli olduğundan, açıklanan iradenin sayısı ve usulü bakımından bu işlem basit idari işlemler arasında yer almaktadır. Yasaklama kararı örtülü şekilde alınamayacağından bu karar açıklanan iradenin şekline göre sarıh kararlardandır. Yasaklama kararı, *“kamu gücüne dayanan, muhatabın isteği yahut rızasına dayalı olarak değil, hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden doğuran, isteğe bağlı olmayan”* idari işlemlerdendir. Son olarak, idari işlemlerin icrai vasıf kriteri açısından⁵¹ değerlendirildiğinde yasaklama kararı icrai işlemler arasında yer almaktadır⁵².

Söz konusu işlem ekonomik idari kolluk veya kamu ihale kolluğu gibi kavramlarla nitelendirilmektedir⁵³. Ekonomik idari kolluk, ekonomik düzenin sağlanması bakımından idarenin, özel teşebbüs özgürlüğüne müdahale edebilmesini ve kısıtlama getirebilmesini kapsayan bir kavramdır⁵⁴. İhaleden yasaklama kararının, ekonomik kamu düzeninin korunmasına ve sağlanmasına hizmet eden bir faaliyet olarak değerlendirilmesi, bu kararın bir kolluk faaliyeti olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. İdare yasak fiil ve davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişilere yönelik yaptırım uygulama yetkisini kullanarak, ihale düzenini bozucu bu yasak fiil ve davranışları, ihale sürecinden bertaraf etmeyi, ihale düzenini korumayı amaçlamaktadır. Bu itibarla, idare tarafından ihaleden yasaklama kararı, ihalede güvenliğin sağlanması, ihalede dirlik ve esenliğin sağlanması ve ihalede genel ahlak kurallarına uyulması gibi ihale düzeni unsurlarının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁵⁵.

Örneğin, 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde yer alan yasak fiil veya davranışlardan birisi olan *“hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek”* fiilinin işlenmesi durumunda ihale düzeninin tamamen ortadan kalkması söz konusu olacağından idare, söz konusu fiilleri tespit etmesiyle birlikte, ihale düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla bu fiilleri işleyen gerçek veya tüzel kişileri ihaleden yasaklamaktadır. Bu şekilde idare, ihalede güvenlik, dirlik ve esenlik, ahlak kurallarına uygunluk gibi ihale düzeni unsurlarını temin etmiş olmaktadır. İhale düzeninin bozulmasını

⁵¹Erkut, 1990: 2.

⁵²Canbazoglu, 2017: 297.

⁵³Gürsel, 2003: 609.

⁵⁴Tan, 1984: 129.

⁵⁵Canbazoglu, 2017: 55; Sezginer, 2013:1012.

önleyicilik özelliği sayesinde, ihaleye katılma yasağı kararının ihale kolluğu olarak nitelendirilebileceği değerlendirilmektedir⁵⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yasaklama kararına karşı Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet yolu ile başvurulamamaktadır. Söz konusu karar Resmi Gazete’de yürürlüğe girmesini müteakip, buna ilişkin yasal başvuru yolu altmış günlük süre içerisinde yürütmenin durdurulması istemli idare mahkemesinde açılacak iptal davasıdır⁵⁷.

Ceza mahkemesi tarafından hükmolunan ceza ile birlikte verilen geçici veya sürekli yasaklama kararının hukuki niteliğini belirlerken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki (5237 sayılı Kanun) yaptırımların tabi olduğu cezalar ve güvenlik tedbirleri tasnifi dikkate alınmalıdır. Güvenlik tedbirleri, cezalandırma vasfını taşımamaları, yani ceza kanununun ihlalinin karşılığı olmamaları bakımından cezalardan ayrılmaktadır⁵⁸. Güvenlik tedbirleri, ceza yaptırımının yanında ihlalle birlikte ortaya çıkan tehlikeli durumu bertaraf etme çaresi olarak ortaya çıkmıştır. Güvenlik tedbirleri ceza yaptırımının aksine bastırıcı değil önleyici nitelik taşımaktadır⁵⁹. Güvenlik tedbirleri, suçlunun tehlike arz etmesi durumunda o kişi hakkında bir iyileştirme sürecinin gerektiği yaklaşımına dayanmaktadır⁶⁰.

Ceza mahkemesinin vermiş olduğu ihalelere katılmaktan geçici veya sürekli yasaklanma kararı ekonomik yoksunluk olarak da adlandırılan, güvenlik tedbiri mahiyetinde bir karardır⁶¹. Özgenç⁶² tarafından “İşlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımı” şeklinde tanımlanan güvenlik tedbiri kavramı dikkate alındığında mahkemenin vermiş olduğu ihalelere katılmaktan yasaklanma kararının güvenlik tedbiri niteliği taşıdığı aşikârdır.

⁵⁶İsbir, 2009: 93-95.

⁵⁷Sırabaşı 2011b: 374.

⁵⁸Toroslu, 2005: 287.

⁵⁹Hafizoğulları, 2008: 434-435.

⁶⁰Dönmezer ve Erman, 1996: 567.

⁶¹Kaya, 2006: 154.

⁶²Özgenç, 2006: 609.

2.2. Kamu İhalelerinden Yasaklanmaya İlişkin Kanuni Düzenlemeler

2.2.1. Devlet İhale Kanununa Göre Kamu İhalelerinden Yasaklanma

2.2.1.1. Devlet İhale Kanununa Genel Bakış

2886 sayılı Kanun, kamuya gelir getiren ihaleler kapsamında kira, satım, trampa, mülkiyet dışında aynı hak tesisi ve taşıma işleri hakkında uygulanmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un ihale aşamasında ve 4735 sayılı Kanun'un sözleşmenin uygulanması aşamasında geçerliliğinin aksine 2886 sayılı Kanun gerek ihale gerekse de sözleşme süreçleri bakımından uygulanmaktadır⁶³.

2886 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca ihale kavramı *"Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler"* şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun 83-85'inci maddeleri arasında, ihalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü düzenleme altına alınmıştır⁶⁴.

Kanunun 35'inci maddesi çerçevesinde ihale usulleri, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü olarak belirtilmiştir. 2886 sayılı Kanun kapsamında ihale usullerine tabi olmadan yaptırılması mümkün olan belli işler bakımından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilip verilmeyeceği tartışmalara yol açmıştır.

Konuyla ilgili olarak Danıştay⁶⁵, ihale usullerine tabi olmayan işler bakımından da ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceğine hükmetmiştir.

⁶³Sırabaşı 2011a: 265.

⁶⁴Kaya, 2006: 156.

⁶⁵"... 2886 sayılı Yasanın 83. ve 84. maddelerinde; ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasındaki yasak fiil ve davranışlarda bulundukları anlaşılanlara idarece ihalelere katılmaktan geçici yasaklama tedbiri getirileceği hüküm altına alınmıştır. 2886 sayılı Yasanın 81. maddesinde öngörülen emanet usulü uygulanan ihalelerin de bu Yasanın 2. maddesinde yer alan ilkelere tabi olması, anılan Yasanın 83. ve 84. maddelerinde ihale usullerine tabi işler yönünden bir sınırlama getirilmeksizin ihale işlerinde yasak fiil ve davranışlar ile ihalelere katılmaktan geçici yasaklama yaptırımının yer alması karşısında, 2886 sayılı Yasa kapsamında bir ihale işi olan emanet usulüyle yapılan ihalelerde de 83. maddede yer alan ve bu Kanunda belirtilen amaç ve ilkelere aykırı davranışlar için öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanması gerekmektedir. Esasen, aksi görüşün kabulü, bu ihalelerde tespit edilen usulsüzlüklerin yaptırımsız kalmasına, aynı yasa kapsamında yapılacak işlerde ihaleye katılacaklara uygulanacak yaptırımlar yönünden eşitsizliğe yol açacaktır." Danıştay10. Dairesi, 24.04.2006, E. 2005/8982, K. 2006/2630; Danıştay 10. Dairesi, 24.04.2006, E. 2005/8912, K. 2006/2637. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

Kaya⁶⁶, kanaatimizce de haklı olarak, Danıştay'ın bu yaklaşımının yerinde olduğunu, ihalelere katılmaktan yasaklamanın asıl sebebinin, yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin, idarenin kendisine duyduğu güveni sarsması olduğundan, duyulan bu güvenin ihale usullerinde veya ihale dışı usullerde sarsılmasının bir önemi bulunmadığını, ayrıca ihale usullerine tabi olmayan işler bakımından ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmayacağına ilişkin olarak kanunda bir hüküm bulunmadığını savunmaktadır. Bu itibarla 2886 sayılı Kanun kapsamında ihale usullerine tabi olmadan yaptırılması mümkün olan belli işler bakımından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararının verilebileceği değerlendirilmektedir.

2.2.1.2. Yasaklama Kararının Sebepleri

İhale süreci; hazırlık, ilan, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi, ihale kararının alınması ve sözleşme aşamalarından oluşmaktadır⁶⁷. Yasaklama sebeplerinin ihale sürecinde ortaya çıktığı dikkate alındığında, yasaklama sebepleri ihale kararının kesinleşmesinden önceki fiiller ve ihale kararının kesinleşmesinden sonraki fiiller olarak iki başlıkta incelenebilmektedir.

2.2.1.2.1. İhale Kararının Kesinleşmesinden Önceki Fiiller Bakımından

2886 sayılı Kanun uyarınca, ihale kararının kesinleşmesinden önce yasaklama kararını gerektiren fiiller 83'üncü madde kapsamında belirtilmiştir. 83'üncü maddedeki

“İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

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

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

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

⁶⁶Kaya, 2006: 157.

⁶⁷Tan, 2011: 318.

Yasaktır.” hükmü kapsamında ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında ihalelerde yasak fiil ve davranışlar yer almaktadır⁶⁸.

2.2.1.2.1.1. İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

2886 sayılı Kanun herhangi bir ihale usulüne özel olarak atıf yapmadan, bütün ihale usulleri bakımından ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması aşamalarında ihaleye fesat karıştırmayı veya bu fiile teşebbüs etmeyi yasaklamaktadır. 2886 sayılı Kanun’un 83’üncü maddesinde ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmaya fiilinin unsurlarına yer verilmiş, ancak *“başka yollarla”* ifadesi kullanılarak hile, desise, vaat, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlamanın dışında olabilecek başka fiillerin de yasak fiil ve davranış kapsamında yer alabileceği öngörülmüştür. Söz konusu fiili gerçekleştirebilecek kişiler ihale sürecinde bulunan istekli (ihaleye katılan kişiler), müteahhit (üzerine ihale yapılan istekliler) veya müşteri (arttırma sonunda kendisine ihale yapılan istekli) niteliği taşıyan kişilerdir⁶⁹.

Danıştay bir kararında⁷⁰, yasaklama kararı verilebilmesi için ihaleye fesat karıştırıldığına objektif kanıtlarla kanıtlanması gerektiğine, yasak davranışın sübutunun

⁶⁸Bununla birlikte söz konusu yasak fiil ve davranışlar içerisinde (c) bendinde yer alan *“taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak”* fiilleri ihale kararının kesinleşmesinden sonraki yani sözleşmenin uygulanması aşamasıyla ilgili olduğundan, bu fiiller *“İhale Kararının Kesinleşmesinden Sonraki Fiiller”* başlığı altında incelenecektir.

⁶⁹Canbazoglu, 2017: 269.

⁷⁰*“Davalı idare tarafından, İdare Mahkemesi kararının; 2490 sayılı Yasa da ihalenin en çok eksiltene yapıldığı, bunun sakıncalarının görülmesi üzerine 2886 sayılı Yasada en ucuzun değil en iyinin amaçlandığı, dava ya konu ihalenin 2886 sayılı Yasaya göre yapıldığı, Mahkeme kararında 2490 sayılı Yasanın tartışılmasının anlaşılmadığı, ilgilinin iyi niyetli olduğunun kabul edilemeyeceği, çünkü %70 eksiltme ile işin bitmeyeceğini kendisinin de bildiği, aritmetik ortalamayı etkileyerek ihalenin başka bir kişi üzerinde kalmasını sağladığı, bu davranışın da ihaleye fesat karıştırmak olduğu, davacının ihaleyi almak için çaba göstermediği, idareyi yanılttığı, 2886 sayılı Yasanın 84.maddesinde idareye bir önlem alma hakkı tanındığı, yasaklamanın azamisinin uygulanması gerektiği, eğer 6 ay ceza verilse idi davacının inşaat mevsiminden yararlanacağı, İdare Mahkemesinin yerindelik denetimi yaptığı, bunun Ana yasa ve yasalara aykırı olduğu sonuç olarak objektif iyiniyet kurallarına aykırı biçimde yüksek indirimle ihalenin normal seyrini değiştiren davacının kamu hizmetinin aksamasına neden olarak ihaleye fesat karıştırdığı iddia edilerek temyizden bozulması istenilmektedir. İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizden bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür. Bozulması istenen karar, usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması istenen kararın onanmasına karar verildi.”* Danıştay 10. Dairesi, 17.06.1986, E. 1986/2015, K. 1986/1417. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

tespitinde varsa cezai takibatın göz önüne alınması gerektiğini, salt yüksek indirim oranı önerilmiş olmasının ihaleye fesat karıştırma anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir.

2.2.1.2.1.2. İhalelerde İsteklileri Tereddüde Düşürecek veya Rağbeti Kıracak Söz Söylemek ve İstekliler Arasında Anlaşmaya Çağrışı İma Edecek İşaret ve Davranışlarda Bulunmak veya İhalenin Doğruluğunu Bozacak Biçimde Görüşme ve Tartışma Yapmak

2886 sayılı Kanun'un 1'inci fıkrasının (b) bendi hükmü kapsamında belirtilen fiiller açık teklif ve pazarlık usulleri bakımından ihale düzenine aykırılık teşkil edebilecek şekilde düzenlenmiştir.

Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağrışı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak yasaklanmıştır⁷¹. Kaya⁷², kanaatimizce haklı olarak, söz konusu bentte, her ne kadar bu fiiller açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihaleler açısından düzenlenmiş olsa da, bu fiillerin açık teklif ve pazarlık usulü dışında yapılan diğer ihaleler için de geçerli sayılması gerektiğini kabul etmektedir.

İhalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek fiil ve davranışı bağlamında, isteklilerin tekliflerin bildirilmesi esnasında ve son teklifler verilinceye kadarki aşamada söyledikleri sözlerin değerlendirilmesi ve bu sözler arasında isteklileri tekliflerini bildirmelerinde tereddüde düşürecek veya ihaleden çekilmelerine veya teklif bildirmemelerine neden olacak şekilde katılımı azaltacak davranışların söz konusu olup olmadığına bakılmaktadır. İstekliler arasında anlaşmaya çağrışı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunulup bulunulmadığını ihaleyi gerçekleştiren ihale komisyonu değerlendirmektedir. İhalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak fiilinden gerek isteklilerin kendi arasındaki gerekse de isteklilerin ihale komisyonu ile olan, ihalenin doğruluğunu bozacak mahiyetteki tartışmaları anlaşılmaktadır⁷³.

Danıştay bir kararında⁷⁴, ihalelerde sarf edilen bazı sözlerin isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak nitelikte olabileceğine karar vermiştir.

⁷¹Canbazoglu, 2017: 271-272.

⁷²Kaya, 2006: 159.

⁷³Canbazoglu, 2017: 272-273.

⁷⁴"Dava dosyasının incelenmesinden, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacı olan malzemenin yurt dışı limanlardan Türk Limanlarına nakliyesini sağlamak amacıyla 2886 sayılı Yasanın 51/c maddesi uyarınca 26.9.2001 tarihinde yapılan taşıma hizmeti ihalesi sırasında ihale tekliflerinin değerlendirildiği bir ortamda ihaleye katılan firmalardan bazılarının tekliflerinde eksiklikler bulunması nedeniyle bu

2.2.1.2.1.3. İhale İşlemlerinde Sahte Belge veya Sahte Teminat Kullanmak veya Kullanmaya Teşebbüs Etmek

İhale düzenini ağır biçimde ihlal niteliği taşıyan bu fiil ve davranışta şekli olarak dış zarf içerisinde yer alan belge ve teminat mektubu usulüne uygun olup, belgeler ise tamdır. Bu itibarla, teklif mektubunun yer aldığı iç zarfın açılması aşamasına geçildiği gibi ihale istekli üzerine bırakılarak sonuçlanmış, bu kişi ile sözleşme yapılmış ve işin kabulü dahi yapılmış olabilmektedir. Söz konusu aşamaların herhangi birinde belgelerin ve teminat mektubunun sahteliğinin anlaşılması halinde adli ve idari yaptırımlar uygulanmaktadır⁷⁵.

Nitekim Danıştay kararları⁷⁶ uyarınca, sahte geçici teminat belgesiyle veya sahte yer görme belgesi kullanılarak ihaleye katılmak ve ihalede sunulan belgede tahrifat yapmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirmektedir.

2.2.1.2.2. İhale Kararının Kesinleşmesinden Sonraki Fiiller Bakımından

2886 sayılı Kanun'un 57'nci maddesi uyarınca, ihale kararının kesinleşmesi üzerine en uygun bedeli teklif eden kişinin sözleşme imzalaması gerekmektedir.

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan “Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra

eksikliklerinin giderilme yöntemiyle ilgili görüşmeler yapılırken davacı şirket temsilcisinin ihaleye katılan bütün tarafların bulunduğu bir ortamda bir firma temsilcisine „ eksik evrakların tamamlanması için zaman kaybetmeyelim, biz üçümüz de İstanbul'dan geldik, bu küçük bir ihale ve tutarı az, buraya gelmiş olmakla işi öğrenmiş oldun, en iyisi sen bu ihaleden çekil git, biz işimize bakalım” şeklinde sözler sarf ettiği, bu durumun ihale komisyonunun 26.9.2001 tarihli tutanağı ile saptanması üzerine 2886 sayılı Yasanın 83/b maddesi kapsamına giren bu fiili nedeniyle anılan Yasanın 84/1. maddesi uyarınca davacı şirketin on ay süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda, ihale tekliflerinin değerlendirildiği ve ihaleye katılan tarafların hepsinin bulunduğu bir ortamda davacı şirketin temsilcisinin ihaleye katılan firmalardan birinin temsilcisine sarf ettiği sözler 2886 sayılı Yasanın 83/b maddesinde belirtilen „isteklileri tereddüte düşürecek veya rağbeti kıracak” nitelikte sözler olup anılan Yasanın 84/1. maddesi uyarınca davacı şirketin belirtilen bu fiiller nedeniyle on ay süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”. Danıştay 10. Dairesi, 15.02.2005, E. 2002/4430, K. 2005/491. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

⁷⁵Canbazoglu, 2017: 275-276.

⁷⁶Danıştay 10. Dairesi, 21.02.2006, E. 2004/526, K. 2006/1474; Danıştay 6. Dairesi, 17.06.1997, E. 96/3618, K. 97/3048; Danıştay 10. Dairesi, 07.05.2003, E. 2001/4734, K. 2003/1607. Danıştay Dergisi, 1998, Sayı: 95, s. 345-347.

taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.” hükmü ve 83’üncü maddesinin (c) bendinde yer alan “taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak” hükmü ile ihale kararının kesinleşmesi sonrasında ihalelerde yasak fiil ve davranışlar düzenlenmiştir.

2.2.1.2.2.1. Üzerine İhale Yapıldığı Halde Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama üzerine yasaklama kararı verilebilmesi, isteklinin üzerine ihale yapılmış olduğundan haberdar edilmesine bağlıdır. İstekli hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için haberdar edilmesi ve Kanunun 60’ıncı maddesinde belirtilen idarenin görev ve sorumluluklarına aykırı bir davranışından da kaynaklanmayan, sadece 57’nci maddede tanımlanan usule aykırı bir biçimde sözleşmeyi yapmamış olması şarttır⁷⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan kişinin mücbir sebep ileri sürmesi mümkün değildir. Nitekim Danıştay⁷⁸, temizlik ihalesini kazanan şirketin, ihaleye katılırken asgari işçi ücretlerinde yüzde on oranında artış olacağını hesaplayarak teklif vermesi, fakat söz konusu artışın çok daha fazla olması nedeniyle mücbir sebep ileri sürerek sözleşmeyi imzalamaktan imtina edemeyeceğine karar vermiştir.

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama fiilinin yasaklama sebebi olması için isteklinin kusurunun aranıp aranmayacağı tartışmalı bir konudur. Sezer⁷⁹, bu sebeple verilecek yasaklama kararı bakımından isteklinin ağır kusurlu olması gerektiğini savunurken, Canbazoglu⁸⁰, kanun koyucunun yasaklama sebebi olarak düzenlenen bu durumun gerçekleştirilmesini kasta dayandırmak isteseydi kanunda bu şekilde düzenlemiş olacağını, kanunda böyle bir açıklık olmadığı için kişinin kusurluluğunun aranmaması

⁷⁷Canbazoglu, 2017: 292.

⁷⁸ Danıştay 10. Dairesi, 11.03.1991, E. 88/607, K. 91/871.Danıştay Dergisi, Yıl: 1992, Sayı: 82-83, s. 964-965.

⁷⁹Sezer, 2012: 92.

⁸⁰Canbazoglu, 2017: 293.

gerektiğini belirterek kesinleşen ihale kararının usule uygun yapıp yapılmadığına dikkat edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Kanaatimizce, gerek kanunda isteklinin kusuruna yönelik bir açıklık olmaması gerekse de kanunun lafzı, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama fiilinin yasaklama sebebi olması için isteklinin kusurunun aranmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

2.2.1.2.2.2. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Taahhütten Vazgeçmek

Yasaklama sebebi olarak öngörülen bu durum 2886 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinde düzenlenmiştir. Müteahhit veya müşterinin sözleşme imzalandıktan sonra taahhüdünden vazgeçmesi bu kişilerin iradi tasarrufundan kaynaklanmaktadır. Bir başka anlatımla bu halde müşteri veya müteahhit sözleşme imzalandıktan sonra iradi bir şekilde sözleşmeyi ifa etmemekte, gereklerini yerine getirmemekte ve sözleşmeyi feshetmektedir. Müteahhit veya müşterinin bu tasarrufu idareye yazılı olarak bildirilebileceği gibi sözleşme gereği ifası gereken edimlerle ilgili hareketsiz kalınması yani eylemsizlik suretiyle de somutlaşabilmektedir. Müşteri veya müteahhidin sözleşmeyi feshetmek iradesinin yazılı bir bildirim yoluyla idareye ulaştığı hallerde idarenin bu davranış ile ilgili yasaklama yaptırımı uygulayabilmesinin hukuki gerekçesinin doğduğu işlemin sebep ögesi daha kolay ortaya konabilmektedir. Müşteri veya müteahhidin eylemsizliğinin sözleşmenin imzalanmasından sonra taahhütten zımnen vazgeçme olarak değil, mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek olarak yorumlanması gerekmektedir⁸¹.

2.2.1.2.2.3. Mücbir Sebepler Dışında, Taahhüdünü Sözleşme ve Şartname Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemek

Üzerine ihale yapılan kişinin taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi yasak fiil ve davranışlardan bir diğeridir. Kişinin iyi niyetle taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya 5237 sayılı Kanun'a göre suç teşkil eden eylem ve davranışının bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca mücbir sebep durumunda kişinin taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi yasak fiil ve davranış olarak nitelendirilmemektedir⁸².

⁸¹Canbazoglu, 2017: 294.

⁸²Kaya, 2006: 161; Canbazoglu, 2017: 295-296.

Danıştay’a göre, şirketin yapılan sözleşme uyarınca taahhüt ettiği malzemenin bir kısmını eksik teslim edip bir kısmını hiç teslim etmemesi, idareye teslim edilen dört tıbbi cihaz üzerinde iki ayrı komisyon tarafından yapılan inceleme sonucunda cihazların teknik şartnameye uymaması, aylık bakım ve onarım işini üzerine alan şirketin bunu yerine getirmemesi “taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme” fiilinin işlendiğini göstermektedir⁸³.

2.2.1.2.2.4. Taahhüdünü Kötü Niyetle Yerine Getirmemek

Sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkabilecek olan yasak fiil ve davranışlar arasında yer alan taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek fiilinin gerçekleştiğini ortaya koyabilmek için herhangi bir biçimde taahhüdünü yerine getirmeme halinin değil kötü niyetle taahhüdün yerine getirilmediğinin somut kanıtlarıyla birlikte idarece tespiti gerekmektedir. Bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin her bir somut olay için ayrı değerlendirilmesi tabidir. İdarenin bu sebebe dayalı olarak yasaklama kararı verebilmesi için öncelikle ifanın objektif ve sübjektif yönden mümkün olması, ayrıca mümkün olan ifanın müteahhit tarafından kötü niyetle yani kasten yerine getirilmemesi gerekmektedir⁸⁴.

2.2.1.2.2.5. Taahhüdünü Yerine Getirirken İdareye Zarar Verecek İşler Yapmak

Müteahhidin eylemlerine rağmen sözleşmeden doğan edimlerini gereği gibi ifa etmemesi idari yaptırımlara neden olmaktadır. Söz konusu durum kötü niyetten daha somut bir kıstas olan zarar kavramına bağlanmış ve taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak yasak fiil ve davranış kapsamına alınmıştır. Bu fiil taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemekten farklı olarak taahhüt yerine getirilmesine rağmen ifa sırasında aynı zamanda idareye zarar verecek işler de yapılmaktadır. Bu madde kapsamındaki yasak fiil ve davranış müteahhidin kusuru ile gerçekleştirilmesi yerine neticesinde idareye zarar verilmiş olması önem taşımaktadır⁸⁵.

⁸³“2886 sayılı Yasa uyarınca yapılan ihale sonucunda ...Üniversitesi ...Hastanesi asansörlerinin 1996 yılı 7 aylık bakım ve onarım işini üzerine alan davacı şirketin taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinden bahisle 2886 sayılı Yasanın 84. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca sadece ihaleyi yapan bakanlığa ait ihalelere katılmaktan yasaklanması gerekirken tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanması yolunda tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 10. Dairesi, 15.03.2006, E. 2003/34, K. 2006/1937; Danıştay 10. Dairesi, 20.06.2005, E. 2004/2113, K. 2005/3507; Danıştay 6. Dairesi, 22.05.2000, E. 99/425, K. 2000/3195. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

⁸⁴Canbazoglu, 2017: 279.

⁸⁵Kaya, 2006: 161-162.

*Canbazoğlu*⁸⁶, taahhüdün yerine getirilmesi sırasında tespit edilememiş bir zararın bulunması durumunda idarenin 84'üncü maddenin 1'inci fıkrası uyarınca yasaklama kararının değil, 85'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca cezai sorumluluk ve mahkeme kararıyla yasaklama sonucuna gidilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Kaya'ya göre⁸⁷, bu fiilin işlenmiş sayılması için kişinin kötü niyetle idareyi zarara uğratabilecek işleri yapmış olması gerekmekte olup, idarenin zarara uğramış olması aranmamaktadır. Bununla birlikte Danıştay bir kararında⁸⁸, şirket tarafından düzenlenen hak ediş belgesinde fazla ödemede bulunulmasına teşebbüs edilmekle birlikte, yapılan inceleme sonucuna göre herhangi bir devlet zararının bulunmaması nedeniyle, şirketin kamu ihalelerine girmekten yasaklanması yönünde tesis edilen işlemi mevzuata aykırı bulmuştur.

Yine Danıştay⁸⁹ idarenin, ilgilinin taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmediğini, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yaptığını veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullandığını somut bilgi ve belgelerle ispatlaması gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay başka kararlarında⁹⁰, imalatların yapılandıran fazla gösterilip gerçeğe aykırı metraj ve hak ediş düzenlenmesi, spor salonunun çatısı tamamlanmadığı halde hak edişlerde imalatların tamamlanmış şekilde yansıtılması ve inşaatla kullanılan malzemenin bir kısmının TSE damgasına sahip olmaması, söz konusu malzemenin standartta belirlenen özellikleri taşımaması sebepleriyle haksız menfaat temin edildiğine ve dolayısıyla idareyi zarara uğratan ilgililerin, "taahhüdünü yerine getirirken kötü niyetle idareye zarar verecek işleri yaptığına" hükmetmiştir.

⁸⁶Canbazoğlu, 2017: 282.

⁸⁷Kaya, 2006: 161.

⁸⁸"... davacı şirket tarafından düzenlenen 16 no'lu hak ediş belgesinde fazla ödemede bulunulmasına teşebbüs edilmekle birlikte, yapılan inceleme sonucuna göre herhangi bir devlet zararının bulunmadığı anlaşıldığından, bu eylemin sadece ihaleyi yapan idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama gerektirmesi karşısında davacı şirketin bütün kamu ihalelerine girmekten yasaklanması yönünde tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunma(maktadır)". Danıştay 10. Dairesi, 24.03.2006, E. 2003/1029, K. 2006/2065. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

⁸⁹ Danıştay 10. Dairesi, 17.06.2005, E. 2002/844, K. 2005/3499. (Kaya, 2006: 162)

⁹⁰"Davacı şirketin eyleminin, 2886 sayılı Yasanın 83. maddesinde tanımlanıp aynı zamanda 85. maddesine göre ceza kovuşturmasına tabi tutulacak nitelikte olması nedeniyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirdiğinden, sadece ilgili bakanlığın ihalelerine katılmaktan yasaklanması gerektiği gerekçesiyle aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 10. Dairesi, 08.06.2005, E. 2002/460, K. 2005/2869; Danıştay 10. Dairesi, 24.04.2006, E. 2003/1177, K. 2006/2639; Danıştay 10. Dairesi, 24.12.2005, E. 2003/2749, K. 2005/8070. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

Kanaatimizce *Kaya*'nın görüşünün aksine, bu fiilin işlenmiş sayılması için kişinin kötü niyetle idareyi zarara uğratacak işleri yapmış olması ve idarenin bu işlerden dolayı zarara uğramış olması gerektiği değerlendirilmektedir.

2.2.1.2.2.6. Hileli Malzeme, Araç veya Usuller Kullanmak

2886 sayılı Kanun'un 1'inci maddesine göre bu Kanun kapsamında yürütülecek işler alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayrı ayni hak tesisi ve taşıma işleri olarak düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kanun, kendi kapsamında yer alan işlerin ihalesine dair özel hükümler getirmesi nedeniyle, 2886 sayılı Kanunun hükümleri bu ihalelerde uygulanmamaktadır. 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2002 tarihinden itibaren 2886 sayılı Kanun kapsamında kalan işler, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayrı ayni hak tesisi işleridir. Bu itibarla *Canbazoglu*⁹¹, “işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak” fiili işin yapımı ve teslimi aşamaları ile ilgili olduğundan bu sebebe dayanarak 2886 sayılı Kanun kapsamında bir yasaklama kararı verilemeyeceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce de, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte bu fiile ilişkin hükmün uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

2.2.1.3.Yasaklama Kararının Türleri

2886 sayılı Kanun kapsamında yasaklama kararları 84'üncü madde çerçevesinde verilmektedir. Bu Kanun kapsamında kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımı, gerek yasaklamaya ilişkin sebeplerin gerekse de kararı veren makamların farklı olması nedeniyle idari yasaklama ve yargısal yasaklama olmak üzere iki türden oluşmaktadır.

2.2.1.3.1. İdari Yasaklama Kararı

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde düzenlenmiş olan ve Bakanlık tarafından verilen yasaklama kararı, herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın, kanunun idareye verdiği açık bir yetkiye dayanarak, idari işlemle uyguladığı idari yaptırım niteliği taşıyan cezadır⁹². Bu yasaklama kararı, objektif ve genel mahiyeti ağırlıklı olan bir yaptırımdır. Bu itibarla, ihaleden yasaklanan kişiler, 2886 sayılı Kanun kapsamı dışındaki kuruluşlar da dâhil tüm idarelerin her türlü ihalesine katılmaktan yasaklanmaktadır.

⁹¹Canbazoglu, 2017: 287-288.

⁹²Karabulut,2006: 64.

2.2.1.3.1.1. İdari Yasaklama Kararının Unsurları

Bu bölümde, 2886 sayılı Kanun kapsamında verilen idari yasaklama kararları idari işlemin unsurları çerçevesinde incelenecektir.

2.2.1.3.1.1.1. Yetki Unsuru

Yetki unsuru, bir idari işlemin kurulmasında belirli bir kişi ya da kişilerin hukuki olarak yetkili kılınması anlamına gelmektedir. Kamu düzenine ilişkin bir kavram olması nedeniyle yetki unsuru hem yargı hem de idari makamlar tarafından re'sen gözetilmektedir⁹³.

İdari yasaklama kararında yetki, 2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesine göre ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulayacak olan ve bu hüküm uyarınca belirtilen idari makamlarıdır.

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.” hükmü ve 3'üncü fıkrasında yer alan “Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.” hükmü uyarınca yasaklama kararı verecek yetkili makam, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık şeklinde düzenlenmiştir.

İlgili bakanlık yasaklama kararının onay makamı niteliği taşımaktadır. İlgili bakanlığın onay işlemi kesin ve yürütülebilir bir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların davalısı da ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlıktır. Bu itibarla ilgili bakanlık, ihaleyi yapan idarenin teklifi üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisini haizdir. Söz konusu makamlar haricinde başka bir idari makamın ihaleden yasaklama kararı alması, yasaklama işleminin yetki yönünden sakatlık nedeniyle iptaline sebep teşkil edecektir⁹⁴.

⁹³Ulu, 2012: 129-131.

⁹⁴Canbazoglu, 2017: 300.

2.2.1.3.1.1.2. Amaç Unsuru

Amaç unsuru, bütün idari işlemlerinde kamu yararının sağlanması anlamına gelmektedir. Kamu ihalelerinden yasaklanmayı netice veren idari işlemin, kamu yararını sağlamak yerine örneğin ihale isteklisi ile idare arasındaki siyasi anlaşmazlık sebebiyle yapılması halinde, idari işlemin amaç unsurunda sakatlık meydana gelecektir.

Ayrıca ihale görevlilerinin, sadece kişisel amaçlarla, ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına sebep olması da amaç unsurunda sakatlık durumuna örnek teşkil etmektedir. Bu kapsamda bir ihale görevlisi ile arasında düşmanlık bulunan bir ihale isteklisi, görevlinin, bu kişi hakkında herhangi bir yasak fiil ve davranışı ileri sürmesiyle idare tarafından ihaleden yasaklanması durumunda şahsi amaç gözetilerek bir idari işlem tesis edilmiş olacaktır ki bu durum yetki saptırması olarak nitelendirilmekte ve hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmesi gerekmektedir⁹⁵.

2.2.1.3.1.1.3. Şekil Unsuru

İdari işlemlerin unsurlarından birisi olan şekil, bir idari işlemin kurulması aşamasında idari makamın iradesini açıklama yöntemidir.

2886 sayılı Kanun kapsamında ihaleden yasaklama usulü, ihaleyi yapan idarenin ilgili bakanlığa yasaklamayı gerektirecek sebebi bildirmesi, bakanlığın yasaklama kararı vermesi, bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanması ve ilgililerin müteahhitlik siciline işlenmesi şeklindedir.

2886 sayılı Kanun’un 84’üncü maddesinin 5’inci fıkrasında yer alan “*İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.*” hükmü uyarınca ihaleyi yapan idarelerin yasak fiil veya davranışı tespit etmesi durumunda bu tespiti bağlı bulunduğu bakanlığa bildirmekle yükümlü kılınmıştır. İhaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirecek bir sebebin söz konusu olması halinde bu durumu tespit etmekte ve bu tespitini bağlı bulunduğu bakanlığa bildirmektedir. İdarenin bildirim konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır⁹⁶.

2886 sayılı Kanun’un 84’üncü maddesinin 1’inci ve 3’üncü fıkraları gereğince yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasını müteakip söz konusu karar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenmektedir.

⁹⁵İsbir, 2009: 132.

⁹⁶Taşdelen, 2006: 310; Canbazoglu, 2017: 299.

2.2.1.3.1.1.4. Konu Unsuru

İdari işlemin konu unsuru bakımından incelenmesi, idari işlem neticesinde hukuk âleminde meydana gelen değişiklik veya idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç anlamına gelmektedir⁹⁷.

Kamu ihalelerinden yasaklanma ile ilgili idari işlemin konusu, kanunda belirtilen süreye uygun olarak, ihaleyi yapan veya ilgili bakanlık tarafından öngörülen süre içerisinde bütün ihalelere katılımın yasaklanmasıdır. 2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan *“83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuştaki idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.”* hükmü ve 3'üncü fıkrasında yer alan *“Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.”* hükmü ile idari yasaklama işleminin konu unsuru düzenlenmiştir.

84'üncü maddenin 1'inci fıkrası uyarınca, 83'üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında, fiil veya davranışın özelliğine göre bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan geçici nitelikte yasaklama kararı verilmektedir⁹⁸. Ayrıca, 2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan *“Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.”* hükmü uyarınca 83'üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunan ve 84'üncü maddenin 1'inci fıkrası gereğince hakkında yasaklama kararı verilen kişilerin sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişiler hakkında da bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmektedir⁹⁹. Söz konusu yasaklama kararı idari yaptırım niteliği taşıyan geçici nitelikte bir karardır.

84'üncü maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine

⁹⁷Göçgün, 2017: 23.

⁹⁸Canbazoglu, 2017: 306.

⁹⁹Sırabaşı2011a: 265-268; Canbazoglu, 2017: 309-310.

getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmektedir.

Bununla birlikte, 2886 sayılı Kanunu'nun 84'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan *“83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez.”* hükmü gereğince, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama üzerine haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilememektedir.

Bu şekilde, her ne kadar üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama, sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçme ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme fiilleri geçici yasaklama sebebi olarak sayılmış olsa da bu durum kötü niyet kapsamında değerlendirilmemiş, söz konusu fiiller adli soruşturma konusu yapılmamış ve bu fiiller için yasaklanma yerine para cezası kabul edilmiştir¹⁰⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ihaleye katılmaktan yasaklamaya ilişkin idari işlemin konu unsurundaki sakatlık idari işlemi hukuka aykırı hale getirmektedir. Örneğin, 83'üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen bir kişi hakkında yasaklama süresi bir yıla kadar olmasına rağmen, bu sürenin iki yıl olarak belirlenmesi işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getirmektedir¹⁰¹.

2.2.1.3.1.1.5. Sebep Unsuru

İdari işlemin unsurlarından bir diğeri de sebep unsurudur. Sebep unsuru, idareyi bir idari işlem tesis etmeye yönelten, idari işlemten önce hukuk âleminde var olmuş ve hukuk kurallarınca düzenlenmiş nedenlerdir¹⁰².

¹⁰⁰Canbazoğlu, 2017: 289.

¹⁰¹İsbir, 2009: 130.

¹⁰²Karahanoğulları, 2011: 431-432.

2886 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesi ile 84'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası çerçevesinde idari yasaklama işleminin sebep unsuru belirtilmiştir. Bu kapsamda, idarenin Kanun'un 83'üncü maddesi ile 84'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan yasak fiil ve davranışları tespit etmesi durumunda, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık ihale isteklisini ihaleden yasaklayabilmektedir.

Söz konusu sebepler gerçekleşmediği halde idarenin ihaleden yasaklama kararı alması idari işlemi sebep unsuru bakımından sakatlamış olacaktır¹⁰³.

2.2.1.3.2. Yargısal Yasaklama Kararları

2886 sayılı Kanunun 83'üncü ve 84'üncü maddeleri kapsamında yasaklama kararının verilmesini gerektiren sebeplerin tümü bakımından idari yasaklama kararı tesis edilebilmektedir. Bununla birlikte bu sebeplerin bir kısmı idari yasaklama kararına dayanak teşkil etmesinin yanında bu sebeplerin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda cezai yargılama sonucunda mahkumiyet durumunda yargısal yasaklama söz konusu olabilmektedir. İşte, 2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesi uyarınca, ihalelerde konusu suç oluşturan fiil veya davranışlarda bulunulmasından ötürü, yargılama yapan mahkeme tarafından suçlu bulunan ve hüküm verilen ihale katılımcısı hakkında ihaleden yargısal yasaklama kararı verilmektedir.

2.2.1.3.2.1. Ceza Soruşturmasının Başlatılması

2886 sayılı Kanunun 85'inci maddesinin 1'inci fıkrasında *“83 üncü maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılır; hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanırlar.”* hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hüküm uyarınca, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanan veya kullanmaya teşebbüs eden, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapan veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanan kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza soruşturması yapılmaktadır. Savcılık, yapacağı soruşturma neticesinde, işlenen fiilin suç teşkil ettiğine karar vermesi durumunda konuyla ilgili iddianame hazırlayıp dosyayı mahkemeye intikal ettirmektedir¹⁰⁴.

¹⁰³İsbir, 2009: 131.

¹⁰⁴Kaya, 2006: 166.

2.2.1.3.2.2. Geçici Yargısal Yasaklama Kararı

Mahkeme yapacağı yargılama sonucunda ihaleye katılan kişinin 2886 sayılı Kanun'un 83 ve 84'üncü maddelerinde düzenlenen yasak fiil veya davranışlardan suç teşkil eden fiillerini tespit etmesi halinde, 5237 sayılı Kanun'a göre bu kişiler hakkında cezaya hükmetmektedir. 2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca mahkeme, söz konusu cezanın yanında, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanan veya kullanmaya teşebbüs eden, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapan veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanan kişilerin bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten yasaklanmasına karar vermektedir¹⁰⁵.

Ceza mahkemesinin vereceği yargısal nitelikteki süreli yasaklama kararı ceza hukuku bakımından güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır. Güvenlik tedbiri olan bu karar cezalarda olduğu gibi, mahkûmiyete ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra infaz edilmektedir¹⁰⁶. Söz konusu karar genel mahiyette olup, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri içermektedir¹⁰⁷.

2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü uyarınca, 83'üncü maddenin 1'inci fıkrasının (c) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışları işleyen kişinin o işteki ortak ve vekilleri hakkında da ceza kovuşturması yapılmakta, söz konusu kişilerin, suça iştiraktan cezalandırılması halinde, bu cezaya ilave olarak güvenlik tedbiri niteliğinde mahkemece geçici olarak bütün ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına muhatap olmaktadır¹⁰⁸.

Ceza mahkemesi, suçun işlendiğini tespit etmesini müteakip, vereceği cezaya ek olarak hükmedeceği güvenlik tedbirinin süresini belirlerken "suçlunun tehlikeliliğinin vahameti" ölçüsünü dikkate alarak kullanmaktadır¹⁰⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 2886 sayılı Kanun kapsamında bu konuda bir açıklık olmasa da, söz konusu hüküm uyarınca mahkeme tarafından yargısal yasaklama kararı verilmesi, aynı konuyla ilgili idarenin yasaklama kararı almasına engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararının bulunması halinde idarenin, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verirken ceza mahkemesi kararını da dikkate alması, ancak bununla kendini

¹⁰⁵Canbazoglu, 2017: 337.

¹⁰⁶Canbazoglu, 2017: 338-339.

¹⁰⁷Özgenç, 2002: 227-270; Canbazoglu, 2017: 340.

¹⁰⁸Canbazoglu, 2017: 339.

¹⁰⁹Hafizogullari, 2008: 436.

mutlak anlamda bağlı hissetmemesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay¹¹⁰, durumu ceza mahkemesi kararının disiplin soruşturması üzerindeki etkisine benzeterek, disiplin cezası verecek amir ve kurulların mahkeme kararını göz önünde tutması gerektiğini belirtmektedir.

Bu bağlamda dikkate edilmesi gereken konu ceza mahkemesi kararının gerekçesinin kapsamıdır. Zira örneğin sahte teminat mektubu verdiği için hakkında evrakta sahtecilik nedeniyle açılan davada kişinin delil yetersizliğinden beraat etmiş olması, ihalelere katılmaktan yasaklanmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Danıştay bir kararında¹¹¹ bu durumu teyit etmektedir.

Mahkeme tarafından verilen ve yargısal yasaklama niteliği taşıyan ihaleye katılmaktan yasaklama cezası, idari yasaklama yaptırımına kıyasla daha ağır sonuçlara sahiptir. Zira yasak süresi bakımında da yasağın verilebileceği üst sınır idari yasaklama kararında en çok bir yıl iken, mahkeme tarafından yasaklamada süre en çok üç yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mahkeme tarafından verilen geçici yasaklama kararı Resmi Gazete’de yayımlanmamaktadır¹¹².

2.2.1.3.2.3. Sürekli Yargısal Yasaklama Kararı

2886 sayılı Kanunun 85’inci maddesinin 4’üncü fıkrasında “*Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Üçüncü Babının Üçüncü Faslında yer alan rüşvet verme suçu ile 339, 340 ve 342 nci maddelerine göre, bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekerrür*

¹¹⁰“Kanun koyucu bu hükümle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulamasını etkilemeyeceğini açık olarak öngörmüştür ... Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeptir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Her ne kadar ceza hâkiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır.” Danıştay 3. Dairesi, 30.3.1979, E. 79/187, K. 79/253. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

¹¹¹“İhaleye şirket katıldığına ve şirketin bu ihalede idareye verdiği teminat mektubunun sahte olduğu sabit bulunduğu göre davacının şahsen asliye ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş olmasının şirket hakkında verilmiş bulunan bir yıl ihalelere katılma yasağını etkilemeyeceği, idarenin anılan işlemin tesisinde sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağı kuşkusuzdur.” Danıştay 6. Dairesi, 17.06.1997, E. 96/3618, K. 97/3048. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

¹¹²Kaya, 2006: 165.

hükümleri uygulananlar, mesleklerini icradan men olunurlar ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar.” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hüküm kapsamında mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca konu edilen suçlar; rüşvet verme, memurun resmi evrakta sahteciliği ve memur olmayan kişinin resmi evrakta sahteciliği suçlarıdır. 5237 sayılı Kanun’da rüşvet verme suçu 252’nci maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ihale sürecinde işlenecek rüşvet verme suçunun faili ihale ve sözleşme sürecindeki gerçek kişi istekli, müteahhit ve müşteridir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen 339 ve 340’nci maddeleri memurun resmi evrakta sahteciliği suçlarıdır. 5237 sayılı Kanun’da bu suçların karşılığı 204’üncü maddede düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçudur. Bu suçun faili ihale ve sözleşme sürecinde memur sıfatını taşıyan kişilerdir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununu 342’nci maddesi memur olmayan kişinin resmi evrakta sahteciliği suçudur. 5237 sayılı Kanun’da bu suçun karşılığı 204’üncü maddenin birinci fıkrasında düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçudur. Bu suçun faili ihale ve sözleşme sürecindeki gerçek kişi istekli, müteahhit ve müşteridir.

Bu suçlardan dolayı 5237 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinde düzenlenen tekerrür hükümleri kapsamında mahkûm olan kişiler mesleklerini icradan sürekli men olunmakta ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapmaları sürekli olarak önlenmektedir. Bu mahkûmiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenmektedir¹¹³.

2.2.1.4. Yasaklama Kararı ile Bağlantılı İdari Tedbir Kararları

İdarenin idari yaptırım niteliği taşıyan yasaklama kararlarının yanında kamu ihale düzenini korumaya yönelik idari tedbir mahiyetindeki kararları da söz konusudur.

2.2.1.4.1. İhaleye İştirak Ettirmemeye Yönelik İdari Tedbir Kararları

2886 sayılı Kanun’un 84’üncü maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca, ihaleyi yapan idare, ihale safhasında vaki olabilecek, ihaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırıcı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak ve ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek fiillerini işleyenleri *o ihaleye iştirak ettirmemeye* yönelik idari tedbir niteliğinde karar almaktadır. Aynı hüküm kapsamında ihalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri

¹¹³Canbazoglu, 2017: 341-343.

sıfatıyla katılamamaktadır¹¹⁴. Yasaklılığın genelliği olarak da nitelendirilen bu durum, yasaklanan ihale isteklilerinin diğer idarelerin ihalelerine de katılamayacağı anlamını taşımaktadır¹¹⁵.

İhaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirecek bir fiili tespit etmesi durumunda, o ihalenin veya daha sonra aynı idare tarafından yapılacak ihalelerin, ihale düzenine uygun olarak yürütülebilmesi amacıyla, yasak fiilde bulunduğu tespit edilen ihale isteklisinin o ihaleye katılmasını önlemeye yönelik tedbir mahiyetinde bir işlem tesis etmektedir.

İdare, bu hüküm kapsamında iki farklı tedbir uygulamaktadır. Birinci tedbir yasak fiil ve davranışın tespit edildiği söz konusu ihaleye ihale isteklisinin iştirak ettirilmesini önlemektir. İkinci tedbir ise yasak fiil ve davranışın tespit edildiği söz konusu ihale nedeniyle bakanlığın yasaklama kararı alması durumunda yasaklı kişilerin süresi içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılmasını önlemektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu işlemler idari tedbir niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu tedbirleri almaya yetkili olan makam ilgili idaredir. Öte taraftan, söz konusu hüküm kapsamında ihaleye iştirak ettirilmeme tedbirinin uygulanmasında idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle şartları meydana geldiğinde idare bu tedbiri almakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu fiil nedeniyle isteklinin aynı idarenin başka bir ihalesine iştirak etmesi mümkündür, idarenin sadece “o ihaleye” iştirak ettirmeme yetkisi bulunmaktadır¹¹⁶.

2.2.1.4.2. İhaleye Katılamayacak Olanlar

2886 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde yer alan

“Aşağıdaki şahıslar doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar:

1. İhaleyi yapan idarenin;

a) İta amirleri,

b)İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar,

c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sıhri hısımları,

d) (Değişik : 2/3/1984 - 2990/2 md.) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç).

2. Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar.”

¹¹⁴Canbazoglu, 2017: 264.

¹¹⁵Doğanyigit, 1999: 4-8.

¹¹⁶Canbazoglu, 2017: 262-263.

hükmü ile bu kanun kapsamında ihalelere katılamayacak kişiler sayılmıştır.

2886 sayılı Kanun'da 4734 sayılı Kanun'un aksine ihalelere katılamayacak kişilerin ihalelere katılması durumunda bu kişilere nasıl bir yaptırım uygulanması gerektiği düzenlenmemiştir. Bu konu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamındaki Kuruluşların Yapım, Hizmet ve Taşıma İşlerinde Uygulayacakları Genel ve Ortak Esasları Belirleyen Tip Şartname'nin¹¹⁷ 4'üncü maddesi ile ihale veya sözleşmenin bozulması ile geçici yahut kesin teminatı irat kaydedilmesi şeklinde düzenleme altına alınmıştır¹¹⁸.

Danıştay istişari bir görüşünde¹¹⁹, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere katılamayacak durumda oldukları halde bu ihalelere katıldıkları tespit edilenler hakkında kanuni dayanağı olmayan tip şartname düzenlemesi uyarınca işlem tesis edilmesinin kanunilik ilkesine uygun olmadığına karar vermiştir.

¹¹⁷ 27.05.1984 tarihli ve 18413 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan 17.04.1984 tarihli ve 84/7958 sayılı Bakanlar Kurulu Eki'nde yer almaktadır.

¹¹⁸ Canbazoglu, 2017: 260.

¹¹⁹ “Geçici teminat mektubunun işlevi, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve giderek, üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek olduğuna göre, idarenin müteahhidin kötü niyetini işin hemen başında saptayıp ihaleyi fesh etmesini, müteahhidin imzadan kaçınmasından daha az bir yatırımla karşılanacağını, ihaleyi kazanamayan isteklilerle bir tutulup, teminat mektubunun iade edileceğini düşünmek, bir hakkın sırf gayri izar eden suistimalini kanunun himaye etmeyeceği genel ilkesini göz ardı etmek demektir. İdare anılan müteahhidin, daha işin başında yasal olmayan bazı işlemlere başvurduğunu belirleyip, ihaleyi fesh etmiştir.

Bu ihaleyi bozmakta, idarenin haklı bir nedeni varsa ki vardır, geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı da oluşmuştur. İdarenin ihaleyi haksız bozması halinde, yüklenicinin ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hakkının doğacağına da kuşku yoktur. İdarenin sözleşmeyi haksız bozmasının nasıl bir yaptırımı varsa, haklı fesih halinin de idareye, alası zararlarını karşılamak için bir olanak sağlaması, hukuki himayeye mazhar olmalıdır. Gerçekte, idare bu fesih işleminden başkaca bir zarara uğramış ise onun tazminini de ayrıca isteyebilir. Bu anlamda, teminat mektuplarının irat kaydedilmesi, bu zararın mahsubuna da olanak vermez; ayrı ayrı hukuki sonuçları vardır. Bu taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesine engel oluşturan eylemler yükleniciden gelmiş ve idare de bunu belirlediği için haklı olarak ihaleyi bozmuştur. Bunun doğal sonucu da geçici teminatın irat kaydedilmesidir. Teminat mektuplarının Hazine lehine irat kaydedilmesi işlemi, amme cezası olarak nitelemekte, olanaksızdır. Bu cezai şart, Borçlar Kanununun 19.maddesinde öngörülen, sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Bu durumda, geçici teminat mektubunda belirli bedelin gelir kaydedilmesi gerektiğinden, teminat mektubunun iadesinde idarenin menfaatinin bulunmaması nedeniyle istemin reddine ...karar verildi.” Danıştay 1. Dairesi, 04.04.1995, E. 1995/86, K. 1995/102. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

Sezer¹²⁰, 2886 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katıldıkları tespit edilen kişilerin hileli veya nüfuz kullanma suretiyle çıkar sağlamaya yönelik davranışlarda bulunmuş olacaklarını, bu durumun da 83'üncü maddenin 1'inci fıkrası (a) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış türü olduğunu, bu itibarla bu durumdaki kişiler hakkında idari yasaklama kararı verilebileceğini savunmaktadır.

Canbazoglu¹²¹ kanaatimizce de haklı olarak bu görüşe karşı çıkarak, 4734 sayılı Kanun'un aksine 2886 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinde ihaleye katılamayacağı belirtilenlerin ihaleye katılması şeklinde bir yasaklama nedeni sayılmadığını, bu yaptırımın kapsamının yorum ile genişletilmesinin uygun olmayacağını belirtmektedir. Yazar, bu kişilerin tekliflerin alınması veya değerlendirilmesi aşamasında tespit edilmesi durumunda teklifin geçersiz sayılarak ilgili kişinin ihale dışı bırakılması, ihalenin kesinleşmesinden sonra böyle bir durumun tespiti halinde ise, idari işlemin geri alınması gerektiğini belirtmektedir.

2.2.1.4.3. Yargılama Sonuna Kadar Yeni Bir İş Verilmeme Tedbiri

2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan *"Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 342 nci maddesi¹²² ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmez."* hükmü uyarınca, resmi belgede sahtecilik suçu nedeniyle hakkında son soruşturma açılan müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmemeye yönelik idari tedbir uygulanmaktadır. Bu hüküm kapsamında ilgili hakkında, mülga Türk Ceza Kanunu'nun 342'nci maddesinin ihlali gerekçesiyle soruşturması neticelenmiş ve kovuşturma aşamasına geçilmiş olması nedeniyle, ihale sürecinde suç işlenmiş olabileceği yönünde kuvvetli bir şüphe bulunması halinin ihale sürecine olan etkisi düzenlenmiştir¹²³.

Canbazoglu¹²⁴, 2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi müessesinin karşılığının "iddianamenin kabulü" olduğunu belirterek, hakkında 5237 sayılı Kanun'un 204'üncü maddesi uyarınca açılan hazırlık soruşturması neticesinde düzenlenen iddianamenin kabulüne karar verilen

¹²⁰Sezer, 2012: 106.

¹²¹Canbazoglu, 2017: 261-262.

¹²² Mülga Türk Ceza Kanununun 342'nci maddesi memur olmayan kişilerin resmi evrakta sahteciliği suçunu düzenlemiştir. 5237 sayılı Kanun'da bu suçun karşılığı 204'üncü maddede düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçudur.

¹²³Canbazoglu, 2017: 333.

¹²⁴Canbazoglu, 2017: 337.

müteahhitlere, yargılama boyunca yeni bir iş verilmemesi, bu kişilerin tekliflerinin anılan nedenle değerlendirme dışı bırakılması yoluyla mümkün olacağını, maddedeki yargılama süresinin, ceza davasının kesinleşmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir.

2.2.2. Kamu İhale Kanununa Göre Kamu İhalelerinden Yasaklanma

2.2.2.1.Kamu İhale Kanununa Genel Bakış

Türk ihale mevzuatının ortaya çıkmasında genel olarak dünyada görülen bir takım gelişmelerin etkisi görülmektedir. Bununla birlikte asıl belirleyici faktör, Avrupa Birliği kamu alımları mevzuatının iç hukuka aktarılmasına yönelik Avrupa Birliği'nin zorlayıcı yaklaşımıdır¹²⁵. Bu bağlamda, 2886 sayılı Kanun'a yönelik eleştirilerin giderilmesi amacıyla kamu ihaleleri konusunda yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş, kamu ihale düzenlemelerinin Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu olmaması gibi nedenlerle, Avrupa Birliği'nin dayatmaları neticesinde 4734 sayılı Kanun bazı maddeleri dışında 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 68'inci maddesinin (a) bendinde yer alan *“Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.”* hükmü uyarınca 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğü girdiği 01.01.2003 tarihinden itibaren birbirinden farklı kapsamları bulunan 2886 ve 4734 sayılı Kanunların birlikte yürürlükte olduğu bir ihale sistemi öngörülmüştür. Bu itibarla söz konusu kanunların kapsam açısından birbirilerinden farklı olması nedeniyle her birinin kapsamındaki işlerin ve idarelerin belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir¹²⁶.

4734 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi, bu maddede belirtilen idarelerin, kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan karşıladıkları mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerini kapsamına almaktadır. Bu Kanunun “İstisnalar” başlıklı 3'üncü maddesinde söz konusu kanun kapsamından istisna edilmiş olan iş ve idareler düzenlenmiş, ancak aynı maddede istisna edilen hususlarda dahi ihale sürecindeki yasak fiil veya davranışlar için yasaklama yaptırımının uygulanacağı belirtilmiştir¹²⁷.

2.2.2.2.Yasaklama Kararının Sebepleri

4734 sayılı Kanun kapsamındaki yasaklama kararına ilişkin sebepler Kanunun 17'nci ve 58'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

¹²⁵ Akdoğan, 2014: 684.

¹²⁶ Canbazoglu, 2017: 78.

¹²⁷ Canbazoglu, 2017: 80; Sırabaşı, 2011a: 5.

2.2.2.2.1. 17'nci Maddede Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışlar

2.2.2.2.1.1. İhale Sürecinde Hile, Vaat, Tehdit, Nüfuz Kullanma, Çıkar Sağlama, Anlaşma, İrtikap, Rüşvet Suretiyle veya Başka Yollarla İhaleye İlişkin İşlemlere Fesat Karıştırmak veya Buna Teşebbüs Etmek

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması aşamalarına ilişkindir. Bu itibarla kanun, herhangi bir ihale usulüne özellikle atıf yapmadan, tüm ihale usulleri açısından ihale sürecinde ihaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmeyi yasaklamıştır¹²⁸.

Fesat kavramı 5237 sayılı Kanun'un 235'inci maddesinde ihaleye fesat suçunun isimlendirilmesinde kullanılmıştır. Fesat karıştırmak ifadesi genel itibarıyla ihalenin amacına engel olabilecek her türlü fiil olarak kabul edilmekle birlikte, 235'inci maddenin 2'nci fıkrası kapsamına giren fiiller bu suçun meydana gelmesine neden olabilecektir¹²⁹.

İhaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasak fiil ve davranışını gerçekleştirecek hareketin ve failin tespit edilmesi önemlidir. Kanun koyucu tarafından, ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin bazı yöntemler açıkça sayılmış, ancak bu sayılanlardan başka yollarla gerçekleştirilmiş olsa bile yasaklanan netice olan ihaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek fiilinin ortaya çıkması halinde de yasak fiil ve davranışın meydana gelmiş olacağı düzenlenmiştir¹³⁰.

Söz konusu fiil ve davranışları gerçekleştirebilecek kişiler hakkında kanun hükmünde açıklık bulunmamaktadır. 17'nci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan *“Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.”* hükmü fiillerin faili hakkında istekli kavramının kullanılmadığını, ihaleye teklif vermekle kanun bakımından istekli vasfını kazanmamış kişilerin de ihaleye ilişkin iş ve işlemlere fesat karıştırmayabileceğini ortaya koymaktadır¹³¹.

İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmayın gerçekleştirilebileceği bazı hareketler söz konusu bentte sayılmış, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak yahut buna teşebbüs fiilini meydana getirecek tüm davranışlar tek tek sayılamayacağı için başka yollarla bile olsa bu neticeye varılmış olması halinde de yasaklama sebebinin doğmuş olacağı düzenlenmiştir¹³².

Canbazoglu, kanun metninde yer alan “veya başka yollarla” ifadesinin önemli bir belirsizlik oluşturduğunu, bir başka açıdan ise hükmü uygulayacak ve ihaleye fesat yahut

¹²⁸Kaya, 2006: 168; Gök, 2012: 666.

¹²⁹Arslan, 2012: 35; Özgenç, 2012: 39; Demirel, 2014: 572.

¹³⁰Sırabaşı, 2011a: 6; Canbazoglu, 2017: 131.

¹³¹Canbazoglu, 2017: 132.

¹³²Sezer, 2012: 159; Taşdelen, 2004: 153.

fesada teşebbüsün meydana gelip gelmediğini tespit edecek idareye geniş bir takdir yetkisi tanındığını, bu itibarla söz konusu düzenlemenin suç ve cezaların yasallığı ilkesine ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık taşıdığını ileri sürmektedir¹³³.

Kanaatimizce, her ne kadar ihaleye fesat karıştırma veya buna teşebbüs olarak nitelendirilen her yöntemin ihaleye katılma yasağı yaptırımına bağlanmış olmasının kanunilik ilkesine aykırılık taşıyacağı iddiası haklı bir endişe olarak görülse de, idareye takdir yetkisinin tanınmasının idari yargı makamlarınca işlemin sebep unsurunun ayrıntılı biçimde denetlemesine imkân tanıyacağı, söz konusu endişenin idari yargının etkin denetimiyle giderilebileceği değerlendirilmektedir.

Üzerinde durulması gereken başka bir konu da ihaleye ilişkin işlemler ile fesat karıştırma ve teşebbüs kavramlarının açıklığa kavuşturulmasıdır. Zira ihaleye ilişkin olmayan işlemlere fesat karıştırılması, fesat karıştırma olgusunun meydana gelmemiş olması veya söz konusu fiilin teşebbüs aşamasına ulaşmaması halinde idari yaptırım uygulanması idari işlemin sebep ögesi yönünden hukuka aykırı olacaktır.

*Taşdelen*¹³⁴, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırma kavramını “*kamu harcama ihalesine egemen olan ilke ve kuralların uygulanmasını bozucu her türlü fiil*” olarak açıklamaktadır. Söz konusu fiil 5237 sayılı Kanun’un 235’inci maddesinde ihaleye fesat suçu olarak düzenlenmekle birlikte, söz konusu hüküm kapsamına giren fiiller bu suçun oluşmasına sebebiyet vermektedir¹³⁵. İdare hukuku çerçevesinde, iradenin sakatlandığının yani fesada uğradığının tespit edilmesi halinde ihalelere katılmaktan yasaklanma gibi idari yaptırımların uygulanması, idari işlemin geri alınmasına ilişkin genel kuralların uygulanması da söz konusu olabilmektedir. *Canbazoglu*¹³⁶, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırılması kavramını “*İhaleye ilişkin olarak ilgili kanunda tanımlanan ihale sürecinin, ilgili kanunda tanımlanan amaçlara uygun olarak gerçekleşmesinin, ihale sürecinde yer alan yahut yer almayan kişiler tarafından engellenmesi, bozulması, yani sürecin (ihale işlemlerinin) ve dolayısıyla nihai kararın (ihale kararının) sakatlanması, ihale düzeninin bozulması*” olarak tanımlamaktadır.

Söz konusu hüküm kapsamında idare hukukunda pek rastlanmayan “ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmaya teşebbüs” kavramı kullanılmıştır. Ceza hukuku kavramlarından

¹³³Canbazoglu, 2017: 132.

¹³⁴Taşdelen, 2004: 154.

¹³⁵Arslan, 2012: 35; Özgenç, 2012: 39; Sırabaşı, söz konusu fıkra da sözü geçen ihaleye fesat kavramı ile doğrudan 5237 sayılı Kanun’un 235’inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçunun kastedilmediğini savunmaktadır. (Sırabaşı, 2011a: 6)

¹³⁶Canbazoglu, 2017: 135.

biri olan teşebbüsün tipik hale getirilmiş kalıpları bulunmakta, teşebbüsün cezalandırılması için manevi unsurun ve suçun icrasına başlandığı halde neticenin gerçekleşmediğinin açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla suçun maddi ve manevi unsurlarının tespiti bakımından, belli usul kuralları dikkate alınarak yürütülecek yargılama sürecinin önemi büyüktür. Hâlbuki idari yaptırımlar idarenin bir yargı kararı olmaksızın işin ivediliği sebebiyle yargılamaya kıyasla daha kısa süre içinde uygulanan cezalar olduğundan, idari süreçler içerisinde teşebbüsün tespiti oldukça güç olmaktadır. Ayrıca bir ihale teşebbüsün idari yaptırıma bağlanması için ihlalin ve buna teşebbüsün cezalandırılacağına açık biçimde kanun ile belirlenmesi ve fiilin hangi aşamaya gelmesi durumunda teşebbüs aşamasına ulaşmış sayılacağına düzenlenmiş olması gerekmektedir. Söz konusu hükümde bu hususlara yer verilmediği görülmektedir¹³⁷.

Danıştay, söz konusu bent hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak bir kararında¹³⁸, verilen teklif mektuplarının aynı kişiler tarafından yazılması halinde bu bende dayanılarak ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceğine hükmetmiştir. Bununla birlikte Danıştay başka bir kararında¹³⁹, yeterlik belgesi alamama nedenlerini öğrenmek için dilekçe hakkının kullanmak suretiyle idareye başvuru yapan kişinin fiilini “nüfuz kullanma” olarak saymamış, dilekçede suç unsuru teşkil eden ifadelerin bulunması halinde durumun adli mercilere intikal ettirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Danıştay¹⁴⁰ diğer bir kararında, ihaleye fesat karıştırma gerekçesiyle tesis edilmiş bir yasaklama işlemi ile ilgili olarak suç duyurusu üzerine verilen takipsizlik kararını işlemin

¹³⁷ Canbazoglu, 2017: 138-139.

¹³⁸ “2886 sayılı Yasanın 81. maddesi uyarınca emanet usulünde taşeron aracılığıyla yaptırılacak işlerde, taşeron seçimi için yapılan ihalede, 2886 sayılı Yasanın 83. maddesinde belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunan şirkete, 84. maddede öngörülen yaptırımın uygulanması gerektiği hakkında.” Danıştay 10. Dairesi, 07.06.2005, E. 2003/2480, K. 2005/2874. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

¹³⁹ Danıştay 10. Dairesi, 13.05.2003, E. 2001/5061, K. 2003/1662. (Kaya, 2006: 159).

¹⁴⁰ “Dava, davacı şirketin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 83. ve 84. maddeleri uyarınca 1 yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin ... Resmi Gazete’de yayınlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır. İhaleye katılan davacının 1 yıl süreyle devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiğinin anlaşıldığı, olayda, davacının da aralarında bulunduğu yasak kapsamında alınan sekiz kişi hakkında Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığının ...Hazırlık nolu Ek Takipsizlik kararı ile “ihaleye fesat karıştırmak suçundan kamu davası açılan diğer sanıkların eylemlerine iştirak ettiklerine dair yeterli delil bulunmadığından”, takibata yer olmadığına karar verildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, davacının ceza yasasına göre suç oluşturan eylem ve davranışı olmadığı, ayrıca idareyi zarara uğratan kötü niyete dayalı davranışı olduğuna ilişkin dava dosyasında somut bilgi ve belge bulunmadığı anlaşıldığından tesis edilen dava konusu

hukuka uygunluğuna etkisi yönünden değerlendirmiştir. Somut uyuşmazlıkta, emanet usulü ile yapılmak üzere ihale edilen bir kısım yapım işleri ile ilgili düzenlenen müfettiş raporunda, ihale edilen işler için yedi firmadan teklif alınmış gibi gösterilmesine karşın işlerin tamamı diğer firmalar yerine sahte belge ve teklif mektubu hazırlamak suretiyle aynı aileye ait üç ayrı firmanın aldığını, içlerinde davacının da yer aldığı diğer firmaların gerçekte ihaleye katılmadıkları, kendi belgelerini kullanarak ihalenin düşük bir tenzilatla ihaleyi alan firmaların üzerine kalmasının sağlanması suretiyle ihaleye fesat karıştırıldığı tespit edilerek ihaleye katılan şirket ve yetkilileri hakkında suç duyurusunda bulunulması ve ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesinin önerilmesi üzerine davaya konu yasaklama kararının verildiği, suç duyurusu ile ilgili olarak savcılığın takipsizlik kararı verdiği belirtilmiş, Yüksek Mahkeme “*davacının ceza yasasına göre suç oluşturan eylem ve davranışı olmadığı, ayrıca idareyi zarar uğratan kötü niyetli davranışı olduğuna ilişkin dosyada somut bilgi ve belge olmadığı anlaşıldığından tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı*” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını onamıştır.

Yine Danıştay¹⁴¹, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, ihalenin üzerinde kalması halinde ek ürün vaadinde bulunan kişinin, 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin (a) bendini ihlal etmesi nedeniyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasını hukuka uygun bulmuştur.

2.2.2.2.1.2. İsteklileri Tereddüte Düşürmek, Katılımı Engellemek, İsteklilere Anlaşma Teklifinde Bulunmak veya Teşvik Etmek, Rekabeti veya İhale Kararını Etkileyecek Davranışlarda Bulunmak

Kanun koyucu bu hükümle öncelikle rekabetin şekli koşulu olan katılımı sağlamayı amaçlamış ve gerek isteklilerde katılım iradesini ortadan kaldıracak durumları gerekse de isteklilerin fiilen ihalelere katılımının engellenmesini, ihalelere katılımı engelleyecek fiil ve davranışları yasak fiil ve davranış kapsamına almıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, rekabeti bozucu fiil ve davranışlar isteklileri tereddüte düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak ile sınırlıdır. Zira yasaklamanın kapsamını genişletmek için herhangi bir açıklık bulunmamaktadır¹⁴².

işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.” Danıştay 13. Dairesi, 19.11.2009, E. 2008/2496, K. 2009/10172. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

¹⁴¹ Danıştay 13. Dairesi, 06.02.2006, E. 2005/7984, K. 2006/857. (Kaya, 2006: 170).

¹⁴² Canbazoglu, 2017: 144; Sırabaşı, 2011a: 6.

Söz konusu hüküm kapsamında belirtilen “isteklileri tereddüde düşürmek” yasak fiil ve davranış kural olarak ihaleyi yapan idarenin görevlileri veya diğer kimseler tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Rekabeti bozmak isteyen kişi, isteklinin katılımını fiilen engellemekte, ancak isteklinin ihaleye katılmak yönündeki iradesini, tereddüt yaratan davranış yahut beyanları de etkileyerek ihaleye katılıp katılmama noktasında tereddüde düşmesini sağlamaktadır. Mezkûr fiilin mağduru istekliler olabileceği için, ihale sürecinde henüz istekli vasfını kazanmamış kimseler hakkında böyle bir fiilin işlenmesi söz konusu değildir. 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin 2’nci fıkrasının, Kanunun 4’üncü kısmına yaptığı atıf nedeniyle Kanun’un 4’üncü kısmında yer alan görevlilerin ceza sorumluluğu başlıklı 60’ıncı maddesi, 17’nci maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulunan idare görevlilerinin de disiplin cezası, ceza yargılaması ve bu kanun kapsamına giren işlerde bir daha görevlendirilmemesi gibi yaptırımlara tabi tutulacaklarını düzenlemiş olduğundan, isteklilerin idare görevlileri tarafından tereddüte düşürülmesi yasaklama yaptırımına neden olamamaktadır. Bu itibarla istekliler diğer istekliler veya henüz teklif vermemiş olmakla birlikte ihaleye katılacak durumda olanlar veya başkaca kişiler tarafından tereddüte düşürülebilmektedir¹⁴³.

Katılımı engellemek fiili bakımından katılımı herhangi bir kişi engelleyebilmektedir. Katılımı engelleyen kişinin kamu görevlisi olması halinde Kanunun 60’ıncı maddesi, katılımı başka kimseler engellemişse, 5237 sayılı Kanun’un ihaleye fesat suçu ile ilgili hükümler uygulanmaktadır. Söz konusu bent hükmü kapsamında sayılan diğer bir fiil ve davranış da isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmektir. İsteklilerin her birisinin faydasına olacak biçimde fakat idarenin zararına neden olacak bu durumun gerçekleşmesi halinde yerine göre görevlilerin 60’ıncı madde kapsamındaki sorumluluğu, yerine göre ise yasaklılık yaptırımının uygulanmasını gerektirmektedir¹⁴⁴.

Danıştay, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra taahhütten vazgeçme fiili üzerine, ihale komisyonunun yeniden toplanmak zorunda kaldığı ve dolayısıyla ihale kararının etkilendiği gerekçesine dayalı kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamayı bu hüküm kapsamında değerlendirmemiştir¹⁴⁵.

Danıştay başka bir kararında, “... hizmet alım ihalesine katılan davacı şirketin sunmuş olduğu teklif zarfında, 1 tanesi doldurulmuş, imzasız ve isimsiz, iki tanesi de boş olmak üzere üç adet teklif mektubunun çıktığının görülmesi üzerine... .yasaklama kararı verildiği, davacı

¹⁴³Gök, 2012: 667; Canbazoglu, 2017: 145.

¹⁴⁴Canbazoglu, 2017: 145-146.

¹⁴⁵Danıştay 13. Dairesi, 20.02.2006, E. 2005/9728, K. 2006/1020. (Kaya, 2006: 170).

şirketin ihaleye katılan isteklileri tereddüte düşürmek fiilini gerçekleştirdiği, 4734 sayılı Kanunun 17. Maddesinin b bendinin ihlal edildiği” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını onamıştır. Kararla ilgili olayda her ne kadar isteklinin teklif zarfından biri doldurulmuş, imzasız ve isimsiz, iki tanesi de boş olmak üzere toplam üç teklif zarfının çıkmış olması durumu isteklileri tereddüte düşürecek davranış olarak değerlendirilmişse de *Canbazoğlu*, kanaatimizce de haklı olarak, bu davranışın isteklileri değil ihale komisyonunu tereddüte düşürebilecek bir davranış olduğundan ilgili şirket hakkında verilen yasaklama kararının hukuka aykırı olduğunu değerlendirmektedir¹⁴⁶.

Kamu İhale Kurulu bir kararında, ihaleye teklif sunan isteklilerden birinin teklif zarfında üç adet teklif mektubunun olduğu, sadece birinin isteklilerce doldurulması gereken bölümlerinin doldurulmuş olduğu, dolayısıyla usulüne uygun düzenlenmiş bir mektup bulunmasına karşın diğer iki mektupta bazı bölümlerin doldurulduğu ancak teklif niyetinin bulunmadığının tespit edildiği ve 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin (b) bendi kapsamında ihale kararının etkileyecek davranışlarda bulunmak fiilinin ihlal edildiği gerekçesiyle isteklinin idare tarafından kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklandığı belirtilmiş, Kurul da bu yasaklama işleminin mevzuata uygun olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁷.

2.2.2.2.1.3. Sahte Belge, Sahte Teminat Düzenlemek, Kullanmak

Yasaklama yaptırımının uygulanacağı kişiler sahte belge ve teminat mektubu düzenleyen, kullanan veya buna teşebbüs edenlerdir. Söz konusu kişiler fiziki olarak belge veya teminat mektubu sunmuş olmasına rağmen söz konusu belgeler içeriği veya düzenlenişi bakımından gerçek değildir¹⁴⁸. Belge üzerinde söz konusu olan bu hukuka aykırı durumları anlayabilmek için konuyu ayrı ayrı birer suç olarak düzenlemiş olan ceza hukukundan yararlanmak gerekmektedir.

Toroslu’ya göre¹⁴⁹, bu suçlara özelliğini veren hususun failin hareketinin varaka adı verilen yazılı belgeler üzerinde işlenmiş olmasıdır. Sahte evrak kullanma suçlarında hareket, sahte evrakın kullanılması ile gerçekleştirilmektedir. Söz konusu belgeler üzerinde gerçekleştirilen bu hareketle veya sahte belgenin ihale sürecinde kullanılması ya da bunlara

¹⁴⁶Canbazoğlu, 2017: 151.

¹⁴⁷Sırabaşı2011a: 60-61.

¹⁴⁸Sırabaşı2011a: 7.

¹⁴⁹Toroslu, 2005: 268.

teşebbüs edilmesi ihale düzenine aykırılık oluşturmakta ve bunun sonucunda idarenin yasaklama kararı verme yetkisi söz konusu olmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde "sahte belge" kavramı ihale sürecinde sunulan resmi ve özel tüm belgeleri kapsamaktadır. Ayrıca, belgedeki sahteliğin maddi veya içeriğe ilişkin olması bakımından da bir ayırım yapılmamış, sahteliğin her iki türü de yasak fiil ve davranış olarak belirlenmiştir. Düzenlenmiş ancak kullanılmamış olsa bile sahte bir belge tanzimi nedeniyle ilgililer hakkında, 4734 sayılı Kanun'un 4'üncü kısmında belirtilen ceza hükümleri uygulanmaktadır. Madde hükmü kapsamında ayrıca, sahte belge veya teminat mektubu düzenlemeye yahut kullanmaya teşebbüsün de yasak fiil ve davranış olduğu düzenlenmiştir¹⁵⁰.

Danıştay¹⁵¹, ihaleye katılan firmaya ait ihale dosyasında bulunan sahte bir belgenin ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektireceğini, bununla birlikte ihale dosyasında ihaleye katılmayan firmaya ait sahte bir belgenin bulunmasının katılmayan firmanın ihaleden yasaklanması sonucunu doğurmayacağını, zira sahte belge veya sahte teminat düzenlemenin, kullanmanın veya bunlara teşebbüs etmenin bizzat ihaleye katılanlar için söz konusu olabileceğine hükmetmiştir.

2.2.2.2.1.4. Alternatif Teklif Verebilme Halleri Dışında, İhalelerde Bir İstekli Tarafından Kendisi veya Başkaları Adına Doğrudan veya Dolaylı Olarak, Asaleten ya da Vekaleten Birden Fazla Teklif Vermek

Bu hükmün amacı, ihaleye şekilsel olarak birden fazla istekli katılıyormuş gibi görünmekle birlikte aslında aynı isteklinin belirlediği fiyat ve teklifler üzerinden ihalenin gerçekleştirilmesi suretiyle rekabetin bozulmasının engellenmesi ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasıdır. Aynı isteklinin iki veya daha fazla teklif dosyasını ihale makamına sunması ya da bir teklif dosyası içinde iki veya daha fazla teklif mektubu sunması bu kapsamda yer almaktadır¹⁵².

Birden fazla teklif verme yasağı dışında kalan, alternatif teklif verme hali, kanunun mal alımı ihaleleri için öngördüğü, ihale mevzuatına uygun bir durumdur¹⁵³. Nitekim Mal Alımı İhaleleri Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinde alternatif teklif kavramı "*İhale*

¹⁵⁰Canbazoglu, 2017: 154; Gök, 2012: 668-673.

¹⁵¹ Danıştay 13. Dairesi, 15.11.2005, E. 2005/6379, K. 2005/5525; Danıştay 13. Dairesi, 22.05.2006, E. 2006/827, K. 2006/2190. (Kaya, 2006: 170).

¹⁵²Kaya, 2006: 171; Sırabaşı, 2011a: 7-8; Gök, 2012: 674-678; Danıştay 13. Dairesi, 14.02.2017, E. 2016/4413, K. 2017/358, www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.08.2018).

¹⁵³Canbazoglu, 2017: 159.

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 sunulması” şeklinde tanımlanmıştır.

4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin söz konusu bent hükmünde yasaklanan fiil ve davranış sadece istekli tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca ihalede korunmak istenen rekabet ortamını bozacak mahiyetteki bu davranışın isteklinin kasten neden olduğu bir davranış olması gerekmektedir¹⁵⁴.

Danıştay bir kararında¹⁵⁵, idarenin ihtiyacını karşılamak amacıyla gerçekleştirilen ihaleye katılan ilgili şirket ile katılan bir diğer şirketin hissedar yapıları ve temsile yetkili kişileri aynı olmakla birlikte, ihale konusu kalem malzemenin tamamen farklı kalemlerine kısmi teklif vermeleri ve gerekse her iki şirketin faaliyet alanlarının farklı olması karşısında verdikleri tekliflerin bu bentte sayılan yasak fiil ve davranışlar kapsamında olmadığına hükmetmiştir.

Kamu İhale Kurulu bir kararında, ilgili kişinin farklı limited şirketlerde kayıtlı sermaye paylarının yarısından fazlasına sahip olmasını söz konusu şirketlerin ilgili kişinin hâkim etkisinde olduğunu gösterdiğini belirterek bu durumun “*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*” fiilini teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁵⁶.

2.2.2.2.2. İhaleye Katılamayacak Olanlar Nedeniyle Yasaklama

4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (e) bendi uyarınca bu Kanunun 11’inci maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak kamu ihalelerinden yasaklanmayı gerektiren yasak fiil ve davranışlar arasında düzenlenmiştir. 11’nci maddede düzenlenen sebeplerden ötürü ihale isteklisinin ihaleye katılmasının reddedilmesine rağmen bu kişinin ihaleye katılması halinde, 17’nci madde uyarınca ihaleden bir müddet yasaklanmaktadır¹⁵⁷.

11’inci maddenin 1’inci fıkrasının (a) bendi uyarınca, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu

¹⁵⁴Kaya, 2006: 171.

¹⁵⁵Danıştay 13. Dairesi, 11.11.2005, E. 2005/9064, K. 2005/5457. (Kaya, 2006: 171).

¹⁵⁶Sırabaşı, 2011a: 64-65.

¹⁵⁷Sırabaşı, 2011a: 8.

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 bulunanların ihaleye katılması halinde bu kişiler ihaleden bir müddet yasaklanmaktadır. Bu hüküm kapsamında kamu ihalelerinden yasaklılar ve bazı suçlardan hükümlü bulunanlar yer almaktadır¹⁵⁸.

Kamu İhale Kurulu bir kararında¹⁵⁹, “İstekli firmalardan ... Ltd. Şti. adına, anılan şirketin temsil ve ilzam yetkili şirket müdürü N.D.’nin imzası ile teklif verildiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, Bitlis Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma neticesinde 30.03.2010 tarihinde bahsi geçen şirket müdürü N.D. hakkında kamu davası açıldığı anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağına hükme bağlanmış olması sebebiyle, hakkında yasaklama kararı verilen ve bu sebeple geçici olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olan şirket müdürünün, müdürü olduğu ve bu sebeple temsile yetkili bulunduğu şirket adına ihalelere katılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu itibarla, ... Ltd. Şti.’nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının irad kaydedilmesi ve hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerekmektedir.” sonucuna varılmıştır.

11’inci maddenin 1’inci fıkrasının (b) bendi uyarınca, yetkili makamlar tarafından hileli iflas ettiğine karar verilen ihale isteklisinin, kamu ihalesine katılmaması gerekirken katılması halinde bu kişinin ihalelere katılmaktan yasaklanması gerekmektedir. 5237 sayılı Kanun’un “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlıklı 161’inci maddesinde düzenlenmiş olan hileli iflas suçu kapsamında, malvarlığını eksiltmeye yönelik bazı hileli tasarruflarda bulunan kişinin, üç yıldan sekiz yıla kadar cezalandırılması öngörülmektedir¹⁶⁰.

11’nci maddenin 1’inci fıkrasının (c) ve (d) bentleri uyarınca ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin, ayrıca ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli kişilerin ihaleye katılması durumunda bu kişilerin

¹⁵⁸Canbazoglu, 2017: 173; Sezginer, 2013:1028; Sırabaşı, 2011a: 9-10.

¹⁵⁹Kamu İhale Kurulu’nun 25.07.2011 tarih ve 2011/UY.I-2565 sayılı kararı.

¹⁶⁰İsbir, 2009: 61; Canbazoglu, 2017: 182; Sırabaşı, 2011a: 11.

ihaleden yasaklanması gerekmektedir. 11'nci maddenin 1'inci fıkrasının (e) bendi gereğince (c) ve (d) bentlerinde belirtilen ihale yetkilisi kişilerin, ihale komisyonundaki görevlilerin veya ihale konusu işler ilgili işlemleri hazırlayan, yürüten veya onaylayan görevlilerin eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile bu kişilerin evlatlıklarının ve evlat edinenlerinin ihaleye katılması da yasaklanmıştır¹⁶¹.

Ayrıca, 11'inci maddenin 1'inci fıkrasının (f) bendine göre ihaleye katılamayacak olanlar arasında aynı maddenin (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan kişilerin ortakları ve şirketleri de sayılmıştır. Söz konusu kişilerin varsa ortakları ya da şirketleri de ihaleyi yapan idarenin ihalesine doğrudan veya dolaylı olarak veya alt yüklenici olarak katılamamaktadır. Bununla birlikte, (f) bendinde, bu kişilere ait bazı şirketlerin ihaleye katılabileceği düzenlenmiştir. Nitekim bu maddenin (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan kişilerin ihaleye katılması, bu kişilerin anonim şirketi olup bu şirketin yönetim kurulunda görevli olmamaları halinde mümkündür. Aynı şekilde, eğer bu kişiler görevli bulundukları anonim şirketin sermayesinin %10'undan fazlasına sahip değillerse, kamu ihalesine katılabilmektedir. Söz konusu istisnaların haricinde (f) bendinde sayılan kişilerin kamu ihalesine katılması yasaklanmıştır¹⁶².

11'inci maddenin 1'inci fıkrasının (g) bendine göre terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler de ihaleye katılamayacaklar arasında yer almaktadır.

11'inci maddenin 2'nci fıkrası uyarınca ihaleye katılamayacak olan kişilerden birisi de ihale konusu iş ile ilgili danışmanlık hizmeti sunan yüklenicidir. Ayrıca, bir ihalede yüklenici konumunda olan bir kişi de, o işin danışmanlık hizmetlerine ilişkin ihaleye katılamamaktadır. İhale konusu işin yüklenicilerine ait başka bir şirketi daha olup bu şirketin danışmanlık hizmeti verdiği durumlarda da, ihaleden yasaklanma durumu söz konusu olmaktadır¹⁶³. Bu hüküm kapsamında belirtilen yasak, yüklenicilerin ortakları ve yönetim ilişkisi olan şirketler, söz konusu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketler için de geçerli olmaktadır¹⁶⁴.

11'inci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca, ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi

¹⁶¹Canbazoğlu, 2017: 183-186

¹⁶²Canbazoğlu, 2017: 187; Sırabaşı, 2011a: 11-12.

¹⁶³Çelik, 2003: 7; Canbazoğlu, 2017: 188

¹⁶⁴Sayın, 2008: 270; Sırabaşı, 2011a: 12.

kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin bu idarelerin ihalelerine katılamayacakları düzenlenmiştir¹⁶⁵.

11'inci maddede sayılan kişiler, ihalelere doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde katılamamakta, katıldıkları takdirde, ihale geçici teminatları, idare tarafından gelir kaydedilmekte ve kamu ihalelerinden yasaklanmaktadır. 4734 sayılı Kanunun 11'inci maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirmesine rağmen, 2886 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak, ihalelere katılmaktan yasaklanma sonucunu doğurmamaktadır¹⁶⁶.

Danıştay bir kararında, ihale üzerinde kalan kişi hakkında ihaleye katıldığı tarihte vergi borcu olması nedeniyle 4734 sayılı Kanunun 58'inci maddesi uyarınca ihalelerden yasaklama kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁶⁷.

2.2.2.2.3. Üzerine İhale Yapıldığı Halde Mücbir Sebep Halleri Dışında Usulüne Göre Sözleşme Yapmamak

İhale yetkilisi tarafından onaylanan ihale kararı kesinleşmekte ve sözleşme aşamasına geçilmektedir. Bu aşamada ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren kişi bakımından sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. Bu gibi hallerde, idare tüm hizmetlerin gereği gibi yürütülmesini garanti altına almak istediğinden, ihale sürecine katılıp ihaleye hak kazanan ancak sözleşme imzalamayan isteklilere ilişkin yaptırım kuralları getirilmiştir¹⁶⁸.

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “... 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.” hükmü uyarınca üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebepler dışında usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesi gerekmektedir. Yasaklama kararı verilmesine engel olabilecek tek koşul, süresi içinde sözleşme yapmayı imkânsız kılan bir mücbir sebebin olmasıdır¹⁶⁹.

¹⁶⁵Canbazoğlu, 2017: 189; Sırabaşı, 2011a: 12.

¹⁶⁶Kaya, 2006: 171.

¹⁶⁷Sırabaşı, 2011a: 46-47.

¹⁶⁸İsbir, 2009: 67.

¹⁶⁹Kaya, 2006: 172; Canbazoğlu, 2017: 196.

4734 sayılı Kanun'da mücbir sebebin kapsamına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. *Sırabaşı*¹⁷⁰ kanaatimizce de haklı olarak, 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen mücbir sebep hallerinin 4734 sayılı Kanun için de geçerli olması gerektiğini kabul etmektedir. 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesine göre, doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller mücbir sebep olarak belirlenmiştir. Bu şekilde ihalelerde mücbir sebep, sözleşme yapma süresini kesen bir neden ortaya çıkmaktadır¹⁷¹.

Kamu İhale Kurumu tarafından kabul edilen mücbir sebeplere ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nde¹⁷² açıklama bulunmaktadır. Söz konusu Tebliğ'in 25.3.4 maddesinde yer alan *"Kamu İhale Kurumu tarafından anılan Kanun maddesinin (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek benzeri diğer hallere ilişkin olarak genel bir belirleme yapılmaktadır. 4735 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında bu durumlarda hem öngörülmezlik, hem de önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Anılan maddenin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek "benzeri diğer haller" için de bu iki kriterin bir arada sağlanması şartı aranmaktadır. Buna göre idarelerce yapılacak başvurularda mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun öngörülmezlik ve önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerekmektedir."* ifadesi Kamu İhale Kurumu tarafından kabul edilebilecek mücbir sebeplerin kapsamına ilişkin açıklık getirmektedir.

Danıştay, üzerine ihale yapıldığı halde süresi içerisinde sözleşme imzalamayan ve sözleşmeyi imzalamama nedeni olarak da istenilen yağı sadece belli bir şirket tarafından üretilmesini gerekçe gösteren isteklinin iddiasını mücbir sebep olarak kabul etmemiştir¹⁷³.

Üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri dışında, usulüne göre sözleşme yapmamak fiili, her ne sebeple olursa olsun sözleşme yapmamak değil, iradi olarak sözleşme yapmaktan kaçınma şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Nitekim Danıştay, ihaleye katıldığı tarihte vergi borcu olması nedeniyle kendisiyle sözleşme yapılmayan ihale üzerine kalan kişi hakkında 58'inci madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine kanuni imkân bulunmadığına karar vermiştir¹⁷⁴.

¹⁷⁰Sırabaşı, 2011a: 15-16.

¹⁷¹Taşdelen, 2006: 305; Özçelik, 2016: 304-306.

¹⁷²Kamu İhale Genel Tebliği, RG, 22.08.2009, Sayı: 27327.

¹⁷³ Danıştay 13. Dairesi, 26.04.2006, E. 2006/1132, K. 2006/1991. (Kaya, 2006: 172).

¹⁷⁴ Danıştay 13. Dairesi, 21.04.2006, E. 2006/1109, K. 2006/1950. (Kaya, 2006: 172).

2.2.2.2.4. Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağını İhlal Eden Danışmanlık Hizmeti Sunucusunun Yasaklanması

4734 sayılı Kanunun 61'inci maddesinin 58'inci maddeye atfı sebebiyle bu Kanunun uygulanmasında danışmanlık hizmeti verenler ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle yaklaşık maliyeti ifşa edemezler, kendileri veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bunu ihlal eden kişiler hakkında yasaklama kararı verilebilmektedir¹⁷⁵.

2.2.2.3. Yasaklama Kararının Türleri

4734 sayılı Kanun kapsamında yasaklama kararları 58'inci ve 59'uncu maddeleri çerçevesinde verilmektedir. Kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımı, gerek yasaklamaya ilişkin sebeplerin gerekse de kararı veren makamların farklı olması nedeniyle idari yasaklama ve yargısal yasaklama olmak üzere iki türden oluşmaktadır.

2.2.2.3.1. İdari Yasaklama Kararları

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinde düzenlenmiş olan ve idare tarafından verilen yasaklama kararı, herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın, kanunun idareye verdiği açık bir yetkiye dayanarak, idari işlemlerle uyguladığı idari ceza mahiyeti taşıyan idari yaptırımlardır¹⁷⁶. Bu yasaklama kararı, objektif ve genel mahiyeti ağırlıklı olan bir yaptırımdır. Bu itibarla, ihaleden yasaklanan kişiler, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışındaki kuruluşlar da dâhil tüm idarelerin her türlü ihalesine katılmaktan yasaklanmaktadır.

2.2.2.3.1.1. İdari Yasaklama Kararının Unsurları

Bu bölümde, idari işlem niteliği taşıyan idari yasaklama kararları idari işlemin unsurları çerçevesinde incelenecektir.

2.2.2.3.1.1.1. Yetki Unsuru

Yetki unsuru, bir idari işlemin kurulmasında belirli bir kişi ya da kişilerin hukuki olarak yetkili kılınması anlamına gelmektedir. Kamu düzenine ilişkin bir kavram olması nedeniyle yetki unsuru hem yargı hem de idari makamlar tarafından re'sen gözetilmektedir¹⁷⁷.

İdari yasaklama kararında yetki, 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesine göre ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulayacak olan ve bu hüküm uyarınca

¹⁷⁵Canbazoğlu, 2017: 197-198; Sırabaşı, 2011a: 18.

¹⁷⁶Karabulut, 2006: 64.

¹⁷⁷Ulu, 2012: 129-131.

belirtilen idari makamlarıdır. 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin son fıkrasında yer alan *“İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.”* hükmü uyarınca ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışı tespit etmesi durumunda bu tespiti *“ilgili bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlığa”* bildirmekle yükümlü kılınmıştır.

Bu itibarla, 58'inci maddenin 1'inci fıkrasında yer alan *“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 belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Söz konusu yasaklama işlemi ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlık tarafından gerçekleştirilmektedir.”* hükmü uyarınca yasaklama kararını verecek yetkili makam, *“ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakanlık”¹⁷⁸* şeklinde düzenlenmiştir.

Bakanlığın bizzat ihaleyi düzenleyen makam olması durumunda yasaklama yaptırımını uygulayacak makam o bakanlıktır. Örnek olarak; Kültür ve Turizm Bakanlığı, tanıtma hizmetleriyle ilgili bir kamu ihalesi düzenlemiş ve bu ihaleye katılan istekliler hakkında 4734 sayılı Kanun uyarınca yasak bir fiilini tespit etmişse, 58'inci maddeye göre ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını Kültür ve Turizm Bakanlığı uygulayacaktır.

¹⁷⁸4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla *“ilişkili kurum”* kavramı henüz çok yeni olduğundan söz konusu hüküm kapsamında bağlı veya ilgili bakanlık ifadesine yer verilirken ilişkili bakanlık kavramı düzenlenmemiştir. Özellikle bağımsız idari kurumların faaliyet göstermesiyle birlikte bu kurumların özel kanunlarında ilişkili oldukları bakanlıklar belirtilmiştir. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.4.2 maddesinde yer alan *“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.”* hükmü, yasaklamaya karar vermeye yetkili idari makamları sayarken bağlı veya ilgili bakanlığın yanında ilişkili bakanlığın da belirtilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu itibarla, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kapsamında idari yasaklama kararını vermeye yetkili makamlar için *“bağlı, ilgili veya ilişkili bakanlık”* kavramının kullanılması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kapsamında ilişkili bakanlık kavramının eklenmesi suretiyle bu düzenlemelerde değişikliğe gidilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

İhaleyi düzenleyen idarenin bir kamu kurum veya kuruluşu olması halinde ise, bunların bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu bakanlık ihaleden yasaklama yaptırımını uygulayacaktır¹⁷⁹.

İhaleyi düzenleyen idarenin; herhangi bir bakanlığın bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşu olmaması halinde, o ihaleyi düzenleyen ihale yetkilileri, ihaleye katılmaktan yasaklama kararını vermeye yetkili kılınmıştır. İhaleyi düzenleyen makamların il özel idareleri veya belediyeler olması durumunda, idari yaptırım kararını verecek olan makam İçişleri Bakanlığı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ihaleyi düzenleyen idarenin, il özel idaresinin veya belediyenin bağlı müessesesi ya da işletmesi olması durumunda ihaleye katılma yasağı kararını almaya yetkili makam İçişleri Bakanlığı'dır. İl özel idaresi ve belediyelerle bunlara bağlı birlik, müessese ve işletme haricinde kalan idareler bakımından yasaklama kararını verecek makam ise o idarelerin bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi vasfını taşıyan ihale yetkilisi konumunda bulunan kişilerdir¹⁸⁰.

Söz konusu makamlar haricinde başka bir idari makamın ihaleden yasaklama kararı alması işlemin iptaline sebebiyet vermektedir¹⁸¹. Nitekim Kamu İhale Kurulu kararlarında, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Kamu İhale Kurulunca izlenerek yasaklı olanlara ilişkin sicile işlendiğini, bunun dışında Kurumun yasaklama kararlarının verilmesine veya kaldırılmasına yönelik bir yetkisi bulunmadığı belirtilmektedir¹⁸².

2.2.2.3.1.1.2. Amaç Unsuru

Amaç unsuru, bütün idari işlemlerinde kamu yararının sağlanmasıdır. Kamu ihalelerinden yasaklanmayı netice veren idari işlemin, kamu yararını sağlamak yerine örneğin ihale isteklisi ile idare arasındaki siyasi anlaşmazlık sebebiyle yapılması halinde, idari işlemin amaç unsurunda sakatlık meydana gelecektir.

Ayrıca ihale görevlilerinin, sadece kişisel amaçlarla, ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına sebep olması da amaç unsurunda sakatlık durumuna örnek teşkil etmektedir. Bu kapsamda bir ihale görevlisi ile arasında düşmanlık bulunan bir ihale isteklisi, görevlinin, bu kişi hakkında herhangi bir yasak fiil ve davranışı ileri sürmesiyle idare tarafından ihaleden yasaklanması durumunda şahsi amaç gözetilerek bir idari işlem tesis edilmiş olacaktır ki bu durum yetki saptırması olarak nitelendirilmekte ve hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmesi gerekmektedir¹⁸³.

¹⁷⁹İsbir, 2009: 133.

¹⁸⁰İsbir, 2009: 146.

¹⁸¹Canbazoglu, 2017: 300.

¹⁸² Kamu İhale Kurulu'nun 18.02.2010 tarih ve 2010/UH.I-603 sayılı kararı.

¹⁸³İsbir, 2009: 132.

2.2.2.3.1.1.3. Şekil Unsuru

4734 sayılı Kanun kapsamında ihaleden yasaklama usulü, ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlığa yasaklamayı gerektirecek sebebi bildirmesi, bakanlığın yasaklama kararı vermesi, bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanması ve Kamu İhale Kurumu’nun kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olan kişileri sicile kaydetmesi şeklindedir.

İhaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirecek bir sebebin söz konusu olması halinde bu durumu tespit etmekte ve bu tespitini ilgili, bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlığa bildirmektedir. İdare, ihalede yasaklanmayı gerektiren bir durumun farkına vardığı zaman, ilgili, bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlığa bu durumu bildirmekle yükümlü olup Kamu İhale Genel Tebliği 28.1.1.2 maddesinde yer alan *“İdarelerin ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gereken yasak fiil veya davranışları tespit etmeleri durumunda gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa veya herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin yetkililerine başvurmaları zorunludur.”* hükmü gereğince idarenin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır¹⁸⁴.

Bakanlığın, 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin 4’üncü fıkrasında yer alan *“Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.”* hükmü kapsamında yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen kırk beş gün içinde yasaklama kararını vermesi gerekmektedir. Kamu İhale Genel Tebliği’nin 28.1.1.2 maddesinde yer alan *“İlgili veya bağlı bakanlık veya herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilisi Kanunda öngörülen süre içinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararını vermek zorundadır.”* hükmü uyarınca yasaklama kararını vermek zorunluluk arz etmektedir.

Söz konusu süre disiplinler bir süre olmayıp idarenin yasaklama kararı verme yetkisinin zaman yönünden sınırını teşkil etmektedir. Bu süre içerisinde yasaklama kararı verilmemesi durumunda, yasaklama işlemi, süre yönünden hukuka aykırı tesis edilmiş olmakta ve bu işlemin iptali gerekmektedir¹⁸⁵.

4734 sayılı Kanun uyarınca kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilebilmesi için belirlenen kırk beş günlük sürenin ne zaman başlaması gerektiği konusunda tereddütler

¹⁸⁴Taşdelen, 2006: 310; Canbazoglu, 2017: 299; Sırabaşı, 2011a: 136.

¹⁸⁵Canbazoglu, 2017: 301; Hafizogullari, 2008: 379.

oluşturmuştur¹⁸⁶. Danıştay bazı kararlarında¹⁸⁷, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihi, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak kabul etmiştir.

Danıştay'ın bu içtihadına uygun olarak konu Kamu İhale Genel Tebliği'nde düzenlenmiştir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.5.1.2 maddesinde *“Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 58 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan sürelerin disiplinler niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır.”* hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte Sezginer¹⁸⁸, kanaatimizce de haklı olarak, Danıştay içtihadının ve söz konusu Kamu İhale Genel Tebliği hükmünün isabetli olmadığını, zira idarenin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışı tespitine ilişkin işlemin tesis edildiği tarihin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Yasaklama kararı, Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilmekte ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmektedir. Söz konusu karar, bakanlığın işlem tesis etmesi ile doğmuş olmasına rağmen hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi yasaklama kararının on beş gün içinde Resmi Gazete'de yayımlanması şekline tabi kılınmıştır. Bu itibarla, bakanlığın idari işlemi yazılı bir şekilde tesisi şekil şartı, Resmi Gazete'de bu kararın yayımlanması ise yürürlük şartıdır¹⁸⁹.

¹⁸⁶Sırabaşı, 2011a: 138.

¹⁸⁷*“İhalelere katılmaktan yasaklanma konusunda, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir.”* Danıştay 13. Dairesi, 08.11.2005, E. 2005/7182, K. 2005/5405; Danıştay 13. Dairesi, 08.11.2005, E. 2005/5992, K. 2005/5404; Danıştay 13. Dairesi, 05.03.2007, E. 2006/4272, K. 2007/1029. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

¹⁸⁸Sezginer, 2013:1010; Aksi görüş için bkz. Sırabaşı2011a: 140.

¹⁸⁹Sırabaşı, 2011a: 139; *“Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 28.02.2014 tarih ve E:2014/198, K:2014/163 sayılı Kararının; 13.05.2013 tarihinde yapılan "Kars Havalimanı Pist Rehabilitasyonu" yapım işi ihalesinin, yasaklama kararının 07.10.2013 tarih ve 28788 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten önce 04.10.2013 tarihinde iptal edildiği, yasaklama kararının dayanağı olan ihalenin ortadan kalktığı, yasaklama kararına dayanak olarak eski tarihli Ticaret Sicili Gazetesi'nin alındığı, ihale tarihi olan 13.05.2013 tarihinde ...'in*

*İsbir*¹⁹⁰, yasaklama kararları her ne kadar Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren yürürlüğe girse de, yasak fiil veya davranışın tespit tarihi ile yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayım tarihi arasındaki sürede, isteklinin durumunun belirlenmesinin ihalelerde düzenin sağlanması açısından zorunlu olduğunu, bu itibarla, kanaatimizce de haklı olarak, yasaklanmayı gerektiren fiil veya davranışın tespitinden itibaren, ihale isteklisinin diğer idarelerin ihalelerine katılmasının engellenmesi gerektiğini, yoksa bir ihale isteklisinin bir idarenin ihalesine katılıp yasaklanırken, bu karar yürürlüğe girinceye kadar başka bir idarenin ihalesine katılarak hukuka aykırı durumlara neden olacağını belirtmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yasaklama kararları, Kamu İhale Kurumu tarafından izlenmek suretiyle, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillere kaydedilmektedir¹⁹¹.

2.2.2.3.1.1.4. Konu Unsuru

İdari işlemin konu unsuru bakımından incelenmesi idari işlem neticesinde hukuk âleminde meydana gelen değişiklik veya idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç anlamına gelmektedir¹⁹².

4734 sayılı Kanun’da yer alan “17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları 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.” hükmü ile idari işlemin konu unsuru düzenlenmiştir. Kamu ihalelerinden yasaklanma ile ilgili idari işlemin konusu, idare tarafından, 4734 sayılı Kanun’un 2’nci ve 3’üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine öngörülen süre içerisinde katılımın yasaklanmasıdır¹⁹³.

Söz konusu hüküm uyarınca, idare tarafından yasaklama kararının verildiği durumlarda ihale isteklisi 17’nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunması halinde, fiil veya davranışın özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama

şirketlerinde bir ortaklığının bulunmadığı,” Danıştay 13. Dairesi, 30.03.2017, E. 2014/1134, K. 2017/867, www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.09.2018).

¹⁹⁰İsbir, 2009: 161.

¹⁹¹İsbir, 2009: 129.

¹⁹²Göçgün, 2017: 23

¹⁹³Canbazoglu, 2017: 311.

kararı verilirken, ihale isteklisinin üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep yokken, usulüne göre sözleşme yapmak istememesi durumunda, bu ihale isteklisi hakkında altı aydan az olmamak şartı ile bir yıla kadar yasaklama kararı verilmektedir.

İhaleye katılmaktan yasaklamaya ilişkin idari işlemin konu unsurundaki sakatlık idari işlemi hukuka aykırı hale getirmektedir. Örneğin, 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen bir ihale isteklisi hakkında iki yıla kadar olmasına rağmen, bu sürenin üç yıl olarak belirlenmesi işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getirmektedir¹⁹⁴. Nitekim Danıştay bir kararında ihaleyi alan davacı şirketin mücbir sebep sayılabilecek herhangi bir durum olmamasına rağmen usulüne göre sözleşme yapmaması sonucunda davacı hakkında 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi uyarınca ancak altı aydan az olamamak üzere bir yıla kadar yasaklama kararı verilebilecekken bir yılı aşarak iki yıl süreyle yasaklama kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁹⁵.

Konu unsuru bakımından incelenmesi gereken bir diğer başlık ise idari yasaklama kararının hukuki sonuç doğurduğu kişilerin tespit edilmesidir. İhale kararının kesinleşmesinden önce yani ihale sözleşmesi henüz imzalanmamışken yasak fiil veya davranışın tespit edilmesi durumunda yaptırım uygulanacak kişi ihale isteklisi, ihale üzerinde kalan kişi ile idare arasında ihale sözleşmesinin imzalanmasını müteakip yasak fiil veya davranışın anlaşılması durumunda ihaleye katılma yasağının uygulanacağı kişi yüklenici olarak nitelendirilmektedir. İhale sürecinin her aşamasında ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanabilmekte, ihaleye katılan kişilerin ihale isteklisi veya yüklenici sıfatını taşımaları arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte ihalenin hangi aşamasında olursa olsun, ihaleye katılma yasağının uygulanacağı kişilerin gerçek veya tüzel kişi olmaları farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan *“Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.”* hükmü kapsamında ihaleye katılan ve hakkında yasaklama kararı verilecek olan kişinin, tüzel kişi

¹⁹⁴İsbir, 2009: 130; Canbazoglu, 2017: 306.

¹⁹⁵Sırabaşı, 2011a: 144.

olması durumu düzenlenmiş, şahıs şirketi ve sermaye şirketi ayırımına göre yaptırım uygulanmasına yer verilmiştir. Bu itibarla, ihaleden yasaklanan şirketin türü uygulanan yaptırımın sonucunu etkilemektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde, şirket ortaklarının tümü hakkında yasaklama kararı verilmektedir. Yasaklama kararı verilen tüzel kişinin sermaye şirketi olması halinde ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilmektedir. Ayrıca ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişinin, bir başka şahıs şirketine de ortak olması durumunda; bu şahıs şirketine de ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanmaktadır. Bununla birlikte ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişinin, ayrıca bir başka sermaye şirketine de ortak olması durumunda ise; yasaklanan gerçek veya tüzel kişinin ayrıca ortak olduğu sermaye şirketindeki sermaye payı dikkate alınarak bu kişinin sermaye payı, şirketin toplam sermayesinin yarısından fazla olması halinde bu sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verilmektedir¹⁹⁶.

Danıştay bir kararında¹⁹⁷, davacı şirket adına taahhütname imzalayan bir gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması, bu gerçek kişinin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaması karşısında ihalelere katılamayacak kişinin vekâleten şirket adına belge sunarak ihaleye katıldığından hareketle şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinin 4734 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

2.2.2.3.1.1.5. Sebep Unsuru

İdari işlemin unsurlarından bir diğeri de sebep unsurudur. Sebep unsuru, idareyi bir idari işlem tesis etmeye yönelten, idari işlemten önce hukuk âleminde var olmuş ve hukuk kurallarınca düzenlenmiş nedenlerdir.

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası çerçevesinde idari yasaklama işleminin sebep unsuru belirtilmiştir. Bu kapsamda, idarenin Kanun'un 17'inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışları tespit etmesi durumunda, ihale isteklisi ihaleden

¹⁹⁶Canbazoglu, 2017: 309-310; Sırabaşı2011a: 175.

¹⁹⁷“Davacı şirketin % 25 ortağı olan bir gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması, bu gerçek kişinin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaması karşısında, Kanunla düzenlenmediği halde Kamu İhale Genel Tebliğiyle yapılan düzenlemeye dayanılarak şirket müdürü olduğundan bahisle şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 13. Dairesi, 19.6.2009, E. 2007/16068 K. 2009/6830.www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

yasaklanabilmektedir. İhale yasağı kararı verilebilmesine sebep teşkil eden başka bir durum ise, 58'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapılmamasıdır.

Söz konusu sebepler gerçekleşmediği halde ihaleden yasaklama kararının alınması idari işlemi sebep unsuru bakımından sakatlamış olacaktır¹⁹⁸.

2.2.2.3.2. Yargısal Yasaklama Kararları

Yasaklama kararının verilmesini gerektiren sebeplerin tümü bakımından idari yasaklama kararı tesis edilebilmektedir. Bununla birlikte bu sebeplerin bir kısmı idari yasaklama kararına dayanak teşkil etmesinin yanında bu sebeplerin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda cezai soruşturma ve sonucunda mahkumiyet durumunda yargısal yasaklama söz konusu olabilmektedir. İşte, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi uyarınca, ihalelerde konusu suç oluşturan fiil veya davranışlarda bulunulmasından ötürü, yargılama yapan mahkeme tarafından suçlu bulunan ve hüküm verilen ihale katılımcısı hakkında ihaleden yargısal yasaklama kararı verilmektedir¹⁹⁹.

2.2.2.3.2.1. Suç Duyurusunda Bulunulması ve Ceza Soruşturması Başlatılması

Yasaklanmayı gerektiren ve aynı zamanda suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında 5237 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ceza soruşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmaktadır. Savcılık, yapacağı soruşturma neticesinde, işlenen fiilin suç teşkil ettiğine karar vermesi durumunda konuyla ilgili iddianame hazırlayıp dosyayı mahkemeye intikal ettirmektedir²⁰⁰.

2.2.2.3.2.2. Geçici Yargısal Yasaklama Kararı

Mahkeme yapacağı yargılama sonucunda ihaleye katılan kişinin 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde düzenlenen yasak fiil veya davranışlardan suç teşkil eden fiilleri tespit etmesi halinde, 5237 sayılı Kanun'a göre bu kişiler hakkında cezaya hükmetmektedir²⁰¹.

Mahkeme, söz konusu cezanın yanında, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde yer alan *“Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci*

¹⁹⁸İsbir, 2009: 131.

¹⁹⁹Sırabaşı, 2011a: 19.

²⁰⁰Kaya, 2006: 176.

²⁰¹Sırabaşı, 2011a: 19.

maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.” hükmü uyarınca bu ihale katılımcıları hakkında en az bir yıl, en çok üç yıla kadar ihaleye katılmaktan geçici yasaklama kararı da vermesi gerekmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hüküm uyarınca ihaleye katılmaktan yasaklamaya ilişkin olarak daha önceden, idari yasaklama yaptırımına karar verilmiş olması durumunda, bu yasak süresi dolmadan, mahkemenin verdiği yasaklamanın süresi başlamamaktadır. Ayrıca söz konusu yargısal yasaklama kararı, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da geçerli olmaktadır.

Mahkeme tarafından verilen ve güvenlik tedbiri niteliği taşıyan ihaleye katılmaktan yasaklama cezası²⁰², idari yasaklama yaptırımına kıyasla daha ağır sonuçlara sahiptir. Zira yasak süresi bakımında da yasağın verilebileceği üst sınır idari yasaklama kararında en çok iki yıl iken, mahkeme tarafından yasaklamada üç yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mahkeme tarafından verilen geçici yasaklama kararı Resmî Gazete’de yayımlanmamaktadır²⁰³.

2.2.2.3.2.3. Sürekli Yargısal Yasaklama Kararı

4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan *“Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.”* hükmü uyarınca yasak fiil veya davranışları sebebiyle haklarında mükerrer ceza verilen kişiler ile *“bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri”*, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaktadır. Kanun koyucu sürekli yasaklılığın kapsamını açıkça düzenlememiştir. Bununla birlikte, mükerrer mahkûmiyete dayalı sürekli bu yasaklamanın 4734 sayılı Kanun’un kapsamı esas alınmaksızın tüm kamu ihalelerinden yasaklılık olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁰⁴.

²⁰²Sezginer, 2013: 1020.

²⁰³Canbazoglu, 2017: 349.

²⁰⁴Canbazoglu, 2017: 311; Sırabaşı, 2011a: 19.

4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan *"Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur."* hükmü çerçevesinde sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumu tarafından, bildirim izleyen on beş gün içinde Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır. İdari yasaklama kararının yayımı, kararı veren Bakanlık tarafından Resmî Gazete'ye bildirim ve yayımlatma şeklinde olmasına rağmen, mahkeme tarafından verilen yargısal nitelikteki sürekli yasaklama kararı, Resmî Gazete'de yayımlatılmak üzere, mahkemece Kamu İhale Kurumu'na bildirmekte, söz konusu Kurum, bu kararı Resmî Gazete'de yayımlamaktadır²⁰⁵.

2.2.2.3.2.4. Sicil Bildirimi

Mahkeme tarafından haklarında yasaklama kararı verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumu'na bildirilmektedir. Ayrıca, bu yasaklama cezası alanların meslek sicillerine işlenmek üzere, ilgili meslek odalarına bildirilmesi de söz konusudur. Mahkeme tarafından verilen yasaklama cezası, idarenin verdiği yasaklama cezasındaki gibi Kamu İhale Kurumu'na bildirilmekte ve buradaki sicillere Kurum tarafından kaydedilmektedir. Buna ilave olarak, mahkemenin hükmettiği yasaklama kararı, yasaklanan kişinin meslek siciline işlenmek üzere bağlı olduğu meslek odasına da bildirilmektedir²⁰⁶.

2.2.2.4.Yasaklama Kararı ile Bağlantılı İdari Tedbir Kararları

2.2.2.4.1. İhaleye İştirak Ettirmemeye Yönelik İdari Tedbir Kararları

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında *"İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler."* hükmü yer almaktadır.

İhaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirecek bir fiili tespit etmesi durumunda, o ihalenin veya daha sonra aynı idare tarafından yapılacak ihalelerin, ihale düzenine uygun olarak yürütülebilmesi amacıyla, yasak fiilde bulunduğu tespit edilen ihale isteklisinin o ihaleye veya daha sonraki ihalelere katılmasını önlemeye yönelik tedbir mahiyetinde bir işlem tesis etmektedir.

²⁰⁵Canbazoglu, 2017: 349-350.

²⁰⁶Sırabaşı, 2011a: 20; İsbir, 2009: 209-210.

İdare, bu hüküm kapsamında iki farklı tedbir uygulamaktadır. Birinci tedbir yasak fiil ve davranışın tespit edildiği söz konusu ihaleye ihale isteklisinin iştirak ettirilmesini önlemektir. İkinci tedbir ise yasak fiil ve davranışın tespit edildiği söz konusu ihale nedeniyle bakanlığın yasaklama kararı alması durumunda bu kararın alınma tarihi ile Resmi Gazete’de yayımlanmasına kadar geçen süre için aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere ihale isteklisinin iştirak ettirilmesini önlemektir. Bu itibarla, söz konusu ihale isteklisinin, başka idarelerin ihalelerine katılmasında bir engel bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu işlem idari tedbir niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu tedbiri almaya yetkili olan makam ihaleyi gerçekleştiren idaredir. Öte taraftan, söz konusu hüküm kapsamında ihaleyi düzenleyen idare tarafından ihale isteklisi hakkında ihaleye iştirak ettirilmeme tedbirinin uygulanmasında idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle şartları meydana geldiğinde idare bu tedbiri almakla yükümlü kılınmıştır²⁰⁷.

2.2.2.4.2. İhaleye Katılmayı Önlemeye Yönelik İdari Tedbir Kararı

4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında yer alan “*Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.*” hükmü uyarınca ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilen kişiler ile birlikte, bu kişilerin tüzel kişi, aynı zamanda şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamamaktadır²⁰⁸.

Savcılığın ilgili kişiler hakkında ceza kovuşturması başlatması ve kamu davası açması ile birlikte, söz konusu kişiler hakkında, mahkeme kararı olmaksızın, yargılama süresince başka ihalelere katılmasını engellemeye yönelik bir tedbir öngörülmüştür²⁰⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında²¹⁰, haklarında kamu davası açılanların dava sonuna kadar kamu

²⁰⁷Sırabaşı, 2011a: 17.

²⁰⁸Canbazoglu, 2017: 323.

²⁰⁹Sezginer, 2013: 1020.

²¹⁰Anayasa Mahkemesi, 14.01.2010, E. 2007/68, K. 2010/2.

ihalelerine iştirak ettirilmemesini idari ceza değil idari tedbir olarak belirtmiş, bu itibarla söz konusu düzenlemenin suçsuzluk karinesine aykırı olamayacağı sonucuna varmıştır.

Sezginer²¹¹, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına karşı çıkarak, söz konusu düzenleme bağlamında alınan kararın idari tedbir değil idari yaptırım olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce, söz konusu tartışma, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen, *ihalelerden dolayı haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaması* işleminin hukuki niteliğinin tespitindeki anlaşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Zira idari yaptırımların idari ceza ve idari tedbir olarak tasnif edilmesi yönündeki yaklaşım dikkate alındığında bastırıcı tarafı ağır basan yasaklamaların idari ceza, önleyici yönü ağır basan yasaklamaların da idari tedbir olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen yasaklama işlemi üst başlık olarak idari yaptırımdır, ancak Sezginer'in ima ettiğinin aksine, idari ceza değil idari tedbir niteliği taşıyan bir idari yaptırımdır. 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen yasaklama işleminin önleyici niteliği nedeniyle idari tedbir olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Suç teşkil eden fiili ihale sürecinde işleyen şüphelilerin, konu ile ilgili kamu davası açılarak sanık haline gelmeleri durumunda, söz konusu suçlamadan yargı kararıyla aklanıncaya dek, idari bir tedbir olarak, ihalelere katılımın engellenmesi amaçlanmaktadır²¹².

4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında kamu ihalelerine katılamayacakların belirlenmesi için, bu yasak fiil ve davranışların 5237 sayılı Kanun'daki karşılığı olan suçların tespiti önem arz etmektedir. Zira bu suçların dışında kalan suçlamalarla açılacak kamu davalarında, ihalelere katılamama durumu söz konusu olmamaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlar bakımından; 5237 sayılı Kanun'un 106'ncı maddesinde düzenlenen "tehdit" 225'inci maddesinde belirtilen "nüfuz ticareti", 107'nci maddesinde belirtilen "şantaj" 252'nci maddesinde belirtilen "rüşvet" ve 4734 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlar bakımından; 5237 sayılı Kanun'un 108'inci maddesinde belirtilen "cebir" 109'uncu maddesinde belirtilen "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" ve yine 235'inci maddede yer alan "ihaleye fesat karıştırma" suçlarına sebebiyet verebilecektir. 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlar bakımından, 5237 sayılı Kanun'un 204'üncü

²¹¹Sezginer, 2013: 1026.

²¹²Canbazoglu, 2017: 322.

maddesinde düzenlenen “resmi evrakta sahtecilik”, 205’inci maddesinde düzenlenen “resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek”, 206’ncı maddesinde düzenlenen “resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan”, 207’nci maddesinde düzenlenen “özel belgede sahtecilik”, 208’inci maddesinde düzenlenen “özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek” ve yine 235’inci maddede yer alan “ihaleye fesat karıştırma” suçlarına sebebiyet verebileceği gibi, 35’inci maddesinde düzenlenen “suça teşebbüs” çerçevesinde bu suçlara teşebbüs edilmesi dahi, ilgilinin 4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesine sebep olacaktır²¹³.

2.2.3. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Kamu İhalelerinden Yasaklama

2.2.3.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Genel Bakış

4735 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun’a göre yapılan ihalelere dair sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili kuralları belirleyen özel nitelikte bir kanundur. Kanun, ihale sözleşmesinin uygulanması esnasında ihalelere katılmaya ilişkin yasaklar öngörmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve şekli bu Kanun’un 25-27’nci maddeleri arasında düzenleme altına alınmıştır.

4735 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi, 4734 sayılı Kanun’a tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsamına almaktadır²¹⁴.

2.2.3.2. Yasaklama Kararının Sebepleri

4735 sayılı Kanunun 25’inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar²¹⁵ sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkindir.

5237 sayılı Kanun’un 236’ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale sürecine ilişkin olarak ihaleye fesat karıştırma suçundan hemen sonra düzenlenmiştir. İhale sürecinde yapılan ve kişiye haksız çıkar sağlamaya neden olan fiiller

²¹³ Canbazoglu, 2017: 323-324.

²¹⁴ Sırabaşı, 2011a: 83.

²¹⁵ 4735 sayılı Kanun’un 25’inci maddesinin (a) bendinde yer alan “Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek” fiili, 2886 sayılı Kanun’un 83’üncü maddesinin (a) bendi ve 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin (a) bendi hükmü, (b) bendinde yer alan “Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.” fiili, 2886 sayılı Kanunun 83’üncü maddesinin (c) bendi hükmü, (d) bendinde yer alan “Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek” fiili 2886 sayılı Kanunun 83’üncü maddesinin (c) bendi hükmü, (f) bendinde yer alan “Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.” fiili 2886 sayılı Kanunun 84’üncü maddesinin 3’üncü fıkrası ile aynıdır.

ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil etmekteyken, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte ihale süreci sona erdiğinden bu aşamada yapılan hareketler bağımsız bir suç olarak “edimin ifasına fesat karıştırma suçu” şeklinde düzenlenmiştir²¹⁶. Dolayısıyla ihale sözleşmesinin uygulanması aşamasında, “*Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek*” fiili idari veya yargısal yasaklama kararına konu olmasının yanında 5237 sayılı Kanun’un 236’ncı maddesi uyarınca suç konusu olabilmektedir.

Sözleşme kurulurken mevcut olan şirket ortaklık yapısının sözleşme yürümekte iken değişmesinin (f) bendinde yer alan “*Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*” fiilinin işlenmesi anlamına gelip gelmeyeceği konusu tartışmalıdır. Sezginer, kanaatimizce haklı olarak, bir yapım işinin üstlenilmesinin sözleşme ile ortaya konan bir taahhüt olduğunu, taahhüt ihlalinin üstlenilmiş bulunan edimin sözleşme ve ihale dokümanı ile ortaya konan hükümlere aykırı olarak yerine getirilmesi şeklinde meydana gelmesi gerektiğini, oysa edimin ifasında bir eksikliğin dolayısıyla bir taahhüt ihlali olmaksızın sözleşme konusu edimle doğrudan ilişkisi olmayan bir hukuka aykırılık değerlendirmesinin taahhüt ihlali olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Nitekim Danıştay da konuyla ilgili bir kararında “*ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek*” fiilini sözleşme konusu edimin yerine getirilmesindeki eksiklikler ve süre ihlalleri olarak hükme bağlamıştır²¹⁷.

Ayrıca söz konusu maddenin(c) bendinde yer alan “*Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.*” fiilinin “*sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak*” kısmı 2886 sayılı Kanunun 83’üncü maddesinin (c) bendi hükmü ile aynı olmasına rağmen 25’inci maddede “*fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak*” fiili de yasak kapsamına alınmıştır.

4735 sayılı Kanunun 25’inci maddesinde belirtilen yasak fiillerden yukarıda sayılan fiillerin dışında (e) bendinde “*Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.*” fiili de yasak fiil ve davranış kapsamında düzenlenmiştir.

Ayrıca (g) bendinde yer alan “*Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması*” da diğer yasak fiillerden biridir. Sözleşmenin devri bu

²¹⁶Kaplan, 2013: 709-710.

²¹⁷Sırabaşı, 2011a: 112.

sözleşme ile yükümlülük altına giren yüklenicinin sözleşmenin tarafı olmaktan çıkması anlamına gelmektedir. 4735 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinde sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin söz konusu maddede belirtilen düzenlemelere aykırı bir şekilde devredilmesi veya devralınmasının tespit edildiği tarih itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılmaktadır. İzinsiz devretme veya devralma ile üç yıllık süre içinde başka bir sözleşmenin devredilmesi veya devralınması halinde bu gerçek veya tüzel kişiler hakkında 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi gereğince ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmektedir²¹⁸.

2.2.3.3.Yasaklama Kararının Türleri

4735 sayılı Kanun kapsamında yasaklama kararları 26'ncı ve 27'nci maddeleri çerçevesinde verilmektedir. Kamu ihalelerinde yasaklama yaptırımı, gerek yasaklamaya ilişkin sebeplerin gerekse de kararı veren makamların farklı olması nedeniyle idari yasaklama ve yargısal yasaklama olmak üzere iki türden oluşmaktadır.

2.2.3.3.1. İdari Yasaklama Kararları

4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde düzenlenmiş olan ve idare tarafından verilen yasaklama kararı, herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın, kanunun idareye verdiği açık bir yetkiye dayanarak, idari işlemlerle uyguladığı idari yaptırım niteliği taşıyan cezalardır²¹⁹. Bu yasaklama kararı, objektif ve genel mahiyeti ağırlıklı olan bir yaptırımdır. Bu itibarla, ihaleden yasaklanan kişiler, tüm idarelerin her türlü ihalesine katılmaktan yasaklanmaktadır.

2.2.3.3.1.1. İdari Yasaklama Kararının Unsurları

Bu bölümde, idari işlem niteliği taşıyan idari yasaklama kararı idari işlemin unsurları çerçevesinde incelenecektir.

2.2.3.3.1.1.1. Yetki Unsuru

İdari yasaklama kararında yetki, 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesine göre ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulayacak olan ve bu hüküm uyarınca belirtilen idari makamlarıdır. 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinin son fıkrasında yer alan *“İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları*

²¹⁸Sırabaşı, 2011a: 132-133.

²¹⁹Karabulut, 2006: 64

takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.” hükmü uyarınca ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışı tespit etmesi durumunda bu tespiti “ilgili, bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlığa” bildirmekle yükümlü kılınmıştır²²⁰.

Bu itibarla, 26’ncı maddenin 1’inci fıkrasında yer alan *“Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.”* hükmü uyarınca yasaklama kararını verecek yetkili makam, “idarenin ilgili, bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlık” şeklinde düzenlenmiştir²²¹.

Söz konusu makamlar haricinde başka bir idari makamın ihaleden yasaklama kararı alması hüküm ifade etmemekte ve “yokluk” yaptırımıyla malul olmaktadır²²².

Danıştay²²³, üniversiteler bakımından Yüksek Öğretim Kurulu’nun ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğunu, 4735 sayılı Kanun’un 25’inci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen yükleniciler hakkında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verilebileceğini, bu nedenle üniversiteler tarafından doğrudan yasaklama kararı verilemeyeceğine karar vermiştir.

2.2.3.3.1.1.2. Amaç Unsuru

Amaç unsuru, bütün idari işlemlerinde kamu yararının sağlanmasıdır. Kamu ihalelerinden yasaklanmayı netice veren idari işlemin, kamu yararını sağlamak yerine örneğin ihale isteklisi ile idare arasındaki siyasi anlaşmazlık sebebiyle yapılması halinde, idari işlemin amaç unsurunda sakatlık meydana gelecektir.

Ayrıca ihale görevlilerinin, sadece kişisel amaçlarla, ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına sebep olması da amaç unsurunda sakatlık durumuna örnek teşkil etmektedir. Bu kapsamda bir ihale görevlisi ile arasında düşmanlık bulunan bir ihale isteklisi, görevlinin, bu kişi hakkında herhangi bir yasak fiil ve davranışı ileri sürmesiyle idare tarafından ihaleden

²²⁰Canbazoglu, 2017: 299; Sırabaşı, 2011a: 84.

²²¹Kaya, 2006: 179; Canbazoglu, 2017: 300; İlişkili bakanlık kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. Dipnot: 171.

²²²Canbazoglu, 2017: 299.

²²³“Yükseköğretim Kurulu’nun ilgili olduğu bakanlığın Milli Eğitim Bakanlığı olması nedeniyle, 4735 sayılı Yasa’nın 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen yükleniciler hakkında, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verileceğinden, üniversitelerce doğrudan yasaklama kararı verilmesine olanak bulunmadığı hakkında” Danıştay 13. Dairesi, 30.4.2007, E. 2006/4951 K. 2007/2607. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

yasaklanması durumunda şahsi amaç gözetilerek bir idari işlem tesis edilmiş olacaktır ki bu durum yetki saptırması olarak nitelendirilmekte ve hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmesi gerekmektedir²²⁴.

2.2.3.3.1.1.3. Şekil Unsuru

4735 sayılı Kanun kapsamında ihaleden yasaklama usulü, ihaleyi yapan idarenin bakanlığa yasaklamayı gerektirecek sebebi bildirmesi, bakanlığın yasaklama kararı vermesi, bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanması ve Kamu İhale Kurumu’nun kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olan kişileri sicile kaydetmesi şeklindedir.

İdare, yasaklamayı gerektirecek bir sebebin söz konusu olması halinde bu durumu tespit etmekte ve bu tespitini ilgili, bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlığa bildirmektedir. İdare, ihalede yasaklanmayı gerektiren bir durumun farkına vardığı zaman, ilgili, bağlı veya ilişkili bulunduğu bakanlığa bu durumu bildirmekle yükümlü olup idarenin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır²²⁵.

Bakanlık, 4735 sayılı Kanun’un 26’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasında yer alan *“Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.”* hükmü kapsamında yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen kırk beş gün içinde yasaklama kararını vermektedir. Söz konusu süre disiplinler bir süre olmayıp idarenin yasaklama kararı verme yetkisinin zaman yönünden sınırını teşkil etmektedir. Bu süre içerisinde yasaklama kararı verilmemesi durumunda, yasaklama işlemi, süre yönünden hukuka aykırı tesis edilmiş olmakta ve bu işlemin iptali gerekmektedir²²⁶.

Söz konusu karar, Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilmekte ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmektedir. Yasaklama kararı, bakanlığın işlem tesis etmesi ile doğmuş olmasına rağmen hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi yasaklama kararının on beş gün içinde Resmi Gazete’de yayımlanması şekline tabi kılınmıştır. Bu itibarla, bakanlığın idari işlemi yazılı bir şekilde tesisi şekil şartı, Resmi Gazete’de bu kararın yayımlanması ise yürürlük şartıdır.

²²⁴İsbir, 2009: 132.

²²⁵Taşdelen, 2006: 310.

²²⁶Canbazoglu, 2017: 301; Hafizoğulları, 2008: 379.

Yasaklama kararları, Kamu İhale Kurumu tarafından izlenmek suretiyle, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillere kaydedilmektedir²²⁷.

2.2.3.3.1.1.4. Konu Unsuru

Kamu ihalelerinden yasaklanma ile ilgili idari işlemin konusu, kanunda belirtilen süreye uygun olarak, idare tarafından 4734 sayılı Kanun'un 2'nci ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılımın yasaklanmasıdır. 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan *"25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir."* hükmü ile idari işlemin konu unsuru düzenlenmiştir.

Söz konusu hüküm uyarınca, idare tarafından yasaklama kararının verildiği durumlarda 25'inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunulması halinde, fiil veya davranışın özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama kararı verilmektedir. Söz konusu yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı genel nitelik taşımaktadır. Başka bir anlatımla yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihalelerin yanında bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleler yasaklama kapsamında yer almaktadır²²⁸.

İhaleye katılmaktan yasaklamaya ilişkin idari işlemin konu unsurundaki sakatlık idari işlemi hukuka aykırı hale getirmektedir.

4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan *"Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir."* hükmü kapsamında hakkında yasaklama kararı verilecek olan kişinin, tüzel kişi olması durumu düzenlenmiş, şahıs şirketi ve sermaye şirketi ayırımına göre yaptırım uygulanmasına yer

²²⁷İsbir, 2009: 129.

²²⁸Kaya, 2006: 179; Canbazoglu, 2017: 306.

verilmiştir. Bu itibarla, ihaleden yasaklanan şirketin türü uygulanan yaptırımın sonucunu etkilemektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde, şirket ortaklarının tümü hakkında yasaklama kararı verilmektedir. Yasaklama kararı verilen tüzel kişinin sermaye şirketi olması halinde ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilmektedir. Ayrıca ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişinin, bir başka şahıs şirketine de ortak olması durumunda; bu şahıs şirketine de ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanmaktadır. Bununla birlikte ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişinin, ayrıca bir başka sermaye şirketine de ortak olması durumunda ise; yasaklanan gerçek veya tüzel kişinin ayrıca ortak olduğu sermaye şirketindeki sermaye payı dikkate alınarak bu kişinin sermaye payı, şirketin toplam sermayesinin yarısından fazla olması halinde bu sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verilmektedir²²⁹.

2.2.3.3.1.1.5. Sebep Unsuru

İdari işlemin unsurlarından bir diğeri de sebep unsurudur. Sebep unsuru, idareyi bir idari işlem tesis etmeye yönelten, idari işlemten önce hukuk âleminde var olmuş ve hukuk kurallarınca düzenlenmiş nedenlerdir. 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi çerçevesinde idari yasaklama işleminin sebep unsuru belirtilmiştir. Bu kapsamda, idarenin söz konusu yasak fiil ve davranışları tespit etmesi durumunda, ilgili ihaleden yasaklanabilmektedir. Söz konusu sebepler gerçekleşmediği halde idarenin ihaleden yasaklama kararı alması idari işlemi sebep unsuru bakımından sakatlamış olacaktır²³⁰.

2.2.3.3.2. Yargısal Yasaklama Kararları

Yasaklama kararının verilmesini gerektiren sebeplerin tümü bakımından idari yasaklama kararı tesis edilebilmektedir. Bununla birlikte bu sebeplerin bir kısmı idari yasaklama kararına dayanak teşkil etmesinin yanında bu sebeplerin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda cezai soruşturma sonucunda mahkumiyet gerçekleşmesi durumunda yargısal yasaklama söz konusu olabilmektedir. İşte, 4735 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi uyarınca, konusu suç oluşturan fiil veya davranışlarda bulunulmasından ötürü, yargılama

²²⁹Canbazoglu, 2017: 309-310.

²³⁰İsbir, 2009: 131.

yapan mahkeme tarafından suçlu bulunan ve hüküm verilen kişiler hakkında ihaleden yargısal yasaklama kararı verilmektedir²³¹.

2.2.3.3.2.1. Suç Duyurusunda Bulunulması ve Ceza Soruşturması Başlatılması

Yasaklanmayı gerektiren ve aynı zamanda suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında 5237 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ceza soruşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmaktadır. Savcılık, yapacağı soruşturma neticesinde, işlenen fiilin suç teşkil ettiğine karar vermesi durumunda konuyla ilgili iddianame hazırlayıp dosyayı mahkemeye intikal ettirmektedir²³².

2.2.3.3.2.2. Geçici Yargısal Yasaklama Kararı

Mahkeme yapacağı yargılama sonucunda yüklenici hakkında 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde düzenlenen yasak fiil veya davranışlardan suç teşkil eden fiilleri tespit etmesi halinde, 5237 sayılı Kanun'a göre cezaya hükmetmektedir²³³.

Mahkeme, söz konusu cezanın yanında, 4735 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde yer alan “*Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 26 ncı maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmakta mahkeme kararıyla 26 ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.*” hükmü uyarınca yükleniciler hakkında en az bir yıl, en çok üç yıla kadar ihaleye katılmaktan geçici yasaklama kararı da vermesi gerekmektedir. Ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı bütün idarelerin sadece bu kanun kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsadığından söz konusu karar yarı genel nitelik taşımaktadır²³⁴.

Öte taraftan, sözleşmenin ifası sürecinde işlenmiş herhangi bir suçtan değil, 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde kamu ihale sözleşmelerinin ifasında yasak fiil ve davranış olduğu belirlenmiş fiillerin 5237 sayılı Kanun'daki karşılığı olan fiiller nedeniyle açılmış ceza davalarından mahkûm olunması, mahkeme tarafından yasaklama kararı verilmesine esas olmaktadır. Bu itibarla, ceza mahkemesince süreli veya geçici yasaklama

²³¹Sırabaşı, 2011a: 87.

²³²Kaya, 2006: 181.

²³³Sırabaşı, 2011a: 87.

²³⁴Kaya, 2006: 181.

kararına esas teşkil edecek yargılamalarda, ilgililer hakkındaki ceza davasına esas suçlamanın hangi fiillerle ilgili olduğunun tespiti önem kazanmaktadır.

4735 sayılı Kanunun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlar, 5237 sayılı Kanun'un 106'ncı maddesinde düzenlenen "tehdit" 225'inci maddesinde belirtilen "nüfuz ticareti", 107'nci maddesinde belirtilen "şantaj" 252'nci maddesinde belirtilen "rüşvet" ve 236'ncı maddede yer alan "edimin ifasına fesat karıştırma" suçlarına neden olabilecektir. 4735 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlar, 5237 sayılı Kanun'un 204'üncü maddesinde düzenlenen "resmi evrakta sahtecilik", 205'inci maddesinde düzenlenen "resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek", 206'nci maddesinde düzenlenen "resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan", 207'nci maddesinde düzenlenen "özel belgede sahtecilik", 208'inci maddesinde düzenlenen "özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek" ve yine 236'nci maddede yer alan "edimin ifasına fesat karıştırma" suçlarına neden olabileceği gibi, 35'inci maddesinde düzenlenen "suça teşebbüs" çerçevesinde bu suçlara teşebbüs edilmesi dahi, ilgilinin 4735 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında mütalaa edilmesine ve ceza mahkemesince hakkında yasaklılık kararı verilmesine neden olacaktır²³⁵.

Ayrıca, söz konusu hüküm uyarınca ihaleye katılmaktan yasaklamaya ilişkin olarak daha önceden, idari yasaklama yaptırımına karar verilmiş olması durumunda, bu yasak süresi dolmadan, mahkemenin verdiği yasaklamanın süresi başlamamaktadır. Ayrıca söz konusu yargısal yasaklama kararı, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da geçerlidir.

Mahkeme tarafından verilen ve yargısal yasaklama niteliği taşıyan ihaleye katılmaktan yasaklama cezası, idari yasaklama yaptırımına kıyasla daha ağır sonuçlara sahiptir. Zira yasak süresi bakımında da yasağın verilebileceği üst sınır idari yasaklama kararında en çok iki yıl iken, mahkeme tarafından yasaklamada üç yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mahkeme tarafından verilen geçici yasaklama kararı Resmî Gazete'de yayımlanmamaktadır.

2.2.3.3.2.3. Sürekli Yargısal Yasaklama Kararı

4735 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan *"Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile*

²³⁵Canbazoglu, 2017: 351.

bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.” hükmü uyarınca yasak fiil veya davranışları sebebiyle haklarında mükerrer ceza verilen yükleniciler ile “bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri”, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaktadır.

4735 sayılı Kanun’un 27’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında yer alan *“Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”* hükmü çerçevesinde sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumu tarafından, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazete’de yayımlanmaktadır. İdari yasaklama kararının yayımı, kararı veren bakanlık tarafından Resmî Gazete’ye bildirim ve yayımlatma şeklinde olmasına rağmen, mahkeme tarafından verilen yargısal nitelikteki sürekli yasaklama kararı, Resmî Gazete’de yayımlatılmak üzere, mahkemece Kamu İhale Kurumu’na bildirmekte, söz konusu Kurum, bu kararı Resmî Gazete’de yayımlamaktadır²³⁶.

2.2.3.3.2.4. Sicil Bildirimi

4735 sayılı Kanun’un 27’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan *“Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.”* hükmü uyarınca mahkeme tarafından haklarında yasaklama kararı verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumu’na bildirilmektedir.

2.2.3.4.Yasaklama Kararı ile Bağlantılı İdari Tedbir Kararı

4735 sayılı Kanun’un 26’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında *“Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.”* hükmü yer almaktadır.

İdarenin, yasaklamayı gerektirecek bir fiili tespit etmesi durumunda, daha sonra aynı idare tarafından yapılacak ihalelerin, ihale düzenine uygun olarak yürütülebilmesi amacıyla, yasak fiilde bulunduğu tespit edilen kişinin daha sonraki ihalelere katılmasını önlemeye yönelik tedbir mahiyetinde bir işlem tesis etmektedir.

²³⁶Canbazoglu, 2017: 350.

İdare, bu hüküm kapsamında yasak fiil ve davranışın tespit edilmesi üzerine Bakanlığın yasaklama kararı alması durumunda bu kararın alınma tarihi ile Resmi Gazete’de yayımlanmasına kadar geçen süre için ilgilinin aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere iştirak ettirilmesini önlemektir. Bu itibarla, söz konusu kişinin, başka idarelerin ihalelerine katılmasında bir engel bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu işlem idari tedbir niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu tedbiri almaya yetkili olan makam idaredir. Öte taraftan, söz konusu hüküm kapsamında idare tarafından ihaleye iştirak ettirilmeme tedbirinin uygulanmasında idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle şartları meydana geldiğinde idare bu tedbiri almakla yükümlü kılınmıştır²³⁷.

2.2.4. Yasaklama Kararına İlişkin Kanuni Düzenlemelerin Mukayeseli Değerlendirmesi

2886 sayılı Kanun’a göre kamu ihalelerinden idari yasaklama kararını vermeye yetkili makam ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlıktır. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca verilecek idari yasaklama kararı bakımından yetkili makamlar ise ihaleyi yapan veya sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı olarak belirtilmiştir.

4734 ve 4735 sayılı Kanun’lar çerçevesinde verilen yasaklama kararı 2886 sayılı Kanun’dan farklı olarak bütün kamu ihalelerine katılmaya engel teşkil etmektedir. Başka bir anlatımla, sadece ilgili kamu kuruluşundan veya bakanlıktan değil bütün kamunun ihalelerine katılmaktan yasaklama sonucunu doğurmaktadır²³⁸.

4734 ve 4735 sayılı Kanun’lar kapsamında yasaklama işlemini tesis eden idarelerin, yasaklama kararı verebilme yetkileri süre ile kısıtlıdır. 2886 sayılı Kanun ise, bu kanun kapsamında yasaklama kararı verme bakımından yetkili idarelere süre sınırı getirmemektedir. Kanaatimizce 2886 sayılı Kanun’da, 4734 ve 4735 sayılı Kanun’lara benzer şekilde yasaklama kararı verme bakımından yetkili idarelere süre sınırı getirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun uyarınca verilen idari yasaklama kararı, 4734 sayılı Kanun’un 2’nci ve 3’üncü maddelerinde istisna edilenler de dâhil olmak üzere bütün kamu kurum ve

²³⁷Kaya, 2006: 179.

²³⁸Sırabaşı, 2011a: 265.

kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama neticesini doğurmaktadır. 4734 sayılı Kanun uyarınca verilen yargısal yasaklama kararı ise bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamama sonucu doğurmaktadır. Bu durum 4734 sayılı Kanun kapsamında idari yasaklama kararının yargısal yasaklama kararına göre kapsamının daha geniş olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. *Canbazoglu*, kanaatimizce de haklı olarak bu durumu çelişki olarak değerlendirmekte, mahkeme kararıyla hüküm giymiş bir kişinin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanırken, idari işlemle yasaklanan istekli ve diğer kişilerin, 4734 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden de yasaklandığını, hâlbuki ceza yargılaması neticesinde verilen mahkûmiyet hükmüyle beraber uygulanacak bu güvenlik tedbirinin kapsamının, idari işlem ile getirilen yasaklamanın kapsamından daha geniş olması gerektiğini kabul etmektedir²³⁹.

4734 sayılı Kanun kapsamında, savcılığın ilgili kişiler hakkında ceza soruşturması başlatması ve kamu davası açması ile birlikte söz konusu kişiler hakkında yargılama süresince başka ihalelere katılmasını engellemeye yönelik, 2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinin 2'nci fıkrasında resmî belgede sahtecilik suçu ile hakkında son soruşturma açılmasına karar verilen kişilerin, yargılama sonuna kadar hiçbir surette yeni iş alamaması yönünde bir idari tedbir öngörülmüşken, 4735 sayılı Kanun kapsamında böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde sayılan fiil ve davranışlar nedeniyle haklarında kamu davası açılan istekliler ve 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan kişiler yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamamaktadır. Bu durum, söz konusu ihalelere katılamama nedeninin de 4734 sayılı Kanun kapsamında verilecek ihalelere katılmaktan yasaklama kararı gibi sirayet eder nitelikte olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin 2886 sayılı Kanun'daki muadili olan 85'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenlemede ilgili kişilere yargılama sonuna kadar hiçbir suretle yeni iş verilmeyeceği belirtilerek sirayet etkisi öngörülmemiştir²⁴⁰.

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde açıkça “geçici yasaklama” kavramına yer verilmiş olmasına rağmen 4734 sayılı Kanun kapsamında “geçici yasaklama” veya “sürekli yasaklama” kavramlarına yer verilmemiştir. Bununla birlikte şunu belirtmek gerekir ki, 4734 sayılı Kanun kapsamında söz konusu kavramlara yer verilmemiş olsa da, 58'inci ve 59'uncu

²³⁹Canbazoglu, 2017: 311.

²⁴⁰Canbazoglu, 2017: 323-325.

madde hükümlerinde kamu ihalelerinden geçici veya sürekli yasaklama durumları düzenleme altına alınmıştır.

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 2'nci fıkrası tüzel kişilerin de ihalelerden yasaklanabileceğini düzenlemiş; ancak "sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişiler" ifadesine yer vermiştir. Söz konusu ifade, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen şahıs şirketi-sermaye şirketi ayrımı veya ortakların sermaye paylarına göre belirlenen sorumluluk düzenlemesi gibi açıklayıcı olmaktan uzak kalmaktadır.

2886 sayılı Kanun uyarınca ceza mahkemesi tarafından verilen yasaklama kararının sonuçları genel mahiyettedir. Başka bir anlatımla yasaklama kararı, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar çerçevesinde yaptıkları ihaleleri içermektedir. Buna mukabil, 4734 ve 4735 sayılı Kanun'lar uyarınca ceza mahkemesi tarafından verilen yasaklama kararının sonuçları ise yarı genel mahiyette olup, yasaklama kararı, bütün idarelerin sadece bu kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamına almaktadır. Kanaatimizce, söz konusu düzenlemeler arasındaki farklılığın 2886 sayılı Kanun dikkate alınarak giderilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde ihaleye katılamayacağı sayılan kişilerin ihaleye katılması durumunda bu kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilmektedir. Bununla birlikte 2886 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde ihaleye katılamayacağı sayılan kişilerin ihaleye katılması halinde herhangi bir yaptırım düzenlenmemiş olduğundan, bu kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilmesi için kanun değişikliği yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, ihaleyi yapan idare, kanunda düzenlenen belirli fiilleri işleyen kişileri o ihaleye iştirak ettirmemeye yönelik idari tedbir niteliğinde karar almaktadır. Aynı hüküm kapsamında ihalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamamaktadır. Öte yandan 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca ihaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirecek bir fiili tespit etmesi durumunda, yasak fiilde bulunduğu tespit edilen ihale isteklisinin o ihaleye veya daha sonraki ihalelere katılmasını önlemeye yönelik tedbir mahiyetinde bir işlem tesis etmektedir.

2.3. Yasaklama Kararının Bazı Ceza İlkeleri ve Kabahatler Kanunu Bakımından İncelenmesi

Kanunilik ilkesi, ne bis in idem ilkesi ve şahsılık ilkesi ceza hukukuna hâkim olan ilkeler arasında yer almaktadır. Tipiklik olarak da nitelendirilen kanunilik ilkesi, ortaya çıkan somut olayların, olay gerçekleşmeden önce konulmuş olan soyut hukuk kurallarına uygunluğu

anlamına gelmektedir. İdareye düzenleme yapma yetkisinin verildiği alanın sınırları yine kanunla belirlenmesi nedeniyle söz konusu ilkenin idari yaptırımlar bakımından uygulanmasında tereddüt bulunmamaktadır²⁴¹.

Bu bölümde idari yaptırım niteliği taşıyan ihaleden yasaklama kararına ceza hukukuna hâkim olan temel ilkelerden ne bis in idem ilkesi ve şahsilik ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, ayrıca idari yaptırımlar bakımından 5326 sayılı Kanun uygulamasının nasıl olacağı incelenecektir.

2.3.1. Yasaklama Kararının Uygulanmasında Ne Bis In Idem İlkesi

Ne bis in idem ilkesi aynı fiilden ötürü iki kez yargılama yapılamayacağı ve iki kez ceza verilemeyeceği anlamına gelmektedir. Ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan bu ilkenin yasaklama kararının uygulanmasındaki rolü oldukça önemlidir²⁴².

Bir fiilin hem bir suç teşkil edip ceza verilmesini hem de idari yaptırım uygulanmasını gerektirmesi halinde bu ilkenin uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Zira bir fiilin kanunlara göre suç oluşturması halinde yargılama sonucunda bu tespiti yapan mahkeme bu fiile uygun cezayı vermektedir. Öte yandan, aynı fiilin idari bir yaptırıma bağlanmış olması halinde, idarenin suç teşkil eden fiille ilgili olarak aynı zamanda idari yaptırım uygulamasının önünde engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte mahkemenin ceza takdirinde bulunmaması durumunda bile idare yaptırım uygulayabilmektedir²⁴³.

Bu itibarla, örneğin, mahkeme, 5237 sayılı Kanun'un 235'inci maddesi kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçu nedeniyle yaptığı yargılama sonucunda ihale isteklisi hakkında beraat kararı vermiş olması halinde bile, ilgili, ilişkili veya bağlı bakanlık 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'inci fıkrası (a) bendinde düzenlenen ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak fiili nedeniyle bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararını verebilmektedir²⁴⁴. Bu örnek de göstermektedir ki, mahkeme tarafından verilen adli cezaların ve idari yaptırımların bir arada uygulanabileceği hallerde ne bis in idem ilkesinin uygulama alanı bulunmamaktadır.

Üzerinde durulması gereken başka bir durum da bir fiilden dolayı iki idari yaptırım uygulanmasının gerekmesi halidir. İki idari yaptırım arasında ne bis in idem ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı konusuna ilişkin olarak belirtilmesi gereken, sadece bir idari

²⁴¹İsbir, 2009: 185-186.

²⁴²İsbir, 2009: 186.

²⁴³Çağlayan, 2006: 45.

²⁴⁴Yalçın, 2007: 86.

yaptırımın uygulanması gerektiği yönündedir. Zira yaptırıma tabi fiilden dolayı, iki idari yaptırımın uygulanması “aynı fiilden dolayı iki kez ceza verilemez” ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu itibarla iki ayrı idari yaptırım uygulanması yerine, en ağır yaptırımın uygulanması gerekmektedir²⁴⁵.

2.3.2. Yasaklama Kararının Uygulanmasında Cezaların Şahsiliği İlkesi

Cezaların şahsiliği ilkesi, bir kişiye verilecek cezanın, o kişi haricinde kalan başka kişilere etki etmemesidir²⁴⁶. Söz konusu ilke, idari yaptırımlar bakımından uygulanması gerekli bir ilkedir. İdari yaptırım ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale söz konusu olduğundan, cezaların şahsiliği ilkesi idari yaptırımlar açısından uyulması gereken bir prensip olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim Danıştay’ın idari yaptırımlar bakımından bu ilkenin uygulanması gerektiğini belirten kararları bulunmaktadır. Danıştay bazı kararlarında²⁴⁷, imar para cezasının verilmesine dair bir olayda cezaların şahsiliği ilkesinin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay diğer bir kararında²⁴⁸, yapı sahibine verilen para cezasının mirasçılardan alınamayacağını, bu tahsilatın yapılmasının cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin 2’inci fıkrası hükmü gereğince şahıs şirketlerinde bir ortakla ilgili olarak ihaleden yasaklama kararı verilmesi durumunda, bu karar yasaklama nedeniyle ilgisi olmayan diğer ortaklara da sirayet etmekte, diğer ortaklar için de

²⁴⁵İsbir, 2009: 189.

²⁴⁶Çağlayan, 2006: 36.

²⁴⁷“Uyuşmazlık konusu olayda, taşınmaz maliki olan davacının kira kontratında tadilatların niteliğini de belirterek açık olarak kiracıya muvafakat vermediği ve tadilatların kira kontratından sonraki bir dönemde idarece tespit edildiği anlaşılmaktadır. Kiracı tarafından yapılan tadilatlar nedeniyle taşınmaz maliki olan davacı adına imar para cezası verilmesine ilişkin işlemde cezaların şahsiliği ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 6. Dairesi, 15.11.2005, E. 2004/2, K. 2005/5491; Danıştay 6. Dairesi, 22.12.2003, E. 2002/3435, K. 2003/7049. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

²⁴⁸“Ruhsatsız inşaatın sahibi adına belediye encümeni kararıyla para cezası verilmiş ise de, bu kişinin öldüğünün tespiti üzerine anılan encümen kararının mirasçıları olan davacılar adına düzeltilmesi suretiyle uyuşmazlığa konu belediye encümeni kararının alındığı anlaşıldığından, yapının mirasçılar tarafından yapıldığı konusunda bir tespitin bulunmaması karşısında cezaların şahsiliği prensibi uyarınca yapı sahibine verilen para cezasının mirasçılardan tahsil edilmesi mümkün değildir.” Danıştay 6. Dairesi, 19.04.2005, E. 2003/5615, K. 2005/2335. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

geçerli olmaktadır. Zor²⁴⁹, kanaatimizce de haklı olarak, şahıs şirketleri bakımından ihaleden yasaklama kararının uygulanmasında cezaların şahsiliği ilkesinin göz ardı edildiğini belirtmektedir. Zira ihalede bir şahıs şirketi ortağının yasak fiil veya davranışı nedeniyle diğer ortakların da sorumlu tutulmak suretiyle ihaleye katılmalarının yasaklanması konuyla ilgisiz diğer ortakları da bu yaptırıma maruz bırakmaktadır. Hâlbuki cezaların şahsiliği ilkesi bu durumun tam tersini gerektirmektedir. Bu itibarla 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 2'inci fıkrası hükmünün cezaların şahsiliği ilkesine uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

2.3.3. Kabahatler Kanununun Uygulanması

Hukuk düzenini bozan fiiller suç veya kabahat olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Suç kavramı kamu menfaatini ağır bir şekilde ve önemli ölçüde zarara uğratan fiillerin, kanunlar vasıtasıyla düzenlenip belli yaptırımlara tabi tutulmasıdır²⁵⁰. Kabahat kavramı ise idari düzeni ihlal eden, suç kavramının aksine toplumun tümünü değil yalnızca ihlal edilen idari düzen içerisinde bulunan kişilerin menfaatini zarara uğratan fiillere verilen isimdir²⁵¹.

5326 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde kabahat kavramı “*kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” şeklinde tanımlanmıştır. İçel²⁵² kabahat kavramında yer alan “haksızlık” kelimesini, düzen bozucu fiil olarak kabul etmektedir.

İşlenen fiilin suç teşkil etmesi durumunda kişiye suçtan dolayı mahkemeler tarafından adli ceza verilirken; fiilin kabahat niteliği taşıması durumunda ise idari yaptırım uygulanmaktadır.

4734, 4735 ve 2886 sayılı Kanun'larda sayılan yasak fiil ve davranışların tespit edilmesi sonucunda kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma sonucunu gerektiren idari yaptırımların uygulanmasının yanı sıra konusu suç tekil eden fiiller bakımından mahkemelerce adli cezaların verilmesi de söz konusudur. Bu kanuni düzenlemeler kapsamında uygulanan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaya ilişkin fiil ve davranışların kabahat niteliği taşıyıp taşımadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur.

İsbir²⁵³, 5326 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinde kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımların idari para cezaları ve idari tedbirler olarak belirlenmiş olmasını, ikinci bentte ise idari tedbirlerin mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer

²⁴⁹ Zor, 2014: 77-86.

²⁵⁰ Demirbaş, 2002: 174.

²⁵¹ Çağlayan, 2006: 123.

²⁵² İçel, 1984: 124.

²⁵³ İsbir, 2009: 198-199.

tedbirler olarak tanımlanmış olmasını dikkate alarak ihaleye katılmaktan yasaklamayı diğer tedbirler kapsamında görmekte, 5326 sayılı Kanun'da yer alan idari yaptırımlara ilişkin genel hükümlerin, ihalelerdeki yasak fiillere ilişkin yaptırımlara da uygulanabileceğini iddia etmektedir.

*Canbazoglu ve Toprak*²⁵⁴ ise kanaatimizce haklı olarak, 5326 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu idari usul kurallarının, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklılık yaptırımı bakımından uygulanamayacağını, zira ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin bastırıcı niteliği sebebiyle idari tedbir değil idari ceza mahiyetinde idari yaptırım olduğunu, söz konusu işlemin idari tedbir olarak kabulünde bile mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya para cezası özelliği bulunmaması nedeniyle bu işlem hakkında 5326 sayılı Kanun'un söz konusu olamayacağını belirtmektedir.

İsbir ayrıca²⁵⁵, 5326 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun'un yasaklama ile ilgili hükümleri arasında bir çatışma olduğunu iddia etmektedir. Yazar, 5326 sayılı Kanun'un 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, bir fiilin hem suça hem de bir kabahate vücut verdiği durumlarda sadece suçun cezasının uygulanması gerektiğini, buna karşılık, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesine göre, ihalelerde işlenen yasak fiil veya davranışların 5237 sayılı Kanun'a göre suç oluşturduğu durumlarda, 59'uncu maddeye göre ihale isteklisi gerçek kişiye mahkeme tarafından verilen cezanın yanında, ihaleye katılmaktan yasaklama uygulanacağını, bu durumda, 5326 sayılı Kanun'un 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki kural ile 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesindeki hükmün çatıştığını savunmaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin bastırıcı niteliği sebebiyle bu işlemin idari tedbir değil idari ceza mahiyetinde idari yaptırım olması ve söz konusu işlemin idari tedbir olarak kabulünde bile mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya para cezası özelliği bulunmaması nedeniyle bu işlem hakkında 5326 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun kapsamında yasaklama kararını gerektiren fiil ve davranışların kabahat niteliği taşımaması nedeniyle 5326 sayılı Kanun'un 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, bir fiilin hem suça hem de bir kabahate vücut verdiği durumlarda sadece suçun cezasının uygulanması gerektiği düzenlemesi 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

²⁵⁴Canbazoglu, 2017: 59; Toprak, 2009: 85-86.

²⁵⁵İsbir, 2009: 208.

2.4.Yasaklama Kararının Yargısal Denetimi

2886, 4734 ve 4735 sayılı Kanun'lar kapsamındaki idari yasaklama işlemi, yetkili idari makamlar tarafından tesis edilmekle tekemmül etmekte, ancak Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte sonuç doğurmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde bu işlemlerin muhataplarına yazılı olarak bildirimi kapsamında bir zorunluluk bulunmamaktadır. Anayasa'nın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, idari işlemlere karşı dava açma süresinin tespitinde yazılı bildirimin esas olduğu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (2577 sayılı Kanun) 7'nci maddesi uyarınca, idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı hükmü dikkate alındığında, Anayasa ve 2577 sayılı Kanun'un bahse konu hükümleri ile 4734 sayılı Kanun arasında çelişki olduğu gündeme gelmektedir.

Danıştay'ın bazı kararlarında²⁵⁶, yasaklama işleminin Resmi Gazete'de ilan edilmek suretiyle ilgisine tebliğ edildiği, yani kararın ilanı tarihinden itibaren altmış günlük süre içerisinde iptal davasının açılması gerektiğini belirtilmiş, bu kararlara ilişkin muhalefet şerhlerinde Resmi Gazete'de yayım tarihi yerine yazılı bildirim yapılmadığı için ilgililerce yasaklama kararının öğrenildiği tarihten itibaren altmış gün içerisinde davanın açılması gerektiği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, 4734 sayılı Kanun'da yasaklama işlemine dair bildirim yöntemi yerine, Resmî Gazete'de ilan şartı getirilmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki, kanunda yasaklama işleminin Resmî Gazete'de ilan edildiği tarihte ilgiliye bildirilmiş ve tebliğ edilmiş sayılacağına yönelik bir açıklık da bulunmamaktadır. Kanaatimizce, söz konusu Danıştay kararlarında belirtilen muhalefet şerhlerine atıfla, dava konusu işlemin ilgiliye yazılı olarak

²⁵⁶“Şişli Mesleki Eğitim Merkezi Müdürlüğü deprem güçlendirme ve onarım ihalesi ile ilgili iptali istenilen yasaklama kararının, Resmi Gazete'deki ilan tarihinin 16.07.2007 tarihi olduğu belirtilmiş ise de, davacı şirket ve ortağının da aralarında bulunduğu ihaleye katılan şirket ve ortaklarının, iki yıl süreyle tüm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamalarına ilişkin kararların 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı, 16.07.2007 tarihli Resmi Gazete'de, davacı şirket ve ortağının kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları yönünde davalı idare tarafından alınarak ilan edilmiş olan herhangi bir yasaklama kararı bulunmadığı ve 16.07.2007 tarihinin, yasaklama kararının ilan edildiği 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'nin internet çıktısının alındığı tarih olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, 14.07.2007 tarihinde ilan suretiyle tebliğ edilmesi nedeniyle, bu tarihte öğrenildiği kabul edilen dava konusu yasaklama işlemine karşı, bu tarihten itibaren 60 gün içerisinde, en son 12.09.2007 tarihine kadar dava açılması gerekirken, 13.09.2007 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın, 2577 sayılı Yasa'nın 7.maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmamaktadır.” Danıştay 13. Dairesi, 25. 09. 2009, E. 2008/14146, K. 2009/8646; Danıştay 13. Dairesi, 23.10.2009 E. 2009/2667, K. 2009/9386. www.kazanci.com (erişim tarihi: 12.08.2018).

bildirildiği veya bu durum idarece ispat edilemiyor ise, ilgilinin bu işlemi öğrendiği tarihten itibaren dava açma süresinin işlemeye başladığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Yasaklama işleminin, ilgili dışındaki başka kişileri de etkilemesi nedeniyle, bir yasaklama kararıyla birden fazla kişinin yasaklanması da mümkün olabilmektedir. 2886 sayılı Kanun’a tabi ihalelerden yasaklama ve ihale dışı bırakılma işlemleri bakımından tek dilekçe ile dava açılabilmesi mümkündür. Çünkü 2886 sayılı Kanun kapsamında tesis edilen ihale işlemleri açısından, 4734 sayılı Kanunun aksine, dava açmadan önce zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı bulunmamaktadır. 2886 sayılı Kanun açısından, ihale sürecinde yasaklama ve ihale dışı bırakılma sebebi aynı olacağından, aralarında maddi bağılılık bulunan bu işlemlerin birlikte dava edilmesi mümkün olabileceken, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemlerinin 2577 sayılı Kanun’da düzenlenmiş olan “ivedi yargılama usulü” kapsamına girmemesi nedeniyle, iki ayrı yargılama usulüne tabi olacak işlemler hakkında tek dilekçe ile dava açılması söz konusu olmamaktadır²⁵⁷.

2577 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinde ivedi yargılama usulünün uygulanacağı uyuşmazlıklar tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre ivedi yargılama usulünün uygulanacağı kararlar arasında ihale işlemleri de yer almakta ancak ihaleden yasaklama kararları bu kapsamın dışında bırakılmaktadır. Her ne kadar 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir işlem olsa da yasaklama konusunun ihale sürecine doğrudan bir etkisi bulunmadığı ayrıca yargılama sürecinde savunma ve hazırlık haklarının ihlaline sebebiyet verilmemesi için bu yargı usulünün tercih edilmediği değerlendirilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümde yer alan “*ihaleden yasaklanma kararları hariç ihale işlemleri*” ifadesinden ihaleden yasaklama işlemlerinin de ihale işlemleri kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. İhaleden yasaklama kararının, ihale süreci içerisinde ihaleyi yapan idarece değil, ihaleyi yapan idarece yapılacak bildirim üzerine ilgili, bağlı veya ilişkili bakanlık tarafından, ihale sürecindeki bir kısım fiiller için tesis edilen ama ihale sürecine dâhil olmayan bir idari işlem olduğu dikkate alındığında “*ihaleden yasaklanma kararları hariç ihale işlemleri*” ifadesinin doğru şekilde kullanılmadığı değerlendirilmektedir.

Ayrıca, Canbazoğlu’nun da isabetle belirttiği gibi²⁵⁸, kanun koyucunun ihaleden yasaklanma kararlarını ivedi yargılama usulünün kapsamı dışında bırakması da yerinde görülmemektedir. Zira yasaklama işlemlerinin ivedi şekilde yargısal denetiminde ilgili sektördeki oyuncu sayısı muhafaza edilerek piyasada fiyat oluşumunun daha isabetli şekilde sağlanması ve dolayısıyla ihale düzenin korunması açısından kamu yararı bulunduğu dikkate alındığında ihaleden yasaklanma kararlarının ivedi yargılama usulünün kapsamına alınması gerektiği değerlendirilmektedir.

²⁵⁷Canbazoğlu, 2017: 314.

²⁵⁸Canbazoğlu, 2017: 315.

SONUÇ

İhale sisteminden beklenen mali, ekonomik ve toplumsal sonuçların gerçekleşebilmesi farklı ihale düzenlemelerinde kabul edilmiş ilke ve prensiplerin sağlıklı bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bu ilkelerin hayata geçirilmesi ile ihale süreçlerinde kamu düzeni ve yararının sağlanması amaçlanmaktadır. Söz konusu ilkelerin uygulanmaması halinde meydana gelebilecek bir takım fiil ve davranışlar ilgili kanunlarda düzenleme altına alınmış, bu fiil ve davranışlara bazı yaptırımlar bağlanmıştır. İhale süreçlerinde bahse konu ilkelere riayet edilmemesi neticesinde ortaya çıkan yaptırımların en önemlisi kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmayı öngören gerek idari gerekse de yargısal nitelikte yaptırımlardır.

Bu çalışmada, kamu ihalelerinden yasaklanma konusuna ilişkin olarak ilgili mevzuat hükümleri ve doktrindeki tartışmalar da dikkate alınarak bazı kanaatlere ulaşılmıştır.

İdari yaptırım olarak kabul edilen ihaleden idarece yasaklanma kararı verilmeden önce, yasaklanacak kişinin savunmasının alınması büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte ihale mevzuatında ihaleden yasaklanacak kişinin savunmasının alınmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 4734 sayılı ve 4735 sayılı Kanunlarda yapılacak bir değişiklikle söz konusu boşluğun giderilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Doktrinde, 2886 sayılı Kanun kapsamında ihale usullerine tabi olmadan yaptırılması mümkün olan belli işler bakımından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararının verilip verilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. İhalelere katılmaktan yasaklamanın asıl nedeninin, yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin, idarenin kendisine duyduğu güveni sarsması olduğundan, duyulan bu güvenin ihale usullerinde veya ihale dışı usullerde sarsılmasının bir önemi bulunmadığı, ayrıca ihale usullerine tabi olmayan işler bakımından ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmayacağına ilişkin olarak kanunda bir hüküm yer almadığı, bu itibarla 2886 sayılı Kanun kapsamında ihale usullerine tabi olmadan yaptırılması mümkün olan belli işler bakımından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararının verilebileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca 2886 sayılı Kanun'un 1'inci fıkrasının (b) bendi hükmünde, her ne kadar bu fiiller açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihaleler açısından düzenlenmiş olsa da, bu fiillerin açık teklif ve pazarlık usulü dışında yapılan diğer ihaleler için de geçerli sayılması gerektiği mütalaa edilmektedir.

2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası kapsamında, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama fiilinin yasaklama sebebi olması için isteklinin kusurunun aranıp aranmayacağı tartışmalı başka bir konudur. Gerek söz konusu kanunda isteklinin kusuruna yönelik bir açıklık olmaması gerekse de kanunun lafzı, üzerine

ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmama fiilinin yasaklama sebebi olması için isteklinin kusurunun aranmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

2886 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinin(c) bendinde düzenlenen "*taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak*" fiilin işlenmiş sayılması için gereken şartlar doktrinde ihtilaf konusu olmuştur. Söz konusu fiilin işlenmiş sayılması için kişinin kötü niyetle idareyi zarara uğratacak işleri yapmış olması ve idarenin bu işlerden dolayı zarara uğramış olması gerektiği değerlendirilmektedir.

Ayrıca, 2886 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinin(c) bendinde yer alan "*işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak*" fiilinin işin yapımı ve teslimi aşamaları ile ilgili olduğundan bu sebebe dayanarak 2886 sayılı Kanun kapsamında bir yasaklama kararı verilemeyeceği, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte bu fiile ilişkin hükmün uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

2886 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katıldıkları tespit edilen kişiler hakkında idari yasaklama kararı verilip verilemeyeceği diğer bir tartışma konusu olmuştur. 4734 sayılı Kanun'un aksine 2886 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinde ihaleye katılamayacağı belirtilenlerin ihaleye katılması şeklinde bir yasaklama nedeni sayılmaması ve bu yaptırımın kapsamının yorum ile genişletilmesinin mümkün olmaması nedenleriyle bu kişiler hakkında idari yasaklama kararı verilemeyeceği değerlendirilmektedir.

Doktrinde, ihaleye fesat karıştırma fiilinin işlenme yöntemlerini düzenleyip "veya başka yollarla" ifadesiyle olabilecek başka yöntemleri de kapsamına alan 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi hükmünün önemli bir belirsizlik oluşturduğu, hükmü uygulayacak ve ihaleye fesat yahut fesada teşebbüsün meydana gelip gelmediğini tespit edecek idareye geniş bir takdir yetkisi tanındığı, bu itibarla söz konusu düzenlemenin suç ve cezaların yasallığı ilkesine ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık taşıdığı yönünde iddialar ileri sürülse de, idareye takdir yetkisinin tanınmasının idari yargı makamlarınca işlemin sebep unsurunun ayrıntılı biçimde denetlemesine imkân tanıyacağı, söz konusu endişenin idari yargının etkin denetimiyle giderilebileceği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü uyarınca üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebepler dışında usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesi gerekmekte, ancak 4734 sayılı Kanun'da mücbir sebebin kapsamına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen mücbir sebep hallerinin 4734 sayılı Kanun için de geçerli olması gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle "ilişkili kurum" kavramı henüz çok yeni olduğundan söz konusu hüküm kapsamında bağlı veya ilgili bakanlık ifadesine yer verilirken ilişkili bakanlık kavramı düzenlenmemiştir. Özellikle bağımsız idari kurumların faaliyet göstermesiyle birlikte bu kurumların özel kanunlarında ilişkili oldukları bakanlıklar belirtilmiştir. Bu itibarla, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kapsamında idari yasaklama kararı vermeye yetkili makamlar için "bağlı, ilgili veya ilişkili bakanlık" kavramının kullanılması ve 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü ile 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrası hükmünün ilişkili bakanlık kavramı dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca kamu ihalelerinden yasaklama kararının verilebilmesi için belirlenen kırk beş günlük sürenin ne zaman başlaması gerektiği konusunda doktrinde tereddütler oluşmuştur. Bu noktada, idarenin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışı tespitine ilişkin işlemin tesis edildiği tarihin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen yasaklama işleminin hukuki niteliği doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Savcılığın ilgili kişiler hakkında ceza soruşturması başlatması ve kamu davası açması ile birlikte, söz konusu kişiler hakkında, mahkeme kararı olmaksızın, yargılama süresince başka ihalelere katılmasını engellemeye yönelik işlemin önleyici yönü ağır basması nedeniyle idari tedbir niteliği taşıdığı değerlendirilmektedir.

Sözleşme kurulurken mevcut olan şirket ortaklık yapısının sözleşme yürümekte iken değişmesinin (f) bendinde yer alan "*Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*" fiilinin işlenmesi anlamına gelip gelmeyeceği konusu da tartışmalı konular arasında yer almaktadır. Bir yapım işinin üstlenilmesinin sözleşme ile ortaya konan bir taahhüt olduğu, taahhüt ihlalinin üstlenilmiş bulunan edimin sözleşme ve ihale dokümanı ile ortaya konan hükümlere aykırı olarak yerine getirilmesi şeklinde meydana gelmesi gerektiği halde, edimin ifasında bir eksikliğin dolayısıyla bir taahhüt ihlali olmaksızın sözleşme konusu edimle doğrudan ilişkisi olmayan bir hukuka aykırılık değerlendirmesinin taahhüt ihlali olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kapsamında yasaklama işlemini tesis eden idarelerin, yasaklama kararı verebilme yetkileri süre ile kısıtlıyken, 2886 sayılı Kanun kapsamında yasaklama kararı verme bakımından yetkili idarelere süre sınırı getirilmemiştir. 2886 sayılı

Kanun'da, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara benzer şekilde yasaklama kararı verme bakımından yetkili idarelere süre sınırı getirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun uyarınca verilen idari yasaklama kararı, 4734 sayılı Kanun'un 2'nci ve 3'üncü maddelerinde istisna edilenler de dâhil olmak üzere bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama neticesini doğurmaktadır. 4734 sayılı Kanun uyarınca verilen yargısal yasaklama kararı ise bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamama sonucu doğurmaktadır. Bu durum 4734 sayılı Kanun kapsamında idari yasaklama kararının yargısal yasaklama kararına göre kapsamının daha geniş olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durum sonucunda, mahkeme kararıyla hüküm giymiş bir kişi 4734 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanırken, idari işlemle yasaklanan istekli ve diğer kişilerin, 4734 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden de yasaklandığı, ceza yargılaması neticesinde verilen mahkûmiyet hükmüyle beraber uygulanacak bu güvenlik tedbirinin kapsamının, idari işlem ile getirilen yasaklamanın kapsamından daha geniş olması gerektiği değerlendirilmektedir.

2886 sayılı Kanun uyarınca ceza mahkemesi tarafından verilen yasaklama kararının sonuçları genel mahiyettedir. Başka bir anlatımla yasaklama kararı, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar çerçevesinde yaptıkları ihaleleri içermektedir. Buna mukabil, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca ceza mahkemesi tarafından verilen yasaklama kararının sonuçları ise yarı genel mahiyette olup, yasaklama kararı, bütün idarelerin sadece bu kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamına almaktadır. Bu noktada, söz konusu düzenlemeler arasındaki farklılığın 2886 sayılı Kanun dikkate alınarak giderilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde ihaleye katılamayacağı sayılan kişilerin ihaleye katılması durumunda bu kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilmektedir. Bununla birlikte 2886 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde ihaleye katılamayacağı sayılan kişilerin ihaleye katılması halinde herhangi bir yaptırım düzenlenmemiş olduğundan, bu kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilmesi için kanun değişikliği yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 2'inci fıkrası hükmü gereğince şahıs şirketlerinde bir ortakla ilgili olarak ihaleden yasaklama kararı verilmesi durumunda, bu karar yasaklama nedeniyle ilgisi olmayan diğer ortaklara da sirayet etmekte, diğer ortaklar için de geçerli olmaktadır. Kanaatimizce şahıs şirketleri bakımından ihaleden yasaklama kararının uygulanmasında cezaların şahsiliği ilkesi göz ardı edilmiştir. Zira ihalede bir şahıs şirketi ortağının yasak fiil veya davranışı nedeniyle diğer ortakların da sorumlu tutulmak suretiyle

ihaleye katılmalarının yasaklanması konuyla ilgisiz diğerk ortakları da bu yaptırıma maruz bırakmaktadır. Hâlbuki cezaların şahsiliğı ilkesi bu durumun tam tersini gerektirmektedir. Bu itibarla 4734 sayılı Kanunun 58'inci maddesinin 2'inci fıkrası hükmünün cezaların şahsiliğı ilkesine uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerektiğı değerlendirilmektedir.

Son olarak doktrinde tartışma yaratan hususlardan birisi de 5326 sayılı Kanun'un kamu ihalelerine katılmaktan yasaklılık yaptırımı bakımından uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. Kanaatimizce 5326 sayılı Kanun'un getirmiş olduğı idari usul kurallarının, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklılık yaptırımı bakımından uygulanamayacağı, zira ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin bastırıcı niteliğı sebebiyle idari tedbir değil idari ceza mahiyetinde idari yaptırım olduğunu, söz konusu işlemin idari tedbir olarak kabulünde bile mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya para cezası özelliğı bulunmaması nedeniyle bu işlem hakkında 5326 sayılı Kanun'un söz konusu olamayacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, M. (2014). “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi” *İÜHFM*, 72(2): 683-702.
- Akyılmaz, B. (2017). *İdare Hukuku*. Sayram Yayınları, Konya.
- Arslan, Ç. (2012). *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Savaş Kitabevi, Ankara.
- Aslan, Y. (2006). *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa.
- Bafra, E. (2014). “Danıştay Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları”. *KHO Bilim Dergisi*, 24(1).
- Buz, V. (2007). *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Canbazoglu, K. (2017). *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Çağlayan, R. (2006). *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*. Asil Yayın-Dağıtım, Ankara.
- Çelik, K. (Ocak-2003). “Kamu İhale Kanunu Üzerine”. *Yerel Yönetim ve Denetim*, 8(1).
- Demirbaş, T. (2002). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Demirel, S. (Aralık 2014). “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu açısından Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(100): 571-577.
- Doğanyigit, S. (2008). *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*. 6. Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Doğanyigit, S. (Şubat 1999). “Kamu İhalelerine Katılma Yasağının Hüküm ve Sonuçları ile Birlikte İncelenmesi”. *Belediye Dergisi*, 5(8): 4-8.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1996). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2*. On Birinci Bası. Beta Yayın-Dağıtım, İstanbul.
- Erkut, C. (1990). *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*. Başkent Kitap, Ankara.
- Ersöz, A. K. (2015, Aralık). “Kamu İhalelerinde Yerli İsteklilerin Korunması”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2): 37-47.
- Giritli, İ., Bilgen, P. ve Akgüner, T. (2008). *İdare Hukuku*. İkinci Baskı. Der Yayınları, İstanbul.
- Göçgün, M. (2017). *İdari İşlemin Konu Unsuru*. On iki Levha Yayıncılık.

- Gök, Y. (2012). *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*. 5. Baskı. Ankara.
- Gözler, K. ve Kaplan G. (Ağustos 2017). *İdare Hukuku Dersleri*. 19. Baskı. Ekin Yayınevi, Bursa.
- Gözübüyük, Ş. ve Tan T. (2011). *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*. 8. Bası. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Günday, M. (2013). *İdare Hukuku*. İmaj Yayınevi, Ankara.
- Gürsel, M. K. (2003). “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”. A. Kaya (Ed.). *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III*. Beta Yayınevi, İstanbul.
- Hafizoğulları, Z. (2008). *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*. US-A Yayıncılık, Ankara.
- İçel, K. (1984). “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 50(1-4), Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- İsbir, B. (2009). *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Kaplan, M. (2013). “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”. *İÜHFM*, 71(1):709-730.
- Karabulut, M. (Kasım 2006). “İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesi’nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(3).
- Karahanoğulları, O. (2011). *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kaya, C. (2006). “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2): 153-184.
- Kazancı, B. E. (2011). *İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Oğurlu, Y. (2001). *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*. İkinci Bası. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukuku C. III*. Üçüncü Bası. İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Otacı, C. (Ocak 2006). *Türk Kabahatler Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Özay, İ. (1985). *İdari Yaptırımlar*. İstanbul.
- Özçelik, Ş. (Mart 2016). “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28(123): 303-324.
- Özgenç, İ. (2006). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özgenç, İ. (2002). *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özgenç, İ. (Mart 2012). *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*. 2. Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- Özkan, G. (2015). *Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özkan, G. (Haziran-Aralık 1998). “İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(2): 281-290.
- Sayın, İ. H. (Mart 2008). *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*. İlksan Matbaacılık, Ankara.
- Sezer, Y. (2012). *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Sezginer, M. (2013). *İdari Sözleşmeler ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Sırabaşı, V. (2011). *Kamu İhalelerinden Katılmaktan Yasaklama*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Sırabaşı, V. (2011). “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”. *Ankara Barosu Dergisi*. 2011/4: 373-380.
- Şimşek, A. (2006). *İdare ve İhale İsteklileri İçin Adım Adım İhale*. Yaklaşım Yayıncılık, Ankara.
- Tan, T. (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*. Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara.
- Tan, T. (2011). *İdare Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Taşdelen, A. (2006). “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(1).
- Taşdelen, A. (Mayıs 2004). *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Tepe, K. (Aralık 2002). “Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Dışı Bırakılma ve İhalelere Katılamayacak Olanlar”, *Belediye Dünyası*, 3(12): 25-27.
- Toprak, E. (Temmuz 2009). “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Kararına İlişkin Bazı Hüküm ve Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 4(35): 83-93.
- Toroslu, N. (2005). *Ceza Hukuku*. Savaş Yayınevi, Ankara.
- Ulu, G. (Eylül 2012). *İdari İşlemin Yetki Unsuru*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ulusoy, A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri*. Ülke Kitapları, İstanbul.
- Ulusoy, A. (2013). *İdari Yaptırımlar*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Uz, A. (2005). *Kamu İhale Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Yalçın, İ. (2007). *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Yıldırım, R. (Kasım 2006). *İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü*. Mimoza Yayınları, Konya.
- Yılmaz, B. M. (2007). *Kamu Alımlarında İdari Denetim*. Yetkin Yayınları, Ankara.

- Yordam, A. (Ocak 2003). “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda İlan, İlan Süreleri ve Kuralları”. *Yerel Yönetim ve Denetim*, 8(1): 23-27.
- Zor, Ö. T. ve Yosunkaya, B. (2014). *100 Soruda Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Zor, Ö. (Şubat 2014). “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(90): 77-86.



ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Mustafa Alper ORAL
Doğum Yeri - Tarihi	Bucak-29.11.1983
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Bucak Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Yabancı Dil	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Ankara Barosu-Antalya Barosu Avukatlık Stajı 2006-2007
Çalıştığı Kurumlar	Ankara Barosu – Antalya Barosu
E-Posta	av.malperoral@gmail.com