

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

DAVACI : ... Laboratuvar Cihazları ve Ekipmanları Sanayi
Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

DAVALILAR : 1. ... Bakanlığı

VEKİLLERİ : Av. ..., Av. ...

2. ... Kurumu (...) Genel Müdürlüğü

VEKİLLERİ : Av. ..., Av. ...

DAVANIN KONUSU :

MKE Ağır Silah ve Çelik Fabrikası Müdürlüğü'nce ... tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı "1 Adet El Tipi XRF Analiz Cihazı" ihalesi uhdesinde kalan davacı şirket tarafından, ihale konusu cihazın istenilen özelliklerde teslim edilmediği, böylece taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmedeğinden bahisle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinin (f) bendi ile 26. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin olarak 17/11/2018 tarih ve 30598 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan kararın; Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "(1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde Kamu İhale Kanunu'nun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümleri uygulanır." kuralı ile, 53. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "(2) Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak ihale ve alımlarda, ceza ve yasaklara ilişkin hükümler hariç" ibaresinin iptali ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50.000,00-TL maddi ve 30.000,00-TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

İdare ile 18/12/2017 tarihinde imzalanan sözleşmeye istinaden istenen cihazın 09/03/2018 tarihli gümrük beyannamesi ile ithal edildiği, idarenin bu cihazı teslim almaktan imtina ettiği, idareye teslim edilen ikinci cihazın da başka nedenlerle alınmadığı, üçüncü kez temin edilen cihazın gerçek dışı iddia ile kullanılmış olduğu ileri sürülerek teslim alınmadığı, yurtdışından ithal edilen cihazın kullanılmış olmasının mümkün olmadığı, idarenin kötü niyetle hareket ederek sözleşmeyi feshederek dava konusu yasaklama kararını aldığı, istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalede 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yasaklama kararı verilemeyeceği, Bakan Yardımcısının yetkisi olmamasına rağmen yasaklama Olurunu imzaladığı, yasaklama kararının yasal süresi içerisinde alınmadığı, dava konusu Yönetmelik ile suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlâl edildiği, söz konusu düzenlemelerin

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

açıkça hukuka aykırı olduğu, tesis edilen işlemler nedeniyle oluşan zararlarının tazmini gerektiği ileri sürülmüştür.

DAVALILARIN SAVUNMASI :

Davalı ...Bakanlığı tarafından, dava konusu Yönetmeliğin hazırlanması ve yürürlüğe konulması hususunda görev ve yetkinin Kamu İhale Kurumu'nda olduğu, bu nedenle anılan Kurum'un da hasım mevkiine alınması gerektiği, davacının sözleşme hükümlerine uygun olarak ifade bulunmadığı, süresi içerisinde istenen cihazın teslim edilmediği, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davalı ... tarafından, dava konusu Yönetmeliğin hukuka uygun olduğu, davacının yetkililerinin imzalarının da bulunduğu tutanaklardan anlaşılacağı üzere davacının istenen cihazı süresinde ve aranılan kriterlere uygun olarak teslim etmediği, yasaklama kararının süresi içerisinde verildiği, yasaklamaya ilişkin evrakların 27/09/2018 tarihinde yasaklamaya yetkili makam olan Milli Savunma Bakanlığı'na gönderildiği ve yasaklama olurunun 07/11/2018 tarihinde imzalanmasının akabinde yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı, dava konusu yasaklama kararının hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'NİN DÜŞÜNCESİ :

Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ...'NİN DÜŞÜNCESİ : Dava, MKE Ağır Silah ve Çelik Fabrikası tarafından açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... tarih ve ... ihale kayıt numaralı "1 Adet El Tipi XRF Analiz Cihazı" ihalesi uhdesinde kalan davacı şirket tarafından, ihale konusu cihazın istenilen özelliklerde teslim edilmediğinden bahisle 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin olarak 17/11/2018 tarih ve 30598 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 9957/2/1-1 sayılı kararın, Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "(1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde Kamu İhale Kanunu'nun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümleri uygulanır." kuralı ile, 53. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "(2) Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak ihale ve alımlarda, ceza ve yasaklara ilişkin hükümler hariç" ibaresinin iptali ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50.000,00-TL maddi ve 30.000,00-TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Uyuşmazlığın; Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; "Bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde Kamu İhale Kurumu'nun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümleri uygulanır" kuralı ile 53. maddesinin 2. fıkrasında yer alan;

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

"Bu yönetmelik kapsamında yapılacak ihale ve alımlarda, ceza ve yasaklara ilişkin hükümler hariç" ibaresinin iptali istemi yönünden incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin "*Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği*" şeklindeki adı, 27/03/2020 tarih ve 31081 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yönetmeliğin 1. maddesi hükmü gereğince; "*Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü'nün 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3. Maddesinin (G) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik*" şeklinde değiştirilmiş, aynı Yönetmelik değişikliği ile, dava konusu maddelerde **esasa yönelik olmayan** değişiklikler yapılmış, bilahare, 03/07/2021 tarih ve 31530 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7330 sayılı Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Hakkında Kanunun'un 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Makine Kimya Endüstrisi Kurumu, iktisadi devlet teşekkülü olmaktan çıkarılmış, aynı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasında; MKE AŞ'nin, **ceza ve yasaklama hükümleri hariç 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadığı** belirtilmiş ve 7330 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak "*Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Tarafından Yapılacak Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Usûl ve Esaslar*" çıkarılmış ise de; dava konusu yönetmelik maddelerine dayanılarak uygulama işlemi tesis edilmiş ve yönetmelik maddeleri ile birlikte uygulama işlemi de dava konusu edilmiş bulunduğundan, dava konusu Yönetmelik maddelerinin, işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri uyarınca esası incelenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller düzenlenmiştir. **Anılan Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde**, bu Kanun kapsamında bulunan idareler; **"İstisnalar" başlıklı 3. maddesinde de**, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri belirlenmiştir. **Bu düzenleme sonucunda, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelerin, anılan Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde bu Kanun'un ceza ve yasaklama hükümleri uygulanacaktır.**

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller belirlenmiştir. Anılan Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, bu Kanun'un, Kamu İhale Kanunu'na tâbi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "İstisnalara ilişkin esas ve usuller" başlıklı Geçici 4. maddesinde; söz konusu Kanun hükümlerine tabi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Her ne kadar anılan düzenleme 02/07/2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nın 171. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de; 703 sayılı KHK'nın aynı maddesi ile Kanuna Geçici 20. maddenin eklenerek; *ek 11. maddede belirtilen usul ve esasların yürürlüğe konulmasına kadar, bu maddenin yayımı*

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

tarihinden önce Geçici 4. maddenin birinci paragrafına göre yürürlüğe konulan usul ve esasların uygulanmasına devam olunacağı kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu, **4735 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde ise**, bu Kanun'un amacının Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiştir. İhalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar ile ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümler de anılan kanunlarda düzenlendiğinden, bu kanunların sistematiği açısından ceza ve yasaklama hükümlerinin de esas ve usule ilişkin kurallar olduğu açıktır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü olarak, ilgili kurumlar tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, **ceza ve yasaklamaya ilişkin esas ve usul hükümleri açısından**, 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması mümkün olup, söz konusu ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında 4735 sayılı Kanun'da sayılan yasak fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, yine 4735 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir. "4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği" kuralının yer aldığı Kanunun Geçici 4. maddesi (bilahare Geçici 20. madde) ile ortaya çıkan bu sistemin, hem 4734 sayılı Kanun'un hem de 4735 sayılı Kanun'un amacına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine ve ulaşılması amaçlanan hedeflere uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim, kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin giderilmesi, kamu kaynaklarının etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği olan faaliyetlerde aksamalar olmaması ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kuralların ve ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Buna göre, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin evleviyetle uygulanması gerekir. Zira, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalelere ilişkin süreçte yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi karşısında, kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaati gereği, istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde de, 4735 sayılı Kanun'da yer alan ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanması kanun koyucunun amacına uygun bulunmaktadır.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği, Kanunda açıkça belirtilmiş olup, istisna kapsamındaki ihalelere özgü olarak kurumların çıkardığı yönetmelikler ile ceza ve yasaklama açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılması mümkün olduğundan, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2019/1292

Karar No : 2021/4513

kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'a uygun olmak kaydıyla ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesinde kanunilik ilkesine aykırılık görülmemiştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 06/02/2017 tarih ve E:2016/3878, K:2017/283 sayılı kararı da bu yöndedir.

Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme konusu işin yürütümü sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi halinde, ilgili kurumlar tarafından yürürlüğe konulan düzenlemelerde yer alan atıf nedeniyle, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümleri uygulanmak suretiyle 4735 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebileceğinden, dava konusu Yönetmelik maddelerinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

MKE Ağır Silah ve Çelik Fabrikası tarafından açık ihale usulü ile gerçekleştirilen 19/10/2017 tarih ve 2017/493971 ihale kayıt numaralı "1 adet El Tipi XRF Analiz Cihazı" ihalesi uhdesinde kalan davacı şirketin, ihale konusu cihazı istenilen özelliklerde teslim etmediğinden bahisle 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 17/11/2018 tarihli kararın iptali isteminin incelenmesi;

4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20'nci maddesinde; "Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder;

a)Yüklenicinin taahhüdünü ihale dökümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dökümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b)Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmüne,

4735 sayılı Kanun'un "Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler" başlıklı 22. maddesinde; 19. maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20. maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20. maddenin (b) bendi ile 21. maddeye göre ise, tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir. 19, 20 ve 21. maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2019/1292

Karar No : 2021/4513

19, 20, 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26. madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir." hükmüne,

Aynı Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25'nci maddesinde; "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır.

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

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

c)Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak,

d)Taahhüdü yerine getirirken idareye zarar vermek,

e)Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29. madde hükümlerine aykırı hareket etmek,

f)Mücbir sebepler dışında, ihale dökümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhünü yerine getirmemek,

g)Sözleşmenin 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması." hükmüne,

"İhalelere Katılmaktan Yasaklama" başlıklı (işlem tarihinde yürürlükte bulunan) 26.

maddesinde; "25. 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 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. 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 bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

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, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumu'na izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, 25. maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

yükümlüdür." düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; MKE Ağır Silah ve Çelik Fabrikası Müdürlüğünce; 1 adet El Tipi XRP Analiz cihazı ve 1 adet El Tipi Ultrasonik Sertlik Ölçüm Cihazı alımı için, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/(g) maddesi kapsamında, 19/10/2017 tarihinde Açık İhale Usulü ile gerçekleştirilen ihale sonucunda, davacı şirket ile 18/12/2017 tarihinde sözleşme imzalandığı, yüklenici firmanın (davacı şirketin) teslim ettiği cihazın muayenesinin MKE Ağır Silah ve Çelik Fabrikası Müdürlüğünce oluşturulan Muayene ve Kabul Komisyonunca yapıldığı, cihazın teknik şartnamede belirtilen hususları karşılamadığından bahisle reddedilerek, cihazın uygun olanla değiştirilmesi için davacı şirkete 20 gün süre verildiği, davacı şirketin ek süre talebinde bulunması üzerine de, 50 gün süreli gecikme ihtarinin verildiği, davacı şirketin 21/06/2018 tarihinde cihazın yenisi ile değiştirildiğini bildirdiği, ancak yapılan muayene sonucu cihazın daha önce kullanılmış olduğunun tespit edilmesi nedeniyle, El Tipi XRF Analiz Cihazının reddine karar verildiği ve 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesi (a) bendi uyarınca, ... tarih ve ... sayılı Olur ile davacı şirket ile imzalanan sözleşmenin feshedilerek kesin teminatın irat kaydedildiği, bilahare 4735 sayılı Kanun'un "yasak fiil ve davranışlarda bulunmak" başlıklı 25. maddesinin (f) bendi uyarınca yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilen davacı şirket ile bu şirketin %50'den fazla hissesine sahip ortağı ...'in 07/11/2018 tarihli Olur ile 1 yıl süre ile, bütün kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen yasa hükümleri uyarınca, ihale aşamasından sonra, sözleşmenin uygulanması sırasında 25. maddedeki yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından bir yıldan az olmamak üzere, iki yıla kadar kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı şirketin, sözleşmeye konu malzemeyi, sözleşmede belirtilen koşul ve şartlarda teslim edemediği tespit edildiğinden, davacı şirketin bu fiili nedeniyle, bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bununla birlikte, dava konusu uyuşmazlığa konu ihalenin 4734 sayılı Kanunun 3/(g) maddesi kapsamında olduğu, yasaklamaya konu fiilin ise, ihale sözleşmesi aşamasında ortaya çıktığı, işin istisna kapsamında bulunması nedeniyle idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun kapsamında olmadığı iddia edilmekte ise de, olayda işlem tarihindeki adı ile, Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nin 46/1 ve 53/2 maddelerinde yer alan; *bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde Kamu İhale Kanunu'nun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ile yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağına ve bu Yönetmelik kapsamında yapılacak ihale ve alımlarda, ceza ve yasaklara ilişkin hükümler hariç, 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına dair hükümler ile, istisna kapsamında yapılan ihalelerle ilgili olarak, 4734*

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2019/1292

Karar No : 2021/4513

sayılı ve 4735 sayılı Kanun'a gönderme yapılmış olduğundan, istisna kapsamında ihale edilen işlerde, 4735 sayılı Yasa'nın yasaklanmaya ilişkin hükümlerinin, ilgili idarenin kendi mevzuatında yer alması halinde 3/(g) kapsamındaki işlerde uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Aksi takdirde 3/(g) kapsamında ihale edilen işlerde, işin sözleşme aşamasında ortaya çıkan yasaklanmayı gerektiren fiil ve davranışların yaptırımsız kalması gibi hukuka uygun olmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Bu itibarla, kurumların, 4734 sayılı Kanunun 3/(g) maddesi kapsamındaki mal ve hizmet alımlarına yönelik yaptıkları düzenlemelerde, 4735 sayılı Kanuna atıf yapılmasında (Düşüncenin

başında açıklandığı üzere) kanunilik ilkesine aykırılık görülmediğinden ve uyuşmazlıkta da MKE Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinde, 4735 sayılı Kanuna gönderme yapıldığından, anılan düzenlemedeki bu gönderme (hüküm) nedeniyle, uyuşmazlıkta 4735 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanarak, davacı şirket hakkında, 1 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi tesis edilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirket tarafından ileri sürülen, dava konusu işlemin yasal süre olan 45 gün geçirildikten sonra tesis edildiği iddiasına gelince; 4735 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 4. fıkrasında; yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verileceği, verilen bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklama konusundaki yaptırım, idarenin, yasal fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada ihaleyi yapan idarenin, isteklinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışı vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışı vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, İdarenin ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir. (Danıştay 13. Dairesi'nin 08/11/2005 tarih ve E:2005/5992, K:2005/5404 sayılı kararı)

Dava konusu olayda ise, davacı şirketin ihalelerden yasaklanmasının Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü'nün 27/09/2018 tarih ve 161170 sayılı yazısı ile Milli Savunma Bakanlığına bildirildiği, yasaklama kararının ilgili Bakan Yardımcısı tarafından 07/11/2018 tarihinde onaylandığı, dolayısıyla 4734 sayılı Kanunda yer alan 45 günlük sürenin geçmediği görüldüğünden, davacı şirketin aksi yöndeki itirazına itibar edilmemiştir.

Davacının maddi tazminat isteminin incelenmesi;

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

Buna göre, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada somut bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle, zararlı idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.

Davacı, hukuka aykırı olduğunu öne sürdüğü dava konusu karar nedeniyle, yasaklılık süresi içinde ihalelere katılamamaktan dolayı maddi zarara uğradığını öne sürmekte ise de, tesis edilen yasaklılık işleminde hukuka aykırılık bulunmaması, öte yandan ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi nedeniyle davacının uğradığı maddi zarara ilişkin somut hiçbir verinin sunulmaması karşısında, maddi tazminat isteminin kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Manevi tazminat istemine gelince;

Manevi tazminat, patrimonial meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş olması gerekmektedir.

Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, olayda, manevi tazminat ödenmesini gerektirir koşulların oluştuğundan söz edilemeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilen 14/12/2021 tarihinde, davacı vekili Av. ... ile davalı ... Bakanlığı vekili Av. ... ve ...Kurumu vekili Av. ...'nın geldikleri, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

MKE Ağır Silah ve Çelik Fabrikası Müdürlüğü'nce ... tarihinde, açık ihale usulü ile ... ihale kayıt numaralı "1 Adet El Tipi Xrf Analiz Cihazı" ihalesi gerçekleştirilmiş, ihale davacı şirket uhdesinde kalmış, davacı ile idare arasında 18/12/2017 tarihinde sözleşme imzalanmıştır.

Söz konusu sözleşmenin "5.4. Teslim süreleri" başlıklı maddesinde, "Sözleşme imzalanmasına müteakip 60 takvim günüdür." düzenlemesi bulunmasına rağmen, davacı tarafından sözleşmeye konu cihaz 15/03/2018 tarihinde idareye teslim edilmiş, idare tarafından oluşturulan Muayene ve Kabul Komisyonu tarafından yapılan incelemeler neticesinde, cihazın Teknik Şartname'de aranan kriterleri karşılamadığı gerekçesiyle cihaz reddedilmiş ve davacıya ... tarih ve ... sayılı yazı ekinde Teknik Rapor da gönderilerek sunulan cihazın teknik kriterleri karşılamadığından cihazın uygun olanla değiştirilmesi için 20 gün süre verilmiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

Davacı vekili tarafından ... tarihinde keşide edilen ... nolu noter ihtarnamesiyle "verilen 20 günlük süreye en az 30 günlük süre daha ilave edilmesi" talep edilmiş, idare tarafından anılan ihtarnameye cevap verilmeden yine davacı vekili tarafından ... tarihinde ... nolu yeni bir noter ihtarnamesi keşide edilerek "önceki ihtarnamede talep edilen ek süre hariç diğer taleplerinden feragat edilerek ilave 50 günlük süre" talep edilmiştir. İdare tarafından davacının ihtarnamelerine cevaben ... tarih ve ... sayılı yazıyla 50 gün ilave süre verilmiş, bu süre sonunda Teknik Şartname'ye uygun cihaz teslim edilmediğinde kesin teminatının irat kaydedileceği ve sözleşmenin feshedileceği bildirilmiştir.

Davacı tarafından 21/06/2018 tarihli dilekçe ile idareye başvurularak, cihazın İzmir Gümrüğü'ne giriş yaptığı ve ithalat izinleri ile gümrük işlemlerinin 10 gün süreceği, bundan dolayı kendilerine 10 gün ek süre verilmesi talep edilmiş, bu başvuruya idare tarafından cevap verilmemiş, akabinde 10/07/2018 tarihinde davacı tarafından idareye teslim edilen cihaz üzerinde yapılan incelemede, Muayene ve Kabul Komisyonu tarafından, cihazın daha önce kullanılmış olduğu tespit edilmiş, 31/07/2018 tarihli kararla da davacının sunduğu cihaz reddedilmiştir.

Aktarılan süreçler sonucunda ... tarih ve ... sayılı işlemle davacının sözleşmesi feshedilerek hakkında yasaklama işlemlerine başlanmış, 07/11/2018 tarihli Bakanlık Oluru'na istinaden davacı şirketin ve %50'den fazla hissedarı olan ...'in 4735 sayılı Kanun uyarınca kamu ihalelerinden 1 yıl süreyle yasaklanmalarına karar verilmiş, anılan yasaklama kararları 17/11/2018 tarih ve 30598 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bunun üzerine bakılan dava açılmıştır.

İNCELEME VE GEREKÇE:

USUL YÖNÜNDEN:

Dava, 17/11/2018 tarih ve 30598 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle 24/12/2018 tarihinde açılmıştır. Davacı tarafından anılan yasaklama kararının dayanağı olan Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "(1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde Kamu İhale Kanunu'nun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümleri uygulanır." kuralı ile 53. maddesinin 2. fıkrasındaki "(2) Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak ihale ve alımlarda, ceza ve yasaklara ilişkin hükümler hariç" şeklindeki düzenlemenin iptali de istenilmektedir.

Bununla birlikte 27/03/2020 tarih ve 31081 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Yönetmeliğin adı "Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü'nün 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (G) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik" olarak değiştirilmiş; 24. maddesiyle ise Yönetmeliğin 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kamu İhale Kanunu'nun" ibaresi "4734

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

sayılı Kanun'un" olarak, "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun" ibaresi "4735 sayılı Kanun'un" olarak değiştirilmiştir.

Bu durumda, Yönetmeliği'nin 46. maddesinin 1. fıkrasının, "(1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde 4734 sayılı Kanun'un ve 4735 sayılı Kanun'un ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümleri uygulanır." hâlini aldığı, ancak taraflar arasındaki uyuşmazlığa sebep kuralda esaslı bir değişikliğin yapılmadığı ve davanın esasının incelenmesine engel bulunmadığı anlaşılmıştır.

Davalı ... Bakanlığı tarafından, dava konusu Yönetmeliğin hazırlanması ve yürürlüğe konulması hususunda görev ve yetkinin Kamu İhale Kurumu'nda olduğundan anılan Kurum'un da hasım mevkiine alınması gerektiği ileri sürülmüşse de, 19/08/2010 tarih ve 27677 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren dava konusu Yönetmeliğin davalı Milli Savunma Bakanlığı tarafından yayımlandığı, Yönetmeliğin "Yürütme" başlıklı 56. maddesinde "Bu Yönetmelik hükümlerini Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürü yürütür." düzenlemesine yer verildiği anlaşıldığından, davalı idarenin anılan itirazlarının yerinde olmadığı sonucuna varılarak esasın incelenmesine geçilmiştir.

ESAS YÖNÜNDEN:

İlgili Mevzuat:

Anayasa'nın "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesinde, "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği " kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında, "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür; b) bendinde Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri; (d) bendinde, (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler." kuralına; "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, "2'nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüz milyar Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları ... ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir." kuralına yer verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25. maddesinde, "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: (...) (f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek."; dava konusu yasaklama kararının tesis edildiği tarihte yürürlükte olan hâliyle "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 26. maddesinde,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

"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 Kanun'un 2'nci ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. 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." kuralına yer verilmiştir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan adıyla Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde "Bu Yönetmeliğin amacı, 28/10/1984 tarihli ve 18559 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Ana Statüsünde belirtilen faaliyetlerini yürütebilmesi için yapacağı mal ve hizmet alım ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir."; "Sözleşmenin devri veya sözleşmenin feshi" başlıklı 45. maddesinin 2. fıkrasında, "Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra yüklenicinin taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi durumunda MKE sözleşmede yer alan yaptırımı uygulamakta, devamında da sözleşmeyi feshetmekte serbesttir."; "Ceza ve yasaklamalar" başlıklı 46. maddesinde "Bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak tedariklerde 4734 sayılı Kanun'un ve 4735 sayılı Kanun'un ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümleri uygulanır."; "Diğer hususlar" başlıklı 53. maddesinde, "(1) 4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinde yer alan Kamu İhale Kurumu geliri, bu Yönetmeliğe göre yapılan alım ve ihalelerde alınmaz. (2) Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak ihale ve alımlarda, ceza ve yasaklara ilişkin hükümler hariç, 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Dava konusu Yönetmelik düzenlemelerinin incelenmesi:

Anayasa'nın 124. maddesinde, "Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." kuralı yer almıştır.

Bir hiyerarşik kurallar sistemi olan hukuk düzeninde alt düzeydeki kuralların, yürürlüklerini üst düzeydeki kurallardan aldıkları kuşkusuzdur. Kurallar hiyerarşisinin en üstünde genel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunmakta ve daha sonra gelen kanunlar yürürlüğünü Anayasadan, tüzükler yürürlüğünü kanunlardan, yönetmelikler ise yürürlüğünü kanun ve tüzüklerden almaktadır. Dolayısıyla, bir kuralın, kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir kurala aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm içermemesi gerekir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu'nun Ana Statüsünde belirtilen faaliyetlerini yürütebilmesi için yapacağı mal ve hizmet alım ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan dava konusu Yönetmelikte, ihale aşamasında yahut sözleşme aşamasında istekliler veya yükleniciler tarafından gerçekleştirilen yasak fiil ve davranışlara 4734 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanun'un ceza ve ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümleri ve yasak fiil ve davranışlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 4734 sayılı Kanun çerçevesinde incelenmesi: anılan Kanun'un "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinde "ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir." kuralına yer verildiğinden, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelerin, anılan Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde bu Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanacağı açık olup, söz konusu Yönetmelikte yer alan düzenlemelerde üst hukuk kuralı niteliğindeki 4734 sayılı Kanuna aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 4735 sayılı Kanun çerçevesinde incelenmesi: Anılan Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, bu Kanun'un, Kamu İhale Kanun'una tâbi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağının, bu çerçevede idare tarafından çıkarılan Yönetmelikte 4735 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması noktasında düzenleme yapılıp yapılamayacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un "İstisnalara ilişkin esas ve usuller" başlıklı Geçici 4. maddesinde, söz konusu Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kurala bağlanmıştır. Gerek 4734 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu, gerekse de 4735 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtildiğinden ve ihalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar ile ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin hükümlerin anılan Kanunlarda düzenlendiği görüldüğünden, bu Kanunların sistematiği açısından değerlendirildiğinde, ceza ve yasaklama hükümlerinin de esas ve usule ilişkin kurallar olduğu anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere ilişkin esas ve usullerin ilgili kurumlar tarafından belirleneceği kuralının yer aldığı Kanun'un Geçici 4. maddesi ile ortaya çıkan bu sistemin, hem 4734 sayılı Kanun'un hem de 4735 sayılı Kanun'un amacına ve kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaatine ve ulaşılması amaçlanan hedeflere uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim, kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin ivedi bir şekilde giderilmesi, bu yapılırken de kamu kaynaklarının en etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği olan faaliyetlerde önemli ölçüde aksamalar olmaması ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kurallarla ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamında yapılan ihalelere ilişkin süreçte yasak olan fiil veya davranışların gerçekleşmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi karşısında, kamu ihalelerinde korunması gereken kamu menfaati gereği, istisna kapsamındaki söz konusu ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4735 sayılı Kanun'da yer alan ceza ve yasaklama hükümlerinin uygulanması yasa koyucunun amacına uygun bulunmaktadır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların gerçekleşmesi hâlinde, 4735 sayılı Kanun'un ceza ve yasaklama hükümlerinin evleviyetle uygulanması gerekir.

Sonuç olarak, dava konusu Yönetmelik hükümlerinde, doğrudan Kanuna atıf yapıldığı ve Kanunda yer alan kural dışında bir düzenlemeye yer verilmediği, hukukî öngörülebilirliğin ve kanuniliğin de sağlandığı anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamındaki ihalelere özgü, ilgili kurumlar tarafından çıkarılan Yönetmeliklerde ve dolayısıyla dava konusu düzenlemelerde, ceza ve yasaklamaya ilişkin esas ve usûl hükümleri açısından 4735 sayılı Kanun'a atıf yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacının 1 Yıl Süreyle İhalelere Katılmaktan Yasaklanmasına Dair Kararın ve Tazminat İsteminin İncelenmesi:

Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği'nde yapılan atıf nedeniyle dava konusu uyuşmazlığa uygulanacak olan 4735 sayılı Kanun'da, sözleşmenin uygulanması sırasında mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeyen yüklenicinin fiil veya davranışının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verileceği kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacı ile idare arasında "1 Adet El Tipi Xrf Analiz Cihazının" tedarik edilmesine ilişkin olarak 18/12/2017 tarihinde sözleşme imzalandığı, sözleşmede malın tesliminin, sözleşme imzalanmasını müteakip 60 takvim günü olduğunun belirtildiği, davacı tarafından sözleşmeye konu malın sözleşmede öngörülen süreden sonra 15/03/2018 tarihinde idareye teslim edildiği, yapılan incelemeler neticesinde cihazın Teknik Şartname'de aranan kriterleri karşılamadığının tespit edildiği ve idare tarafından davacıya cihazın uygun olanla değiştirilmesi için 20 gün süre verildiği, daha sonra davacının talebi üzerine bu süreye ilave olarak 50 gün daha süre verildiği, buna rağmen davacının cihazı süresinde teslim etmeyip 10 gün ek süre daha talep ettiği, akabinde 10/07/2018 tarihinde idareye teslim edilen cihazın daha önce kullanılmış olduğunun tespit edildiği anlaşılmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2019/1292
Karar No : 2021/4513

Bu duruma göre davacının taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinin sabit olduğu, cihazın kullanılmış ve deforme olarak idareye teslim edildiğinin sabit olduğu, davacının aksini ispata yarayan herhangi bir belge yahut bilgiyi dosyaya sunmadığı, yine idare tarafından davacının teslimata ilişkin süre taleplerinin yasal herhangi bir zorunluluk olmamasına rağmen olumlu karşılandığı görüldüğünden, davacının 4735 sayılı Kanun uyarınca kamu ihalelerinden 1 yıl süreyle yasaklanmasına dair işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, bu nedenle davacının maddî ve manevî tazminat isteminin de reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, davacı tarafından, ihalelerden yasaklama kararının yetkili makam tarafından verilmediği ileri sürüldüğünden ve yasaklamaya ilişkin Olur'un da 07/11/2018 tarihinde Bakan Yardımcısı tarafından imzalandığı görüldüğünden, Dairemizin 19/02/2020 tarihli ara kararıyla, *"ihaleden yasaklama kararı verilebilmesine ilişkin olarak Milli Savunma Bakanlığı'nca Bakan Yardımcılığı makamına herhangi bir yetki veya imza devri yapıp yapılmadığı, Milli Savunma Bakan Yardımcısı tarafından yasaklılık kararı verilebilmesine dayanak oluşturabilecek herhangi bir karar veya iç düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının Milli Savunma Bakanlığı'ndan sorularak buna ilişkin tüm bilgi ve belgelerin istenilmesine"* karar verilmiş; idare tarafından ara karar cevabı ekinde sunulan ve 2014 yılında yayımlanan MSY 452-4 (B) sayılı Millî Savunma Bakanlığı Karargâh İmza Yetkileri Yönergesi'nde, ihalelere katılmaktan yasaklama hususunda yetki devri yapıldığı anlaşılmıştır.

Yine davacı tarafından, yasaklama kararının yasal süresi içerisinde alınmadığı ileri sürülmekte ise de, hem Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.5.1.2. maddesi hem de Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre kural olarak idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan Bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi gerektiği, MKE tarafından yasaklamaya ilişkin evrakların 27/09/2018 tarihinde yasaklamaya yetkili makam olan Milli Savunma Bakanlığı'na gönderildiği ve yasaklamaya ilişkin Olur'un 07/11/2018 tarihinde imzalandığı görüldüğünden, davacının anılan iddiasına itibar edilmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. DAVANIN REDDİNE,

3. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ... TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

4. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ... TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere ayrı ayrı verilmesine,

5. Posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine,

6. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 14/12/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.