

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ
YAPTIRIMLAR VE YARGISAL DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Cemal YÜKSEK

Kocaeli-2015

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ
YAPTIRIMLAR VE YARGISAL DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Cemal YÜKSEK

Danışman
Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK

Kocaeli-2015


**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ
YAPTIRIMLAR VE YARGISAL DENETİMİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tezi Hazırlayan: CEMAL YÜKSEK

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 10.06.2015 - 2015/11

Jüri Başkanı: Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK 

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Gürsel ÖNGÖREN 

Jüri Üyesi: Yrd. Doc. Dr. Ömer Faruk DİREK 

KOCAELİ 2015

İçindekiler

ÖZET.....	VI
ABSTARCT.....	VII
GİRİŞ.....	VIII
KISALTMALAR.....	IX

BİRİNCİ BÖLÜM İDARİ YAPTIRIMLAR

1. YAPTIRIM KAVRAMI.....	1
2. İDARİ YAPTIRIMLAR.....	2
2.1. Kamu İhalelerinde İdari Yaptırımların İdari İşlem Kimliği.....	2
2.2. İdari Yaptırımların Anayasadaki Yeri.....	3
2.3. İdari Yaptırımların İşlevselliği.....	3
2.4. İdari Yaptırımların Amacı.....	4
2.5. İdari Yaptırım İle Ceza Yaptırımı Arasındaki Farklar.....	4
2.5.1. Yaptırıma Yetkili Organ/Makam/Merci ve Yaptırım Kararı Alınması Usulü Açısından Farklar.....	6
2.5.2. İdari ve Cezai Yaptırımların Amaçları Açısından Farklar.....	6
2.5.3. İdari ve Cezai Yaptırım Türleri Açısından Farklar.....	7
2.5.4. İdari ve Cezai Yaptırımların Sonuçları Açısından Farklar.....	7
2.5.5. İdari ve Cezai Yaptırımların Hukuksal Nitelikleri Açısından Farklar	8
2.6. Ceza Hukukuna Egemen Olan İlkeler Bağlamında İdari Yaptırımların Özellikleri.....	9
2.6.1. Kanunilik İlkesine Bağlılık.....	9
2.6.1.1. İdari Yaptırımların Belirliliği İlkesi.....	10
2.6.1.2. İdari Yaptırımlarda Kıyas Yasası İlkesi.....	11
2.6.1.3. Yaptırım İçeren Yasal Düzenlemelerde Geriye Yürümezlik İlkesi.....	12
2.6.2. İdari Yaptırım Gerektiren Eylemlerde Kişisel Sorumluluk İlkesi.....	13
2.6.3. İdari Yaptırımlarda Ne Bis İn İdem (Tek suça tek ceza) Kuralı.....	14
2.6.4. İdari Yaptırımlarda Savunma Hakkı İlkesi.....	16
2.6.5. İdari Yaptırım Kararlarında Gerekçe Gösterme Zorunluluğu.....	16
2.6.6. İdari Yaptırım Kararlarında Ölçülülük İlkesi.....	17
2.7. İdari Yaptırımların Sınıflandırılması.....	17

2.7.1. İdari ceza- İdari tedbir ayrımı.....	18
2.7.2. İdari Yaptırımların Özel Bir Türü Olarak Disiplin Yaptırımları.....	19
3. İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİ	20
3.1. İdari Yaptırım Kararlarının Denetiminde Görevli Mahkemenin Tespiti.....	20
3.1.1. Özel Kanunda Düzenleme Bulunması Halinde Görevli Mahkeme.....	20
3.1.2. Özel Kanunda Düzenleme Bulunmaması Halinde Görevli Mahkeme..	21
3.2. İdari Yaptırım Kararlarının Denetiminde Yetkili Mahkemenin Tespiti.....	22
3.3. İdari Yaptırım Kararlarına Karşı İdari Yargıda Yargısal Korunma.....	23
3.4. İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Adli Yargıda Yargısal Korunma.....	24

İKİNCİ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLAR

1. KAMU İHALE KANUNLARINDA İDARİ YAPTIRIMLARIN DÜZENLENİŞİ..	25
2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLAR.....	27
2.1. İhale İsteklilerine Uygulanan İdari Yaptırımlar.....	27
2.1.1. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama.....	27
2.1.1.1. İdari Makamlar Tarafından Tesis Edilen Yasaklama Kararı.....	29
2.1.1.1.1. 17. Maddeye Göre Yasaklama Sebepleri.....	37
2.1.1.1.2. İhaleyi Kazanan İsteklinin Sözleşme Yapmaması Nedeniyle İhaleden Yasaklanması.....	54
2.1.1.2. Yargı Makamları Tarafından Tesis Edilen Yasaklama Kararı.....	59
2.1.2. İhale Dışı Bırakma.....	64
2.1.3. Teminatın Gelir Kaydedilmesi.....	68
2.1.3.1. Geçici Teminat.....	68
2.1.3.1.1. Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesinin Nedenleri.....	70
2.1.3.2. Kesin Teminat.....	74
2.2. İhale Yetkililerine veya Görevlilerine Uygulanan İdari Yaptırımlar.....	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİ

1. YAPTIRIMLARIN İDARİ İŞLEM TEORİSİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ	78
1.1. Yetki.....	78
1.2. Şekil.....	81
1.3. Sebep.....	83
1.4. Konu.....	84
1.5. Amaç.....	85
2. YAPTIRIMLARA KARŞI AÇILAN DAVALARDA İLK İNCELEME USULÜ... 86	
2.1. Görev.....	88
2.2. Yetki.....	90
2.3. İdari Mercî Tecavüzü.....	92
2.4. Ehliyet.....	94
2.5. Süre.....	96
2.6. Husumet.....	98
2.7. Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülmesi Gerekli İşlem.....	101
2.8. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun Dilekçenin Şekil Koşullarını Düzenleyen 3. Maddesine Aykırılık.....	102
2.9. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun Dilekçenin Şekil Koşullarını Düzenleyen 5. Maddesine Aykırılık.....	103
3. 4734SAYILI KANUN'DA SAYILAN YAPTIRIMLARIN UYGULANMASINDAN KAYNAKLI DAVALI İDARELERİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	106
3.1. Maddi Tazminat.....	107
3.2. Manevi Tazminat.....	109
SONUÇ.....	113
KAYNAKÇA.....	117

ÖZET

İdare, kamu hizmetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımı ile yapım işlerini “kamu ihalesi” müessesesini kullanarak gerçekleştirebilir. Kamu ihalesi, en kısa tanımıyla, idarenin ihtiyaçlarını karşılamak üzere gerçekleştirdiği seçme faaliyetidir. Ancak bu seçme faaliyeti, kamu ihalelerinin kamu yararını doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle, keyfi olmayıp birtakım kurallara bağlıdır.

Sağlıklı ve düzgün işleyen bir ihale sistemi, hem saydamlık, rekabet, eşitlik, güvenilirlik gibi birtakım temel ilkelere, hem de bozulan ihale düzenini yeniden tesis edebilmek için uygulanacak birtakım yaptırımlara bağlıdır. Temel ilkelere uyulması ve gerektiğinde yaptırım uygulanmasıyla ekonomik kamu düzeni korunmuş olacak, kamu yararı da kendiliğinden gerçekleşecektir.

İhale düzenini bozan fiil ve davranışların bir kısmı suç oluştururken, bir kısmı bu düzeye varmayan yalnızca idari yaptırım uygulanabilecek fiil ve davranışlardır. Tezin konusunu ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda yer alan idari yaptırımlar ve bu yaptırımların yargısal denetimi oluşturmaktadır.

Bu amaçla; çalışmanın birinci bölümünde; genel olarak idari yaptırımların hukuki nitelikleri ve özellikleri ile idare hukukundaki yeri incelenmiş, ceza yaptırımları ile idari yaptırımlar karşılaştırılarak iki yaptırım türü arasındaki farklar ortaya konulmuştur. İkinci bölümde ise; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda yer alan idari yaptırım türleri ve sebepleri Danıştay kararlarıyla birlikte incelenmiş olup, üçüncü ve son bölümde ise; ikinci bölümde incelenen yaptırım türlerinin yargısal denetiminin hem idari işlemlerin unsurları yönünden hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nda yer alan ilk inceleme kuralları yönünden yargı mercilerinde denetiminin ne şekilde yapıldığı ele alınmıştır.

Bu tez, Kamu İhale Kanunu’nda yer alan idari yaptırım türleri ile ilgili olarak, uygulamada en sık karşılaşılan sorunlara Danıştay kararları ışığında çözüm önerileri getirmek amacıyla yazılmıştır.

ABSTRACT

Administration, can acquires goods and commodities along with construction services, which it needs to carry out public services, through “public procurement”. To sum up, public procurement, can be defined as the selection activity realised by the administration to meet its needs. However, this selection activity is bound by some rules as the public procurement are directly in relation to public interest.

A healty and properly working system of procurement relies on several principles such as transparency, competition, equality, reliablity as well as on some set of sanctions which are supposed to apply to restore deformed procurement system. Through the conformity with the fundemental principles and impose of sanctions where necessary, economic public order would be protected, and thus, public interest would be rendered on its own.

While some of the actions spoiling the procurement order give rise to some offence, some others do not amount to this degree and are prohibited by administrative sanctions. Subject of this thesis is the administrative sanctions and judicial review of these sanctions prescribed in the Public Procurement Law No 4734.

To this end; in the first section, legal qualities and features of administrative sanctions and its place in the administrative law are studied in a general sense, criminal sanctions and administrative sanctions are compared, the differences are explained. In the second section, types and causes of the administrative sanctions in the Public Procurement Law No 4734 are examined along with the relevant judgments given by the Council of State, in the third and last section; the procedures of judicial review of types of sanctions examined in the second section are discussed, in particular, as to the elements of administrative acts and the initial examination rules in the Administrative Jurisdiction Procedures Law No 2577.

This thesis has been written to put some proposals of resolution forward in the light of the judgments of the Council of State for the questions faced in the practice concerning the types of administrative sanctions prescribed by the Public Procurement Law

GİRİŞ

Kamu ihalelerinin bir devletin ekonomik yapısında meydana getirdiği etki kamu yararını doğrudan ilgilendirmesi dolayısıyla çok büyüktür. Bu sebeple kamu ihalelerinin yapılması belli kurallara bağlanmıştır.

İdare hukukunun uzmanlaşmış bir alt kolu olan Kamu İhale Hukuku da, ihale sürecine ilişkin hem ihaleyi düzenleyen idareyi hem de ihaleye katılanları ilgilendiren kural ve yaptırımlara sahiptir. İhale sürecinde ortaya çıkan kural dışı fiil ve davranışlar suç unsuru taşıyabildiği gibi suç düzeyine varmayan fakat yine de ihale düzenini bozan fiil ve davranışlar da mevcuttur. Hem suç unsuru taşıyan hem de suç düzeyine varmayan fiil ve davranışlara uygulanan yaptırımlarla hedeflenen, ihale sürecinde “ekonomik kamu düzeni”nin korunmasıdır. Devlet bu görevi yerine getirirken hem ihaleyi düzenleyen idareye hem de ihaleye katılanlara çeşitli yaptırımlar uygular. Çünkü kamu ihalelerinde düzenin sağlanması belli kurallara uyulmasına, uyulmadığı takdirde ise belli yaptırımların uygulanmasına bağlıdır.

Kamu ihalelerinde uygulanan yaptırımların anlaşılabilmesi için idari yaptırım kavramının incelenmesi gerekeceğinden çalışmanın birinci bölümünde öncelikli olarak idari yaptırım kavramını tanımlanmış ve ceza yaptırımı ile arasındaki farklar ortaya konulmuştur. İdari yaptırım kavramının Anayasa’daki yeri incelenerek idari yaptırımın bir idari işlem olup olmadığı sorusuna yanıt aranmıştır. Birinci bölümde ayrıca, ceza hukukuna egemen olan ilkelerin idari yaptırımlarda geçerli olup olmadığı araştırılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, ihale düzeninin sağlanması için en önemli faktörlerden biri olan kamu ihale yaptırımları incelenmiştir. Bu yaptırımlar içerisinde hem ihale isteklilerine uygulanan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, ihale dışı bırakma ve teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımları incelenmiş hem de ihaleyi düzenleyen ihale görevlilerine uygulanan yaptırımlar incelenmiştir. Danıştay’ın uygulamada ihale dışı bırakma yaptırımını idari tedbir olarak nitelendirmesinin nedeni ve bu nitelendirmenin getirmiş olduğu sonuçlar ortaya konulmuştur.

Çalışmanın son bölümünde ise; Kamu İhale Kanunu’ndaki idari yaptırım türlerinin yargısal denetiminin hem idari işlemlerin unsurları yönünden hem de İdari Yargılama Usul Kanunu’nda yer alan ilk inceleme kuralları yönünden yargı mercilerince denetiminin ne şekilde yapıldığı Danıştay kararlarıyla birlikte incelenmiştir.

KISALTMALAR CETVELİ

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C	: Cilt
D	: Daire
E	: Esas
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
GK	: Gümrük Kanunu
K	: Karar
KK	: Kabahatler Kanunu
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu
m	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ YAPTIRIMLAR

1. YAPTIRIM KAVRAMI

Toplumsal bir ortam içinde yaşamak belirli bir düzeni ve bu düzenin kurallarına uyulmasını gerekli kılmaktadır. Bu kuralların amacı, bireylerin birbirleriyle ve toplumla, toplumun da bireylerle olan ilişkilerini düzenlemek, çıkar çatışmaları arasında bir denge kurmak, böylece toplum düzenini sağlamaktır (Gözübüyük, 1986, 1). Toplumda düzeni sağlayan kurallar ise, hukuk kuralları, din kuralları, ahlak kuralları ve görgü kurallarıdır. Bu kurallar arasında yer alan hukuk kuralları, toplum düzenininin sağlanması için, önceden belirlenmiş kurallara aykırı davrananları etkileyecek, herkesi bağlayıcı ve uyulmaması halinde yaptırım uygulanmasını öngörür.

Hukuk biliminde “düzenin, kurallarına uyulmamasına tepkisi”ni ifade etmek için kullanılan “yaptırım” veya “müeyyide” terimleri sözlük anlamı itibarıyla eş anlamlıdır (Darendeli, 2013, 41). Kökeni Arapça olan “*müeyyide*” kelimesinin anlamı, “teyid eden, doğrulayan, güçlendiren, destekleyen”dir (Yılmaz, 2010, 479). Yaptırım kelimesi ise sözlükte “kanun, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini sağlama” olarak tanımlanmaktadır. Hukuk normunun önemli, hatta kurucu unsurlarından biri sayılan “zorlayıcılık” niteliğinin de açık bir örneği olarak gösterilen yaptırım, geniş anlamda toplumsal hayatın bozulmuş düzeninin eski hale getirilmesi ya da telafi edilmesi için başvurulması kaçınılmaz olan sosyal bir tepkiyi ifade etmektedir (Dönmezer&Erman, 1987, 583).

Hukuk kuralları, insanlar arası ilişkileri düzenlemek amacıyla çıkarılır ve özünde emir unsuru bulunmaktadır. Hukuk kuralları, genel bir emri ya da yasağı içermesinin yanında, bu emir ve yasağa uyulmamasını bir yaptırıma bağlamaktadır. Yaptırımın uygulanması görevi ise, mahkemeye, polise, icra dairesine ya da başka bir yetkili organa aittir. Hukuk kuralının maddi içeriği, emir ve yaptırım unsurlarından oluşur. Doğrudan yaptırım içermese bile, hukuk kurallarının arkasında

bir yaptırım unsuru bulunur. Maddi yaptırımı olmayan bir hukuk düzeninin geçerli olması düşünülemez (Güriz, 1999, 40). Yaptırım, hukuka uygun hareketi sağladığı gibi, hukuka aykırı davranışların yol açtığı sonuçları düzeltmeyi ve etkisiz hale getirmeyi de amaçlamaktadır (Gözübüyük, 1986, 8).

2. İDARİ YAPTIRIMLAR

İdari yaptırım kavramı öğretide “yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar.” (Özay, 1985, 35) şeklinde tanımlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında ise, “bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalar.” (AYM,23.10.1996, E:1996/48,1996/41) şeklinde tanımlanmıştır.

İdari yaptırım, toplumun dirlik, esenlik ve sağlığını korumak, kollamak ve tedbirler almak şeklindeki kamusal faaliyetlerin icrası sırasında, idari organlara tanınan üstün bir yetkidir (Oğurlu, 2001, 34). Bu zor kullanma yetkisi, idareler tarafından kamu düzenini korumak amacıyla kullanılır. Yetkinin temeli ise devlet egemenliğine dayanır.

İdari yaptırımların kamu yararı nedeniyle idarelere tanınması bir zorunluluk olduğu kabul edilmektedir. Ancak idareler bu yetkiyi kullanırken, kamu yararını gerekçe göstererek idari yaptırımları keyfi bir şekilde kullanmamalıdır.

2.1. Kamu İhalelerinde İdari Yaptırımların İdari İşlem Kimliği

Her idari işlem her şeyden önce bir hukuki işlemdir (Erkut, 1990, 9). Doktrinde idari işlem için, “İdari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamaları” (Duran, 1982,385), “İdarenin tek yanlı olarak kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemleri” (Yayla, 1985, 81) ve “Kamu gücü kullanılarak bir kamu hizmetinin görülmesi için tek taraflı iradeyle tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem” (Karavelioğlu, 2001, 48) gibi çeşitli tanımlar geliştirilmiştir. İdari

yaptırım kararları ise, kamu idaresi tarafından kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, tek yanlı irade ile idare hukukunun tanıdığı kamu gücü kullanılarak alınan kesin ve yürütülmesi zorunlu niteliklere sahip olmaları nedeniyle idari işlem olduklarını göstermektedir (Candan, 2011, 527). Dolayısıyla idari yaptırımların yargısal denetiminde idari işlem özelliğinin ve idare hukuku kurallarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir (Tan, 2005, 98).

Yargı yerlerinin kararlarında da idari yaptırımların idari işlem kimlikleri vurgulanmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kararında (UYM, 12.07.1998 tarih, E:1998/11, K:1998/11), idari yaptırımların idarenin idari işlem niteliğindeki kararlarından olduğunu, açık bir düzenleme bulunmaması halinde ortada bir idari işlem bulunduğu düşüncesinden hareket etmek gerekeceğini belirtmiştir. Danıştay 13. Dairesi de konu hakkında vermiş olduğu bir kararda (Danıştay, 13. D., 19.11.2012, E:2012/1540, K: 2012/3128), idari yaptırımların cezai nitelikleri olan idari işlemler olduklarını vurgulamaktadır.

2.2. İdari Yaptırımların Anayasadaki Yeri

1982 Anayasası, klasik anlayıştan ayrılarak yaptırımların mutlaka mahkemelerce verilebileceği anlayışını prensip olarak kabul etmemiştir. Anayasayla idareye de yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. Bu yetki Anayasanın 38. maddesinde yer alan, “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” hükmünde dayanağını bulmaktadır. Söz konusu hükmün tersine yorumundan, idarenin yaptırım uygulayabileceği, ancak uygulayacağı yaptırımın kişi hürriyetini kısıtlamayacak şekilde olması gerektiği anlaşılmaktadır.

2.3. İdari Yaptırımların İşlevselliği

İdari yaptırımın işlevselliği birçok açıdan değerlendirilebilir. Öncelikle, idari yaptırım hakimin ön iznine ve kararına bağlı olmadığı gibi, yargısal sürecin ağır işlemlerinden doğan sakıncaları da taşımamaktadır (Darendeli, 2013, 48). Bu anlamda idari yaptırım son derece basit bir usul hukukuna tabidir. İdari yaptırımlar erteleme durumları hariç hemen uygulanabilir bir niteliğe sahiptir.

Ayrıca idari yaptırımların sosyal açıdan da kabul edilebilirliği daha yüksektir. Çünkü idari yaptırımlar adli cezalarla kıyaslandığında bireyler açısından daha katlanılır bir özellik gösterir. Gerçekten adli cezalar bireyler açısından daha ağır sonuçlar doğurur.

Nihayet idari yaptırımlar, tüzel kişilere uygulanmak bakımından adli cezalardan daha elverişlidir (Yılmaz, 2006, 277).

2.4. İdari Yaptırımların Amacı

Genel anlamda hukuka aykırı davranışa yaptırım uygulanmasıyla güdülen pek çok amaç bulunmaktadır. Bu amaçlar birbirleriyle çatışabildiği gibi birbirini tamamlayıcı nitelikte taşıyabilirler. Bunlar ihlalin niteliğine ve ağırlığına bağlı olarak caydırma, cezalandırma, suçlunun ıslahı ve ödetme şeklinde sıralanabilir (Darendeli, 2013, 48).

İdari yaptırımlar bakımından ise amaçlar caydırıcılık ve ödetme üzerinde yoğunlaşmaktadır. Caydırma amacı klasik faydacılık yaklaşımına dayanmaktadır. Caydırıcılık yaklaşımının temel amacı kaynakların etkin tahsisinin sağlanması ve ekonomik etkinliğin elde edilmesidir. Cezalandırma ile ihlalin topluma olan maliyetlerinin kaldırılması ve gelecekte işlenebilecek suçların engellenmesi amaçlanmaktadır. Öte yandan diğer önemli yaklaşım olan ödetme de cezanın belirlenmesi ölç alıcı-cezalandırıcı bir temele dayanmakta ve orantısallık ilkesini esas almaktadır. Orantısallık ilkesi cezanın (yaptırımın) ağırlığının ihlalin ağırlığıyla orantılı olması gerektiğini ve ihlalin ağırlığının zarar ile suçluluk kavramlarına bağlı olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir (Aygün, 2009, 5).

İdarenin idari yaptırım uygulama amaçlarından en önemlisi; sosyal düzenin sağlanmasıdır. Başka bir anlatımla, idari yaptırımlar olmaksızın idarenin işlevini tam olarak yerine getirmesi ve düzenli bir sosyal yaşamın temin edilmesi mümkün değildir.

2.5. İdari Yaptırım İle Ceza Yaptırımı Arasındaki Farklar

İdari yaptırımlar, ceza kanunlarında yer alan kabahatlerin, ceza hukukunun dışına çıkarılması ile de yakından alakalıdır. Zira ceza hukukunda kabahat olarak

düzenlenen fiiller, idari yaptırım uygulanan fiillerin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Ceza hukukunda suçlar, genel olarak cürüm, cünha ve kabahat gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır. Suçların ağır ve hafif suçlar olmak üzere ikiye ayrılıp, ağır suçlara “cürüm” hafif suçlara ise “kabahat” denilmesi yaygın bir uygulama olduğu ifade edilmektedir (Dönmezer&Erman, 1986, 340).

Mülga ceza kanunumuz olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, suçları cürüm ve kabahatler olarak ikiye ayırarak, bunlara ilişkin genel kuralları aynı kanunda düzenlemişti (Mülga TCK, Md. 11). Bu düzenlemenin, kişilerin özgürlüklerinin ancak zorunlu hallerde kısıtlanabileceği yönündeki çağdaş düşünce ile çeliştiği, cezaların toplumsal düzenin ağır şekilde ihlal edilmesinde başvurulan son çare olduğu, oysa kabahatlerin daha hafif ihlaller olduğu, bu tür basit ihlaller için mahkemenin iş yükünün arttırılmaması, yine idari ihlal niteliğindeki basit ihlallerin, ceza yargı düzeninde aynı usule tabi tutulması, hak edilenden daha fazla bir manevi müeyyideye maruz kaldığı (Donay, 1972, 424) gibi düşüncelerle kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğiliminin etkisi sonucunda (Mahmutoğlu, 1995, 101), 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu “Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.”(m. 45) şeklinde bir düzenleme ile ikili ayrımı terk ederek, kabahatleri ceza kanunu dışında bırakmıştır.

Ceza Kanunu dışına çıkarılan kabahatler tamamen müeyyidesiz bırakılmayıp, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenlenmiştir. Ancak yeni TCK’da hiçbir kabahat kalmamıştır denilemez. Yeni kanun, önceki kanunda yer alan bazı kabahatler ile yeni bazı kabahatleri, cürüm niteliğine sokarak ceza kanunu kapsamında tutmuştur (Çağlayan, 2006, 26). Örneğin; hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması (TCK, Md. 177), kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK, Md. 228) gibi suçlar bu türden suçlardır.

İdari yaptırım ve ceza yaptırımı arasındaki farkın daha iyi anlaşılabilmesi için değişik açılardan iki yaptırım türü arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir.

2.5.1. Yaptırıma Yetkili Organ/Makam/Merci ve Yaptırım Kararı Alınması Usulü Açısından Farklar

Doktrinde ve yargı kararlarında belirtildiği üzere idari yaptırım, idare tarafından yargı kararına gerek olmadan bir idari işlemle belirlenir ve uygulanır. Dolayısıyla idari yaptırım her şeyden önce bir idari işlemdir.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir: İdare, sadece idari yaptırım kararı almaya yetkili değildir. Aynı zamanda bu kararı uygulamaya da yetkilidir (Çağlayan, 2006,31). İdari yaptırım kararı idari işlemlerin tabi olduğu idari usullerle yapılır ve uygulanır.

İdarenin yaptırım kararını kendisinin vermesi ve uygulaması ile ilgili olarak değinilmesi gereken önemli bir nokta da idari işlemlerin icrailiği ile res'en icra yetkisinin farklı olduğu hususudur. İdari işlemlerin icariliği; idari işlemin ilgilisi tarafından kabul edilmesine gerek olmaksızın hukuki sonuçlarını doğurması demektir (Gözler, 2009, 673). Yani idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla oluşur ve tamamlanır (Giritli&Bilgen vd., 2008, 811). İdari işlemin hukuk aleminde doğan sonuçlarının maddi aleme doğrudan doğruya idare tarafından aktarılmasına ise o kararın res'en icrası denir. Dolayısıyla icrailik, kararın oluşmasına ilişkin iken, res'en icra uygulanmasına ilişkindir (Gözler, 2009, 675). Ancak, hukuk devleti ilkesi uyarınca, idarenin almış olduğu bir kararı re'sen icra edebilmesi için yasal bir izne ihtiyacı bulunmaktadır. Yani, yasal bir "dayanak" , "izin" veya "yetki" olmadan idarenin kararını re'sen icra etmesi mümkün değildir (Kalabalık, 2004, 94). Kural olarak idare, işlemlerini cebir kullanmaksızın, istisnaen de cebir kullanarak re'sen icra eder. İdare, işleminin icrasını sağlamak için mahkemeye başvurma zorunluluğuna ve imkanına sahip değildir.

2.5.2. İdari ve Cezai Yaptırımların Amaçları Açısından Farklar

Cezalar ve idari yaptırımların koruduğu menfaat açısından aralarında çok fazla fark bulunmamaktadır. Her ikisi de sosyal düzenin korunmasını amaçlar. Ancak belli başlı konularda aralarında farklar bulunmaktadır.

Cezalar, genelde toplum düzenini korumayı, kefarete, acı çektirme ve caydırma amacı gütmeyi, aynı zamanda kişilerin ıslahını gerçekleştirmeyi hedefler. Asıl amacı ise ihlal gerçekleştiikten sonra, eylemi yapan kişiyi cezalandırmaktır.

İdari yaptırımlar ise, kişilere idare karşısındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyi hatırlatarak idari düzeni sağlamayı, idari ihlalin kamu yararında neden olduğu eksilmeyi gidermeyi (Çağlayan, 2006, 28), kişilerin idarenin yüklediği yükümlülükleri yerine getirtme ve yasaklara riayetini sağlamayı ve ihlallerin önlenmesini amaçlar.

2.5.3. İdari ve Cezai Yaptırım Türleri Açısından Farklar

İdari ihlallerin karşılığı olarak uygulanan idari yaptırımlar, işlevsel ve kurumsal olarak cezalardan ayrılmaktadır.

Cezalar, düzeni bozucu ağır ihlallere karşı düşünülen müeyyideler olduğundan, daha çok hürriyeti bağlayıcı cezaları içermektedir. Oysa idari yaptırımlar, cezalara göre daha hafif ihlallere yönelik olduğundan, hürriyeti bağlayıcı ceza içermez. Parasal yaptırım ve diğer tedbirleri içermektedir.

Hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis) ağır ihlaller karşılığında düşünülen bir ceza hukuku müeyyidesi olduğundan, ancak mahkeme kararı ile uygulanabilir. İdari yaptırımlar ise idare tarafından uygulandığından, hürriyeti bağlayıcı idari yaptırım olamaz (Özay, 1985, 114).

2.5.4. İdari ve Cezai Yaptırımların Sonuçları Açısından Farklar

İdari yaptırım ile ceza yaptırımı arasında sonuçları açısından da farklar bulunmaktadır. Nitekim AYM, 1970 tarihli bir kararında, “Kolluk kurallarına aykırılık nedeni ile idarece uygulanan yaptırımlarla bir ceza davası dolayısıyla ceza mahkemelerince uygulanan yaptırımlar maddi sonuç açısından birbirlerine belli bir ölçüde benzeseler bile, hukuki sonuç açısından birbirlerinden başka konulardır.” ifadeleriyle bu farklılığa değinmiştir (AYM, 06.01.1970, E:1969/46, K:1970/2).

Ceza yaptırımını etkileyen veya ortadan kaldıran af ve benzeri kurumlar, sadece yasayla kapsama alınması durumunda idari yaptırımların uygulanmasına engel oluştururlar.

Ceza yaptırımları adli sicile kaydedilip adli tevbih konusu olabilirken, idari yaptırımlar adli sicile kaydedilmeyip adli tevbih konusu olmazlar. Ayrıca, başka bir yaptırıma çevrilebilen ceza yaptırımları, idari yaptırımlardan bu hususta da farklılık teşkil ederler. Örneğin TCK'nın 50. maddesinde kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre başka bir yaptırıma çevrilebilir (TCK, Md. 50).

Cezalar ceza infaz kurumlarınca infaz edilir ve erteleme söz konusu olabilir. İdari yaptırımlar ise idare tarafından doğrudan uygulanıp, ertelemeye konu olamaz. Sadece idari para cezalarının tahsili taksitlere bölünebilir veya ödenmesi belli bir süre ertelenebilir. Ancak bu erteleme ceza hukukundaki ertelemenin sonuçlarını doğurmaz. Zira TCK'nın 51. maddesinin son fıkrasına göre "Denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır." Oysa idari yaptırımlarda böyle bir netice doğmaz.

Buna ek olarak ceza yaptırımları arasında tekerrür mümkünken (TCK, Md. 58), idari yaptırımlar, ceza yaptırımlarının tekerrürüne esas teşkil etmezler (Oğurlu, 2001, 52). Ancak, kanun öngördüğü takdirde idari yaptırımlar arasında da tekerrür olabilir. Ayrıca, ceza yaptırımları sadece gerçek kişiler hakkında uygulanabilirken idari yaptırımlar tüzel kişiler hakkında da uygulanabilir.

2.5.5. İdari ve Cezai Yaptırımların Hukuksal Nitelikleri Açısından Farklar

İdari yaptırım ile ceza yaptırımını arasında hukuksal nitelik açısından farklılıklar da önem taşımaktadır. Zira AİHM, iç hukukta idari yaptırım olarak adlandırılrsa da yapacağı inceleme üzerine, ceza yanının ağır bastığı kararına vardığı disiplin cezası ve bazı para yaptırımları için AİHS'nin adil yargılanmayı içeren 6. maddesini devreye sokmaktadır (Tan, 2005, 310). Bu çerçevede AİHS'nin getirdiği güvencelere, idari yaptırım uygulanırken mutlaka uyulması gerekliliği doğmaktadır.

Yani bir yaptırım iç hukuktaki nitelendirilmesi nasıl olursa olsun niteliği itibariyle ceza yaptırımını niteliğindeyse savunma hakkı, adil, tarafsız ve bağımsız bir hakim önünde itiraz etme hakkı, suçta ve cezada yasallık ilkesi, cezaların geriye yürümemesi, silahların eşitliği ve ne bis in idem gibi adil yargılanmayı sağlayan ilkelere mutlaka uyulması gerekecektir.

Diğer yandan idari yaptırımlar gerektiren eylemlerin bir kısmının, daha önce ceza kanununda düzenlenmesi, suç olmaktan çıkarma eğilimi çerçevesinde ceza kanunlarından çıkarılarak, münferit düzenlemelerle idari yaptırımlara konu yapılması da, bu eylemler üzerinde ceza hukukunun ilkeleri etkilerinin devam edip etmediğine dair soruların da yanıtlanmasını gerektirir.

İdari yaptırımların sadece idare hukukunun konusuna girmediği, aynı zamanda ceza hukuku ilkeleri ile de ilişkili kabul edilmesi gerektiğini belirtmek oldukça önemlidir (Katoğlu, 2008, 282). Bu nedenle idari yaptırımların ceza hukuku ilkeleri ile olan ilişkilerinin de ele alınması gerekir.

2.6. Ceza Hukukuna Egemen Olan İlkeler Bağlamında İdari Yaptırımların Özellikleri

2.6.1. Kanunilik İlkesine Bağlılık

Önem sırası dikkate alınır, idari yaptırımlarda en önemli sorunlardan birini “cezaların yasallığı” ilkesi oluşturur. Çünkü yasallık ilkesi, İdare Hukuku ve idari yaptırımlar konularında, Ceza Hukukundan çok daha geniş boyutlara varabilecek potansiyel bir önem taşımaktadır. Kısaca “suç ve cezanın yasallığı” olarak anılır. Buna göre cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur, kanunsuz ceza olmaz (Özay, 1985, 31).

Bu çerçevede, bir kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir eylemden dolayı cezalandırılmaması, hukuk düzeninin ceza hukuku alanında öngördüğü en önemli güvencedir. Ceza hukukunda yasallık ilkesi, diğer bütün hukuk dallarına göre daha güçlüdür.

Kanunilik ilkesinin ceza hukuku ve idari yaptırımlar açısından ne tür farklılıklar içerdiğinin belirlenmesi ise, ilkenin idari yaptırımlar açısından anlamının

daha açık olarak tespit edilebilmesini sağlayacaktır (Karabulut, 2008, 82). Bu nedenle suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin dayanağını oluşturan 3 temel ilkenin idari yaptırımlara nasıl yansıdığına tespit edilmesi gerekir. Bu ilkeler, belirlilik, kıyas yasağı ve geçmişe yürümezlik ilkesidir.

2.6.1.1. İdari Yaptırımların Belirliliği ilkesi

Belirlilik ilkesi, suç ve cezaların kanunda, açıkça ve tek tek sayılarak düzenlenmesi zorunluluğudur. İlkenin idari yaptırımlar üzerindeki etkisi ise tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler üç başlık altında ele alınabilir. Bir görüşe göre, idareye tanınan geniş takdir yetkisi, hukuka aykırı eylemi ve idari yaptırımın seçilmesi hususunu da kapsamaktadır ve ilke, idari yaptırımlar açısından geçerli olmamaktadır (Gölcüklü, 1963, 137). İkinci görüş, idari yaptırımların ilkeye ceza yaptırımların tabi olduğu katılıkta tabi olmaması gerektiğini (Özay, 1985, 38); son görüş ise ilkenin idari yaptırımlar açısından da katı biçimde uygulanması gerektiğini savunur (Mahmutoğlu, 1995, 105).

Kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar açısından da katı uygulanması gerektiğini savunan Şen, düzenlemelerin “açık ve seçik olması” ve “kanunilik prensibinin gereklerine uygun düşmesi” gerektiğini belirtmiştir (Şen, 1994, 98). Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında; “İdare, kendiliğinden suç yaratamaz...Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.” diyerek idari yaptırımların kanunla ve açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir (AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8).

Bu görüşün idari yaptırımlar açısından uygun olmadığını savunan yazarlar ise, yasama faaliyetinin usulleri dikkate alındığında, gelişen ve değişen sosyal ilişkilerinin tamamı hakkında ayrıntılı kanun yapılmasının mümkün görünmediğine dikkat çekmişler ve kanunun tekelciliği ilkesinin katı uygulamasının idari yaptırımlar açısından uygun olamayacağını ileri sürmüşlerdir (Tunaya, 1980,219).

Diğer yandan, idari yaptırımlara konu olan eylemlerin ve yaptırımların, ceza hukuku anlamında suç ve ceza olmamaları nedeniyle de, ilkenin ceza hukukundaki gibi katı uygulanmasının zorunlu olmadığı da ileri sürülmüştür (Selçuk, 1987, 134).

Anayasa Mahkemesi de, idari yaptırımlar açısından yasa ile sınırlı tuttuğu alanı, 1996 yılındaki kararında geliştirmiş ve idari yaptırımların yasayla ya da onun açıkça verdiği yetkiye dayanarak, idare tarafından belirlenebileceğine hükmetmiştir (AYM, 23.10.1996 E.1996/48, K. 1996/41). Sonuç olarak, Mahkemece ‘yasa ile yetki verilmesi’ durumunun tanınması ile, idarenin yaptırımlara ilişkin düzenleme yapabileceği alan ve takdir hakkı genişlemiştir. Bu nedenle de kanunilik ilkesinin yumuşatıldığı kabul edilebilir.

İdari yaptırımların kanuna ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanması gerektiği hususundaki görüşlerden ayrılan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, idari yaptırımların kanunla ya da kanunun verdiği yetkiyle değil yalnızca düzenleyici işlemlere konu olmasının ilkeye aykırı yanı bulunmaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme bu görüşe karşı çıkmış, “yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi” bulunmadığına hükmetmiştir (AYM, 14.03.2005, E:2003/70, K:2005/14). İdari yaptırımların da eğitim, çalışma, mülkiyet gibi haklara sınırlamalar getirebildiği göz önüne alınacak olursa, idarenin kanunla hiç düzenlenmemiş bir alanda idari yaptırıma karar vermesi mümkün değildir.

Sonuç olarak, kanunla düzenlenme ilkesinin, idari yaptırımlar açısından ceza yaptırımlarında uygulandığı şekliyle katı uygulama bulmayacağı kanısındayız. Buna göre, kanuna dayanma zorunluluğu idari yaptırımlar için de geçerli olmakla birlikte, kanunun yetki verdiği ve çerçevesini çizdiği hususlarda hukuka aykırı eylem ile ilgili teknik ayrıntıların düzenleyici işlemlerle yapılması mümkün olmalıdır.

2.6.1.2. İdari Yaptırımlarda Kıyas Yasağı İlkesi

Kıyas, kanun tarafından düzenlenememiş bir eyleme karşı, kanunda yer alan başka bir eylem için öngörülen hükmün uygulanmasıdır (Demirbaş, 2007, 116).

Kıyas yasağı ile kastedilen ise, bir eylemin kanunda yazılı suç tiplerinden herhangi birine uymaması halinde suç olarak kabul edilememesi ve cezalandırma

yapılamamasıdır (Toroslu, 2007, 61). Kişinin hukuki güvenliğinin sağlanması açısından ceza hukuku açısından önem arz eden ilke TCK'da açık bir şekilde düzenlenmiştir (TCK, Md. 2).

İdari yaptırımlar açısından Danıştay, "İdari cezalar için de geçerli olan cezayı gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı yolundaki ceza hukuku ilkesi gereğince, varsayım ya da kıyas yoluyla ceza uygulanması olanağı bulunmadığını" vurgulamıştır (Danıştay, 4. D, 22.11.2006, E.2006/2998, K.2006/2299).

Sonuç olarak, öngörülebilir bir yönetim anlayışı içinde, kişi hak ve özgürlüklerinin kullanılabilmesi için idari yaptırımlar açısından da kıyas yasağının kabulü gerekmektedir.

2.6.1.3. Yaptırım İçeren Yasal Düzenlemelerde Geriye Yürümezlik İlkesi

Kişi hak ve hürriyetlerinin güvenliğini sağlayan kanunilik ilkesinin bir gereği de, işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre suç kabul edilmeyen bir eylemin daha sonra çıkarılan bir kanunla geriye doğru geçerli olacak şekilde suç sayılmasını ve suçun cezasını sonradan çıkan kanuna göre ağırlaştırılabilmesini engelleyen geriye yürümezlik ilkesidir (İçel ,Donay, 2006, 88).

İlkenin uygulamasında, geriye yürümezlik vasfının ancak aleyhte olan hükümler için olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, eylem gerçekleşikten sonra yürürlüğe giren ve o suça karşılık gelen cezayı ağırlaştırılan hükümlerin geriye yürümesi mümkün değildir. Ancak eylem gerçekleşikten sonra yürürlüğe giren kanun cezayı hafifletici nitelikte ise geriye yürütülebilir. Bu yolla sanığın korunması amaçlanır. Sonuç olarak, geriye yürümezlik ilkesine göre, eylemin gerçekleşme tarihinden önce yürürlükte bulunan kanuna göre ceza daha ağır nitelikte ise geriye yürümezlik ilkesi uygulanmayacaktır (TCK, Md.7).

Danıştay 8. Dairesi 2006 yılında verdiği kararda da; "Hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanır. Yasalar "geçmiş yürümezlik prensibi" uyarınca yürürlüğe girdiği tarihten sonraki hukuki olaylara yönelik hüküm ve sonuç

doğurmaktadır. Adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi bazı durumlardan kaynaklanan zorunluluk hali hariç yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir” demek suretiyle, sonraki yasanın kişinin lehine olması durumu kastedilerek, “adaletin sağlanması” gerektiği vurgulanmıştır (Danıştay, 8. D, 25.09.2006, 2006/3165,).

İdari yaptırımlar açısından da doktrinde genel kabul gören görüş, eylem sonrasında yürürlüğe giren aleyhteki hükümlerin geçmişe yürümeyeceğinin, lehe olan hükümlerin ise geçmişe uygulanabileceğinin kabul edilmesi yönündedir.

2.6.2. İdari Yaptırım Gerektiren Eylemlerde Kişisel Sorumluluk İlkesi

Kişi hak ve özgürlüklerinin korunması açısından kanunilik ilkesi kadar önem arz eden bir diğer ilke de şahsilik ilkesidir. İlkenin en geniş anlamdaki amacı kişinin “gerçekleşmesinde hiçbir nedensel katkıda bulunmadığı, tamamen başkaları tarafından gerçekleştirilen” bir eylemden dolayı sorumlu tutulamamasını; yani, kanunun öngördüğü cezadan sadece suçun failinin etkileneceği bir cezalandırma sistemini sağlamaktır (Dönmezer&Erman, 1986, 552).

Ceza yaptırımları açısından, suç ve cezanın şahsiliği ilkesi olarak da anılan ilke, Anayasa'nın 38. maddesinde “Ceza sorumluluğu şahsîdir” şekliyle yer almış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20.maddesinde de; “1) Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

Hukukumuz açısından Anayasa'nın 38. maddesi ve TCK'nın 20. maddesi nedeniyle tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının olmadığı kabul edilmektedir. Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi 19.09.1991 tarihli kararında tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının kabul edilmesinin anayasal bir aykırılık taşımayacağını belirtilmiş olsa da; doktrindeki pek çok görüş, farklı gerekçelerle de olsa, ceza hukukunun bireyin iradi davranışını ön planda tutan yapısı ve Anayasa'nın 38. maddesi karşısında tüzel kişilerin ceza hukuku açısından sorumluluğunun kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler.

İdari yaptırımların tüzel kişilere uygulanması açısından ise, Anayasa'nın 38. maddesi ve TCK'nın 20. maddesi yalnızca 'ceza sorumluluğundan' bahsettikleri için, engel bulunmamaktadır. Bu nedenle özellikle tüzel kişiler açısından idari para cezası öngören düzenlemelerin sayısı fazladır (Gözübüyük&Tan, 2006, 762).

Sonuç olarak, şahsılık ilkesinin idari yaptırımlar açısından kısmen geçerli olduğu, fakat tüzel kişiler açısından idari yaptırım uygulanabilmesinin mümkün olması nedeniyle, ceza hukukundan farklı bir görünüm arz ettiği belirtilebilir.

2.6.3. İdari Yaptırımlarda Ne Bis İn İdem (Tek suça tek ceza)

Kuralı

"Ne Bis İn İdem", aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bir Ceza Hukuku ilkesidir (Özay, 1985, 35). Ancak, doktrinde bazı yazarlar, aynı suç için ceza yaptırım yanında idari yaptırım da uygulanabileceğini düşünmektedir (Hızlı, 1984, 32), (Duran, 1964, 610), (Derdiman, 1997, 118). İdari ihlal, Ceza Hukukunda da suç sayılabilir. Bu durumda, idari yaptırım yanında ceza yaptırımının uygulanmasına bir engel yoktur. Bu iki yaptırım türü, sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul açılarından farklıdır (Zişan, 1997, 900). Bu farklılıklar nedeniyle anılan kuralın, idari yaptırımlar alanında sınırlı bir geçerliliğe sahip olmasının doğal karşılanması gerekir (Oğurlu, 2001, 78).

Bu kuralın idari yaptırımlarda geçerli olmamasının nedeni, ceza yaptırımları ile idari yaptırımların değişik alanları düzenlemeleri, ayrıca amaçlarının da farklı oluşudur. İlkenin idari yaptırımlarda geçerli olmaması, ceza mahkemesi kararı ile idarenin verdiği yaptırımın birbirini etkilememesi sonuçlarını doğurmaktadır. Böylece, idare ile Ceza mahkemesi, aynı olay hakkında birbirinden bağımsız farklı sonuçlara ulaşabilmektedirler (Gölcüklü, 1963, 215).

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde, ceza hakiminin hukuksal nitelendirmesi ve sonuçta verdiği karar, idari yaptırıma karar verecek olan idari mercii bağlamaz. Bunun nedeni, ceza yaptırımının idari yaptırımla tamamlanması isteği yanında aynı eylemle toplumun genel çıkarlarına ve bununla

birlikte özel çıkarlarına da verilen zararların engellenmesi isteğidir (Gölcüklü, 1963, 215).

ÖZAY, bu kuralın cezai yaptırım ile idari yaptırımlara sınırlı uygulanabileceğini bunun nedeninin ise iki yaptırımın da ayrı ayrı alanlarda ayrı amaçlara yönelik olarak uygulanması olduğunu ifade etmiştir. Yazar'a göre, bu kural salt idare hukuku içinde de sınırlı bir uygulama bulabilecektir. Buna göre, idarenin bir şahsı değişik iki sıfatı ve durumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı, kendisine iki ayrı yaptırım uygulaması hukuken mümkün ve caizdir. Çünkü, idari yaptırımların uygulanmasında, ceza hukukunun, aynı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine dair kuralı geçerli değildir (Özay, 1985, 64).

Doktrinde, bazı ceza hukukçuları ise farklı görüştedir. Bazı yazarlar, idari yaptırımla birlikte ceza yaptırımı uygulanmasının bu ilkeye aykırı olduğunu düşünmekte ve kabul edilemez bulmaktadır (Yarsuvat, 1984, 171), (Kunter, 1986, 815).

Konuyla ilgili olarak Kabahatler Kanunu da bu kurala ilişkin olarak önemli bir düzenleme içermektedir. Kanunun "İçtima" başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında öncelikle ilgili kanunda bir kabahate ilişkin olarak iki idari yaptırım öngörülmesi haline yönelik olarak idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır (KK, Md. 15).

Aynı maddenin son fıkrasında ise, ihlale aynı zamanda hem ceza hem de yaptırım sonucunun bağlandığı hallerde nasıl bir yol izleneceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanması mümkün olacaktır. Bu çerçevede KK'nın Ne bis İn İdem kuralının kabahatler ve suçlar açısından geçerli olduğunu kabul ettiği söylenebilir.

2.6.4. İdari Yaptırımlarda Savunma Hakkı İlkesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1977 yılında aldığı 31 sayılı “Kişilerin İdari İşlemler Karşısında Korunması” hakkındaki kararında savunma hakkı önemli bir yer tutmaktadır. Bu karara göre, “Haklarını özgürlüklerin ya da yararlarını zedeler nitelikte her idari işleme karşı ilgilinin olay ve delilleri ileri sürme ve gereğinde kanıt araçları sunma hakkı vardır. Bunlar idarece göz önünde tutulur.” şeklinde ifade edilmiştir. Yine aynı karara göre “isteği üzerine, ilgiliye idari işleminden, bu işlemin yapılmasında kullanılan bütün öğeler hakkında, verilmesi olanaklı her bilgi uygun biçimde iletilir.” kararı yer almaktadır.

İdari yaptırımlar alanında savunma hakkının ise mer’i mevzuatımızda yeterince düzenlendiği söylenemez. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda savunma hakkından bahsedilmeyip, sadece 25 ve 26. maddede fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün delillerin kişiye gönderileceği belirtilmektedir.

Danıştay, idari yaptırım uygulanmadan önce savunma hakkının tanınması gerektiğini belirten bir kararında ise şu ifadelere yer vermiştir: “Herkes, hakkındaki iddia ve isnatlara karşı cevap veya savunma hakkı tanınması evrensel bir hukuk kuralıdır. Temel haklardan olan cevap veya savunma hakkı, adil yargılanma hakkının, hak arama özgürlüğünün ve demokratik hukuk devleti olmanın vazgeçilmez bir koşuludur. Bu sebeple birçok hukuk metninde, savunma veya cevap hakkına yer verilmiş; ilgililere cevap veya savunma hakkı tanınmadan idari yaptırım uygulanamayacağı kurala bağlanmıştır.” (Danıştay, 10.D., 10.04.2014, E:2013/5609 K:2014/2277).

2.6.5. İdari Yaptırım Kararlarında Gerekçe Gösterme Zorunluluğu

Yukarıda belirtildiği gibi idari yaptırımlar idari işlemlerdir. Bu yüzden idari işlemin gerekçeli olup olmaması idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. Gerekçe idari işlemin yapılmasına yol açan maddi ve hukuki olayların işlemin metninde gösterilmesidir. Gerekçenin işlem metninde gösterilmesi, savunma hakkının kullanılmasının tamamlayıcı bir ögesini oluşturmaktadır (Akıllıoğlu, 1982, 15).

Ancak Türk Hukuk sisteminde idari işlemlerin gerekçeli olacağına dair bir kural bulunmamakla birlikte; bir müeyyide olması sebebiyle idari yaptırım niteliğindeki idari işlemlerin gerekçeli olması gerektiği yolunda düşünceler bulunmaktadır (Gözler, 2009, 720).

2.6.6. İdari Yaptırım Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, hukuksal güvencelere bağlı kalınarak, elde edilmek istenen amaca uygun sınırlandırma araçları ile ulaşılmasını ifade etmektedir (Zabunoğlu, 2012, 87). Anayasanın 13. maddesinde, ölçülülük ilkesine yer verildiğinden, kanunla getirilen sınırlamalarda ölçülük ilkesine uyulması anayasal bir zorunluluktur. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade ettiğini, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilke olduğunu ifade etmiştir (AYM, 29.01.2014, E:2013/130 K:2014/18).

Ölçülülük ilkesi kapsamında, idari yaptırım ile ulaşılmak istenen amacın uygun ve bu yaptırımın uygulanmasının gerekli olması durumunda uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, ortaya çıkan zararın miktarı ile orantılı bir yaptırım olmalıdır. Bu durum yukarıda ifade edildiği gibi anayasal bir zorunluluktur.

2.7. İdari Yaptırımların Sınıflandırılması

Yaptırımlar nitelikleri bakımından caydırıcı (tedip edici, bastırıcı, cezalandırıcı) müeyyideler ve telafi edici (giderici, onarıcı, engelleyici) müeyyideler olmak üzere iki ana gruba ayrılabilir. Caydırıcı müeyyidelerin cezalandırma amacı ağır basar. Ceza hukuku yaptırımları (hapis, adli para cezası, müsadere gibi) kural olarak bu gruptadır (Ulusoy, 2013, 8).

Telafi edici müeyyidelerin temel amacı ise; cezalandırma değil, bir hukuk normunun ihlali nedeniyle ortaya çıkan bir hak kaybının veya şahıslar ya da toplum

aleyhine oluşan olumsuz etki veya sonucun zorla giderilmesi, telafi edilmesi veya engellenmesidir.

Sınıflandırmanın daha iyi anlaşılabilmesi için 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer alan İdari Ceza-İdari Tedbir ayrımı ve idari yaptırımların özel bir türü olan disiplin yaptırımlarının da irdelenmesi gerekmektedir.

2.7.1. İdari ceza- İdari tedbir ayrımı

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, idari yaptırımları “idari para cezaları” ve “idari tedbirler” olarak sınıflandırmakta; idari para cezalarını ‘maktu ve nispi para cezaları, idari tedbirleri ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer tedbirler olarak yine ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır (KK, Md. 16-17).

ULUSOY'a göre, bu sınıflandırma genel olarak tüm idari yaptırımlar için değil de sadece teknik olarak kabahatlerin, yani KK'nın İkinci Kısmında belirtilen (dilencilik yapma, gürültü yapma gibi) basit mevzuat ihlallerinin ve bunlara verilen nispeten hafif cezaların kendi içindeki sınıflandırması için yapılsaydı önemli bir sorun olmayacaktı. Ancak Kanun (m. 16) bu sınıflandırmayı sadece ‘kabahatler’ için değil, tüm idari yaptırımlar için öngörmektedir. Bu nedenle Kanunun bu sınıflandırmasında bazı sorunlar bulunmaktadır. Yazara göre bu sınıflandırmadaki birinci sorun, disiplin cezalarına hiç yer verilmemesinden kaynaklanan eksikliklerdir. Ayrıca, kanunun regülatif cezalar ile kabahatler hakkında verilen cezalar arasında ayırım yapmaksızın, bunları aynı kefeye koyarak, hukuki rejimlerinin farklılığı nedeniyle doğurduğu sakıncalar ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Üçüncü ve daha önemli sorun ise, kanunda idari para cezaları dışında kalan idari cezalar ile ‘idari tedbirler’in ayrıştırılmamasının doğurduğu teknik hukuki problemler ve uygulamada sebebiyet verdiği karmaşa ve buna ilaveten, idari tedbirlerden farklı olarak idari cezalara özgü birtakım genel idari usul kuralları öngörülmemesinin doğurduğu sakıncalardır. Örneğin idari ceza niteliği ağır basan idari yaptırımlar için temel ceza hukuku güvencelerinin hangilerinin ne ölçüde uygulanacağına dair kuralların belirlenmemesi büyük bir eksikliklerdir (Ulusoy, 2013, 10).

Zira, idari ceza niteliğindeki idari yaptırımlar ile idari tedbir niteliğindeki idari yaptırımları birbirinden ayırt etmek zorunluluk teşkil eder. Çünkü, idari

cezalara idare hukuku ilke ve kuralları yanında ceza hukukunun yukarıda sayılan hukuki güvenceleri de ayrıca uygulanırken, idari tedbirler için idare hukuku ilke ve kuralları ile idari yaptırımlar için öngörülen ‘idari usul’ kuralları dışında başka ilke ve kurallar uygulanmaz (Ulusoy, 2013, 11).

Ayrıca, idari tedbirlere ceza hukukuna ilişkin temel prensiplerin uygulanmamış olması o yaptırımı tek başına hukuka aykırı kılmaz. Bu tür yaptırımların hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde bütünüyle idare hukukundaki idari işlemlerin hukuka uygunluk kriterleri dikkate alınır. Örneğin bu tür yaptırımların ‘konu’ yönünden hukuka uygun olup olmadığı bakımından, idare hukukundaki ‘orantılılık’ veya ‘ölçülülük’ ilkesi yönünden değerlendirme yapılması gerekir.

2.7.2. İdari Yaptırımların Özel Bir Türü Olarak Disiplin Yaptırımları

İdare ile bireyler arasında özel anlamda statülerden kaynaklanan ödevler ile genel anlamdaki ilişkilerden kaynaklanan ödevler ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Özel anlamda olan statülerden kaynaklanan yaptırımlar disiplin hukukunu oluşturur. Bu statüler memur olma, öğrenci olma, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu üyesi olma şeklinde gerçekleşebilir.

Disiplin yaptırımları, kamu hizmetinin iç düzeninin sağlanması amacıyla idari makamlarca uygulanan idari yaptırım türüdür. Ayrıca idari yaptırım türleri içinde Ceza hukuku yaptırımlarına en fazla benzeyen gruptur. Bu nedenle ceza hukukundaki ilkelerin geçerliliğinin en fazla hissedildiği yaptırım türüdür. Yaptırım uygulanırken uyulacak usuller de daha sıkı koşullara bağlanmıştır.

Bununla birlikte, meslekten çıkarma gibi bazı ağır disiplin yaptırımlarının, kişinin çalışma özgürlüğünü sonlandırması ve hayat akışını önemli ölçüde değiştirmesi nedeniyle ceza kanunlarına aktarılması ve bu sonuçların idari yaptırımlar yerine yargısal kararlarla öngörülmesi gerektiği savunulmaktadır (Oğurlu, 2001, 66).

3. İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİ

İdari yaptırımları düzenleyen mevzuatta gerek doğrudan adli yargıda veya idari yargıda dava açılmasını öngören, gerekse de önce idari yaptırım kararını alan idari merciye başvurulmasını, merciden alınacak karara göre de idari yargıda dava açılmasını öngören çok sayıda düzenleme bulunmaktadır.

Hangi yargı makamı önünde olursa olsun idarenin kendisi dışındaki bir organ tarafından denetlenmesi, idarenin hukukla kendini bağlı hissetmesi ve hukuk dışına çıktığında yaptırımla karşılaşması, hukuk devletinin doğal bir sonucu ve gereği olarak ortaya çıkmaktadır (Gözübüyük, 2006, 314).

3.1. İdari Yaptırım Kararlarının Denetiminde Görevli Mahkemenin Tespiti

Görevli yargı yeri denilince konu yönünden o davaya bakmaya izinli olan mahkeme anlaşılmalıdır (Kuru&Arslan&Yılmaz, 1992, 101). İdari yaptırım kararlarına ilişkin uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninde, hangi mahkemede görüleceği görev kurallarıyla belirlenmektedir.

İdari yaptırım kararına itiraz edebilmek için, öncelikle yaptırım kararını düzenleyen kanuna bakmak gerekmektedir. İdari yaptırım kararının düzenlendiği kanunda özel olarak başvuru yolu öngörülmüşse, kanunda öngörülmüş olan yargı yeri, özel kanunda düzenleme olmaması halinde ise, Kabahatler Kanununda düzenlenmiş yargı yeri uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkeme olacaktır (Erol, 2009, 51).

3.1.1. Özel Kanunda Düzenleme Bulunması Halinde Görevli Mahkeme

KK'nın 3. maddesine göre, KK'nın idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanmaktadır. Buna göre, idari yaptırımlara yer veren kanunlarda başvuru yolu

olarak sulh ceza mahkemesinden başka bir yargı yeri öngörülmişse, itirazlar o yargı yerinde incelenecektir.

Vergi mahkemelerinin görev alanına giren yaptırımlar KK'nın kapsamı dışında tutulmuştur. Buna göre, "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun"un 6. maddesi gereğince, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalarda görevli mahkeme vergi mahkemesi olacaktır.

3.1.2. Özel Kanunda Düzenleme Bulunmaması Halinde Görevli Mahkeme

KK'nın 27. maddesine göre, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararlara karşı başvuru merci sulh ceza mahkemesidir. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı dışında kalan diğer idari yaptırım kararlarına karşı başvuru merci ise idare mahkemeleri olacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, trafik zabıtasınca düzenlenen para cezasına ilişkin ceza tutanağının iptali istemiyle Çorum Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılan davada, sulh ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararı üzerine dava dosyasının gönderildiği Çorum İdare Mahkemesi Başkanlığı'nın yapmış olduğu başvuru üzerine, KK'nın idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, KK uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğuna karar vererek sulh ceza mahkemesinin görevsizlik kararını kaldırmıştır (UYM, 02.07.2007, E: 2007/202, K: 2007/14).

İdari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezası dışında, idari yaptırım kararı da tesis edilmişse, bu kararın iptali talebiyle birlikte idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezasına yapılacak itiraz da idari yargı merciinde görülecektir (KK, Md. 27). Örneğin, idari yaptırım kararıyla birlikte işletmenin faaliyetten men edilmesine karar verilmişse, men kararı ile birlikte idari yaptırım kararının hukuksal denetimi de idari yargı mercii tarafından yapılacaktır.

Sadece idari para cezasına karşı başvuruda bulunulacaksa, o zaman sulh ceza mahkemesine başvurulması gerekecektir (Güçlü, 2008, 183).

KK'nın 3. maddesi ile ilgili olarak; yargı ayrılığını benimsemiş olan Anayasal rejimde, idari işlemlere karşı adli yargının görevlendirilmesinin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine, idarenin her türlü eylem ve işlemini idari yargı denetimine tabi tutan 125. maddesine ve buna bağlı olarak temyiz merciini değiştirmesi sebebiyle de 155. maddesine aykırı olduğu görüşüyle, somut norm denetimi yoluyla, AYM'ye yapılan başvuruda AYM, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" düzenlemelerinin yer aldığını, bu kurallara göre, Anayasa'da idari ve adli yargı ayrılığının kabul edildiğini, bu ayırım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemlerinin ise adli yargı denetimine tâbi olacağını, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımını içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle KK'nın 3. maddesinin (1) no'lu fıkrasının iptaline karar vermiştir (AYM, 01.03.2006, E:2005/108, K: 2006/35).

3.2. İdari Yaptırım Kararlarının Denetiminde Yetkili Mahkemenin Tespiti

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirler. İdari yaptırım düzenleyen kanunda, yetkili mahkemeye ilişkin bir kural varsa, öncelikle bu kurala göre başvuru yapılması gerekmektedir. İdari yargının görev alanına giren idari yaptırımlara karşı başvuruda yetkili mahkeme, İYUK'un 32. maddesi ve devamına göre belirlenecektir. Yetkili mahkeme konusunda özel bir

düzenleme yoksa, genel yetkili idare mahkemesi, dava konusu idari yaptırım kararını tesis eden idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olacaktır.

İdari yaptırımı yargılama görevi sulh ceza mahkemesinde ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yetki ile ilgili hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, suçun işlendiği yer mahkemesi, davaya bakmaya genel yetkili mahkeme olacaktır. Suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

3.3. İdari Yaptırım Kararlarına Karşı İdari Yargıda Yargısal Korunma

İdari yaptırımların, idari işlem niteliğinde olduğu konusunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır. Buna göre idari yaptırımları, “idare içerisindeki makam ve mercilerin, idari işlem niteliğindeki kararları” şeklinde tanımlayabiliriz (Özay, 1985, 36-40).

Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yaptırımları bir idari işlem olarak nitelendirdiklerinden çalışmanın başlangıcında söz etmiştik. Benzer biçimde Danıştay da 1990 tarihli bir kararında “elkoyma” işlemini, “kanuna göre tesis edilmiş bir idari işlem olarak” nitelendirmiştir (Danıştay, 10. D., 26.11.1990, E:1988/222, K:1990/2803).

İdari yaptırım kararları, idari makamların kamusal nitelikli, etkili kamu gücü kullanımı çerçevesinde ortaya çıkan tek yanlı irade açıklamaları olarak pratik zorunluluklardan kaynaklanan bir anlayışla, hukuka ve usule aykırı olarak yapılsalar bile, hukuka uygunluk karinesinden yararlandıkları için geçici etkiye sahiptirler (Özay, 1985, 307). Hukuka aykırılığa karşı getirilen hukuki koruma yollarına ilişkin belirlenen sürelerde idari yaptırım kararına karşı başvuru yolları kullanılmadığı takdirde, geçici etki sürekli etki haline dönüşmektedir (Akyılmaz, 2000, 19).

İdari yargı düzeni içinde idari yaptırımlara karşı başvuru usulü iki farklı biçimde düzenlenmiştir. İlk yöntem, idari yaptırımlara karşı tebliğ tarihinden itibaren süresi içinde doğrudan idari mahkemede dava açmak; diğer yöntem ise, önce zorunlu olarak yaptırım kararını almış olan idari merciye başvuru ile idari merciden alınacak karara göre idari mahkemede dava açmaktır. Tek aşamalı yargısal denetimi öngören

düzenlemelere örnek olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararına karşı idari merciye başvurmadan süresi içerisinde doğrudan idari yargıda açılan davalar verilebilir. Birden fazla aşamalı yargısal denetimi öngören düzenlemelere örnek olarak ise ihale dışı bırakılma durumu gösterilebilir. Bu durumda da yaptırıma maruz kalan kişi, yaptırımın iptali talebiyle önce idareye şikayet, şikayet başvurusunun reddi üzerine de Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu mekanizmalarını işlettikten sonra, lehine bir karar alamaması halinde İdare Mahkemelerine başvurulabilecektir.

İdari yargıda tek aşamalı yargısal denetimde, İdare Mahkemelerinde açılacak davalar, iptal davası ve tam yargı davasıdır.

İdare Mahkemesinde açılacak olan iptal davasında, idari yaptırımların hukuki nitelikleri gereğince esasa ilişkin yargısal denetimleri idari işlemler gibi unsurları üzerinden yapılmaktadır. Bu nedenle idari yargı yeri, idari yaptırım kararının hukuka uygunluk derecesini yetki, şekil, sebep, konu ve amaç bakımlarından yapacağı yargısal denetim sonunda gerekçeli kararı ile ortaya koymaktadır (Yenice&Esin, 1983, 39).

İdari yaptırımdan doğan zararlara karşı açılacak tam yargı davalarında ise, tazminata hükmedebilmek için kesin bir zararın ortaya çıkmış olması, zarar ile idari yaptırım arasında nedensellik bağının bulunması ve idari yaptırımın hukuka aykırılığının saptanmış olması gerekmektedir. Danıştay, idari yaptırımın uygulanmasıyla olası değil, kesin bir zararın ortaya çıkmış olmasını ve zarar ile idari yaptırım arasında nedensellik bağı bulunmasını aramaktadır.

3.4. İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Adli Yargıda Yargısal Korunma

İdari yaptırımların adli yargı yerindeki yargısal denetiminde, yukarıda da bahsedildiği gibi, idari yaptırım kararının tebliğ veya tefhiminden itibaren, 15 gün içerisinde, sulh ceza mahkemesine başvuruda bulunulması gerekmektedir. Sulh ceza mahkemesi CMK'da düzenlenmiş olan usul kuralları gereğince yapacağı yargılama sonunda yaptırım kararının hukuka uygun olup olmadığına karar verecektir (KK. Md. 27).

İKİNCİ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLAR

Kamu ihalelerinin bir devletin ekonomik yapısında meydana getirdiği etki kamu yararını doğrudan ilgilendirmesi dolayısıyla çok büyüktür. Bu sebeple kamu ihalelerinin yapılması belli kurallara bağlanmıştır.

İdare hukukunun uzmanlaşmış bir alt kolu olan Kamu İhale Hukuku da, ihale sürecine ilişkin hem ihaleyi düzenleyen idareyi hem de ihaleye katılanları ilgilendiren kural ve yaptırımlara sahiptir. Bu yaptırımlarla hedeflenen, ihale sürecinde 'ekonomik kamu düzeni'nin korunmasıdır. Devlet bu görevi yerine getirirken hem ihaleyi düzenleyen idareye hem de ihaleye katılanlara çeşitli yaptırımlar uygular. Çünkü kamu ihalelerinde düzenin sağlanması belli kurallara uyulmasına, uyulmadığı takdirde ise belli yaptırımların uygulanmasına bağlıdır.

Kamu ihalelerinde ortaya çıkan kural dışı fiil ve davranışlar suç unsuru da taşıyabilir. Bu nedenle ihaleye fesat karıştırmak ve edimin ifasına fesat karıştırmak gibi ceza hukukuna ilişkin suç ve cezalar da kamu ihale hukukunda yer alabilir. Çalışmanın konusunu, ihaleye katılanların suç düzeyine varmayan fakat yine de ihale düzenini bozan fiil ve davranışlarına uygulanan idari yaptırımlar oluşturmaktadır.

1. KAMU İHALE KANUNLARINDA İDARİ YAPTIRIMLARIN DÜZENLENİŞİ

Kamu ihaleleri konusunda mevzuatımızda genellikle uygulanan üç adet kanun bulunmaktadır. Bunlar; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur. Bu kanunların uygulama alanları arasındaki farkın ve kamu ihale yaptırımlarının anlaşılabilmesi

için her bir kanunda yer alan “kapsam” başlıklı maddesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesine göre, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin 4734 sayılı kanun hükümlerine göre yürütüleceği; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 1. maddesine göre ise, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin 2886 sayılı kanuna göre yapılacağı belirtilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise, 4734 sayılı kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmelerde uygulanır. Yani 4735 sayılı kanun, 4734 sayılı kanun gereği gerçekleştirilen bir kamu ihalesinde sözleşme imzalandıktan sonra uygulama alanı bulabilecektir.

Yaptırımlar yönünden ise özellikle ihaleye katılmaktan yasaklama hükümleri açısından 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 4734 sayılı Kanunla benzer hükümler içerir. Ayrıca, 4735 sayılı KİSK’te yer alan önemli düzenlemelerde genellikle 4734 sayılı KİK’e atıf yapılmıştır. İki kanun arasında yaptırımların niteliği bakımından bir fark olmadığı gibi, aralarındaki tek fark yasak fiil ve davranışların işlendiği aşamadır. Nitekim 4734 sayılı KİK’e göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, ihale işlemleri sırasında işlenen yasak fiillerden dolayı uygulanırken, 4735 sayılı KİSK’e göre verilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, ihale sözleşmesinin uygulanması sırasında ortaya çıkan yasak fiil ya da davranışlardan dolayı uygulanır. Bu nedenle kamu ihalelerinde uygulanan idari yaptırımlar konusu, bu konuda daha kapsamlı hükümler içermesi, uluslararası düzenlemelere daha uygun bir kanun olması sebebiyle 4734 sayılı kanun esas alınarak incelenmiştir.

Benzer şekilde, 4734 sayılı Kanun’un 68. maddesinde, “Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.” hükmü ile Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olunacağından, Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine uygulanmayacak mevzuat belirlenmiştir.

Ayrıca, teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımında, geçici teminat ihaleye teklif sunma aşamasında, kesin teminat ise ihale uhdesinde kalan istekli tarafından sözleşme imzalama aşamasında verildiğinden, geçici teminatın gelir kaydedilmesi 4734 sayılı KİK’te, diğer bir teminat türü olan kesin teminat ise 4735 sayılı KİSK’te düzenlenmiştir.

2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU’NDA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLAR

Kamu ihalelerinin genellikle tabi olduğu ve yaptırımların en çok uygulama alanı bulduğu kanun 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur.

Kamu ihalelerinde uygulanan idari yaptırımlarla hedeflenen ihale sürecinde ekonomik kamu düzeninin korunması olduğundan, meydana gelen düzen bozucu fiillerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu düzen bozucu fiiller ihaleye katılanlar tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, ihaleyi düzenleyen ihale yetkilileri(görevlileri) tarafından da gerçekleştirilebilir.

Bu çerçevede, ihale isteklisine uygulanan yaptırımlar; kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, teminatın irat kaydı ve teklifin değerlendirme dışı bırakılmasıdır. İhale yetkililerine uygulanan yaptırımlar ise; idari (disiplin), ceza ve tazminat yaptırımlarıdır.

2.1. İhale İsteklilerine Uygulanan İdari Yaptırımlar

2.1.1. Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama

Kamu İhale Hukuku’nda, ihale isteklilerine uygulanan “ihalelere katılmaktan yasaklama” kararı, söz konusu ihale düzeninin sağlanması ve ihalede amaçlanan hususların gerçekleştirilmesine hizmet eder (İspir, 2009, 47). Yasaklama kararı ile ulaşılmak istenen amaçlar; Kanunun 5. maddesinde belirtilen ihalelere hakim olan ilkelere (saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi) uyulmasının sağlanması, idarelerin zarara uğramasının engellenmesi ile işlerin

düzenli ve zamanında yapılmasıdır (Doğanyigit, 2008, 859). Bu hususların gerçekleştirilebilmesi için, ihalelere özgü bazı mekanizmalara ihtiyaç duyulur. İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını da bu ihtiyacı gideren mekanizmalardan uygulamada en sık karşılaşılan yaptırımlardan biridir.

İdare hukukunda ONAR tarafından ihalelere katılmaktan yasaklama kavramı, “ihalede rekabet serbestisinin istisnai olarak sübjektif bakımdan sınırlandırılabilceği” hususuyla ifade edilmiştir. ONAR, ihalede serbestinin sınırlandırılacağı konusunda; “devlet işlerinde suiniyet gösterdiği anlaşılabilir, kanunun gösterdiği usullerle sabit olarak, bir çeşit kara listeye alınır ve bunlar daimi olarak veya muvakkat olarak eksiltmelere kabul edilmezler” diyerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımını işaret etmiştir. Yazara göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemi rekabet serbestisinin bir istisnası olarak görülmüştür (Onar, 1966, 1619).

Kısacası, Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımını ihaleyi düzenleyen idarenin ihaleye katılanları ihaleden dışlamasını ifade eder. Bu karar ile ilgili kişi ekonomik bir faydadan yoksun bırakılır. Bu sebeple, ihaleye katılanlara bu yaptırımın uygulanması için ihale düzenini bozan bir kabahatin bulunması gerekir. Bu kabahat çoğunlukla gerçek kişi eliyle işlenir. Ancak, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımını sadece gerçek kişiye değil, bu gerçek kişinin temsil ettiği veya vekili olduğu tüzel kişiye de uygulanabilir. Yaptırımın kime uygulanacağı ihaleyi düzenleyen idareler tarafından, ihaleye katılanların ihale sürecinde yaşamış olduğu maddi olayların delilleriyle birlikte değerlendirilmesi sonucu tespit edilir.

Kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımını uygulanması sonucunda, anılan kişiler belli bir müddet boyunca ihalelere katılamazlar. Bu şekilde maddi ve manevi zarara uğramış olurlar. Ayrıca bu yaptırım kararı Resmi Gazete’de ilan edilerek diğer idarelerin yasaklama kararından haberdar olması sağlanır. Bu sayede kötü niyetli davranışları teşhir edilerek ticari itibarı zedelenen isteklilerin, kolay kolay yasak fiil ve davranışlara veya sözleşme yapmaya kalkışamayacakları düşünülmüştür (Korkmaz, 2008, 17).

Öte yandan, ihale isteklilerini her yönden etkileyen bu kararın, hukuki niteliğinin de belirlenmesi gerekir. Sözleşme imzalanmadan önce veya sonra

uygulanan kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının farklı kanunlara tabi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Her ne kadar tabi olunan kanun farklı olsa da yaptırımın sonuçları aynı olur. Fakat bu kararın türünün ne olduğu belirlenirken, bunu uygulayan merci ya da mercilerin kimler olduğu da tespit edilmelidir. Bu konuda Kanununun 58. maddesinde idari makamlar tarafından tesis edilen yasaklama kararı düzenlenirken; 59. maddesinde yargı makamlarınca tesis edilen yasaklama kararına yer verilmiştir. Yargı makamlarınca tesis edilen yasaklama kararları, yargılama esnasında mahkemeler tarafından verildiğinden her ne kadar idari yaptırım olarak sayılmasa da, hem 4734 sayılı Kanun'da sayılması hem de idari makamlar tarafından tesis edilen yasaklama ile sonuçlarının aynı olması sebebiyle çalışmamızda başlık olarak inceleyeceğiz.

2.1.1.1. İdari Makamlar Tarafından Tesis Edilen Yasaklama Kararı

İdari makamlar tarafından tesis edilen yasaklama kararı 4734 sayılı Kanununun 58. maddesinde düzenlenmiştir. "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı anılan maddede;

"(1)17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

(2)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.

(3)İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

(4)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.

(5)İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.” hükmü yer almaktadır.

4734 sayılı Kanununun 58. maddesinin birinci fıkrasında; ihaleden yasaklama yaptırımının uygulanmasını gerektirecek sebepler 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesi ve üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapılmaması olarak belirtilmiştir.

Ayrıca, birinci durumda olanlar hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar; ikinci durumda olanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar yasaklılık süresi öngörülmüştür. Kanun koyucunun burada yasaklılık süresi ile ilgili olarak idareye takdir yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır. Kavram olarak “takdir yetkisi”, idarenin belli bir konuda karar alıp almama veya birden fazla karar arasında seçim yapma imkanıdır. Bu yetki, idari işlemin sadece konu unsurunda olabilen bir yetkidir (Gözler, 2009, 943-946). Ancak, bazı yazarlar idari işlemin sebep unsurunda da idarenin takdir yetkisi olduğunu savunur (Özyörük, 1977, 170). Kanun koyucunun yasaklılık süresini derecelendirmesi ile, yasaklılık süresinin belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanıdığı sonucuna ulaşmaktayız.

İdare, takdir yetkisini kullanırken, Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır. Böylece, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda, bu yetkisini aynı ve benzer olaylarda yine aynı şekilde kullanması gerekecektir. Ayrıca, idarenin takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygun kullanılacağını göstermek için bir takım düzenlemeler yapması idari işlemlerin belirliliği ve düzenli idare ilkesinin de bir gereğidir (Özbudun, 2002, 230).

Ayrıca, 1980 tarihli ve (80) 2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararında idari takdir yetkisinin kullanılmasında uygulanacak temel ilkeler açıklanırken; ‘Takdir yetkisini kullanan bir idari makamın, yetkinin verilmiş amacından başka amaç güdemeyeceği; yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnelliğe ve tarafsızlığa uyacağı, hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınarak yasa önünde eşitlik ilkesini gözeticeği, işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlayacağı, işlemi, her somut olaya göre belirlenen makul bir süre içinde yapacağı, genel idari direktifleri her olayın özelliklerini göz önünde tutarak istikrarlı bir şekilde uygulayacağı” şeklinde sıralanmış ve takdir yetkisini kullanan idarenin yalnızca yürürlükteki yasalara ve düzenleyici işlemlere uymak zorunda olmadığı; aynı zamanda adil ve dürüst davranması gerektiği açıklamasına yer verilmiştir (Karahanoğulları, 1996, 329).

Kural olarak takdir yetkisinin idari yargı organları tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Nitekim, hem Anayasa’nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında, hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında, idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, İdare Mahkemelerinin, yerindelik denetimi yapamayacakları ve idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyecekleri düzenlenmiştir.

Takdir yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan biri “açık takdir hatası”, diğeri ise “ölçülülük ilkesi”dir. Açık takdir hatası ağır ve apaçık takdir hatasıdır. Ölçülülük ilkesi ise, idari yargı organlarının idarenin sebep olarak gösterdiği olay ile idarenin başvurduğu tedbir arasında bir ölçünün bulunup bulunmadığı konusunda denetlemeleridir (Gözler, 2009, 966-670). Bu

hallerde idari yargı organlarının idarenin takdir yetkisini de denetleyebilecekleri kabul edilmektedir.

Danıştayın bu konudaki tutumu ise, genellikle 4735 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama yaptırımlarında ölçülülük ilkesinin ihlal edilip edilmediği noktasında idarenin takdir yetkisi denetlenip iptal kararı verilebilirken, 4734 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama yaptırımlarında takdir yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının istisnası olan ölçülülük ilkesine göre dahi takdir yetkisinin denetiminden kaçınılmaktadır.

Uygulamada, ...X Komutanlığı kışla akaryakıt istasyonu bakım onarım işine ilişkin yapım ihalesine iştirak eden davacı şirketin ve şirketin sermayesinin yarıdan fazlasına sahip olan ortağının 4734 sayılı Kanun'un 17/b ve 58. maddeleri uyarınca 1 yıl 6 ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işleminin iptali istemiyle İdare Mahkemesi'nde açılan davada; davacı şirkete verilen cezada işlenen suçla ceza arasında olması gereken ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği dolayısıyla işlemde hukuka, mevzuata ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu kararın temyizi sonucunda Danıştay;

“...uyuşmazlık konusu ihaleye, aralarında davacı şirketin de bulunduğu dört şirket ve bir şahsın katıldığı, açık ihale yöntemiyle 22.08.2005 tarihinde yapılan ihalede, davalı idarece yapılan araştırmada; ihaleye katılan dört şirkete ait teklifleri oluşturan imalat kalemlerine ait miktarların ve bunlara ait birim fiyatların birbirinin aynı olduğu, beyannamelerin aynı yazı tipinde ve düzeninde ortak bir elden oluşturulduğu ve ihaleye teklif veren bütün isteklilerin fiyatlarının yaklaşık maliyete göre yüksek ve birbirine çok yakın olduğu hususlarının tespit edildiğinin anlaşılması karşısında 4734 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 17/b maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışın gerçekleştiği kuşkusuzdur.

Bu durumda, sözü edilen ihale öncesinde istekliler arasında ortak hareket etmek suretiyle kanunda öngörülen yasak fiil ve davranışta bulunma fiilinin gerçekleştiği sonucuna varılmakla, davalı idarece takdir hakkının kullanılarak bu fiilin özelliğine göre davacılar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken kanunda öngörülmeven ölçülülük ilkesinden hareketle işlemi iptal

eden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığından bozulması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 13.06.2008, E:2007/2007, K:2008/4790). Bu karardan anlaşıldığı üzere, 4734 sayılı Kanun gereği tesis edilen yasaklama yaptırımlarında hem ilk derece Mahkemesinde hem de temyiz aşamasında ileri sürülen ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği iddiasına Danıştay tarafından itibar edilmemektedir.

4735 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama işlemine karşı açılan davada ise, Danıştay;

“...X Müdürlüğü'nce 26.10.2006 tarihinde yapılan ‘...toprak tesviye, sanat yapıları, üst yapı vs. yol yapım işleri’ ihalesi üzerinde kalan davacı şirketin, % 52 hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi ile ilgili olarak hem kendisinin, hem de belge sahibi ortağın ayrı ayrı taahhütnamelerine rağmen iş bitmeden ve kesin kabul yapılmadan söz konusu ortağın ortaklıktan çıkarıldığı gerekçesiyle 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (a) ve (f) bentlerinde belirtilen yasak fiil ve davranışta bulunduğundan bahisle aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun “İhalelere Katılmaktan Yasaklama” başlıklı 26. maddesinde, 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışın özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceğinin belirtildiği, davacı şirketin mali acz içine düştüğü, bu nedenle Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/828 esasına kayıtlı dosyada yapılan yargılamada mahkemece iflasın ertelenmesine karar verildiği ve şirkete bu sebeple kayyum atandığından taahhüdünü yerine getiremediği hususları gözetilmeksizin ve ilgilinin fiil ve davranışlarının özelliği dikkate alınmaksızın Yasa'da öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının üst sınırdan verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde eylemle ceza arasındaki ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönündeki Mahkeme kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 25.04.2013, E:2011/2474, K:2013/1161). Danıştay, bu kararında ihale uhdesinde kalan ve işin büyük bir kısmını tamamlayan ihale yüklenicisine uygulanan yasaklama yaptırımını ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğinden bahisle iptal etmiştir.

Kanaatimizce Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı yerindedir. Çünkü uygulamada idareler, ihaleyi üstlenip işe koyulan yükleniciler konusunda uygulamış olduğu yaptırımlarda, işin niteliğini beğenmeme ya da ihale sonrası daha çok tanımış olduğu yüklenici ile arasındaki farklı anlaşmazlıklar nedeniyle, ihale konusu işte oluşan herhangi bir aksaklık nedeniyle sübjektif bir biçimde ve ölçülülük ilkesi ihlal edilerek üst sınırdan yasaklama yaptırımı uygulanabilmektedir. Bu konuda hakkaniyetin sağlanabilmesinin yegane yolu ise yargısal denetimin harekete geçirilmesidir.

4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen diğer bir husus ise yasaklama yaptırımını uygulayacak makamların kimler olduğudur. Buna göre, ihaleyi gerçekleştiren bakanlık veya ihaleyi gerçekleştiren kamu kurumunun ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlık; anayasal konumları gereği herhangi bir bakanlığa bağlı ya da ilgili bulunmayan özerk kurumlarda (Cumhurbaşkanlığı, Danıştay gibi) ise, bu kurumların ihale yetkilileri; yerel yönetimler ve bağlı kuruluşlar açısından ise, gerek anayasal vesayet yetkisinin sonucu olması, gerekse yasaklama kararlarının ülke çapında geçerli olması nedeniyle İçişleri Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Neticede, yetki konusunda hiyerarşi ve idari vesayet kavramı dikkate alınmıştır. Ancak bazı idari makamlar (bağımsız idari otoriteler veya üniversiteler gibi) tarafından yapılan ihalelerde yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciiler tartışmalıdır. Konuyla ilgili olarak X Üniversitesi'nce gerçekleştirilen bir ihalede, yasaklama işleminin de X Üniversitesi tarafından tesis edilmesi sonucu oluşan bir uyuşmazlığa ilişkin Danıştay kararında;

“...üniversitelerin Milli Eğitim Bakanlığı'nın ilgili kuruluşlarından olduğu ve yasaklama işlemini Bakanlığın tesis etmesi gerektiğinden, dava konusu yasaklama işleminin, Milli Eğitim Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olan Üniversite tarafından tesis edilmesi yetki yönünden hukuka aykırı olup iptali gerekirken, davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...” şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce üniversitelerin idari teşkilat içerisinde bağımsız kamu kurumu olmaları sebebiyle bu karar yerinde bulunmamıştır (Danıştay, 13. D., 11.02.2013, E:2012/1450, K:2013/302).

4734 sayılı Kanununun 58. maddesinin ikinci fıkrasında; kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararının tüzel kişiler üzerinde de uygulanması hususunu düzenler. İhalelere katılanların büyük bir kısmı tüzel kişi olduğundan, bu fıkra önem arz etmektedir. Yasaklananların başka bir yöntem izleyerek dolaylı olarak kamu ihalelerine teklif vermesini önlemek üzere, haklarında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin ortağı buldukları şirketler veya ortaklarına da sermaye veya şahıs şirketi ayrımı yapılarak aynı müeyyidenin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanununun 58. maddesinin üçüncü fıkrasında; yasaklama kararlarının yürürlüğe girmesinin zaman alacağı göz önüne alınarak, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri düzenlenmiştir. Tedbir niteliği ağır basan bir hükümdür. Uygulamada az rastlanan bu durumla ilgili bir Danıştay kararında;

“...Kanunda genel kural olarak yasaklama kararlarının, yasaklamaya konu fiilin tespit tarihinden değil, ancak yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayımı tarihinden itibaren uygulanmasının benimsendiği ve yasaklanan isteklinin de tüm kamu kurum ve kuruluşlarının bu tarihten sonra yapacağı ihalelere katılmaması yönünde düzenleme yapıldığı, fakat 58. maddenin 3. fıkrasında yasaklamaya ilişkin fiilin işlendiği ihaleyi yapan idare açısından bu duruma bir istisna getirilerek, yasaklamayı gerektiren fiili tespit eden idarenin, fiili işleyen istekliyi, fiilin işlendiği ihaleye katılmaktan men edeceği gibi, fiilin tespit tarihinden yasaklama kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihe kadar geçen zaman zarfında yapacağı diğer ihalelere de iştirak ettirmeyeceği kurala bağlanmış olup, bu konuda idareye bir takdir hakkı da tanınmadığı; olayda, davalı idarece 29.3.2012 tarihinde yapılan ihalede, 11.6.2012 tarihli ihale komisyonu kararı ile D şirketi’nin üzerinde kaldığı, ancak sözleşme imzalanmadan önce, bir başka deyişle 4734 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ihalenin tanımına ilişkin hükmü uyarınca ihale süreci henüz devam etmekte iken, adı geçen şirketin, idarenin daha sonra yaptığı başka bir ihalesinde 20.4.2012 tarihinde, 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlardan birini işlediğinin tespit edilmesi üzerine, yasaklama kararının Resmi

Gazete'de yayımlanması beklenilmeden ihalenin iptal edildiği; bu durumda, dava konusu ihaleye ilişkin sözleşme henüz imzalanmadan önce, davalı idarenin başka bir ihalesinde yasaklılığı gerektiren bir fiili işlediği tespit edilen D şirketi'nin, fiilin tespit edildiği ihale ile birlikte, ihale süreci henüz devam etmekte olan uyuşmazlık konusu 29.03.2012 tarihli ihaleye de iştirak ettirilmemesi 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca bir zorunluluk olduğundan...” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 09.12.2013, E:2013/2375, K:2013/3494).

4734 sayılı Kanunun 58. maddesinin dördüncü fıkrasında; ihaleye katılmaktan yasaklama kararının verilmesi için gereken süre ve bu sürenin başlangıcı belirtilmiştir. Yaptırım kararının verilmesinde izlenecek usul de bu hükümde yer alır.

Yasaklama kararlarının, yasak fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilmesi gerekir. Bu kırk beş günlük süre, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu, gecikmenin yaşanması durumunda ceza verilemeyeceği hususları dikkate alınarak belirlenmiştir. Verilen bu kararlar, Resmi Gazetede yayımlanmak üzere on beş gün içinde Başbakanlığa gönderilir. Bu noktada uyuşmazlık genellikle 45 günlük sürenin ne zaman başlayacağından kaynaklanmaktadır. Bu konuyla ilgili bir Danıştay kararında;

“...davacı şirketin, yasaklama kararının, yasaklamayı gerektiren fiilin tespitinden itibaren 45 günlük süre içinde verilmediğine yönelik iddiası ile ilgili olarak ise, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınacağı, 10.07.2008 tarihli inceleme raporu uyarınca Teftiş Kurulu Başkanlığının yazısı ile getirilen teklifin uygun görülmesine ilişkin Bakanlık olurunun verildiği 17.09.2008 tarihinden itibaren yasaklama kararının verildiği 31.10.2008 tarihine kadar Yasa'da belirtilen 45 günlük sürenin aşılmadığı, bu tarihten itibaren söz konusu yasaklama kararının 15 günlük süre içinde Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderildiği ve 15.11.2008 tarihinde de Resmî Gazete'de yayımlandığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin Mahkeme kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur. Bu karara göre Danıştay, 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edilerek bakan veya ihale yetkilisinin ‘olur’una sunulduğu tarihi esas almaktadır. Bu

düşünceyle, 45 günlük süre bürokrasi içerisinde çok hızlı tükenebileceğinden kanaatimizce karar yerinde bulunmuştur (Danıştay, 13. D., 26.02.2014, E:2009/7157, K:2014/566).

4734 sayılı Kanunun 58. maddesinin beşinci ve son fıkrasında ise; ihale yasaklarına ilişkin idarelere bir görev verilmiştir. Buna göre ihaleyi yapan idareler, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaşmaları durumunda, gereğinin yapılması için durumu, ilgili veya bağlı buldukları bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda “idarenin sorumluluğu” hükümlerine başvurulması gerekecektir.

Neticede, idari makamlar tarafından tesis edilen yasaklama kararları, idari yaptırım niteliğinde bir idari işlem olduğundan, idari işlemin bütün özelliklerini içerir. Yaptırımın uygulanmasındaki amaç, ihaleye katılan isteklileri caydırmak ve cezalandırmak olduğundan idari ceza olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle idari ceza olan yaptırımlarda tezimizin birinci bölümünde belirtilen temel ceza hukuku güvencelerinin (yasallık ilkesi, geriye yürümezlik ilkesi vb.) de uygulanması gerektiğini belirtmeliyiz.

2.1.1.1.1. 17. Maddeye Göre Yasaklama Sebepleri

Kamu ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verilebilmesi için 58. maddenin birinci fıkrası gereği, ihale isteklisi tarafından 17. maddede beş bent halinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunulması gerekmektedir. Bu fiil ve davranışlardan bazıları sadece idare tarafından ihaleden yasaklama yaptırımını gerektirmesine rağmen bazı fiil veya davranışlar ise hem ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanmasını hem de mahkeme tarafından ihalelere katılma yasağının uygulanmasını gerektirir.

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (a) ve (c) bentleri TCK anlamında suç teşkil ettiğinden; hem idare tarafından kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımını hem de ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Aynı maddenin (b), (d) ve (e) bentleri ise, ceza kovuşturmasını gerektirmeyen ve suç unsuru

içermeyen fiil ve davranışlar olup, bu fiil ve davranışlar sebebiyle ihale isteklilerine sadece idare tarafından yasaklama yaptırımını uygulanabilir.

4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) ve (c) bentleri, Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlenmiş suç tiplerini içermektedir. İhaleye fesat karıştırma ve resmi veya özel evrakta sahtecilik suçlarının ihalelerde işlenmesi, ihale hukukunda "yasak fiil veya davranış" olarak nitelendirilmiştir. Bu fiil veya davranışlarda bulunmak veya bunlara teşebbüs etmek, 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinde yer alan yargı makamları tarafından tesis edilen yasaklamanın uygulanmasını gerektirir (İspir, 2009, 51).

İhale isteklisi hem yargı makamları tarafından tesis edilen yasaklamaya dayanak olabilecek yasak fiil ve davranışları hem de idari makamlar tarafından dayanak alınabilecek yasak fiil ve davranışlarda bulunması durumunda, yargı yeri Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan yasaklama sebebini ayrı, idari makamın tesis etmiş olduğu yasaklama sebebini ayrı şekilde değerlendirmek zorundadır. Konuyla ilgili Danıştay kararında;

"...X Müdürlüğü tarafından 23.08.2006 tarihinde...yapılan '... Onarımı' ihalesinde 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) ve (d) bentlerine aykırı hareket edildiğinden bahisle, aynı Kanun'un 58. maddesi uyarınca davacıların iki (2) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; ...Teftiş Kurulu'nca yürütülen soruşturma neticesinde, ihaleye katılan davacı şirketin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi üzerine, şirket ve ortağı olan diğer davacının 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 2 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklandığı, aynı olay nedeniyle davacıların ihaleye fesat karıştırdıkları iddiasıyla yargılandığı İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin ... tarih ve ... sayılı kararı ile; sanıkların iddianamede belirtilen şekilde ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkileme yönünde aralarında açık veya gizli bir anlaşma yaptıklarına dair herhangi bir kanıt bulunmadığı, dinlenen tanığın da evrak karışıklığı ile ilgili sanıkların savunmalarını doğruladığı ve mahkumiyet için başkaca bir delil de bulunmaması nedeniyle

üzerlerine atılı suçtan tüm sanıkların beraatlerine karar verildiğinin anlaşıldığı, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sübuta ermediği, öte yandan, X Merkezince yapılan ihaleye iki adet teklif sunulduğu görülmekle birlikte, söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile yapıldığı ve ihaleye katılan tüm şirketlerden ihaleyi yapan idarenin komisyonunca farklı saatlerde iki ayrı teklif alındığı, dolayısıyla 4734 sayılı Kanununun 17/d maddesinde belirtildiği şekilde herhangi yasak bir fiilin de oluşmadığı, bu durumda, davacıların iki yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına ilişkin olarak davalı idarece tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönünde karar veren Mahkeme kararının onanması...". yolunda hüküm kurulmuştur. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, yasaklama sebeplerinin her biri (idari makam tarafından tesis edilen veya yargı makamları tarafından tesis edilen yasaklama kararları) ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır (Danıştay, 13. D., 20.06.2011, E:2009/4715, K:2011/2975).

4734 sayılı Kanununun 17. maddesinin (a) bendine göre; *"hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet gibi yollarla ihaleye fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek"* fiilleri kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama sebebidir.

Doktrinde, kişinin kendisine menfaat sağlamak maksadıyla devlet adına yapılan alım, satım ve yapım ihalelerinde hile, desise, tehdit, şiddet veya cebir gibi yollara başvurusu şeklinde yorumlanan fesat karıştırmak; sözlükte, bozukluk, karışıklık, kargaşa, ara bozuculuk, hile gibi muhtelif anlamlar taşımaktadır (Artuk&Yenidünya&Gökçen, 2013, 518).

İhalenin rekabet içinde yapılarak kaliteli mal ve hizmetin kamu kurumları tarafından en uygun ve en ucuz fiyata alınmasına ilişkin kamu menfaatinin korunması amacıyla ihaleye fesat karıştırmak fiili yasak fiil ve davranış olarak düzenlenmiştir.

İhaleye fesat karıştırmak fiili aynı zamanda TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 235. maddesinde de ihaleye fesat karıştırmak sayılan haller sıralanmıştır. İhaleye fesat karıştıran istekli hem TCK 235. maddesini ihlal etmiş,

hem de KİK 17. madde kapsamında yasak fiil ve davranışlarda bulunmuş sayılır. Ancak, TCK'da yer alan düzenlemelerle 4734 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler kıyaslandığında, suç olan ihaleye fesat karıştırma için daha katı koşullar arandığı anlaşılmaktadır. Bu kıyaslamayla ilgili Danıştay kararında;

“...5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ihaleye fesat karıştırma başlıklı 235. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen düzenleme ile 4734 sayılı Kanun'un 17/a bendinde yer alan düzenleme karşılaştırıldığında; suç oluşturan fesat karıştırma için TCK'nun 235. maddesi daha katı şartlar öngörürken, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin bunu genişlettiği anlaşılmaktadır. Keza, 4734 sayılı Kanun'un 17/a bendinde yer alan ifadelerden anlaşılacağı gibi, yasaklama açısından TCK'daki 'fesat karıştırma' teriminden ayrıldığı, bu suçtan mahkum olmak şartına yer verilmemesinden de anlaşılmaktadır. İsnad edilen ihaleye fesat karıştırma suçundan beraat ettiği gerekçesiyle, yasaklama sebebi olarak ihaleye fesat karıştırma eyleminin gerçekleşmediğini kabul edebilmek için, kanun koyucunun 17/a bendindeki düzenlemeyi 'ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkum olmak' biçiminde düzenlemesi gerekirdi. Kanun koyucu bilinçli olarak söz konusu düzenlemede suçtan mahkum olmak şartını aramayarak, ihale hukuku açısından ihalelere katılmaktan yasaklama sebebi olarak ihaleye fesat karıştırma açısından ceza yargılamasının sonucunun gözetilmesini aramamıştır.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu karardan anlaşıldığı üzere Danıştay, istekli hakkında yasaklama kararı verilmesi için ihaleye fesat karıştırma suçundan mahkum olma şartını aramamaktadır (Danıştay, 13. D., 07.02.2013, E:2011/4252, K:2013/292).

Anılan maddede, ihaleye fesat karıştırma teşebbüsünde bulunmak fiili de yasak fiil ve davranış olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm TCK'ya paralel olarak düzenlenmiştir. Bu durumda istekli ihaleye fesat karıştırmak için elinden geleni yapmış, ancak elinde olmayan sebeplerden ötürü netice gerçekleşmemiş olabilir. Teşebbüs durumunda yasaklama süresi meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre idari makam tarafından değerlendirilir. Bu konuyla ilgili bir Danıştay kararında;

“...A.. Devlet Hastanesi Baştabipliği'nce 08.01.2009 tarihinde yapılan 'Malzemeli Yemek Pişirme ve Sonrası Dağıtım Hizmeti Alımı' ihalesinde gerçeği yansıtmayan belgeler düzenleyerek ihale işlemlerine fesat karıştırmaya teşebbüs

ettiğinden bahisle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. ve 58. maddeleri uyarınca davacının sahip olduğu M... Ticaret ünvanlı işyerinin 1 yıl süreyle kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin... işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; M... Ticaret ile B... Tıp Merkezi arasında 12.01.2008 tarihinde yapılan 31 gün süreli 20.700 öğün yemek alımı hizmet işinin gerçekten M... Ticaret adlı işyeri tarafından yapıp yapılmadığı hususunda birbiriyle çelişkili belgelerin bulunması, idarece bu çelişki giderilmek suretiyle açık bir tespitin yapılmaması, sözleşmenin yerine getirilmediği, davacının ihaleye fesat karıştırdığı hususlarında bir yargı kararının da bulunmaması karşısında davaya konu işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline yönelik Mahkeme kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 10.06.2014, E:2010/271, K:2014/2367).

Neticede, istekli hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için ihaleyi yapan idare tarafından mevcut olay en iyi şekilde irdelenmeli ve mevcut soruşturma raporlarından yararlanılmalıdır. İhaleye katılan isteklinin anılan bent kapsamında yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespitinin hukuken geçerli bilgi ve belgelerle ortaya konulması, gerektiğinde ihaleyi yapan idare yetkililerinin ifadesine başvurulmak suretiyle somut olarak ortaya konulur. Yargısal denetimde idari yargı yerleri, sadece ihaleye fesat karıştırmaya suçundan dolayı takipsizlik ve delil yetersizliği gerekçesiyle verilen beraat kararlarını gerekçe göstererek iptal kararı veremez. Ancak, suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmişse, ilgililer hakkında yasaklama kararı verilemez ve verilen yasaklama kararı bu gerekçeyle iptal edilebilir. Diğer yandan adli yargıda verilen mahkumiyet kararları ilgilinin 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu kanıtı olarak görülür.

Bir diğer yasak fiil ise 17. maddenin (b) bendinde belirtilmiştir. Buna göre, *“İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak”* yasaklanan fiiller arasındadır. Düzenlemede yer alan yasak fiil ve davranışlara Danıştay kararlarından örnekler verecek olursak;

“...İdare Mahkemesi'nce; ihale zarfından çıkan bir adet boş teklif zarfının ihale kararını hangi nedenle etkileyecek nitelikte bulunduğu konusunda bir açıklama yapılmaksızın, davalı idarece subjektif bir değerlendirmeyle alınan yasaklama kararının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar ...ihaleye teklif olarak sunulan, fakat bedel içermeyen imzalı ve kaşeli ikinci teklif mektubunun başlı başına ihale kararını etkileyebilecek, ihale hakkında şaibe uyandırabilecek bir davranış olarak değerlendirilmesi gerektiğinden ve idarece başka bir gerekçe sunulmasına da gerek bulunmadığından, davacı şirket hakkında alınan yasaklama kararında hukuka aykırılık ve İdare Mahkemesi'nce bu işlemin iptali yolunda verilen kararda ise hukuki isabet görülmediğinden bozulmasına...” şeklinde hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 03.12.2012, E:2012/1232, K:2012/3507). Bu karardan anlaşıldığı üzere ihaleye teklif olarak sunulan, fakat bedel içermeyen imzalı ve kaşeli ikinci teklif mektubunun başlı başına ihale kararını etkileyebilecek, ihale hakkında şaibe uyandırabilecek bir davranış olarak nitelendirilmiştir.

Başka bir Danıştay kararında, “ortada bir istekli tarafından birden fazla şirket adına verilmiş bir teklif bulunmamakta ise de, E şahsının ihaleye teklif sunan hem D şirketini hem de B şirketini temsile yetkili olduğuna ilişkin genel vekaletnamesinin bulunmasının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) bendinde yer alan "serbest rekabet" ilkesini olumsuz etkileyecek bir davranış olarak değerlendirildiği gerekçesiyle davanın reddine yönelik kararın onanmasına...” yolunda hüküm kurularak bir şahsın ihaleye teklif sunan birden fazla firmayı temsile yetkili olduğuna yönelik vekaletnamesinin bulunması hususunu da anılan bent kapsamında yasak fiil ve davranış olarak kabul etmiştir (Danıştay, 13. D., 16.01.2013, E:2012/1156, K:2013/28).

Başka bir Danıştay kararında da, “...Muğla İli X İlçesi Kaymakam evi inşaatı için açılan ihale dokümanını on firmanın satın aldığı, 27.02.2004 tarihinde yapılan ihaleye davacı şirketin de aralarında olduğu üç şirketin teklif zarfı verdiği, verilen tekliflerin ihale komisyonunca değerlendirildiği sırada, A şirketi ve C şirketi temsilcisinin davacı şirketin temsilcisi M şahsının personeli tarafından darp edilerek ihaleye katılmasının engellendiği şikâyetinde bulunması üzerine Emniyet Müdürlüğüne yapılan araştırmada davacı şirket temsilcisi, şikayette bulunan

temsilci ve ihaleye teklif zarfı sunan davacı dışındaki diğer iki şirketin temsilcilerinin bir çay ocağında ihalenin sonuçlanmasını beklerken ve henüz ihale sonuçlanmamışken davacı şirket temsilcisi tarafından yukarıda belirtilen şahısların her birine ayrı ayrı üç adet çek verildiği, söz konusu olay nedeniyle davacı şirket temsilcisinin de aralarında olduğu kişiler hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan açılan dava sonucunda Muğla 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 23.11.2004 tarih ve E: 2004/94, K: 2004/364 sayılı kararı ile ve sanıkların müsnet suçu işlediklerine dair cezalandırılmalarına yeterli kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle sanıkların ayrı ayrı beraatlerine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, Muğla 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin anılan kararı ile davacı şirket temsilcisi olan M şahsının ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılmasına yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından bahisle beraatine karar verilmiş ise de, davacının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) fıkrasında sayılan "katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" eyleminde bulunduğu sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, Mahkeme kararı sonucu itibariyle hukuka uygun bulunmaktadır..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu karardan anlaşılacağı üzere idari yargı mercileri, adli yargı mercilerinin delil yetersizliğinden verilmiş beraat kararını, yasaklama yaptırımının iptal edilebilmesi için yeterli bulmamakta, yargılamada fiilin ihale kararını etkileyecek bir davranış olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmektedir (Danıştay, 13. D., 25.04.2008, E:2006/6136, K:2008/3921).

Bu fiil veya davranışların yasak olarak düzenlenmesi ihalede rekabeti veya ihale kararını etkilemeyi önlemeye yöneliktir. Kamu ihalesine katılan tüzel veya gerçek kişi istekliler veya bu isteklilerin tekliflerini sunmak üzere anılan istekliler tarafından vekil olarak görevlendirilen kişiler, bu tarz fiil veya davranışları icra etmeleri sonucunda 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi gereği (hem istekli hem vekili) haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı tesis edilir.

4734 sayılı Kanununun 17. maddesinin (c) bendinde başka bir yasak fiil yer alır. Buna göre: "sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara

teşebbüs etmek” yasal fiil ve davranış olarak düzenlenmiştir. Kamu ihalelerinde ihaleyi düzenleyen idare tarafından istenen ekonomik ve mali yeterlik belgesi, mesleki ve teknik yeterlik belgesi, teminat belgesi gibi resmi veya özel belgelerde sahtecilik yapılması veya sahte teminat belgesi düzenlenmesi, anılan yasak fiil ve davranışlara örnek olarak verilebilir.

Diğer taraftan, ihale isteklisinin sahtecilik fiili aynı zamanda bir suç teşkil ettiğinden ve bu durumla ilgili olarak ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, uyuşmazlık Ceza Mahkemelerine de taşınır. Bu durumda, hakkında idari makamlar tarafından yasaklama kararı tesis edilen istekli, sahtecilik fiili ile ilgili Ceza mahkemesinden almış olduğu beraat kararını, idari yargı mercii önünde ileri sürebilir. Bu konuyla ilgili Danıştay kararında;

“Dosyanın incelenmesinden, Eskişehir 1000 kişilik öğrenci yurdu inşaatına ilişkin olarak yüklenici firma G Şti. tarafından teknik personel olarak beyan edilen A şahsı ile aynı zamanda şirket müdürü B şahsı adına gerçeğe aykırı belge düzenleyip resmi makamlar nezdinde kullanma fiilleriyle 4734 sayılı Kanununun 17/c maddesi ihlal edildiğinden bahisle ...davacı şirketin 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanması yolunda işlem tesis edildiği; şirket müdürü B şahsı hakkında açılan kamu davasında, Eskişehir 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 23.6.2011 günlü D.No:2011/194, K:2011/365 sayılı kararıyla, sahteliği belirtilen belgelerin fotokopi olduğu, belgenin sahteliğinden bahsedilebilmesi için aslının kullanılması gerektiği, suçun unsurlarının oluşmadığı, kaldı ki resmi makamların fotokopiler üzerinde işlem yapmayacağı belirtilerek şirket müdürünün beraatına karar verildiği, İdare Mahkemesi'nce bu karar esas alınarak dava konusu işlemin iptal edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı şirket tarafından 23.08.2007 tarihinde yapılan ihaleye sunulan belgeler arasında 23.08.2007 tarihli anahtar teknik personel olarak taahhüt edilecek kişiler listesi yer aldığından ve söz konusu listede, daha sonra haklarında düzenlenen taahhütnamelerin sahte olduğu tespit edilen A ve B şahsının da bulunduğu anlaşıldığından davacı şirketin bu sahte belgeleri kullandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, şirket ortağı hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda beraat kararı verilmesi, yani eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi bir kamu idaresi tarafından gerçekleştirilen ihaleye sahte belge sunma fiilini ortadan kaldırmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken beraat kararından bahisle işlemin iptaline karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 16.01.2013, E:2012/2536, K:2013/25).

Bu karardan anlaşılacağı üzere adli yargı merciinden alınmış olan beraat kararının niteliği Danıştay’a göre önem arz etmektedir. Danıştay, suçun unsurlarının oluşmadığı yönündeki beraat kararını yasaklama kararının iptali için yeterli bulmamaktadır. Çünkü, KİK’de yasak fiil olarak kabul edilen davranışlar; sahte belgenin düzenlenmesi, kullanılması veya buna teşebbüs edilmesidir. Yani, sahte belgenin iğfal kabiliyetinin olup olmadığı ve suçun tüm unsurlarının oluşup oluşmadığı idari yargı mercilerince aranmamaktadır. Bu konuyla ilgili olarak Danıştay’ın başka bir kararında;

“...Malatya 4. Asliye Ceza Mahkemesi kararı irdelendiğinde, Vergi Dairesi’nden alınan belgedeki 03 rakamının tarih bölümünün başına yapıştırıldığı, elle kontrol edildiğinde bu çıkıntının bariz bir şekilde görüldüğü, ayrıca yazı karakterinin de diğer rakamlara göre farklı olduğu, bu bölümde herhangi bir paraf işleminin bulunmadığı, başka bir anlatımla belgedeki değişikliğin iğfal kabiliyetini haiz olmadığı gerekçesiyle davacının beraatine karar verildiği; dava konusu olayda, her ne kadar davacının beraatine karar verilmiş ise de, 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesinin (c) bendinde sahte belge kullanmak veya teşebbüs etmek fiilinin yasaklama sebebi olarak düzenlendiği, ihaleye sunulan “03 Ekim 2007 tarihi itibarıyla vergi borcu bulunmadığına” dair belgede tahrifat yapıldığının bariz şekilde görüldüğünün Malatya 4. Asliye Ceza Mahkemesi kararında da belirtildiği; bu durumda, davacı tarafından anılan belgede tahrifat yapıldığı ve bu belge ile ihaleye katıldığı anlaşıldığından, hakkında verilen 2 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin kararın kaldırılması isteminin reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine yönelik kararın onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 20.12.2012, E:2010/502, K:2012/3909).

Diğer taraftan, ihale isteklisinin sahtecilik fiili aynı zamanda bir suç teşkil ettiğinden dolayı durum, KİK 59. madde gereği usulüne uygun şekilde Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilir. Savcılık tarafından yapılacak soruşturma neticesinde, ihale isteklisinin suçu işlediği ya da buna teşebbüs ettiği yönünde bir sonuca varılırsa, kovuşturma aşamasında mahkeme isteklilerin cezalandırılmasına hükmedebilir. Bu durumda, mahkemenin hükmettiği bu cezanın yanında; ihale isteklisine, yargılama yapan mahkeme tarafından Kanun'da belirtilen süreler dikkate alınarak, ihaleye katılmaktan yasaklama cezası verilir. Ancak bu yasak, idare tarafından daha önceden verilmiş bir yasaklama cezası varsa, bu idari cezanın bitiminden itibaren uygulanır. Bu kurala göre 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan bazılarının Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil etmesi ve cezai müeyyidesi bulunması nedeniyle, bu fiil veya davranışta bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kovuşturma sonunda hükümlenilecek cezanın yanı sıra bu fiil veya davranışta bulunanlar ile o işteki ortak veya vekillerinin, geçici yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak üzere bir yılla üç yıl arasında kamu ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanmaları da gerekli görülmüştür.

Neticede, ihale sürecinde belli bir hususu belgeleme ve kanıtlamak maksadıyla sunulan resmi veya özel nitelikli belgelerde yapılan her türlü sahtecilik incelenen bent kapsamında değerlendirilir. Sahte belgenin bizzat düzenlenmesi veya başkasının düzenlediği sahte bir belgenin kullanılması fiilin niteliğini değiştirmez (Gök, 2010, 4).

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (d) bendinde başka bir yasak fiile yer verilmiştir. Buna göre: "*Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek*" yasak fiil olarak sayılmıştır. Bu fiil ve davranışlar genellikle, şirketler arasındaki organik bağ, şirketler arasındaki temsilcilik ilişkisi, aynı teklif zarfında birden fazla teklif mektubunun sunulması, istekli olabilecek şirket ile istekli konumundaki şirket arasındaki organik bağ, kısmi teklife açık olan ihalelerde aralarında organik bağ bulunan şirketlerin farklı kısımlara birden fazla teklif sunması, aynı yetki belgesine dayanılarak iki ayrı şirket tarafından

ihaleye teklif sunulması ve ön yeterlik aşamasında aday konumundaki iki şirket arasındaki organik bağ şeklinde karşımıza çıkmaktadır (Bafra, 2014, 103).

Alternatif teklif kavramı Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 'Tanımlar' başlıklı 3. maddesinde; "İhale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulmasını ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Bu çeşit bir teklif, ihaleyi düzenleyen idare tarafından hazırlanan ihale dokümanında; 'alternatif teklif sunulabilir' veya 'alternatif teklif sunulamaz' şeklindeki ibareye göre sunulabilir ya da sunulamaz. Tanımdan da anlaşılacağı üzere alternatif teklif, sadece mal alımı ihalelerinde sunulabilir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlardan birisi, ihaleye teklif sunan isteklinin ihale dokümanları içerisinde birden fazla teklif mektubu sunmuş olması durumudur. Danıştay bu fiili alternatif teklif sunma olarak kabul etmektedir. Konuyla ilgili Danıştay kararında;

"...04.01.2006 tarihinde yapılan ihaleye katılan davacı şirketin ihale komisyonuna verdiği teklif zarfı içerisinde 4734 sayılı Kanun'un 17/d maddesine aykırı olarak iki farklı birim fiyat teklif mektubunun yer aldığı tespit edilmesi nedeniyle 4734 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 58. maddeleri uyarınca davacı şirket adına uyuşmazlığa konu işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, anılan tespit üzerine tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının onanması..." yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 08.04.2009, E:2007/11616, K:2009/3865). Bu tür uyuşmazlıklarda, hakkında bu sebepten ötürü kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımı tesis edilen istekli, genellikle sehven birden fazla teklif mektubu sunduğu iddiasını ileri sürmekte; ancak, Danıştay bu iddiayı yerinde bulmamaktadır. Çünkü, kamu ihalelerinin en önemli unsurlarından birisi teklif mektubudur. Hatta bu öneme binaen KİK, 'Tekliflerin hazırlanması ve sunulması' başlıklı 30. maddesinde bu hususu düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, teklif mektupları; yazılı ve imzalı olarak sunulmalı, teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiği

belirtilmeli, teklif edilen bedel rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılmalı, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmamalı ve teklif mektubunun ad, soyadı veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca anılan düzenlemede, sadece mal alımı ihalelerinde mümkün olabilen ‘alternatif teklif’in de teklif mektubunun yukarıda sayılan tüm özelliklerine sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

Bahse konu bentte yasak fiil ve davranış olarak kabul edilen diğer bir husus ise aralarında hukuki bağ bulunan isteklilerin aynı ihalede teklif sunmaları birden fazla teklif sunma kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlılığa örnek olarak, ortaklık hisse durumları, hisse devri veya yöneticilerin durumu gösterilebilir. Tespiti kolay olmamakla beraber, somut olaya göre değişmektedir. Bu durumu idarelerin tespiti ise, ancak, ihaleye katılan isteklilerden talep edilen ticaret sicilinin ve ortaklık durumlarının kontrol edilmesiyle gerçekleştirilebilir. Bu duruma örnek olarak bir Danıştay kararında;

“...Afyonkarahisar İli X... İlçesi Y... Beldesi Kuru Duvar Eşik Yapım Hizmet Alım İşi ile ilgili ihaleye 11 şirket tarafından teklif verildiği, ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifin K şirketi tarafından verildiği, ihaleye teklif veren şirketlerin sundukları ticaret sicil gazetelerinin incelenmesinden, K şirketi ortaklarından C şahsının şirketin %51 hissesine sahip olduğu, C şahsının aynı zamanda ihaleye teklif veren Ö şirketinin %52 hisseli ortağı, davacı şirket olan A şirketinin %50 ortağı olduğu, buna göre her üç şirket tarafından da teklif verilmesi nedeniyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/d maddesinde yer alan yasağın ihlâl edildiği gerekçesiyle davacı şirketin bir yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin tesis edildiği, olayda, C şahsının K şirketinde %51, Ö şirketinde %52, davacı şirket olan A şirketinde ise %50 hisseli hâkim ortağı olduğu, bu üç şirket tarafından ihaleye teklif verildiği, bu durumun ise 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (d) bendinde belirtilen yasak fiil ve davranışlara girdiğinin görüldüğü, ihalelerde aranan rekabet, gizlilik ve güvenilirlik ilkelerinin ihlâl edildiği anlaşıldığından, davacı şirketin 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesine göre bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık

bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur. Bu karardan anlaşılacağı üzere, idareler bu yasak fiil ve davranışın tespitini, ancak, isteklilerin ticaret sicil gazetelerinde yer alan hisse, adres vb. hususların incelenmesi sonucu yapabilmektedir (Danıştay, 13. D., 15.09.2010, E:2009/1036, K:2010/6131).

Belirtilen hususla ilgili başka bir Danıştay kararında, “...(*hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/d bendini ihlal ettiğinden bahisle 1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemi tesis edilen*) davacı şirket ile (*ihaleye katılan diğer firma olan*) M firmasının Yönetim Kurulu Başkanlarının kardeş olduğu, M firmasının şube, telefon ve faks numaralarının davacı şirketin telefon ve faks numaraları ile aynı olduğu, M firmasının antetli kağıtlarının alt bilgi kısmında, internet adresi ve elektronik posta adresi olarak davacı şirketin internet adresi ve elektronik posta adresini kullandığı, davacı şirketin Yönetim Kurulu Başkanının M firmasının Yönetim Kurulu Başkanı tarafından vekil tayin edildiği, davacı şirketin Yönetim Kurulu Başkanı'nın sabıka kaydı almak üzere İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na vermiş olduğu dilekçede, M firmasının adresini verdiği, davacı şirketin, M firmasının uhdesinde kalmış ihalede işçilerin vergi iadelerini ödemek üzere taahhüt verdiği hususuna ilişkin herhangi bir bilgi ya da belge bulunmamakla birlikte, dava dilekçesinde anılan hususlarla birlikte bu hususun da kabul edildiğinin açık olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin, ihaleye giren istekliler arasında gerçek anlamda eşitlik ve rekabeti sağlamaya yönelik yasak fiil ve davranışları belirlediği göz önüne alındığında, davacı şirket ile M firması arasındaki yukarıda yer verilen tespitlerle ortaya konulan ilişkinin boyutu itibariyle, özellikle birlikte katıldıkları ihalelerde, rekabeti sağlayacak iki ayrı bağımsız ve birbirinden habersiz irade sergilemeleri mümkün bulunmadığından, davacı şirket ve diğer şirketin ayrı tüzel kişilik olarak katıldıkları ihalelerde dolaylı olarak birden fazla teklif verildiği ve böylelikle Kanun'un 17. maddenin (d) bendine aykırı hareket edildiği gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının onanmasına...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 06.06.2011, E:2010/3811, K:2011/2685).

4734 sayılı Kanunun 17. maddesinin son bendi olan (e) bendinde ise, “11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak” fiili yasak fiil ve davranış olarak sayılmıştır. Anılan bentte Kanun'un bir diğer maddesi olan

“İhaleye Katılamayacak Olanlar” başlıklı 11. maddesine atıf yapılmıştır. Buna göre, ihaleye katılması 11. maddede sayılan sebeplerden dolayı reddedilen doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına ihaleye katılan istekliler, buna rağmen ihaleye katılmışsa 11. madde gereği teklifi değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatı irat kaydedilir ve 17. maddenin (e) bendi gereği hakkında yasaklama kararı tesis edilmesi gerekmektedir.

Atıf yapılan Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesini inceleyecek olursak; maddenin (a) bendine 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; bu bentte yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma halinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş; böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılarak bunlar yönünden lehe düzenleme getirilmiştir. Bu husus çalışmamızın ilerisinde yer alan Mahkeme kararları ile tesis edilen yasaklama kararları başlıklı konuda ilgili Danıştay kararlarıyla birlikte ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin (a) bendinde uygulamada sıklıkla karşılaşılan 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun'da yer alan yasaklama yaptırımına da dolaylı bir şekilde değinilmiştir. Bentte yer alan, “Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince” ifadesinden 4734 sayılı kanun ve yasaklama yaptırımının düzenlenmiş olduğu diğer kanunlar anlaşılmaktadır. Bu kanunlara örnek olarak, 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 3096 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayacak İşler Hakkında Kanun verilebilir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun'un “Yasak ve Süresi” başlıklı

2. maddesinde, “Birinci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar. Özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümler saklıdır.” kuralına yer verilmiştir. Bu hükme aykırı hareket edenlerin hakkında yasaklama kararı tesis edilmesi gerekmektedir. Bu konu ile ilgili bir Danıştay kararında;

“...09.02.2011 tarihinde yapılan uyuşmazlık konusu ihaleye katılan Konsorsiyum'un alt danışman olarak gösterdiği kişilerden A şahsının ihaleye ait proje kapsamında kilit personel/proje takım lideri olarak projede davalı idare ile koordinasyonu sağlayarak özelleştirmenin her aşamasında görev alacağı taahhüt edildiğinden ve ihaleyi yapan idarede 02.06.2010 tarihine kadar 1. hukuk müşaviri olarak çalışan kişinin 2531 sayılı Kanun uyarınca özellikleri ve statüsü yukarıda belirtildiği şekliyle alt danışman olarak ihaleye katılamayacağı açık olduğundan, davacının alt danışman olarak yer aldığı Konsorsiyum'un teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında hukuka aykırılık görülmediğinden...” şeklinde ifade edilmiştir. Bu karardan anlaşıldığı üzere, Danıştay, 2531 sayılı Kanun'da yasak fiil olarak sayılan hususların ihlal edilerek ihaleye katılma durumunu ihaleye katılmada engel bir durum olarak görmüştür. Bu durumda olan kişilerin 17. maddenin (e) bendi gereği yasaklanması da gerekmektedir (Danıştay, 13. D., 11.11.2013, E:2013/1520, K:2013/2886).

Yine Danıştay'ın benzer nitelikli bir kararında; “...Dava; davacının Milli Savunma Bakanlığı'nca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (e) bendi uyarınca 1 yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; davacının görevinden ayrıldığı 04.03.2011 tarihinden geriye doğru 2 yıl içinde Milli Savunma Bakanlığına bağlı Z İli İnşaat Emlak Bölge Başkanlığı'nda görev yaptığı, Hava Lojistik Komutanlığı tarafından 03.06.2011 tarihinde yapılan ve davacının teklif verdiği (Z İlinde yer alan) HİBM Komutanlığı X nolu hangar kapısı onarımı yapım işi ihalesinin yine Milli Savunma Bakanlığı'na

bağlı kuruluştaki görev ve faaliyet alanı ile ilgili olduğu, bu sebeple 2531 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan yasağın ihlâl edildiği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararın onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 26.11.2012, E:2012/2688, K:2012/3385).

Başka bir Danıştay kararında da;

“...X Kurumu 4. Bölge Müdürlüğü tarafından 23.01.2014 tarihinde yapılan Relokasyon Yolu İnşaatı ihalesine ilişkin olarak teklifi değerlendirme dışı bırakılan davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun kararının iptali istemiyle açılan davada; ...davacı şirketin % 51 hisseli ortağı H şahsının 19.04.2005-15.08.2011 tarihleri arasında X Kurumu 21. Bölge Müdürlüğü'nde bölge müdürü olarak çalıştığı, 05.09.2011-16.04.2012 tarihleri arasında X Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı'nda başmüfettiş olarak görev yaptıktan sonra 16.04.2012 tarihinde emekli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ihale tarihi olan 23.01.2014 tarihi itibarıyla 2531 sayılı Kanun'da belirtilen üç yıllık sürenin geçmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Bunun yanında, Kamu İhale Genel Tebliğinin, 17.7.3 maddesinde, 2531 sayılı Kanun'da belirtilen yasak kapsamındaki faaliyetlerin, ilgilinin daha önceki görev ve faaliyet alanı ile ilgili olması gerektiği belirtilmiştir. Davaya konu ihalede, iş yönetme belgesinin sahibi H şahsının ihaleyi yapan idaredeki başmüfettişlik görevinin faaliyet alanı, Genel Müdürlüğün tüm merkez ve taşra teşkilatını kapsamaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin %51 hissesine sahip H şahsının 2531 sayılı Kanun'da belirtilen süre içinde, daha önce görev yaptığı X Kurumu Genel Müdürlüğü'nün merkez ve taşra teşkilatındaki ihalelere katılmaması gerektiği anlaşıldığından, aksi yöndeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 24.11.2014, E:2014/3203, K:2014/3708). Bu kararın ilk aşamasında İdare Mahkemesi, H şahsının başmüfettiş ünvanıyla ifa ettiği görev ve faaliyet alanının tüm genel müdürlük teşkilatını kapsadığı şekilde yorum yapılması durumunda, X Kurumunda mevzuatta belirtilen sürelerde hiçbir şekilde iş alamayacağı, bu durumun da ilgilinin çalışma özgürlüğünü sınırlayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmişken; Danıştay

anılan ihaleye katılamama durumunu kanun kapsamında görmüş ve bu durumun çalışma özgürlüğüne bir sınır getirmediğine hükmetmiştir. Kanaatimizce İdare Mahkemesinin çalışma özgürlüğünün kısıtlandığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden kararı son derece yanlıştır. Çünkü, H şahsının ihaleyi yapan idaredeki başmüfettişlik görevinin faaliyet alanı, Genel Müdürlüğün tüm merkez ve taşra teşkilatını kapsadığından hem konunun özel olarak düzenlendiği 2531 sayılı Kanun hem de Kamu İhale Genel Tebliğine göre yasak fiil ve davranış olarak belirlenmiştir.

TCK'nın 161. maddesinde suç olarak düzenlenen hileli iflas etme suçu, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan teklifin değerlendirme dışı bırakılmasını gerektiren bir diğer durumdur. Görevli ceza mahkemesi tarafından hileli iflas ettiğine karar verilen ilgilinin ihaleye katılmamalıdır. Katılması durumunda Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (e) bendi gereği yasaklama yaptırımı uygulanması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tacir olmanın gerektirdiği dikkat veya özenin gösterilmemesi sebebiyle iflasa sebebiyet veren kişinin fiilinin ihaleden yasaklama kararına yol açmamasıdır (İspir, 2009, 62). Bu durum, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi hali olan taksiratlı iflas halidir. Hakkında taksiratlı iflas kararı verilen isteklinin ihaleye katılması halinde yasaklama yaptırımı uygulanamaz. Kanun koyucu, yasaklama yaptırımının uygulanabilmesi için daha ağır bir suç olan hileli iflası öngörmüştür.

İhaleye katılamayacak olan bir diğer grup ise, ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler ve ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle her türlü işlemlerini yapan kişilerdir. Bu kişilerin ihalelere katılmaları durumunda, haklarında 17. ve 58. madde gereği yasaklama kararı tesis edilmesi gerekmektedir.

Maddenin devamında, anılan kişilerin belli dereceye kadar olan hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenler, (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ve şirketleri de ihalelere katılamayacakları belirtilmiştir.

Atıf yapılan 11. maddenin ikinci fıkrasında ise; ihaleye katılacak istekliler arasında eşitlik ve rekabeti sağlamak ve ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek üzere; ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yüklenicilerin o işin ihalesine katılması ve ihale konusu işin yüklenicilerinin o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine

katılması engellenmiştir. Ayrıca, bu yasakların organik bağ içinde buldukları şirketleri için de geçerli olması düzenlenmiştir.

2.1.1.1.2. İhaleyi Kazanan İsteklinin Sözleşme Yapmaması Nedeniyle İhaleden Yasaklanması

4734 sayılı Kanun'un 58'nci maddesinde yer alan yasaklama sebeplerinden bir diğeri de isteklinin ihaleyi kazandığı halde mücbir sebepler dışında usulüne uygun olarak sözleşme yapmaktan kaçınmasıdır.

İhale sürecine katılan ve ihale üzerinde kalan bir isteklinin, sözleşmeyi imzalayarak işi yüklenme yönünde iradesinin olduğu kabul edilir. Ancak ihale isteklisi, ihale sözleşmesini imzalamaya yanaşmaması durumlarında (yüksek bedelle ihaleyi yüklenmiş olması, kar payının çok az olduğunu fark etmesi vb.), idare tüm hizmetlerin gereği gibi yürütülmesini garanti altına almak ister. Çünkü, idare, hangi alanda faaliyet gösterirse göstereceği hizmetin aksaması için bir an evvel ihale sözleşmesini yaparak mal ve hizmet alımı veya yapım işini karşılamak ister. Bu nedenle, ihale sürecine katılarak ihaleyi kazanan; ancak, sözleşme imzalamayan isteklilere yönelik kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımı düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 41. maddesinde "Kesinleşen İhale Kararlarının Bildirilmesi", 42. maddesinde ise; "Sözleşmeye Davet" konuları düzenlenmiştir. Anılan maddelerde; ihalenin sonucunun, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirileceği, bu sürenin bitimini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususunun bildirileceği belirtilmiştir. Bu süre içerisinde ihaleyi kazanan isteklinin mücbir sebepler dışında usulüne uygun olarak sözleşme imzalamaktan kaçınması durumunda fiilin özelliğine göre altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanacaktır. Bu yasaklama yaptırımında da yasaklılık süresi konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, sözleşme imzalamaktan kaçınması durumunda kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımının tek istisnası mücbir sebeple sözleşme yapmaktan kaçınılması ya da yapılamamasıdır. Ancak, 4734 sayılı Kanun'da mücbir sebep hallerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, her ne kadar sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olsa da, 4735 sayılı Kanun'da mücbir sebep hallerini düzenleyen maddesinden bu konuda faydalanabiliriz.

4735 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre; "*Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:*

- a) *Doğal afetler,*
- b) *Kanuni grev,*
- c) *Genel salgın hastalık,*
- d) *Kısmi veya genel seferberlik ilanı,*
- e) *Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.*" şeklinde sayılmıştır.

Bu bağlamda ihalelerde mücbir sebep, sözleşme yapma süresini kesen bir faktör olarak karşımıza çıkar (Taşdelen, 2006, 305).

Belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engelleyici nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

Bu konuyla ilgili olarak, 500 Adet LPG 45 kg Tüp Alımı ihalesini kazanan isteklinin yasal süresinde ihale sözleşmesini imzalamadığından bahisle altı ay süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; ilk derece Mahkemesi kararında; "*...LPG alımına ilişkin ihale neticesinde, davacı şirketle sözleşme yapılamamasının ve dava konusu edilen işlemin, SSK'nın tüm Türkiye'de zorunlu olarak yaptığı sorgulama sırasındaki işlemlerin gecikmesinden kaynaklandığının anlaşıldığı, davacı firmanın, kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olmadığına ilişkin belgeyi sözleşmenin imzalanması gereken 09.12.2004*

tarihine kadar elde edememiş olmasında, davacı firmaya atfı mümkün kusur ve ihmal bulunmadığı, aksine SSK'ya ilişkin bürokratik işlemlerin, gerekli belgenin ihaleyi yapan idareye zamanında teslim edilmesine imkân vermediği, idari işlemlerin ilgililer bakımından hukuki sonuç doğurabilmesinin temel koşulunun, işlemin yöneldiği kişiye yazılı olarak tebliğ edilmesi olduğu, 22.11. 2004 tarihinde elden yapılan tebligat üzerine, davacı firmanın gerekli belgeyi temin etmek amacıyla 23.11.2004 tarihinde SSK'ya başvurduğunun anlaşıldığı, bu durumda, davacı şirketten kaynaklanmayan gecikmeler neticesinde sözleşmenin imzalanamamış olması nedeniyle verilen yasaklama kararına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali...” yolunda hüküm kurulmuştur (Ank. 9. İd. Mahk., 30.06.2005, E:2005/63, K:2005/599).

Bu kararın temyizinde Danıştay; “...davacı hakkında tesis edilen ihalelerden yasaklama işleminin nedeninin, söz konusu ihale üzerinde kalan davacının, kendisine tanınan yasal süre içerisinde ihale sözleşmesini imzalamaması olduğu; davacının, SSK'dan sosyal güvenlik borcu olmadığına dair belgeyi süresinde temin edememesini, sözleşmeyi süresinde imzalamama nedeni olarak gösterdiği ve söz konusu belgeyi sözleşmenin imzalanması gereken 09.12.2004 tarihine kadar elde edememiş olmasında kendisine atfedilebilecek bir kusur olmadığını öne sürdüğü; oysa, davacının ihaleye teklif verme aşamasında, anılan mevzuat gereği, sosyal güvenlik borcu olmadığını yazılı olarak taahhüt ettiği; ihale üzerinde kaldığında ise, yine anılan mevzuat gereği, ihale tarihi itibarıyla anılan borcun bulunmadığına dair belgenin sözleşme imzalanmadan önce idarece kendisinden istenilmesinin zorunlu olduğunu bildiği; buna göre, davacının taahhütte bulunduğu konudaki belgeyi temin etmek için, ihalenin üzerinde kalmasını beklememesi, önceden harekete geçerek, ihale tarihini de kapsar şekilde söz konusu belgeyi temin etmesi gerektiği; zira, ihalenin gerçekleştirilmesinden sonra sözleşmenin imzalanması için öngörülen sürelerin idare açısından da geçerli olduğu, idareden, yasal süreleri aşarak, ihaleyi kazanan istekli lehine hareket etmesinin beklenemeyeceği; bu durumda, mücbir sebep kapsamında görülmeyen kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olmadığına ilişkin belgenin süresinde temin edilemediğinden bahisle, davacının sözleşmeyi süresinde imzalamaması nedeniyle verilen yasaklama kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına...” yolunda hüküm

kurulmuş, İdare Mahkemesi'nce bozma kararına uyulmayarak işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmesi üzerine uyuşmazlık Danıştay İDDK önüne gelmiştir (Danıştay, 13. D., 01.03.2006, E:2005/9255, K:2006/1243).

Uyuşmazlıkla ilgili Danıştay İDDK kararında ise; “...Davacı şirketin, ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunmadığı ihtilafsız olup, bunu kanıtlayıcı nitelikteki belgeyi bürokratik işlemlerdeki gecikme nedeniyle zamanında ibraz edememesi sonucunda davalı idare tarafından, davacı şirket ile sözleşme yapılmasından vazgeçilmiştir.

Mevzuatta öngörülen diğer şartları taşımamasının yanında ekonomik ve mali yeterliğinin bulunduğu da anlaşılması üzerine ihaleye katılan ve ihaleyi kazanan isteklinin kendi isteğiyle, herhangi bir zorlayıcı sebep de olmaksızın sözleşme imzalamaması durumunda uygulanacak yaptırım düzenleyen, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58. maddesinin, davalı idare tarafından sözleşme imzalanmasından vazgeçilmesi sonucunda doğan bu uyuşmazlıkta uygulanmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan, davalı idare tarafından, dava konusu işlemin, ihale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanunun 10. maddesinin son fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmaması nedeniyle sözleşme imzalamaması durumunda, aynı Kanunun 58. maddesi gereğince altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği yolundaki düzenleme içeren Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 62. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak tesis edildiği belirtilmekte ve İhale Şartnamesinde de aynı düzenleme yer almakta ise de, yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, Yönetmelik ve Şartname kurallarının Yasa hükümlerine aykırı olduğu ve uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınamayacağı tartışmasızdır.

Bu durumda, davacı şirketin, sosyal güvenlik prim borcu olmadığına ilişkin belgenin zamanında ibraz edilememesi sonucunda davalı idarece sözleşme imzalanamaması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına hukuken olanak bulunmadığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle Mahkeme'nin ısrar kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, İDDK, 28.01.2013, E:2008/1026, K:2013/212).

Başka bir Danıştay kararında da; “...A Okulu Komutanlığı tarafından 03.04.2012 tarihinde yapılan Tugay Komutanlığı İhtiyacı İçin Kozmik ve Arşiv Odasına Otomatik Yangın Algılama ve İkaz Sistemi Kurulması (6 Kalem) mal alım ihalesinin davacı şirket üzerinde kaldığı, 24.04.2012 tarihinde davacı şirketin sözleşme imzalamak üzere davet edildiği, ancak davacı şirketin ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcunun bulunduğu anlaşılması üzerine geçici teminatın irat kaydedildiği ve davacı şirketin 6 ay süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar yasaklama işleminin uygulanacağı, ancak Kanun'un 10. maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere idareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde, ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmekle birlikte, hakkında Kanun'un 58. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı, başka bir ifadeyle bu kişiler hakkında yasaklama kararı alınamayacağına kurala bağlandığı; ihaleye katılanların sosyal güvenlik prim borçları bulunduğu tespiti halinde, isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, ancak hakkında yasaklama kararı alınamayacağı, dava konusu ihaleye katılan ve ihalenin yapıldığı tarihte sosyal güvenlik prim borcu olduğu anlaşılan davacı şirketin 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 6 ay süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle iptaline yönelik Mahkeme kararının onanmasına...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 12.09.2013, E:2013/411, K:2013/2180). Kanaatimizce Danıştay'ın bu kararı yerinde değildir. Olayda, davacı şirketin ihale tarihi itibarıyla sosyal güvenlik prim borcu bulunduğunu bilmediğini kabule olanak bulunmayıp, davacı şirketin ihale tarihi itibarıyla sosyal güvenlik prim borcu bulunmasının, davacı şirketin iradesi dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir olay olarak kabulüne imkan olmadığından, davacı şirket hakkında yasaklama kararı verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, ihale istekli tarafından sözleşme imzalanmaması durumunda uygulanan yasaklama yaptırımına ek olarak 4734 sayılı Kanun'un 44. maddesi gereği

ihale isteklisinin geçici teminatının da irat kaydedilmesi gerekecektir. Kanun'un 44. maddesi teminatın irat kaydedilmesi yaptırımının incelendiği bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Konu ile ilgili belirtilmesi gereken diğer bir husus ise; ihaleyi kazanan isteklinin sözleşme imzalamaktan kaçınması durumunda, ihalenin akıbetinin ne olacağıdır. İhaleyi kazanan istekli sözleşmeyi imzalamazsa, ihale yetkilisi tarafından uygun görülmesi kaydıyla, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilir. Çünkü, ihalede en avantajlı ikinci teklif sunan istekli de birinci istekli kadar taahhüdüyle bağlıdır (Fırat, 2003, 30). Ancak; en avantajlı ikinci teklifi sunan ihale isteklisi, sözleşme imzalamaya yanaşmazsa kamu ihalelerine katılma yasağı yaptırımını uygulanamaz (İspir, 2009, 73). Bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine uygulanacak yaptırım geçici teminatının irat kaydedilmesidir.

2.1.1.2.Yargı Makamları Tarafından Tesis Edilen Yasaklama

Kararı

Yasaklama yaptırımını, uygulayan merciler açısından sınıflandırdığımızda 4734 sayılı Kanun'da yer alan diğer bir yasaklama türü yargı makamları tarafından tesis edilen yasaklama yaptırımıdır. Bu yasaklama kararları, yargılama esnasında mahkemeler tarafından verildiğinden her ne kadar idari yaptırım olarak kabul edilmese de, idari makamlar tarafından tesis edilen yasaklama kararları ile sonuçları ve amaçları bakımından aynıdır. Yani bu karar sonucunda da gerçek kişiler belli bir müddet boyunca ihalelere katılamazlar ve bu sebeple maddi ve manevi zarara uğramış olurlar.

Yaptırımını düzenleyen 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin birinci fıkrasında; *“Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58. 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. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Anılan fıkra, Mahkeme tarafından yasaklama kararı tesis edilebilmesi için Mahkemede görülen davanın, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden ve cezai müeyyidesi bulunan ihaleye fesat karıştırmak veya sahte belge düzenlemek suçlarından oluşması gerektiği ve aynı zamanda suç teşkil eden bu fiillerin sadece ihale aşamasında değil, sonraki aşamalarda hatta kabul işlemi yapıldıktan sonra dahi tespit edilmesi durumunda yasaklama kararına hükmedilebileceği belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, *“Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58. 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.”* kuralına yer verilmiştir.

Bu fıkra, hakkında birinci fıkra gereğince kamu davası açılanlar, yani hakkında henüz yasaklama kararı verilmemiş, sadece dava aşılmış olanlar ve hakkında idari makam tarafından yasaklama kararı tesis edilen kişiler KİK kapsamındaki ihalelere katılamayacağı belirtilmiştir. Burada üzerinde durulması gereken iki önemli husus bulunmaktadır.

Birinci olarak, ihaleye katılamayacağı halde ihaleye katılanların durumunun ne olacağı konusu fıkra, belirtilmemiştir. Bu konu Kanun’un 11. maddesinde “İhaleye Katılamayacak Olanlar” başlığı altında düzenlenmiştir. 11. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde; *“Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 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 ihalelere katılamayacakları”* kurala bağlanmışken, 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun’un

1. maddesiyle; bu bentte yer alan “*olarak*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*idarelerce veya mahkeme kararıyla*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendi; “*Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar*” şeklini almıştır.

Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma halinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş; böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılarak bunlar yönünden lehe düzenleme getirilmiştir.

Bu itibarla; 11. maddenin son fıkrasının, sadece idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar hakkında uygulanabileceği açıktır.

Öte yandan; Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacağı yönündeki kuralın yürürlüğü devam ettiğiinden, hakkında açılmış bir kamu davası olmasına rağmen ihaleye katılan isteklilerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir.

Danıştay da vermiş olduğu kararlarda anılan lehe düzenlemeyi göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında; “*...uyuşmazlık konusu ihaleye ilişkin olarak, davacı şirketin %52 hisseye sahip ortağı A şahsı ve %24 hisseye sahip ortağı B şahsı hakkında 05.05.2009 tarihinde Malatya 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı, bu kişilerin davacı*

şirketteki hisselerinin tamamını haklarında kamu davası açıldığı tarihten sonraki, fakat söz konusu ihalenin yapıldığı 27.09.2010 tarihinden önceki bir tarih olan 16.07.2009 tarihinde C şahsına devrettiği, uyuşmazlık konusu ihaleyi kazanarak sözleşme imzalandıktan sonra bu hususun davalı idare tarafından tespiti üzerine, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca teminatlarının gelir kaydedilmesine ilişkin tesis edilen işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dairemizin 28.05.2013 tarihli ara kararı ile, Malatya 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nden, davacı şirketin eski ortakları olan A ve B şahsı hakkında "kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine fesat karıştırdıkları" iddiasıyla açılan ve 12.03.2010 tarihinde karara bağlanan E:2009/165, K:2010/96 sayılı kararın kesinleşip kesinleşmediği ve anılan yargılamada şirket veya ortakları hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilip verilmediği sorulmuş; gelen cevabi yazıda, söz konusu yargılamada adı geçen sanıklar hakkında ayrıca bir yasaklama kararı verilmediği belirtilmiş olup, anılan şahıslar hakkında Mahkeme kararıyla ayrıca bir yasaklama kararı tesis edilmediği anlaşılmaktadır.

6359 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, "idarî yaptırım" niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir..." ifadeleri ile anılan değişiklik durumunun dikkate alındığını görmekteyiz (Danıştay, 13. D., 17.09.2013, E:2013/3941, K:2013/2216).

Fıkırada yer alan ikinci önemli husus ise, fıkırada sayılanların KİK kapsamındaki ihalelere katılamayacağıdır. Yani KİK kapsamında yer almayan ihaleler bu fıkırada sayılan kişilerin katılımına açıktır. Bu durumda, Kanun'un 18. maddesinde sayılan ihale usulleri; açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulü olduğundan ve doğrudan temin usulü 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihale usulleri arasında sayılmadığından doğrudan temin usulü ile yapılan ihaleler bu hükmün dışında yer almaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, *"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 şirketlerin mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır."* düzenlemesi yer almaktadır. Bu fıkraya göre, idari yaptırımlarda idarelere verilmeyen kamu ihalelerine katılmaktan sürekli yasaklama yetkisi Mahkemelere verilmektedir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için yasak fiil ve davranışlar sebebiyle mükerrer cezaya hükmolunması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin dördüncü fıkrası ile son fıkrasında ise, *"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."*

(5) Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildiri izleyen on beş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur." düzenlemeleri getirilerek ilgili mercilere bildirim yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır.

Yaptırımın niteliğini değerlendirecek olursak; idare tarafından verilen yasaklama kararı, idari işlemin bütün unsurlarını barındıran bir idari yaptırımdır, Ceza Mahkemeleri tarafından tesis edilen yasaklama kararında ise yargılama faaliyeti yapılmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı güvenlik tedbiri olarak değerlendirilebilir. Bununla ilgili olarak güvenlik tedbirinin düzenlendiği TCK'nın 53. maddesi incelendiğinde, hakkında cezaya hükmedilmiş kişi veya kişilerin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Ayrıca güvenlik tedbirleri, mahkeme tarafından verilen bir adli cezanın yanında uygulanır. İhalelerde ise suç işleyen kişi veya kişilere ihaleye katılma yasağının uygulanması, onların ihaleye katılma hakkından yoksun bırakılması anlamına gelir. Bu nedenle, bu tür yasaklama kararının ceza hukuku anlamında güvenlik tedbiri olduğu açıktır (İspir, 2009, 73).

Konu ile ilgili Yargıtay kararında, *"...4734 sayılı yasanın 59. Maddesi uyarınca kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin kararın mahkumiyete*

hükmedilmesi halinde uygulanabilen fer-i ceza niteliğinde olduğu gözetilmeden ayrıca anılan yasa uyarınca da beraat kararı verilmesi hukuki değerden yoksun olduğundan sonuca etkili görülmemiştir...” şeklinde ifade edilerek, yargı makamları tarafından tesis edilen yasaklama kararını, mahkumiyete hükmedilmesi halinde uygulanabilen fer-i ceza niteliğinde olduğunu ifade etmiştir (Yargıtay, 11. C.D., 07.05.2009, E:2006/8790, K:2009/5313).

2.1.2. İhale Dışı Bırakma

4734 sayılı Kanun’da yer alan diğer bir yaptırım ihale dışı bırakmadır. İhale dışı bırakma yaptırımıyla istekli sadece katılmış olduğu kamu ihalesinden dışlanır. Bu yaptırım sonucunda istekli ihale sürecini yürütemez ve teklifi değerlendirilmemiş olur. Zaten yaptırımın diğer bir adı da ‘teklifin değerlendirme dışı bırakılması’dır. Aynı mahiyette olduklarından teklifin değerlendirme dışı bırakılmasını farklı bir başlık altında değerlendirmeyeceğiz. İhale dışı bırakma ile ilgili yapmış olduğumuz açıklamalar teklifin değerlendirme dışı bırakılması için de geçerlidir.

Yaptırım olarak ihale dışı bırakma ile idare tarafından tesis edilen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı arasında bazı benzerlikler bulunduğu gibi aralarında ciddi farklılıklar da mevcuttur. Öncelikle her iki yaptırım da idari işlem niteliğindedir. Ancak işlemleri tesis edenler açısından baktığımızda, ihale dışı bırakma yaptırımı ihaleyi yapan idarece, yani ihale komisyonu tarafından tesis edilirken; yasaklama yaptırımını ihaleyi yapan idare vermez. Ayrıca, ihale dışı bırakılma yaptırımında sadece mevcut katılan ihalenin dışında bırakılırken, yasaklama yaptırımı ile sadece yasak fiil ve davranışın işlendiği ya da sözleşme imzalamaktan kaçınılan ihaleden değil, aynı zamanda belli bir müddet boyunca tüm kamu ihalelerine katılımdan da yasaklanılır.

Yargısal denetim konusunda ise, yasaklama yaptırımına karşı doğrudan İdare Mahkemelerinde iptal davası açılabilirken; ihale dışı bırakma yaptırımına karşı doğrudan İdare Mahkemelerinde yaptırımın iptali talebiyle dava açılması mümkün olmamaktadır. Bu yaptırıma karşı ilk olarak ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusu, bu başvuruya cevap verilmemesi yahut olumsuz cevap verilmesi durumunda ise

Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunulduktan sonra verilen olumsuz cevap üzerine yaptırımın yargısal denetimi İdare Mahkemesine taşınabilmektedir (KİK, Md. 55-56).

Diğer taraftan, Danıştay'ın bu iki yaptırım türüne yaklaşımı da farklılık arz etmektedir. Yüksek Mahkeme, yasaklama yaptırımını caydırıcı nitelikte ve idari ceza olarak gördüğünden, yasaklama yaptırımına idare hukuku ilke ve kuralları yanında ceza hukukuna ilişkin hukuki güvenceleri de ayrıca uygulamakta iken; ihale dışı bırakma yaptırımını telafi edici yaptırım olarak nitelendirilip, bu yaptırıma idare hukuku ilke ve kuralları yanında ayrıca ceza hukukuna ilişkin hukuki güvenceleri uygulamamaktadır. İhale isteklisi, yasal düzenlemelere aykırı fiil ve davranışları yahut kanun gereği taşıması gerekli olan niteliği taşımadığından ötürü ihale dışı bırakma yaptırımına maruz bırakılır. Danıştay'a göre, ihale isteklisinin ihaleden elenerek değerlendirme dışı bırakılması ile hem nihai amaç olan ekonomik kamu düzeni sağlanmış, hem de ihale isteklisi açısından yasaklama yaptırımı kadar ağır nitelikte olmayan, tek sefere mahsus olmak üzere sadece katılmış olduğu ihaleden elenmesine imkan sağlayan tedbir niteliğindeki yaptırıma tabi tutulur. Buna ilişkin Danıştay kararında;

“...hakkında kamu davası açılan ve bu suretle kamu ihalelerine katılma noktasında yasaklı hale gelen ortağın şirketteki hisse oranına bakılmaksızın bu şahıs vasıtasıyla ihalelere iştirakin mümkün olmadığı, bu durumun gerçekleşmesi halinde ise bir idari tedbir niteliğinde olan teklifin değerlendirme dışı bırakılması işleminin uygulanacağı açıktır...” şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce, Danıştayın bu yaklaşımı uygundur. Nitekim, ihale dışı bırakma yaptırımı ile, istekli henüz kazanmadığı yani herhangi bir menfaat elde etmediği bir durumda, mevzuata aykırı hareketi nedeniyle tedbiren bu yaptırıma tabi tutulmaktadır (Danıştay, 13. D., 25.03.2013, E:2012/3388, K:2013/809).

İhale dışı bırakma yaptırımı 4734 sayılı Kanun'un 10 ve 11. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun' un 11. maddesini 17. maddenin (e) bendini incelerken anlatmış olduğumuzdan bu kısımda tekrar değinilmeyecektir.

Uygulamada ihale isteklisine uygulanan ihale dışı bırakma yaptırımı genellikle Kamu İhale Kanunu'nu 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (i) ve (j)

bentlerinden kaynaklanmaktadır. Yani ihaleye katılmayacağı bildirildiği halde ihaleye katılanlar ve 17. maddede belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilen ihale isteklileri ihale dışı bırakma yaptırımıyla karşı karşıya kalırlar. Bu yaptırımın yasaklama yaptırımı veya teminatın irat kaydedilmesi yaptırımı ile birlikte uygulanmış hali sıklıkla karşılaşılan durumlardandır.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendinde; ihalenin yapıldığı tarihten önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen ihale isteklilerinin ihale dışı bırakılacağı belirtilmiştir. Bu konuyla ilgili Danıştay kararında;

"...X Müdürlüğü'nce yapılan "Günöbirlik Hizmet Aracı Temin Edilmesi İşi" üzerinde kalan davacı şirketin, hâkim ortağının dolandırıcılık suçundan sabıkalı olması ve bu nedenle ihaleye katılırken taahhüt ettiği 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin (e) bendinde belirtilen durumda olmadığını belgeleyememesi nedeniyle sözleşme imzalanmadığından bahisle, 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca altı ay süreyle bütün kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; uyuşmazlığa konu ihale tarihinde yürürlükte olan 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde; anılan maddenin dördüncü fıkrasında 10 bent halinde sayılan belgelerin taahhütname olarak istenebileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından, sayılan durumlarda olunmadığının belgelenememesi halinde isteklilerin teklif dosyalarının incelenmesi aşamasında ihale dışı bırakılması gerektiğinden; taahhütname sunulmasına rağmen taahhütnamede belirtilen durumun belgelenememesi suretiyle sözleşme imzalamama fiiline dayalı olarak tesis edilen davacı şirketin yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır..." şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 22.11.2013, E:2011/3721, K:2013/3189).

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendinde ise; ihale yapıldığı tarihten önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen ihale isteklilerine ihale dışı bırakma yaptırımını uygulanacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu bentte kanun koyucunun iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetin

nasıl değerlendirileceğini veya neye göre değerlendirileceğini belirtmemiş olması büyük bir eksikliklerdir. Uygulamada bu konuda somut olaya göre karar verilmektedir. Bununla ilgili bir Danıştay kararında;

“...X Genel Müdürlüğü tarafından yapılan “Genel Müdürlük Personel Taşınması” ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, söz konusu ihaleye katılan davacı şirketin teklifinin, daha önce ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması sonrasında davacı şirket tarafından yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine davalı idareye itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, dava konusu Kurul kararı ile; başvuru sahibi davacı şirketle imzalanan ve 02.01.2012-31.12.2012 tarihleri arasında yürütülen 6 grup taşıma işine ilişkin sözleşmenin yürütülmesi sırasında davacı şirkete 27 adet ceza tutanağı düzenlendiği, bu tutanaklarda 102 adet ceza kesildiği, yapılan cezalandırmalara rağmen taahhüt edilen servis hizmetlerinin sözleşme hükümlerine uygun olarak yapılmadığı, servis araçlarının sabah veya akşam gelmediği ya da geç geldiği, görevli personelin gelmediği, eksik ve kusurlu çalışmalardan dolayı davacı şirketin hak edişlerinden sürekli cezalar kesildiği, sözleşmeye aykırı şekilde hizmetin yürütülmesi nedeniyle çalışan personelin ve kurumun mağdur edildiği, gelmeyen servislerin idareye ait otobüslerle yapıldığının tespit edildiği, davacı şirketin ihaleyi yapan idareye 02.01.2012-31.12.2012 tarihleri arasında 6 grup taşıma işine ilişkin sözleşmenin yürütülmesi sırasında hizmet sunduğu, bahse konu sözleşmenin uygulanması sürecinde işin şartnamede belirlenen kurallara uygun yürütülmediği sabit olup, ihaleyi yapan idareye daha önce yaptığı iş/hizmet sırasında sözleşme hükümlerine aykırı fiil gerçekleştiren ve bu fiil ve işlemleri tutanağa bağlanan ve cezai işlem uygulanan davacı şirketin, aynı idare tarafından yapılan ihalede 4734 sayılı Kanunun 10. maddesinin (f) bendi uyarınca değerlendirme dışı bırakılması üzerine yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine yönelik kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 15.04.2014, E:2014/455, K:2014/1419).

Maddede sayılan ihale dışı bırakılma sebeplerinden bir diğeri ise; Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde belirtilen bilgi ve belgelerin verilmemesi veya yanıltıcı bilgi veya sahte belge verildiğinin tespit edilmesidir. Bu durumda, ihale isteklisi ihaleyi düzenleyen komisyon tarafından ihale dışı bırakılır.

Son olarak, madde ile mevcut uygulamada Kanunda yer almaması nedeniyle şeffaf olarak uygulanmadığı gerekçesi ile uluslararası alanda eleştiri konusu edilen ihalelere katılımda yeterlik kriterleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İşi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerin ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler sayılmış, uluslararası ihale mevzuatına uygun olarak belirlenen bu belge ve bilgilerden hangilerinin kullanılacağına işin niteliğine göre belirlenerek ihale dokümanında ve ilan veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekli görülmüştür.

İhalelerde, bu maddede sayılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir belge istenilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, yapım işlerinde isteklilerin yeterliğini belirlemede aranılan müteahhitlik karnesi uygulamasından da vazgeçilmiştir.

2.1.3. Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Kamu ihalelerinde, gerçek veya tüzel kişi ihale isteklileri, ihale aracılığıyla kamu kurumlarıyla sözleşme yapabilecek duruma gelirler. Bu durumda olan ihale isteklilerinde dürüstlüğü ve ciddiyeti sağlamak amacıyla hem 4734 sayılı KİK de, hem de 4735 sayılı KİSK de kısaltılmış adı "teminat" olan, ancak asıl adı "teminat mektubu" olan kamu için bir nevi kısmi güvence kurumu düzenlenmiştir.

Kamu ihalelerinde iki tür teminat bulunmaktadır. Bunlar, geçici teminat ve kesin teminattır.

2.1.3.1. Geçici Teminat

Geçici teminat, isminden de anlaşılacağı üzere belirli bir süre için verilen teminattır. Bu durumda, belirlenen süre sonunda ihale isteklisi tarafından verilen teminat, istekliye iade edilir.

Geçici teminat, 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede, *“İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir.”* kuralı yer almaktadır.

İhalenin ilk aşamasında, yani ihale isteklisinin ihaleye katılırken sunmuş olduğu ve içerisinde teklif mektubu gibi belgelerin de yer aldığı ihale dosyası ile birlikte, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere ihale komisyonuna geçici teminat mektubu sunulur.

Uygulamada, geçici teminatın gelir kaydedildiği durumlarda, teklif edilen bedelin %3'ünden fazla geçici teminat mektubu sunan ihale isteklilerinin teminat mektubunun ne kadarının gelir kaydedileceği sorunuyla karşılaşmaktadır. Çünkü, geçici teminat mektubunun ne kadar olması gerektiğine ilişkin ilgili kanun metninde *“teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere”* denilerek, ihale isteklisi ne kadar teklif sunuyorsa, sunmuş olduğu bu miktarın en az %3'ünü geçici teminat olarak sunması gerektiği ifade edilmiştir. Tabi ki, her isteklinin teklif ettiği tutar farklı olduğundan, geçici teminat miktarları da farklılık arz etmektedir. Ayrıca, ihale isteklileri genellikle teklif tutarının gizliliğini sağlamak amacıyla %3'ten fazla teminat mektubu sunduğu durumlar olmaktadır.

Kanun metninde geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlenmesinin sebebi, madde gerekçesinde yer alan *“isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu”* ifadeleriyle belirtilmiştir. Bu konuyla ilgili Danıştay kararında da;

“...davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesi yerinde olup, teklif tutarının %3'ü aşan kısmının iade edilmesi gerekmekte iken, geçici teminat olarak sunulan tutarın tamamının gelir kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan davanın reddi yolunda hüküm kuran Mahkeme kararının bozulması gerektiği...” şeklinde ifade edilerek, geçici teminat tutarının %3'ü aşan kısmının, teminatı gelir kaydedilen istekliye iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Danıştay, 13. D., 13.11.2013, E:2013/1642, K:2013/2994).

2.1.3.1.1. Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesinin Nedenleri

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin nedenleri 4734 sayılı Kanun'un farklı maddelerinde düzenlenmiştir.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin nedenlerinden birincisi, Kanun'un 10. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Anılan düzenlemede; *"Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kurum tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir."* kuralına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre anılan maddede belirtilen, ekonomik, malî, mesleki ve teknik yeterliğin belirlenebilmesi için sayılan belgeler arasından Kamu İhale Kurumu'nca taahhüt olarak gösterilmesi belirlenen belgelerin gerçeğe aykırı olması ve ihale uhdesinde kalan istekli tarafından sözleşme imzalanmadan önce teslim edilmemesi durumunda, isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatı gelir kaydedilir.

Bu konuyla ilgili bir uyuşmazlıkta; ihale isteklisinin, ihalede sunulan teklif zarfından kaşeli ve imzalı birisi dolu birisi boş iki adet teklif mektubu çıktığı ve bu teklif mektuplarında "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (d) bendi gereğince ihale konusu işe kendimiz veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif mektubu vermediğimizi taahhüt ederiz." şeklinde de taahhütte bulunulduğundan geçici teminatı gelir kaydedilmiş. Bu yaptırıma karşı idari yargı merciinde iptal davası açan istekli, ilk derece Mahkemesi'nde davasının reddedilmesi üzerine, Mahkeme kararını temyiz etmiş. Temyiz incelemesinde Danıştay; *"...4734 sayılı Kanun'un 17. ve 58. maddelerinde, ihaleden yasaklanmayı gerektirecek yasak fiil veya davranışlarda bulunan kişilerin ihaleden yasaklanmaları yanında geçici teminatlarının da irat kaydedileceğine yönelik bir kurala yer verilmediği; aynı Kanun'un 10. maddesi açısından bakıldığında ise, 17. maddeye aykırılık durumunun, taahhüt kapsamında sunulacak belgeler arasında Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde ve Kamu İhale Genel Tebliği'nde sayılmadığı; davacı şirket tarafından sunulan teklif mektubunun*

içeriğinde geçen beyanın "taahhünameye aykırılık" kavramı kapsamında değerlendirilmesinin hukuken mümkün olmadığı sonucuna varıldığından, davacı şirketin gelir kaydedilen geçici teminatının iadesine yönelik tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken, Mahkemece davanın reddi yönünde verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır..." şeklinde ifade edilmiş. Bu karara göre, ihale isteklisi tarafından sunulan taahhünamenin niteliğinin iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Anılan maddede 28.03.2007 tarihinde yapılan değişiklikle, maddede sayılan belgelerden hangisinin taahhüname olarak sunulabileceği yetkisi Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir (Danıştay, 13. D., 24.03.2014, E:2013/3332, K:2014/1127).

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin nedenlerinden ikincisi, Kanun'un "İhaleye Katılamayacak Olanlar" başlıklı 11. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede; *"Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir."* kuralı yer almaktadır. Buna göre, kamu ihalelerine katılamayacak durumda olmasına rağmen katılan isteklilerin, Kanun'un 17. maddesinin (e) bendi gereği ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını yanında geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımının da uygulanması gerekecektir.

Konuyla ilgili örnek bir uyuşmazlıkta; A Hastanesi Baştabipliği'nce 18.07.2011 tarihinde yapılan Yemek Alımı ihalesine katılan isteklinin, ihale tarihi itibarıyla hakkında açılmış kamu davası bulunan kişi aracılığıyla ihaleye teklif sunduğu anlaşıldığından ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi yaptırımını uygulanması üzerine açmış olduğu davada, Danıştay; *"...davaya konu işlemin "davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması"na ilişkin kısmının idari yaptırım kararı niteliğine sahip olmaması nedeniyle 4734 sayılı Kanunun 11. maddede sonradan meydana gelen değişikliğin lehe düzenleme olarak dikkate alınamayacağı, dolayısıyla davaya konu ihaleye, hakkında dava açılmış bulunan kişi tarafından imzalanan teklif mektubu ile katılan davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işleminin, tesis edildiği tarih itibarıyla hukuka uygun olup, davaya konu Kurul kararının "davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması"na ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı, davaya konu Kurul*

kararının davacının "geçici teminatının irat kaydedilmesi"ne yönelik kısmı için ise, idari yaptırım kararları açısından ortaya çıkan lehe değişikliklerin bu kararlara uygulanmasının zorunluluk teşkil ettiği, davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesi işleminin niteliği itibarıyla mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucunu doğuran bir idari yaptırım kararı olması nedeniyle, bu konuyla ilgili olarak meydana gelen lehe değişikliklerin dikkate alınması gerekeceği, davacının geçici teminatının irat kaydedilmesine yönelik işlemin dayanağı ortadan kalktığı, bu durumda; davacı hakkında lehe düzenlemenin dikkate alınarak, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali gerektiğinden, aksi yönde tesis edilen Kurul kararının geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle davaya konu Kurul kararının geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmının iptaline, kararın davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmının ise reddine yönelik kararın onanması..." yolunda hüküm kurulmuştur.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin nedenlerinden üçüncüsü, Kanun'un "Tekliflerin Değerlendirilmesi" başlıklı 37. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Anılan düzenlemede, "*Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36. maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir...*" kuralı yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, teklifle birlikte sunulan ve teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan bilgi ve belgelerin idare tarafından talep edilmesine rağmen teslim edilmemesi durumunda geçici teminat gelir kaydedilir. Bu durumda ihale dışı bırakma yaptırımını da uygulanır.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin nedenlerinden dördüncüsü ise, uygulamada sıklıkla karşılaşılan sözleşme uhdesinde kalmasına rağmen sözleşme imzalamaktan kaçınma durumudur. Kanun'un 44. maddesine göre, "*İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43. maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir.*

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir.” düzenlemesine yer verilerek, aynen yasaklılık yaptırımında olduğu gibi sözleşme imzalamaktan kaçınan ihale isteklisine yasaklılık yaptırımı yanında geçici teminatının da gelir kaydedileceği belirtilmiştir.

Bununla ilgili bir uyuşmazlıkta; ihale üzerinde kalarak kendisine sözleşmeye davet yazısı gönderilen ihale isteklisinin, yasal süresi içerisinde sözleşmeyi imzalamadığı gerekçesiyle geçici teminatı gelir kaydedilip sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortağının kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi üzerine açılan davada, Danıştay; “...davacı şirket'in ihaleye davet edilmesi üzerine davacı Şirket tarafından kesin teminat yatırılarak istenilen bilgi ve belgelerin davalı idareye verildiği, ancak ihale tarihi itibarıyla sosyal güvenlik prim borcu ve vergi borcunun bulunması nedeniyle davacı Şirket ile sözleşme imzalanmayarak davacı Şirket'in ihalelere katılmaktan bir yıl süreyle yasaklanması üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; ihalenin uhdesinde kalması üzerine kesin teminatı yatırarak diğer bilgi ve belgeleri idareye sunup sözleşme imzalamak konusundaki iradesini ortaya koyan davacı şirket'in, ihaleye katılım aşamasında ihale tarihi itibarıyla sosyal güvenlik ve vergi borcunun bulunması nedeniyle hukuken kendisiyle sözleşme imzalanamayacağı açık olduğundan, davacı Şirket'in teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydına karar verilmesi gerekirken, ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesinde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir...” şeklinde ifade edilmiştir. Bu karardan anlaşıldığı üzere, ihale üzerinde kalarak ihale sözleşmesini imzalamaya yönünde iradesini ortaya koyan ihale isteklisinin, hukuken kendisiyle sözleşme imzalanamayacak durumda olması halinde, geçici teminatı yine de gelir kaydedilir. Ancak bu durumda yasaklama yaptırımı uygulanmaz. İhale dışı bırakılır (Danıştay, 13. D., 03.04.2013, E:2011/2208, K:2013/925).

Ayrıca, ihale uhdesinde kalmasına rağmen sözleşme imzalamaktan kaçınan en avantajlı teklif sahibinin geçici teminatı irat kaydedilip ihale dışı bırakılması üzerine, ihale yetkilisinin de uygun görmesiyle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci

teklif sahibi ile sözleşme imzalanabilir (KİK, Md. 44). Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

2.1.3.2. Kesin Teminat

Kamu ihalelerinde ihale isteklileri tarafından verilen teminat mektubu türlerinden bir diğeri ise kesin teminattır. Kesin teminat kavramı, 4734 sayılı Kanun'da tanımlanmakla beraber, çalışmamızla ilgili olan kısmı, yani idari yaptırım olmasına yönelik özellikleri 4735 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 43. maddesinde tanımlandığı üzere kesin teminat; ihale üzerinde kalan isteklinin, taahhüdünü sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla sözleşmenin yapılmasından önce ve ihale bedeli üzerinden hesaplanan teminat mektubudur. Miktarı ise, ihale bedelinin %6'sıdır. Kanun koyucu teminat olarak verilecek miktarın tespiti konusunda, geçici teminatta olduğu gibi ihale isteklisinin takdirine bırakmamıştır.

4735 sayılı KİSK'e göre, kesin teminatın gelir kaydedilme sebepleri; yüklenicinin mücbir sebep halleri dışında taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu veya ihale sürecinde 4734 sayılı Kanun'a göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hallerinde kesin teminat gelir kaydedilir.

2.2. İhale Yetkililerine veya Görevlilerine Uygulanan İdari Yaptırımlar

Kamu ihalelerinin usul ve ilkelerini düzenleyen 4734 sayılı Kanun'da hukuka aykırı davranışlarıyla ekonomik kamu düzenini bozan ihale isteklilerine uygulanan idari yaptırımların düzenlendiği gibi, kamu ihalelerini düzenleyen ihale yetkilileri ve görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarını önlemek amacıyla anılan kişilere yönelik de idari yaptırımlar öngörülmüştür.

4734 sayılı Kanun'un "Görevlilerin Ceza Sorumluluğu" başlıklı 60. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, kamu ihalelerinde görev alan ihale görevlilerinin idari, cezai ve tazmini sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiş olup 4734 sayılı Kanun'a aykırı fiil veya davranışından dolayı hüküm giyenlerin ihalelerde görev alamayacağı belirtilmiştir.

Ayrıca, Kanun'un 5. maddesinde sayılan ilkelere (gizlilik, saydamlık, rekabet vb.) aykırı olarak ihaleye çıkan ve ihale yapan ihale görevlileri hakkında da idari, cezai ve tazmini sorumluluklarının olacağı belirtilmiştir.

Diğer taraftan, anılan madde ile ihale görevlileri deyiminden, ihale yetkilisi, ihale komisyon başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Ekonomik kamu düzeninin düzgün bir biçimde işlemesinin en önemli araçlarından biri olan kamu ihalelerinin hukuka uygun ve kaliteli işleyebilmesi için, kamu ihaleleri için düzenlenmiş olan mevzuatın uygulayıcıları olan ihale komisyonları ve bu komisyonda görev yapanlar büyük önem arz etmektedir. Ayrıca, kamu ihaleleri çok hassas ve dikkatle takip edilmesi gereken bir süreçtir. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından bu sürecin özel olarak oluşturulacak ihale komisyonları tarafından yürütülmesi öngörülmüştür (Dedeoğlu, 2010, 200). Bu kadar büyük önem arz eden ihale komisyon ve üyelerinin hukuka uygun hareket etmelerini sağlamak için de 4734 sayılı Kanun'da bir takım idari yaptırımlar düzenlenmiştir.

İhale mevzuatı ile yasaklanan fiil veya davranış kamu görevlileri tarafından işlenip, söz konusu fiil veya davranışın kamu görevlilerinin tabi olduğu mevzuat açısından bir disiplin cezasını gerektirmesi halinde yetkili merciler tarafından disiplin cezası verilir (Kullukçu&Hepaksaz, 2010, 151). İhale görevlileri hakkında uygulanan bu yaptırımlar aynı zamanda idari işlem olduklarından, ihale görevlileri bu yaptırımların iptali istemiyle idari yargı merciinde iptal davası açmaları gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak, uygulamada tesis edilen disiplin yaptırımına karşı açılan davada, disiplin yaptırımının iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararı, Danıştay'ın kararıyla bozulmuştur. Kararda;

“...Olayda; sosyal güvenlik prim borcu olan firmanın ihale dışı bırakılması gerekirken ihale dışı bırakılmayarak ihalenin bu firmaya verildiği, sözleşme imzalanması için gerekli evrakların süresi içerisinde ibraz edilmemesi ve diğer hukuka aykırılıklar nedeniyle Kamu İhale Kanununda öngörülen 45 günlük süre içerisinde işlem yapılarak anılan firmanın ihalelerden men edilmesine yönelik başvuruda bulunulmadığı ve ihale tarihinden sonra sözleşme aşamasında görevde bulunmasına ve şartname gereği sözleşmenin davacı tarafından imzalanması gerekmekte iken, dava dışı 3. bir kişi tarafından sözleşmenin imzalandığı hususlarının yapılan soruşturma sonucu düzenlenen raporla sabit olduğu görülmektedir.

Bu durumda; davacının ihale ve sözleşme işlemlerini mevzuata uygun bir şekilde yürütmekle görevli/sorumlu olduğu hususu da dikkate alındığında, Kamu İhale Kanununda açıkça belirtilen ve ihalenin tarafsız, güvenilir, şeffaf ve rekabete açık bir şekilde yürütülmesini amaçlayan hükümlerine aykırılıklar nedeniyle, kasıtlı olarak verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek fiilini işlediği tespit edilen davacı hakkında tesis edilen disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davanın reddi gerekirken, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...” ifadeleriyle, Kamu İhale Kanunu'nda yer alan temel ilkelerin ihale görevlileri tarafından dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (Danıştay, 12. D., 12.04.2011, E:2008/7038, K:2011/1650).

Aynı şekilde, 4734 sayılı Kanun'un “Bilgi ve Belgeleri Açıklama Yasağı” başlıklı 61. maddesinde de gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşa edilmesi durumunda 60. maddede sayılan idari, mali ve cezai yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir.

Uygulamada, anılan konuyla ilgili açılmış olan bir davada, Danıştay; “...4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Yaklaşık Maliyet” başlıklı 9. maddesinde, yaklaşık

maliyete ihale ve ön yeterlilik ilanlarında yer verilmeyeceği isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanamayacağı belirtilmekte, Aynı Kanununun 61. maddesinde ise, ihale yetkilisi, başkan ve üyelerin; tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemeyecekleri, kendilerinin ve 3. kişilerin yararına kullanamayacakları aksi halde 60. madde gereği mevzuatlarındaki disiplin cezasının verileceği ifade edilmektedir.

Olayda, davacının ... tarihinde, "X Operasyonu" kapsamında teknik takibi yapılan şüpheli ile muhtelif telefon görüşmeleri yaptığı, bu görüşmelerde ihale ile ilgili olarak verdiği yaklaşık maliyet belgesini kimsenin görmemesini, aksi halde kendisinin sıkıntıya gireceğini, yaklaşık maliyet belgesinin gizli kalması gereken bir belge olduğunu belirttiği, söz konusu görüşme tutanağının dosya kapsamında bulunduğu ve kullanılan ifadelerin net ve anlaşılır olduğu, davacının gizli kalması ve 3. kişilerle paylaşılmaması gereken yaklaşık maliyet belgesini idare ile ilgisi olmayan şahıslara verdiğinin sabit olduğu, 4734 sayılı Yasanın 61. maddesinde ihale yetkilisinin yaklaşık maliyet belgesini ifşa etmesi veya 3. kişilere vermesi halinde hakkında mevzuatı uyarınca disiplin cezası uygulanacağı belirtilmesi karşısında, davacıya söz konusu fiili nedeniyle 657 sayılı Yasanın 125/D(ı),(k) maddesi uyarınca 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi, geçmişteki olumlu çalışmaları nedeniyle bir alt ceza uygulanarak sonuçta 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır..." şeklinde ifade ederek, yaklaşık maliyeti ifşa eden ihale görevlilerinin de disiplin cezası alması gerektiğine hükmetmiştir (Danıştay, 12. D., 19.09.2013, E:2009/2016, K:2013/6551).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİ

Bu bölümde, Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırımların yargısal denetiminin ne şekilde yapıldığı incelenecektir. İlk olarak, idari işlemlerin yargısal denetiminde esas açısından denetim yapılmasını sağlayan idari işlemlerin unsurları yönünden denetimi, ikinci başlık altında yargısal denetimde yaptırımların ilk inceleme denetiminin nasıl yapıldığını ve son olarak da yaptırımların hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu doğan zararın tazmini için açılacak tam yargı davaları incelenecektir.

1. YAPTIRIMLARIN İDARİ İŞLEM TEORİSİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırımlar aynı zamanda birer idari işlemdir. İdare, bu yaptırımları tesis ederek, ihale isteklilerinin ya çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü belli bir süreliğine veya sadece katılmış olduğu ihale için kısıtlar ya da belli bir maddi yükümlülüğün altına sokar. Neticede, bu yaptırımların uygulanmasıyla ekonomik kamu düzeni sağlanır. Yani, bu yaptırımlar harcama düzenini koruyan “mali kabahat” örneği göstermektedir (Taşdelen, 2006, 310). Bu nedenle, anılan yaptırımlar idari işlemin özelliğini taşımış olduklarından, unsurları yönünden incelenmesi gerekecektir.

1.1. Yetki

Anayasa ve kanunlar tarafından idare adına bir idari işlemi yapabilmek için idari makamlarda bulunan kişi veya kişilerin irade açıklama konusunda ehliyetli olması hususu idari işlemin yetki unsurudur (Sezginer, 2000, 37). İdare hukuku açısından yetki ise, kişileri, eşitlik kuralını, temel hak ve hürriyetleri, kamusal para ve malları doğrudan ilgilendiren ve kamu gücü kullanımının aracı olan idari işlemin, idari teşkilat içindeki herkes tarafından değil, yalnızca kanunla belirlenmiş ve

sınırlanmış makamlar tarafından yapılabilmesi yeteneğini ifade eder (Akyılmaz, 2000, 102). O halde yetki, kişiye değil, göreve bağlı olup; kamu hizmetini ifa eden kişiye değil, makama verilir (Akyılmaz&Sezginer vd., 2012, 391).

İdare hukukunda kural olan, tüm idari işlemlerde, işlemi yapan makamın bir hukuk kuralına dayanıyor olmasıdır. Bu anlamda idarenin işlem yapabilmek için kanuni bir yetkiye ihtiyaç duymaktadır. Ancak, idarenin ihtiyaç duyduğu bu yetkinin, normlarda açıkça belirtilmesi şart değildir. Söz konusu yetki, kanunda üstü kapalı olarak ifade edilmiş olabilir. “Mündemiç yetki” olarak da ifade edilen bu durumda (Güneş, 1965, 140), yetkinin varlığının tespiti için aranacak şart, yetki kuralını düzenleyen normda, yetkinin yeter derecede belirmiş olmasıdır (Balta, 1968, 102).

Buna göre, idari karar alan kişilerin öncelikle medeni hukuk bakımından ehil olması gerekmektedir. Nitekim temyiz kudretini haiz olmayanların idare adına karar almaya yetkili olduklarından söz edilemeyeceği açıktır (Gökalp, 1986, 456). Ayrıca, hukuki işlemin temelini teşkil eden irade, idare hukuku bakımından yetkili bir merci veya makam tarafından ortaya konulmalıdır (Eroğlu, 1985, 70). İdare adına irade açıklayan görevlilerin sahip olduğu yetkiler aslen kazandıkları kendi yetkileri olmayıp, işgal ettikleri makama önceden verilen ve o makama atanmakla statü gereği kazanılan yetkililerdir (Kalabalık, 2006, 109).

Ayrıca, idare organları birer tüzel kişilik olduklarından, irade tüzel kişiliğin başında bulunan gerçek kişi tarafından açıklanmasına rağmen, hukuken tüzel kişiliğin iradesi olarak kabul edilmelidir (Karatepe, 1995, 72).

4734 sayılı Kanun’da yer alan yaptırımlar açısından, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımında hangi merciin işlem tesis etmeye yetkili olduğu Kanun’un 58. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ihaleden yasaklama kararını verecek yetkili merci; ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu 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 yetkili kılınmıştır.

İhaleden yasaklama kararını verecek ilgili ya da bağıli bakanlığın doğru bir şekilde tespiti, ihaleyi düzenleyen kamu kuruluşunun ilgili mevzuatına bakılarak belirlenmelidir.

Kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımı ile ilgili bir diğeri husus ise; bağımsız idari otoritelerle özdeşleşen bir kavram olan 'ilişkili bakanlık'tır. 4734 sayılı KİK'te ihaleden yasaklama kararını verecek makamlar arasında ilişkili bakanlıktan söz edilmemiştir. Bu konuda ikili bir ayırım yapılabilir. Bağımsız idari otoriteleri düzenleyen mevzuatta 'ilişkili bakanlık' ibaresi açıkça kullanılmış ise, yasaklama kararını ilişkili bakanlık verecektir. Ancak kuruluş mevzuatında böyle bir ibare yoksa Danıştay'ın getirmiş olduğu çözüm doğrultusunda 'ilişkili bakanlık' 'ilgili' olarak kabul edilerek ortaya çıkacak belirsizlikler bertaraf edilebilir.

Bir bakanlıkla ilgili veya bakanlığa bağıli olmayan bir idare tarafından düzenlenen ihalelerde ise, yasaklama kararını verecek olan makam söz konusu idarenin ihale yetkilileridir. Örneğin TEDAŞ, 2004 yılında özelleştirilmesiyle birlikte Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgisi kesilerek herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağıli kuruluşu sayılmadığından, ihaleden yasaklama kararlarını, TEDAŞ'a bağıli idarelerin ihale yetkililerince verilmesi gerekmektedir.

Yasaklama yaptırımında yetki ile ilgili olarak diğeri tartışmalı durum ise, üniversiteler tarafından yapılan ihalelerde yasaklamaya yetkili kurumun hangisi olduğuna ilişkindir. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 3. maddesine göre, üniversiteler, bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur. Üniversitelerin bağıli olduğu yahut ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğuna ilişkin meri mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2547 sayılı Kanun'da veya diğeri ilgili kanunlarda Milli Eğitim Bakanlığı'nın üniversitelerin ilgili bakanlığı olduğuna yönelik herhangi ifade bulunmamaktadır. İlgili mevzuatlarında herhangi bir bakanlığın ilgili ya da bağıli kuruluşu olmayan ve aynı zamanda bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin yapmış olduğu kamu ihalelerinde, ihale düzenini bozan davranışta bulunan ihale istekçilerine yasaklama

yaptırımını, yine üniversitelerin kendi ihale yetkilileri tarafından verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak, Danıştay bu konuda farklı düşünmektedir.

İhale dışı bırakma yaptırımında yetki ise, ihaleyi düzenleyen idareye aittir. Örneğin, ihaleyi düzenleyen kurum il özel idaresi ise, ihale dışı bırakma yaptırımını da yine il özel idaresi uygular. Bu yaptırım kararı il özel idaresi tarafından alınan ihale için görevlendirilmiş olan ihale komisyonu tarafından alınır. Alınan bu karar ihale yetkilisi tarafından onaylanması ile icra edilir.

Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımında ise yetki, kural olarak ihaleyi düzenleyen idareye aittir. Ancak, 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesine göre, Kamu İhale Kurumu'nun görev alanı içinde olmak kaydıyla, itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde, teminatın gelir kaydedilmesinde yetki Kamu İhale Kurumu'na aittir.

Yetki kurallarına aykırılık ya işlemin, yani idari yaptırımın iptal edilmesini ya da yok hükmünde olmasını gerektirir. Bu noktada karşımıza, fonksiyon gaspı, yetki gaspı, yetki tecavüzü ve ağır ve bariz yetki tecavüzü kavramları çıkmaktadır (Yıldırım, 2008, 151).

1.2. Şekil

İdari işlemin şekil unsuru, hukuki işlemin devlet fonksiyonlarına, kamunun ve devletin menfaatlerine uygunluğunu sağlayacak en önemli vasıta (Onar, 1966, 198). Öyle ki yaptırım türü işlemler söz konusu olduğunda, "usul ve şekil" unsuru, yetki unsuru ile birlikte, sebep unsurundan sonra gelen önemli bir unsur haline almaktadır (Özay, 1985, 459).

Devletin tüm işlemleri gibi idari işlem ve kararları da belli şekil kurallarına uyularak yapılmalı ve alınmalıdır (Günday, 2004, 132). İdare hukukunda, özel hukukun aksine şekil serbestisi yoktur (Gözler, 2009, 711). Nitekim Borçlar Kanunu'na göre, bir sözleşmenin geçerliliği kanunda aksi yönde bir düzenleme yoksa herhangi bir şekil şartına bağlı değilken (Eren, 2004, 256), idare hukukunda gerek idari işlemi tesis eden kamu görevlilerine işlemin sonuçları hakkında iyi düşünme fırsatı vermesi gerekse idare edilenlere bir güven sağlaması (Gözübüyük,

1986, 215) nedeniyle şekil şartına bağlı olunması gerekmektedir (Günday, 2004, 132). İdari işlemlerin önceden belirlenen şekil koşullarına uygun olarak yürütülmesi, kamu görevlilerinin keyfi davranışlarını önlemek açısından da önem arz etmektedir.

İdari işlemde şekil unsuru bir yandan idari işlemi oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddi biçimini ifade etmekten diğer yandan idari işlemin yapılması sırasında izlenen usulü göstermektedir (Atay, 2006, 386).

İdari işlemler kural olarak yazılı şekle tabi olup, işlemi meydana getiren iradenin yazılı olarak maddi boyuta taşınması ve işlemi tesis eden kamu görevlisi tarafından imza altına alınması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'da yer alan her üç idari yaptırım için de yukarıda bahsedilen şekil kurallarının geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, ihaleden yasaklama kararında, ilave başka şekil şartları da söz konusu olmaktadır. 4734 sayılı Kanun'unun 58. maddesine göre; ihaleyi düzenleyen idare yasaklamayı gerektiren bir durumun olduğunu tespit ettiği takdirde, bu durumu bağlı veya ilgili olduğu bakanlığa bildirecek, bakanlık, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç 45 gün içinde yasaklama kararını verecek ve bu kararı Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde ilgili birime gönderecektir. Açıklanan yasaklama usulü, ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlığa bildirimde bulunması, bakanlığın yasaklama kararı vermesi ve bu kararın Resmi Gazetede yayımlanması şeklindedir.

Herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu olmayan idareler, yasaklama kararlarını, bu idarelerdeki ihale yetkilileri vasıtasıyla verirler. Bu durumda, bakanlığa bildirimle ilişkin bir şekil şartı yoktur. Ancak işlemin yazılı olarak yapılması ve gerekçeli olması şekil şartları yine de vardır. Resmi Gazetede de yayımı ise yürürlük şartıdır.

İhaleden yasaklama dâhil her üç idari yaptırım da bireysel idari işlemdir. Bu nedenle, yürürlüğe girmeleri için ilgililerine tebliğ edilmeleri gerekmektedir. Özellikle yasaklama yaptırımı bireysel işlem niteliğinde olduğu için, Resmi Gazete'de yayımlanmaması işlemi şekil yönünden sakatlamaz.

1.3. Sebep

Sebep, idari işlem tesis edilmeden önce mevcut bulunan ve idareyi belli bir karar almaya yönelten hukuki veya fiili durumdur (Yenice, 1983, 53). İdare hukukunda idari işlemler nesnel kurallarla belirli olan ve kendilerinden önce gelen “sebep”e dayanmalıdır (Özgüldür, 2004, 24). Sebep, nesnel bir nitelik taşır. Zira işlemi yapanın kendi düşüncesinde yer alan ve bu nedenle tercih ettiği bir husus değil; onun dışında kalan ve nesnel hukukun ortaya koyduğu maddi bir olgudur (Özay, 1986, 197). Sebep, istemden önce gelen maddi bir vakıa, olgu, hukuksal bir durum ya da işlem olabilmektedir (Onar, 1966, 282).

İdari işlemlerin sebepleri kanunlarda açıkça belirtilebildiği gibi genel ifadelerle de gösterilebilir. Bazen de hiç gösterilmeyebilir. Ancak, idarenin her durumda uymak zorunda olduğu kurallar bulunmaktadır. İdare hukukunda sebepsiz işlem tesis edilmesi mümkün değildir (Tandoğan, 1976, 82).

Sebep unsurunu oluşturan olay ve işlemlerin açıkça gösterildiği durumlarda yargı mercileri bu sebeplerin hem varlığını, hem de doğruluk, önem ve yeterliliklerini araştırıp değerlendirmelidir (Erol, 2009, 95).

Buna göre, teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının sebepleri 4734 sayılı Kanun’un muhtelif maddelerinde (10, 11, 37, 44, 52 ve 54. maddeler) belirtilmiştir. İhale dışı bırakılma yaptırımının sebepleri de Kanun’un “İhaleye Katılımda Yeterlilik” başlığı taşıyan 10. maddesi ile “İhaleye Katılamayacak Olanlar” başlıklı 11. maddesinde sayılmıştır. İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının sebepleri ise Kanun’un 58. maddesinin birinci fıkrası ile 61. maddesinde düzenlenmiştir. Bu konularla ilgili detaylı açıklama tezin ikinci bölümünde yapılmıştı.

Kanunlarda düzenlenmiş olan sebepler gerçekleşmeden, yani ortada herhangi bir sebep yokken yaptırım uygulanması, işlemin sebep ögesinde sakatlık yaratacak ve söz konusu işlemin iptal edilmesi gerekecektir.

Bu nedenle, yaptırımı tesis eden idareler, yaptırım kararı verilmesi konusunda bağlı yetki halindedirler. İdarenin, bağlı yetkili olduğu durumlarda alınabilecek muhtemel kararlar arasında seçim yapma imkânı bulunmamaktadır. Böyle bir

durumda, hukuk kuralının öngördüğü maddi veya hukuki sebepler oluşunca idare yine o kuralın belirttiği işlemi yapmak veya kararı almak zorundadır (Alan, 2003, 17).

1.4. Konu

İdare işlemlerin konusu, hukuk düzeninde doğurduğu hukuki ve maddi sonuç, meydana getirdiği değişikliktir (Günday, 2004, 113). İdare hukukunda; hangi sebeplerin hangi hukuki sonuçları meydana getireceği önceden düzenlenmiştir. İdare idari işlem ile, daha önceden yasal düzenleme ile belirli bir sebebe bağlanan sonuçtan farklı bir sonuca yönelmesi halinde idari işlem konu unsuru yönünden hukuka aykırı olur.

Bir idari işlemin meydan getireceği sonuç gerçekleştirilebilir nitelikte olmalıdır. Yani idari işlemin konusu imkansız olmamalıdır. Konu aynı zamanda, Anayasa, kanun, uluslararası antlaşmalar, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik gibi mevzuatlar ve düzenleyici işlemlere de aykırı olmaması gerekmektedir.

İdari işlemin konusu mümkün veya meşru değilse konu ögesi yönünden hukuka aykırılık söz konusu olur. Örneğin, hayatta olmayan bir kişinin memur olarak atanması ya da bir kamu malının kamulaştırılması hallerinde, bu yönde tesis edilen işlemler konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, idari işlemlerin oluşturulmasında, işlemin konusunun hukuk ortamında, hukuka uygun olarak seçilmesi asıl olup, hukuk dışı sonuçlar elde etmek için işlem yapılamayacağı kuşkusuzdur (Coşkun&Karyağdı, 2001, 376).

4734 sayılı Kanun'a göre; teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının konusu, istekliye ait bir miktar paranın hazineye gelir olarak kaydedilmesi iken; ihale dışı bırakma yaptırımının konusu, yalnızca ilgili ihaleye katılamamaktır.

İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının konusu ise, Kanunda belirtilen yasaklılık süresi boyunca, o idarenin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının hiçbir ihalesine katılamamaktır.

Özellikle yasaklama yaptırımı ile ilgili olarak; 4734 sayılı Kanun'un 17 ve 61. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunan ihale isteklileri hakkında, fiil ve davranışın özelliğine göre 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar yasaklama kararı verilir. Buna karşın, mücbir sebep yokken, ihaleyi aldığı halde sözleşme yapmayan ihale isteklisi için uygulanan yasaklama süresi 6 ay ile 1 yıl arasındadır. Yasaklama kararını veren mercinin, fiilin özelliğine göre yasaklama süresi konusunda yasal sürelerin içinde kalmak koşuluyla takdir yetkisi olduğu açıktır. İdareye yasal olarak tanınan takdir yetkisinin İdari Yargı mercilerince ne ölçüde denetlenebileceği konusunu çalışmamızın ikinci bölümünde Danıştay kararlarıyla birlikte anlatmış olduğumuzdan bu kısımda aynı hususlar tekrar edilmeyecektir.

Sebep ile konu arasındaki illiyet bağının bulunmaması veya bu iki unsur arasında ölçüsüzlük bulunması idari işlemi konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirir. Bir idari işlemin konu unsuru yönünden hukuka uygun olması için, bu işlemin sebep ve konu unsurları arasında illiyet bağının bulunması her zaman yeterli değildir. Bununla birlikte idari işlemin konusu ile sebebi arasında aşırı bir oransızlık da bulunmalıdır (Gözler, 2009, 339).

1.5. Amaç

Tüm idari işlemlerin nihai amacı, kamu yararının sağlanmasıdır. Ancak bunun dışında idari işlemlerde, Kanuna uygun olarak somut başka amaçlar da öngörülmüş olabilir. 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen idari yaptırımların amacı, ihale düzeninin sağlanması, dolayısıyla kamu yararının gerçekleştirilmesidir.

Yaptırımın kamu yararı amacıyla değil de, siyasi ya da kişisel amaçlarla tesis edilmesi durumunda, idari işlemin amaç unsurunda sakatlık meydana gelecektir. İdari işlemin amaç unsurundaki sakatlık nedeniyle "yetki saptırması" adı verilen hukuka aykırılık türü ortaya çıkar (Başpınar, 1971, 73). Örneğin, bir ihale görevlisinin, aralarındaki husumet nedeniyle kişisel amaçlarla, ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına sebep olmasında yetki saptırması nedeniyle hukuka aykırılık vardır ve söz konusu işlemin iptal edilmesi gerekir.

Öte yandan ihaleden yasaklama kararı vermeye yetkili makamın, ihale dışı bırakılma yerine ihaleye katılmaktan yasaklama kararı vermesi de işlemin amaç

unsurunda sakatlık meydana getirerek “usul saptırması” nedeniyle işlemin iptal edilmesine sebep olacaktır.

2. YAPTIRIMLARA KARŞI AÇILAN DAVALARDA İLK İNCELEME USULÜ

İdarenin yargısal denetimi ve idari davalar, idarenin, hukukun üstünlüğü kuralının bütün ilkeleriyle işletildiği düzenli toplum esaslarına aykırı tasarruflarını denetleyip cezalandırması, böylece bu esasların hâkimiyetini sağlamak için ve hem ferdin, hem de bütünüyle toplumun, bu denetimin yerine getirilmesindeki menfaatini korumak düşüncesiyle var olan ve başvuru hukukî olanaklardır. Başka bir deyişle, idarî yargı denetimi, sırf hukuka aykırı bir işlem yapılmış olduğu ve bunun giderilmesi amacıyla kabul edilmiş değildir. Bununla birlikte, bu tür eylem ve işlemler, kişileri; şu veya bu, özel ya da genel surette olumsuz şekilde ilgilendirdiği, etkilediği için vardır ve başvurulmaktadır (Güran, 1977, 148).

İdari dava ve uyuşmazlıklar, çok eski zamanlardan bu yana bilinmektedir. Bireyler, monarşik veya totaliter devlet tiplerinin egemen olduğu dönemlerde bile, Devlet veya onun adına tasarrufta bulunan kamu tüzel kişileri aleyhine davalar açabilmişlerdir. Giderek bu girişimler çoğalmış, kurumlaşmış ve hukuk devleti modeline ulaşıldıktan sonra, Devletin (idarenin) tüm işlemleri ve eylemlerinin yargının denetimine tabi olacağı, başka bir deyişle, devletin ve idarenin dava edilebilecekleri ilkesi kabul edilmiş ve anayasalara girmiştir. Şüphesiz bu gelişme, idare hukukunun doğumu ve gelişimi ile paralellik gösterir. İdare hukuku varlığını ve gelişmesini büyük ölçüde idari davaların çıkıp gelişmesine borçludur (Zabunoğlu, 1980, 150).

İdari Yargı’da ilk inceleme müessesesi ise, kayda alınan dava dilekçelerinin sonraki işlemlere geçilmeden önce kimi yönlerden kanuna uygunlukları konusunda ön incelemeye tabi tutulmalarını ifade eder. Dava dilekçelerinin, idari yargı yerinin görev ve yetkisi, davacının davada taraf olma niteliği, dava dilekçesinin kanunda yazılı biçim ve koşullara uygunluğu, dava açma süresine uyulup uyulmadığı gibi usulü noktalara ilişkin olan bu yönlerden biri ya da birkaçı ile kanuna aykırılığının

saptanması, yargı yerinin sonraki yargılama işlemlerine devamını engeller. Bu durumda, ya dava sona erdirilir ya da kanuna aykırılık davanın açıldığı yargı yerince bizzat giderilerek sonraki işlemlere devam olunur. Davanın sona erdirilmesi, kanuna aykırılığın türüne göre, davayı açanın hak arama yollarını tümüyle kapayabileceği gibi, davanın başka bir yargı düzeninde veya başka bir idari yargı yerinde görülmesini ya da dava dilekçesini usulüne uygun olarak düzenlenmesinden sonra aynı yargı yerinde yenilenmesini gerektirebilir (Candan, 2011, 486). İlk inceleme yöntemi, davaların ön şartlar itibariyle sürüncemede bırakılmadan karara bağlanmasını sağlayan basit ve süratli bir kurumdur. Bu usul dava dilekçelerinde rastlanan eksikliklerin zaman kaybetmeden tamamlanmasını sağlaması nedeniyle olumludur (Bayraklı, 1998, 91).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler Üzerinde İlk İnceleme" başlıklı 14. maddesi, dilekçelerin kaydı, ilk incelemede aranacak hususlar ve bu incelemeyi yapmakla yetkili olanlarla ilgili düzenlemelere; "İlk İnceleme Üzerine Verilecek Kararlar" başlıklı 15. maddesi de, dilekçelerin 14. maddede öngörülen yönlerden kanuna aykırı bulunması halinde davanın açıldığı ilk derece idari yargı yerince (Danıştay, idare ve vergi mahkemelerince) verilebilecek karar türleri düzenlenmiştir.

Anılan maddenin 3. fıkrasına göre, ilk inceleme, Danıştay'da ilgili daire başkanının görevlendireceği tetkik hakimi; idare ve vergi mahkemelerinde de, mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir hakim tarafından yapılır. Görevlendirme olmadan, Danıştay'da tetkik hakimi, mahkemede de üye kendiliğinden ilk inceleme yapamaz.

İdari yargıda ilk inceleme oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Davanın hemen başlangıcında düzeltilmesi mümkün olan usulü bir yanlışlıktan dolayı dava açıldıktan belli bir süre sonra davanın veya dilekçenin reddedilmesi halinde, bu usulü yanlışlığın davacı taraftan düzeltilmesinin istenilmesi çok büyük zaman ve ciddi hak kaybına neden olur (Gökalp, 1986, 620). Bu durum Kamu İhale Kanunu'nda yer alan yaptırım işlemlerine karşı açılan iptal davalarında daha fazla önem arz etmektedir.

2.1. Görev

İlk inceleme konularından görev konusu, 2577 sayılı Kanunda yer aldığı şekliyle birinci sırada bulunmaktadır. Mahkeme görev konusuna ilişkin incelemesinde dava konusu uyuşmazlığın, idari yargıda görülüp çözümlenmesi gerektiği kanaatini belli edecek, aksi halde görev konusuna ilişkin bir sakatlık tespit etmesi durumunda, davadan elini çekecek ve dava konusu uyuşmazlığın hangi yargı organının görevinde olduğuna karar verecektir (Fidancı, 2010, 55).

Hukuk düzenimiz idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkları, idari yargı mercilerinde çözümlenmesini benimsemiştir. Ancak bu ayırım mutlak şekilde uygulanmamaktadır. Bir başka söyleyişle, bazı idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargıda çözümlenebilmektedir. Bu sebeple, idari yargının görev alanının belirlenmesi sorunu ortaya çıkmıştır. İdari-adli yargı ayırımının kesin ve net sınırlarının çizilmemesi sebebiyle uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde çözümleneceği konusu Uyuşmazlık mahkemesine götürülmekte ve dava süreci uzamaktadır. Dolayısıyla idari yargı-adli yargı ayırımının çizgilerinin belirlenebilmesi hak arama hürriyetinin kullanımı açısından önem taşımaktadır (Yıldırım, 2008, 10).

2577 sayılı Kanunun 2. maddesi idari davaların kaynaklarını göstermekle birlikte, bunların niteliklerini ve ölçütlerini açıklayan somut kurallara yer vermemiştir. 2577 sayılı Kanunun diğer maddelerinde, 2575 ve 2576 sayılı Kanunlarda bu ölçütleri açıklayan hükümler yoktur. Açıklık, idare hukuku ile ilgili pek çok konuda olduğu gibi, yasal kuralların yanında bilimsel ve yargısal içtihatlarla geniş yer vermek suretiyle sağlanabilecektir (Yenice & Esin, 1983, 383).

Uyuşmazlık Mahkemesi ise, idari yargının görev alanını belirtmiş olduğu kararlarında, “kamu hizmeti, kamu yararı, kamu yasası, kamu hukuku, idari işlem, idari eylem, idari sözleşme” gibi ölçütler kullanmıştır (Gözübüyük, 1986, 350). Danıştay’ın ise idari yargının görev alanı ile ilgili kullanmış olduğu ölçüt ise; kamu kanunu ve kamu hizmeti ölçütleridir. Dava konusu işlem kamu kanunlarına ve bu kanunlarla ilgili tüzük ve yönetmeliklere dayanılarak yahut kamu hizmetinin yürütülmesi ve düzenlenmesi niyetiyle yapılmış ise idari işlem niteliğini taşır ve idari yargı mahkemeleri davayı görmekte görevlidir (Alan, 1983, 29).

Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırımlar, ihalelerde düzenin sağlanması ve idarelerin zarara uğramasının engellenmesi amacıyla ihalelerde düzeni bozan ihale isteklilerine karşı uygulanır. İdari yaptırım kararları, idari makamların kamusal nitelikli, etkili kamu gücü kullanımı çerçevesinde ortaya çıkan tek yanlı irade açıklamaları olarak pratik zorunluluklardan kaynaklanan bir anlayışla, hukuka ve usule aykırı olarak yapılmış olsalar bile, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmalarından ötürü geçici etkiye sahiptirler (Özay, 1985, 307). Hukuka aykırılığa karşı getirilen hukuki koruma yollarına ilişkin olarak, mevzuat tarafından belirlenen sürelerde idari yaptırım kararlarına karşı idari veya yargısal başvuru yolları kullanılmadığı takdirde, geçici etki sürekli etki haline dönüşmektedir (Akyılmaz, 2000, 19). Sürekli etkiye dönüşmesini engellemek için ise, hakkında yasaklama kararı verilen ihale isteklisi tarafından idari yargı mercilerinde iptal davası açılması gerekir. Açılan davalarda görevli bulunan idari yargı mercileri, uygulanan idari yaptırımların geçerli olup olmadığını tespit etmeye çalışır.

Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırımlara karşı açılan iptal davalarında görevli mahkeme İdare Mahkemeleridir. Anılan davalar Danıştay veya Vergi Mahkemelerinde açılırsa, görev ret kararı verilerek dosya görevli yargı yeri olan İdare Mahkemesine gönderilir.

Konu ile ilgili olarak, ilk olarak Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta; *"...X.. Tersanesi Komutanlığı'nın ihtiyacı olan 301000 kg karpit alımı için yapılan ihale üzerinde kalan davacı ile imzalanan sözleşmenin; taahhüdün sözleşme ve eklerine uygun olarak yerine getirilmediği gerekçesiyle feshi ve kesin teminatın gelir kaydedilmesine X.. Tersanesi Komutanlığı'nın ...sayılı kararı ile Kamu İhale Kurulunun davacı firmayı ihale yasaklısı sayan kararının iptali isteminden kaynaklanan uyuşmazlık, 2575 sayılı Kanununun 24. maddesinde belirtilen Danıştay'ın ilk derece olarak bakabileceği işler arasında bulunmadığından, bu davanın görüm ve çözümü İdare Mahkemelerinin görevine girmektedir.*

Bu durumda, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevinde bulunmayan davanın görüm ve çözümünde, Kamu İhale Kurumunun bulunduğu yer idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesi görevli ve yetkili bulunduğundan, davanın görev yönünden reddine, dava dosyasının görevli ve yetkili Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesi..." yolunda karar verilmiştir. Bu karardan anlaşıldığı

üzere, Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırımlara karşı açılan davalarda görevli yargı yeri, İdare Mahkemeleridir. Danıştayın, bu işlemlere karşı görevi bulunmamaktadır (Danıştay, 13. D., 19.11.2008, E:2008/11665, K:2008/7357).

Burada göreve ilişkin dikkat edilmesi gereken husus, kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan önce ihaleyi yapan idare, sözleşme yapacağı en uygun istekliyi arama çabasında olması nedeniyle mevzuat tarafından kendisine ayrıcalıklı hak ve yetkiler tanınmış olduğundan idare ve ihale isteklisi arasında eşitlik bulunmamaktadır. Bu nedenle, kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan önce uygulanan yaptırımlar nedeniyle meydana gelen uyuşmazlıklar idari yargıda görülmektedir.

Diğer taraftan, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasıyla ihaleyi yapan idare ve ihale uhdesinde kalan istekli karşılıklı sözleşmenin tarafları olduğundan eşit haklara sahip olurlar. Bu durumda sözleşme imzalandıktan sonra ihale isteklisi tarafından yaptırım uygulanmasını gerektirecek fiil ve davranışlar işlenirse bu yaptırımların yargısal denetiminin adli yargı mercilerince yapılması gerekmektedir. Ancak, işlenen yasak fiil ve davranış sözleşme imzalanması aşamasından sonra ortaya çıkmış olsa bile, sözleşme öncesinden kaynaklanıyorsa, bu durum nedeniyle uygulanan yaptırımların yargısal denetimi yine idari yargı mercilerince yapılması gerekecektir.

2.2. Yetki

İdari Yargıda, yetki sorunu, ya idare mahkemeleri arasında, ya da vergi mahkemeleri arasında ortaya çıkabilir. Yetki sorununun ortaya çıkabilmesi için, aynı tür mahkemeden, ülkede birden çok mahkemenin bulunması gerekir. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi için yetki sorunu söz konusu değildir. İdari yargıda yetki, kamu düzeni ile ilgili olduğundan taraflar anlaşma yolu ile yetkili mahkemeyi belirleyemezler. Yetkisizlik itirazı, taraflarca ileri sürülme bile, mahkemece kendiliğinden dikkate alınır (Gözübüyük, 1986, 353).

Yetkili idare mahkemesi belirlenmesi konusunda idari davalarda genel yetki kuralı uygulanır. Bu husus 2577 sayılı Kanun'un 32. maddesinde düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırım kararlarına karşı açılan iptal davalarında ise özel yetki bulunmamaktadır. Bu nedenle, dava konusu olan idari

yaptırımı tesis eden idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir. İdari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi tabirinden o “il” e bakan veya o ili yargı çevresinde bulunduran idare mahkemesi anlaşılmaktadır.

Konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta, Kocaeli Üniversitesi Rektörlüğü’nce tesis edilen 1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemine karşı Ankara 4. İdare Mahkemesi’nde açılan davada, Mahkemenin uyuşmazlığın esasına girerek vermiş olduğu kararın temyizi sonucunda, Danıştay; “...dava konusu işlemin Kocaeli Üniversitesi Rektörlüğü Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü’nce tesis edildiğinden, uyuşmazlığın çözümünde görevli ve yetkili mahkeme işlemin tesis edildiği yer mahkemesi olan Kocaeli İdare Mahkemesi olduğundan, yetkisiz yargı yerince işin esasına girilerek verilen kararda hukukî isabet görülmemiştir...” şeklinde ifade etmiştir (Danıştay, 13. D., 15.09.2010, E:2008/13461, K:2010/6140).

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi ile ilgili bir uyuşmazlıkta ise; Karayolları Genel Müdürlüğü 3. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan Seydişehir 13. Bölge Hududu yolları ve muhtelif yollarda mevcut malzeme nakli işleri yapım işi ihalesine teklif veren şirketin sosyal güvenlik prim borcu olduğundan bahisle geçici teminatının gelir kaydı işleminin iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesi’nde açılan davada, Mahkemece, açılan davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine yönelik kararının temyiz edilmesi sonucu, Danıştay; “...dava konusu işlemin Konya İlinde bulunan Karayolları Genel Müdürlüğü 3. Bölge Müdürlüğü tarafından tesis edildiği, dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde görevli ve yetkili mahkemenin işlemin tesis edildiği yer mahkemesi olan Konya İdare mahkemesi olduğu anlaşıldığından, yetkisiz yargı yerince verilen kararda hukukî isabet bulunmamaktadır...” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 10.06.2009, E:2008/1240, K:2009/6400).

Tazminat istemiyle açılan tam yargı davalarında ise, İYUK 36. maddede zararı doğuran idari uyuşmazlıktan bahsedilmektedir. Bahsedilen bu idari uyuşmazlık da doktrin ve yargı kararlarına göre idari işlem olarak kabul edilir. Bu nedenle, Kamu İhale Kanunu’nda yer alan idari yaptırımların iptali istemiyle açılan davalara bakmakla yetkili olan mahkeme, tam yargı davalarında da yetkilidir.

Bu konuyla ilgili bir uyuşmazlıkta ise; Milli Savunma Bakanlığı İstanbul İç Tedarik Bölge Başkanlığı tarafından yapılan "Muhtelif Gömlek Alımı" işi ihalesine katılan isteklinin vermiş olduğu geçici teminat mektubunun gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali ve gelir kaydedilen geçici teminatın yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle Ankara İdare Mahkemesi'nde açılan davada, Mahkeme'nin esasa girerek vermiş olduğu kararın temyizi sonucunda, Danıştay;

"...dava konusu işlemin Milli Savunma Bakanlığı İstanbul İç Tedarik Bölge Başkanlığı tarafından tesis edildiği, dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde görevli ve yetkili mahkemenin işlemin tesis edildiği yer mahkemesi olan İstanbul idare mahkemeleri olduğu anlaşıldığından; yetkisiz yargı yerince işin esası incelenerek verilen kararda hukukî isabet bulunmamaktadır..." şeklinde ifade etmiştir. Karardan anlaşılacağı üzere, idari yaptırımlarla birlikte zararın tazmini (tam yargı) istemiyle açılan davalarda yetkili mahkeme idari yaptırımlar için yetkili olan mahkemedir (Danıştay, 13. D., 21.10.2011, E:2008/9409, K:2011/4587).

2.3. İdari Mercî Tecavüzü

Kimi zaman, ortada idari davaya konu edilebilecek nitelikte, yani kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlem olmasına rağmen, ilgili mevzuat, bu idari işlemin idari davaya konu edilmesini, idari bir makama itiraz ön koşuluna bağlı kılabilmektedir. Böyle bir durumda, ilgililerin söz konusu idari işlemi idari davaya konu etmeden önce, bu idari itiraz yolunu denemeleri, açılacak davanın esasına girilebilmesi için zorunludur. İdari dava açmadan önce ilgili mevzuatın zorunlu kıldığı idari itiraz yolunu denemeyen davacıların dava dilekçeleri, davanın açıldığı idari yargı yerince görevli idari mercie tevdi edilir (Candan, 2011, 558).

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırımlardan kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımına karşı açılan iptal davalarında ve yasaklama yaptırımından kaynaklanan tam yargı davalarında mevzuatta zorunlu idari itiraz yolu öngörülmemesi sebebiyle söz konusu davalarda idari mercî tecavüzü mümkün değildir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımlarında ise; anılan Kanun'un 54.

maddesinde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu, 57. maddesinde ise şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihâî kararların Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde dava konusu edilebileceği kurala bağlanmıştır.

Bahsedilen düzenleme uyarınca, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemlere karşı yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından doğrudan dava açılmasına olanak bulunmayıp, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlara karşı dava açılabilmesi mümkündür. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımlarına ilişkin işlemler de, ihale süreci içerisinde tesis edilen, idarî itiraz sürecine tabi işlemler olup, bu işlemlere karşı şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduktan sonra Kurulca verilen kararın dava konusu edilmesi gerekmektedir.

Konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta; X Lisesi İnşaat ihalesini kazanan isteklinin kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunduğu bahisle ihale dışı bırakılmasına ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi işlemine karşı açılan davada; uyuşmazlığın esasına girerek davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararının temyiz edilmesi sonucu, Danıştay;

“...öncelikle Kuruma şikâyette bulunulması, Kurumun kararı üzerine de Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusu yapılması, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu yollar olduğundan, bu yollar tüketilmeksizin, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem hakkında yetkili idari merciin henüz bir kararı bulunmaksızın açılan davalarda, 2577 sayılı Kanunun yukarıda anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

...dava konusu işlemle davacının söz konusu ihaleye katılırken vermiş olduğu geçici teminatın gelir kaydedilmesi üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmakta olup, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davada, idari merci tecavüzü nedeniyle, dosyanın merciine tevdi kararı verilmesi gerekirken davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmadığından temyiz isteminin kabulü...” yolunda hüküm kurmuştur (Danıştay, 13. D., 14.12.2005, E:2005/9076, K:2005/5987).

Diğer taraftan, geçici teminatın gelir kaydedilmesi veya ihale dışı bırakılma yaptırımıyla karşı karşıya kalan ihale isteklisi, bu yaptırımlar nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmini istemiyle İdari Yargı mercilerinde tam yargı davası açması durumunda, idari bir makama itiraz ön koşulu bulunmamaktadır. Doğrudan tam yargı davası açılabilir.

Bununla ilgili bir uyuşmazlıkta ise Danıştay; “...teminat mektubu miktarı ile masraflarının toplamı olan 32.312,80-TL'nin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesine yönelik tazminat istemini içeren kısmının doğrudan mahkemenin incelemesine tabi olmasına karşın, geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesine ilişkin 28.02.2012 tarih ve 1331 sayılı işlemin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna tabi olduğu...” ifade edilerek, anılan yaptırımlar nedeniyle açılan tam yargı davalarında itiraz ön koşulunun bulunmadığı belirtilmiştir (Danıştay, 13. D., 20.11.2013, E:2013/2100, K:2013/3137).

2.4. Ehliyet

İdari yargıda dava dilekçesi; medeni hakları kullanma ehliyeti bulunmayan davacı tarafından bizzat veya kanuni temsilcisi olmayan kişiler tarafından, gerçek kişi olan davacının yerine, onun vekili olmayan kişi ve kişilerce, tüzel kişiliği olmayan kuruluşlarca, tüzel kişi olan davacının kanuni temsilcisi olmayan kişilerce, yetkili olmayan kişilerce verilen vekaletnameyle vekil tayin edilen kişilerce, tüzel kişiliği sona eren kuruluşlarca, dava konusu işlemde taraf olmayan kişilerce imzalanması veyahut, davanın dava açmakta menfaati bulunmayan kişi ya da kişilerce açılması durumunda, dava ehliyetsiz kişi tarafından açılmış demektir (Candan, 2011, 564).

Bu durumlarda, İYUK 15. maddesi uyarınca dava reddedilir. Ehliyetsizlik nedeniyle reddedilen davanın yenilenmesi mümkün değildir. Ancak, idari dava açma süresi dolmamışsa, davacının kanuni temsilcisi veya avukatı tarafından ayrıca dava açılabilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan idari yaptırım kararlarına karşı açılan davalarda ise, dava açma ehliyetine haiz kişiler, haklarında yaptırım kararları tesis edilen gerçek veya tüzel kişilerdir. Bu kişiler tarafından idari yargıda dava açılabilmesi için, Türk Medeni Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda aranan özelliklere sahip olması ve idari yargıdaki dava türlerine göre aranan subjektif şartların taşınması gerekir. Bu kişiler öncelikle hak ve fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişilerdir. Aynı zamanda bu kişilerin menfaat ihlalinin mevcut olması gerekir.

Konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta; Kanalizasyon İnşaatı ihalesine katılan tüzel kişi isteklinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/e maddesini ihlâl ettiğiinden bahisle şirket ve ortağının bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle, şirketin yarından fazla hissesine sahip ortağı, şirket müdürü ve şirket tarafından açılan iptal davasında, İdare Mahkemesi'nce uyuşmazlığın esasına girilerek ret kararı verilmiş, bu kararın temyizi sonucu, Danıştay;

“... davacı şirket ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortağı olan A.. şahsının bir yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği, dava dilekçesinde davacı olarak gösterilen şirket müdürü S... şahsı hakkında aynı işlem nedeniyle verilen bir yasaklama kararı bulunmadığı, şirket müdürü tarafından şirketi temsilen, şirket davacı konumunda olmak üzere dava açılması mümkün olduğundan, bu sığata sahip olsalar dahi şirket müdürünün, şirkete ve şirket ortağına yönelik verilen yasaklama kararına karşı kendi adlarına dava açma ehliyetleri bulunmamaktadır.

Bu durumda şirket müdürü hakkında dava açma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek davacıların tamamı yönünden esastan karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır...” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 08.12.2010, E:2009/2761, K:2010/8357).

2.5. Süre

İdarenin hukuka uymasını sağlamak, hukuka aykırı kararlar almasını önlemek ve alınan hukuka aykırı kararları ortadan kaldırarak hukuk düzenini korumak amacını taşıyan iptal davalarının idari yargı yerlerindeki dava açma süreleri hakkında İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 7. maddesinde 60 gün olarak genel bir düzenleme yapılmıştır (Öngören, 1990, 14).

İdari dava açma süresinin dava açılmaksızın geçirilmesi halinde, idari işlem bir tür hukuka uygunluk karinesinden ve bu karinenin sağladığı yargısal dokunulmazlıktan yararlanır. Bundan böyle; idari işlemin idari davaya konu edilmesi olanaksızlaşır. Bu süre geçtikten sonra açılan dava, ilk inceleme sırasında veya davanın sonraki aşamalarında, süre aşımı nedeniyle reddedilir (Candan, 2011, 566).

4734 sayılı Kanun'da yer alan idari yaptırımlar açısından yukarıda yer alan dava açma sürelerinden genel dava açma süresi olan 60 günlük süre sadece kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımı için geçerlidir.

18.06.2014 tarihinde 2577 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme ile "ivedi yargılama usulü" müessesesi getirilmiştir (İYUK, Md. 20/A). Getirilen bu düzenleme ile ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri için 30 günlük dava açma süresi öngörülmüştür. Yani geçici teminatın irat kaydı ve ihale dışı bırakılma yaptırımlarında 60 günlük genel dava açma süresi değil, 30 günlük özel dava açma süresi uygulanacaktır. Kanaatimizce, yapılan değişiklikle getirilen ivedi yargılama usulünün ihaleden yasaklama kararları hariç tutularak diğer ihale işlemlerini kapsar şekilde düzenlenmesi yerinde değildir. Anılan düzenlemeye yasaklama kararları da dahil edilmemesi nedeniyle, diğer ihale usul ve esaslarından kaynaklı uyuşmazlıklar için geçerli olan otuz günlük dava açma süresi ve yedi günlük ilk inceleme süresi yasaklama yaptırımına karşı açılan davalarda uygulanmayacaktır. Uygulamada ihalelere katılmaktan yasaklı olan şirketler veya şahısların, davaların uzun sürdüğünden dolayı kamu ihalelerine katılamamaları ve davaların sonuçlandığı anda da genellikle yasaklama sürelerinin doldurdukları görüldüğünden yasaklama kararları için de ivedi yargılama usulünün getirilmesi gerekirdi.

Bu noktada önem arz eden hususlardan biri, anılan idari yaptırımlarda dava açma süresinin ne zaman başlayacağı hususunun tespitidir. İYUK 7. maddesinde, dava açma süresinin ne zaman başlayacağı konusunda, idari uyuşmazlıklar için yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Uygulamada geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakılma için bu husus uyuşmazlık konusu olmasa da, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımı için önem taşımaktadır. Yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de yayınlandığı tarihin mi yoksa yazılı olarak yaptırım uygulanan istekliye bildirim yapıldığı tarihin mi dava açma süresini başlatacağı hususunda tartışma yaşanmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak Danıştay;

“...2577 sayılı Kanun’da düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilân tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararları açısından uygulanması mümkün olmayıp, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

... Anayasa'nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirim esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idarî davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idarî işlemin ilgisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu ve yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; davacının işlemi öğrendiğini beyan ettiği 27.07.2011 tarihinin dava açma süresinin başlangıç tarihi ve aynı tarihte açılan davanın süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden, İdare Mahkemesince davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda usule uygunluk bulunmamaktadır...” şeklinde karar vererek, özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunmadıkça, idari işlemlerde dava açma süresinin başlamasında yazılı bildirim esas olduğunu, dava açma süresi hesabında ilân tarihinin, ancak "ilanı gereken" düzenleyici nitelikteki işlemler açısından dikkate alınacağını, bireysel nitelikteki işlemlere karşı ilgililerin, bu işlemlerin kendilerine yazılı olarak bildirildiği tarihten itibaren dava açabileceğini kabul etmiştir (Danıştay, 13. D., 01.10.2013, E:2012/1162, K:2013/2418).

Ayrıca, Danıştay İDDK da, 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan hükmün, idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirildiğini, dolayısıyla ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmeyeceğini, diğer bir deyişle, ilgililere yazılı olarak tebliği zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir (Danıştay, İDDK, 30.01.2013, E:2011/212, K:2013/221).

Bu konuyla ilgili olarak önem arz eden diğer husus ise; geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımına karşı idari yargı mercilerine başvurulabilmesi için öngörülen itiraz ön koşuludur. Buna göre, anılan yaptırımlar için idari yargı merciinde dava açmak isteyen istekli 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesi gereği, on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusu; idarenin on gün içinde bir karar almaması durumunda karar verme süresinin bitiminden itibaren, alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise, kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerekmektedir.

2.6. Husumet

İdari davaların, idari işlem ve eylemlerden etkilenenler tarafından açılması ve denetimin konusuna uygun olarak, bu idari işlem ve eylemleri yapmış olan idareye yöneltilmesi gerekmektedir.

İdari yargıda yanlış hasımla veya hasımsız olarak dava açılması davanın reddini gerektiren sebeplerden biri değildir. Husumet 2577 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca bir ilk inceleme konusudur ve Kanun bu halin tespiti halinde mahkemelere davanın türüne bakmaksızın husumeti düzeltme görevi vermiştir. Ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesine dayanılarak açılan tam yargı davaları bakımından genellikle bu yola gidilememektedir. Zira söz konusu madde ile ilgililere, dava açmadan önce haklarının yerine getirilmesi istemiyle ilgili idareye başvurarak bir ön karar alma zorunluluğu getirilmiştir. İlgili idareden ön karar alınmaksızın dava açılmış ise mahkemenin bu halin varlığını ve ilgili idareyi tespit ederek dava dilekçesini bu idareye tevdi etmesi gerekmektedir. Ardından Kanunun gerektirdiği prosedür tamamlanıp ilgilinin tekrar dava açması

halinde husumet de dolaylı olarak düzelmiş olacaktır. Bu yola gidilmeksizin doğrudan doğruya davanın reddine hükmedilmesi, husumet eksikliği veya yanlışlığını idari yargıda bir ret sebebi olarak düzenlemeyen Kanuna ve tam yargı davalarının idari yargı ve sistem içindeki konumuna uygun bir yaklaşım değildir (Öztürk, 2008, 269).

4734 sayılı Kanun'da yer alan idari yaptırımlarla ilgili olarak meydana gelen uyuşmazlıklarda, idari yaptırımı kararlarını tesis eden idarenin hasım olarak gösterilmesi gerekir. Aynı şekilde, yaptırım kararlarından doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında da yaptırımlar hangi makam tarafından tesis edilmişse, bu idarenin hasım mevkiinde yer alması gerekir.

Yasaklama yaptırımlarında yasaklama kararını hangi idare tesis etmişse husumet o idareye yöneltilir. Ancak; geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımı için durum biraz farklıdır. Anılan yaptırımlarda, yaptırım kararı tesis edildikten sonra, uyuşmazlığın İdari Yargı mercilerine taşınabilmesi için öngörülen itiraz ön koşulu gereği, hasım mevkiinde yer alması gereken kurum Kamu İhale Kurumu'dur.

Konu ile ilgili Danıştay kararında; *"...davaya bakan mahkemenin, davanın doğru hasımla açılmaması, hiç hasım gösterilmemesi veya hasım sayısının artırılması gereken hallerde tespit edeceği gerçek hasım veya hasımlara bir ara kararıyla dava dilekçesini tebliğ ederek dosyanın tespit edilen hasım veya hasımlarla tekemmül etmesini sağlayacağı açıktır.*

Dosyanın incelenmesinden; uyuşmazlık konusu ihaleye ortak girişim grubu olarak katılan davacı şirketlerin, ihale komisyonu tarafından ihale dışı bırakılıp teminatlarının gelir kaydedildiği, davacı şirketler tarafından bu kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu, Kamu İhale Kurulu kararıyla itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesi üzerine 18.05.2009 tarihinde Mahkeme kaydına giren dilekçe ile dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemi tesis eden Kamu İhale Kurumu husumetiyle dosyanın tekemmül ettirilerek uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken, Mahkeme'ce,

İnönü Üniversitesi Rektörlüğü husumetiyle dosya tekemmül ettirilerek karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır...” şeklinde ifade edilerek, geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımlarında ihaleyi düzenleyen idarenin değil, Kamu İhale Kurumu’nun hasım mevkiinde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir (Danıştay, 13. D., 11.02.2013, E:2010/4979, K:2013/304).

Diğer taraftan, ihaleye katılan istekliye uygulanan geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımları nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında hasım mevkiinde yer alması gereken kurum geçici teminatı gelir kaydederek menfaat sağlayan ihaleyi düzenleyen idaredir. Bu durumda, Kamu İhale Kurumu husumetiyle uyuşmazlığın karara bağlanması mümkün değildir.

Konu ile ilgili Danıştay kararında ise; *“...Dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu ihaleye davacıların ortak girişim olarak ihaleye katıldığı, ancak pilot ortak olan Y şahsı hakkında hakkında 10 (on) yıl süre ile ihalelerden yasaklılık kararı bulunması nedeniyle ihale dışı bırakılarak teminatı gelir kaydedildiği, davacıların sunmuş olduğu 48.000,00 TL geçici teminatın ihaleyi yapan Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü’nce tahsil edildiği, teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve geçici teminatının irat kaydedilmesi üzerine davacılar tarafından Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu, itirazın şikayet başvurusunun reddine karar verilmesi üzerine, irat kaydedilen 48.000,00 TL geçici teminatın yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle Kamu İhale Kurumu’na karşı bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*

Davacılar tarafından uyuşmazlık konusu ihaleye ilişkin olarak yatırmış oldukları 48.000,00 TL geçici teminatın ihaleyi yapan Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü’nce tahsil edilmesine rağmen, Mahkemece dava, geçici teminatın Kamu İhale Kurulu kararı gereğince gelir kaydedildiğinden bahisle Kamu İhale Kurumu husumetiyle görülerek karar verilmiştir.

Bu durumda, davanın Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü husumetiyle görülmesi gerekirken Kamu İhale Kurumu husumetiyle görülerek işin esası hakkında

verilen kararda usule uygunluk görülmemiştir...” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 08.10.2013, E:2013/1577, K:2013/2496).

2.7. Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülmesi Gerekli İşlem

Bir idarî işlem, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tesis edildiği tarihte hukuk düzeninde değişiklik meydana getirip kendiliğinden sonuç yaratıyorsa, kesin ve yürütülmesi gerekli bir idarî işlemdir.

İdari işlemle getirilen düzenlemenin kesin ve yürütülebilirlik kazanabilmesi için, ilgilinin mevcut durumunda değişiklik yapması, yani ilgiliye yeni hak ve yükümlülükler getirmesi, mevcut hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırması veya sınırlarında değişiklik yapması gerekmektedir. Aksi halde, hukuki durumda değişiklik yapmayan, bilgi veren, daha önce ortaya çıkan bir sonucu tekrar eden, açıklama yapan, herhangi bir yaptırım veya yasak getirmeyen işlemler kesin ve yürütülebilir değildir.

4734 sayılı Kanun’da yer alan idari yaptırımların kesin ve yürütülebilir kabul edilmesi için yukarıda anılan şartları taşıması gerekmektedir. Örneğin, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımı için Resmi Gazete’de yayınlanması gerekmektedir.

Uygulamada genellikle karşılaşılan uyuşmazlıklar, Kamu İhale Kurumu ya da diğer idarelerce KİK’te yer alan yaptırımların diğer bir başka idareden uygulanmasını istemesine yönelik işlemlerin dava konusu edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu yöndeki işlemler ve ifadeler idareye yol gösterme mahiyetindedir. Bu durumlarda dava konusu edilebilecek işlemler, ilgili idarelerce ihale isteklileri hakkında KİK’te yer alan yaptırımların tesis edilmesidir. Çünkü, anılan istek işlem ve ifadeleri, ihale isteklisinin mevcut durumunda herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. Bu tür işlemlere karşı açılan iptal davalarında idari yargı yerleri tarafından, kesin ve yürütülebilir işlem olmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin ret kararı verilmektedir.

Konuyla ilgili Danıştay kararında; “...Maliye Bakanlığı İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Dairesi Başkanlığı’nca ihaleye çıkartılan İstanbul ili,

Kartal ilçesinde bulunan Hazineye ait ... pafta, ...ada, ...parsel sayılı taşınmazla ilgili ihalenin davacı üzerinde kaldığı, ancak davacının sözleşme imzalamaması nedeniyle ihalenin feshedilerek geçici teminatın irat kaydedilmesine karar verildiği, davacının 08.11.2004 tarihli dilekçesi ile Maliye Bakanlığı'na başvurarak konu ile ilgili olarak Bakanlık görüşünün tarafına bildirilmesini istediği, Bakanlıkça davacının başvurusu hakkında yapılacak bir işlem bulunmadığının bildirilmesi üzerine, geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlem ile Maliye Bakanlığı'na yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve teminatın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, ... Davacının Maliye Bakanlığı'na yaptığı başvurunun görüş isteme, iptali istenen Maliye Bakanlığı işleminin de görüş açıklama niteliğinde olduğu, bu durumda, iptali istenen işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığı hususu dikkate alındığında, davanın 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, Mahkemece esasa girilerek verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır...” şeklinde ifade edilerek, dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır (Danıştay, 13. D., 01.04.2008, E:2007/1458, K:2008/3478).

2.8. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun Dilekçenin Şekil Koşullarını Düzenleyen 3. Maddesine Aykırılık

2577 sayılı Kanun'un 3. maddesi idari yargıda açılan davalarda dava dilekçesinin ne şekilde düzenleneceğini düzenlemiştir. Anılan düzenlemede, dilekçenin ilgili mahkeme başkanlığına hitaben yazılacağı, dilekçede tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihinin gösterileceği, dilekçelerin ve bunlara ekli evrak örneklerinin ise davalı sayısından bir fazla olması gerektiği belirtilmiştir.

Anılan düzenlemeye aykırı olarak düzenlenen dilekçeler, idari yargı merciince reddedilir. İYUK 15. maddesine göre verilen dilekçe ret kararı sonrasında, davacı veya vekili tarafından otuz gün içerisinde dava dilekçesi yenilenebilir.

4734 sayılı Kanun'da yer alan yaptırımlar açısından ise; açılan davalarda dava dilekçesinin 3. maddeye uygun olması gerekmektedir. Bunun için, anılan yaptırımların tarihi ve sayısı, davanın konu ve sebepleri, dayandığı deliller ve

işleminin tebliğ edildiği ya da öğrenildiği tarih dava dilekçesinde ayrıca belirtilmelidir.

Kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımı için, diğer yaptırımlardan farklı olarak yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayım tarihi ve sayısının da belirtilmesi gerekmektedir.

2.9. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun Dilekçenin Şekil Koşullarını Düzenleyen 5. Maddesine Aykırılık

İYUK 5. maddesine göre, kural olarak her bir idari işleme karşı ayrı ayrı dava açılması gerekir. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabileceği belirtilmiştir.

Anılan düzenlemede belirtilen şartlar gerçekleşmeden birden fazla idari işleme aynı dilekçe ile dava açılması veya birden fazla kişinin müştereken dava yoluna gitmeleri halinde, İYUK 15. maddesi gereği dava dilekçesinin reddine karar verilir (Candan, 2011, 72). Bu şekilde dilekçesi reddedilen davaların da yenilenmeleri anılan kanunun 3. maddesine aykırı olarak düzenlenen dilekçelerin yenilendiği gibi olanaklıdır. Yenilenen dava dilekçesi, kararın davacı veya davacılara tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içerisinde Mahkeme kaydına girilmelidir.

4734 sayılı Kanun’da yer alan yaptırımlar ile ilgili olarak, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımında, aynı yasak fiil ve davranış nedeniyle hem şirket hem de şirket temsilcisi veya yarıdan fazla hissesine sahip ortağı hakkında yasaklama yaptırımı tesis edilmesi halinde, iki yaptırım arasında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunduğundan tek dilekçeyle davanın görülmesi mümkündür. Ancak, ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışlar farklı ise ayrı ayrı dava açılması gerekecektir.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımları ihale süreci içerisinde yer alan hukuka aykırı durumlarda uygulanan yaptırımlar olduğundan her iki yaptırım için tek dilekçeyle dava açılması mümkündür.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımlarına ilişkin olarak ise, aralarında maddi veya hukuki yönden

bağlılık bulunmadığından tek dilekçeyle dava açılması mümkün değildir. Tek dilekçe ile dava açılması durumunda dilekçenin reddedilmesi gerekir. Bununla ilgili olarak, hem 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca bir yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlem hem de geçici teminatın gelir kaydedilmesi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi'nin uyuşmazlığın esasına girerek vermiş olduğu kararın temyiz edilmesi sonucu, Danıştay;

“...davacı şirket tarafından aynı dilekçeyle 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlem için Ulaştırma Bakanlığı'na, geçici teminatın irat kaydı yolundaki işlemin iptali istemiyle de TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne karşı dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-d maddesi uyarınca dava dilekçesinin, 30 gün içerisinde kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali için ayrı, irat kaydedilen geçici teminat işlemi için ayrı dilekçe ile dava açılmak üzere reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esasını inceleyerek, ihaleden yasaklama işlemi için davanın reddine, geçici teminatın irat kaydedilmesi işleminin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuka uyurluk bulunmamaktadır...” şeklinde ifade edilerek geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırım kararlarına karşı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği belirtilmiştir (Danıştay, 13. D., 09.01.2011, E:2009/3183, K:2011/138).

Diğer taraftan, Danıştay, 4734 sayılı Kanun'da yer alan yaptırımlar ve bu yaptırımlar nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davaların da ayrı dilekçelerle açılması gerektiği yolunda kararlar vermiştir. Bu şekilde, davacılar tarafından yaptırım kararları için ayrı bir iptal davası, bu yaptırım nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarının ayrı bir dilekçeyle açılması gerekmektedir.

Konu ile ilgili olarak geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin iptali ve teminat mektubu ve masraflarının tazmini istemiyle sadece ihaleyi yapan idareyi

hasım göstermek suretiyle tek dilekçeyle dava açan ihale isteklisi, Mahkeme'nin esaslan kararın üzerine temyiz başvurusunda bulunmuş, bunun üzerine Danıştay;

“... ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemlere kural olarak doğrudan dava açılmasına olanak bulunmayıp; bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlara karşı dava açılabilmesi mümkündür. Diğer yandan; geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin de ihale süreci içerisinde ve dolayısıyla da idarî itiraz sürecine tâbi bir işlem olduğu açıktır.

...teminat mektubu miktarı ile masraflarının toplamı olan 32.312,80-TL'nin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesine yönelik tazminat istemini içeren kısmının doğrudan mahkemenin incelemesine tabi olmasına karşın, geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesine ilişkin işlemin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna tabi olduğu, bu durum dikkate alındığında ise, bu iki istem arasında tek dilekçe ile dava açılacak nitelikte maddî ve hukukî bağıllık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda; 2577 sayılı Kanun'un 15/1-d maddesi uyarınca, geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesine ilişkin işlem için ayrı, 32.312,80-TL'nin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemi için ayrı dilekçe ile 30 gün içerisinde dava açılmak üzere dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle işlemin iptali ve tazminat talebinin kabulü yolunda hüküm kurulmasında usule uygunluk görülmemiştir...” şeklinde ifade etmiştir (Danıştay, 13. D., 20.11.2013, E:2013/2100, K:2013/3137).

3. 4734 SAYILI KANUN'DA SAYILAN YAPTIRIMLARIN UYGULANMASINDAN KAYNAKLI DAVALI İDARELERİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2577 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, idarî işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idarî bir dava türü olan tam yargı davasının açılabileceği; yine aynı Kanun'un "İptal ve Tam Yargı Davaları" başlıklı 12'nci maddesinin birinci fıkrasında ise, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilecekleri düzenlenmiştir.

Bu kurala göre tam yargı davalarını, idari nitelikteki işlem ve eylemlerden kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılan ve idarenin, Kamu Hukuku kurallarına göre olan sorumluluğunu gündeme getirerek, doğan zararın tazminine veya hakkın geri verilmesine mahkum edilmesi isteklerini konu edinen idari davalar olarak tanımlayabiliriz (Candan, 2011, 164).

İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için, öncelikle idari nitelikteki bir eylem ya da işlemin bulunması gerekir. İkinci olarak, bu eylem ve işlemde dolayı bir zarar doğmuş olmalı ve bu idari nitelikteki eylem ve işlem ile kişilerin zararları arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Ayrıca, idarenin sorumluluğuna karar verilebilmesi için idarenin sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran sebeplerin bulunmaması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'da yer alan yaptırımlar yönünden, idarenin tesis etmiş olduğu bir karar neticesinde anılan yaptırımlar uygulandığından bu yaptırım nedeniyle zarara uğrayan ihale isteklisi, uğramış olduğu zararın tazminini idari yargı mercilerinden tam yargı davası ile talep edebilir. Anılan yaptırımlardan sadece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yaptırımına karşı hem yasaklama yaptırımının iptali hem de uğranılan zararın tazmini tek dilekçe ile istenebilir. Geçici teminatın

gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma yaptırımında ise, önceki kısımlarda anlatıldığı üzere ayrı dilekçelerle dava açılması gerekecektir.

4734 sayılı Kanun'da yer alan yaptırım kararlarından doğan sorumluluğunun sebebi hizmet kusurudur. Anılan yaptırım kararlarının hukuka aykırı olarak uygulanması halinde kamu hizmetinin kötü işlemesi durumu oluşur. Bu durumda, uygulanan yaptırımın hukuka aykırılığı nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılacak tam yargı davasının türü, tazminat davasıdır.

Açılacak olan davalarda, görevli mahkeme İdare Mahkemeleri olup, yetkili mahkeme ise, 2577 sayılı Kanun'un 36. maddesine göre belirlenir. Buna göre, yetkili mahkeme zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili mahkemedir.

3.1. Maddi Tazminat

Maddi zarar, kişinin malvarlığında isteği dışında meydana gelen ve parayla ölçülebilen zararlardır. Maddi zarar, malvarlığının aktif değerindeki azalma, pasif değerlerindeki artış ya da meydana gelecek bir çoğalmayı önleme sonucunu doğuran her durumda ortaya çıkar. Malvarlığındaki eksilmenin tespiti için, zarar verici davranıştan sonra meydana gelen durum ile bu davranış yapılmıyaydı gerçekleşecek olan durumun karşılaştırılması gerekir ki işte malvarlığının her iki durumu arasındaki fark maddi zarar olarak karşımıza çıkar (Karahasan, 1995, 80).

Maddi zarar denilince ilk olarak parasal olarak ölçülebilen bir malın zarar görmesi, tahrip olması ya da değerindeki düşüş veya tasarruf yetkisinde meydana gelen kısıntı anlaşılır. İkinci olarak mesleki olsun olmasın bir etkinlikten kaynaklanan gelirden mahrumiyet ve harcamalarda meydana gelen artış da maddi zarardır (Atay-Odabaşı-Gökcan, 2003, 156).

Maddi tazminat ise, bir malvarlığına dahil olup parayla ölçülebilen değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin (maddi zararın) zararı veren tarafından telafisi için yerine getirilmesi gereken edimdir. Maddi zarar, zarar verici olayın meydana gelmesinden önceki durumla bu olay meydana gelmeseydi arz edeceği durum arasındaki fark olarak kabul edilecek olursa; maddi tazminat da bu

farkı gidermeye, zarar görenin ekonomik durumunu mümkün mertebe eski hale getirmeye yarayan bir araçtır (Tandoğan, 1961, 252).

Konu ile ilgili Danıştay kararında ise maddi tazminat, “...*Konusu para ile ölçülebilen zarar olarak da anılan maddi zarar; bir kişinin malvarlığında meydana gelen kayıp olarak tanımlanmakta, bu anlamda malvarlığının çoğalmasına engel olan yoksun kalınan kârın da maddi zarar tutarının içinde olduğu kabul edilmektedir...*” şeklinde ifade edilmiştir (Danıştay, 13. D., 20.12.2012, E:2012/3648, K:2012/3920).

4734 sayılı Kanun’da yer alan yaptırımların hukuka aykırı olarak uygulanmasından doğan maddi zararlar, ihale isteklisinin malvarlığına verilen zararlardır. Bu zararlar malvarlığının azalması şeklinde gerçekleşeceği gibi, beklenen artışın meydana gelmemesi şeklinde de olabilir.

Konu ile ilgili olarak Danıştay kararlarından örnekler verecek olursak; ihale isteklisinin 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali ile yasaklama işlemi nedeniyle uğranıldığı belirtilen 43.908,75-TL maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada;

“...*yeraltı şebekesi yapım işi ihalesinin davacı üzerinde kaldığı, davacının sözleşme yapmak üzere davet edildiği, ihale tarihinde kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunduğundan gerekli belgeleri tamamlayamaması üzerine sözleşme imzalanamadığı ve geçici teminatın irat kaydedilerek davacı hakkında Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verildiği, bakılan davada, ihale tarihinde davacının kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunduğundan anlaşılması üzerine Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesine göre ihale dışı bırakılması gerekirken, Kanun'un 17. maddesindeki yasak durumlara girmeyen "sosyal güvenlik prim borcunun bulunması hali"nden dolayı 58. maddeye göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesine yasal olanak bulunmadığı, davacının 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin davalı idare işleminde hukuka uygunluk görülmediği; tazminat istemi açısından ise, sözleşme imzalamak için gerekli olan sosyal güvenlik prim borcunun olmadığını gösteren belgeyi süresinde ibraz etmeyen davacının ihale dışı bırakılması gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrası uyarınca geçici*

teminatın irat kaydedilmesinin mevzuata uygun olduğu; davacı tarafından ihalenin üzerinde kalması durumunda elde edeceği kâr oranı üzerinden zarara uğranıldığı ileri sürülmesine karşın, davacının ihale dışı bırakılacağı ve dolayısıyla elde edeceği bir kârın da olamayacağı anlaşıldığından, tazminat isteminin reddi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, tazminat isteminin ise reddine yönelik Mahkeme kararının onanması...” yolunda hüküm kurulmuştur (Danıştay, 13. D., 20.12.2012, E:2010/3819, K:2012/3913). Kanaatimizce Danıştay kararı yerindedir. Çünkü, yasal olarak ihale dışı bırakma yaptırımını uygulanması gereken ihale isteklisinin, ihaleden yasaklanmaması durumunda elde edeceği kârın, yani mahrum kalınan kâr iddiası ihaleden elenecek olması nedeniyle dikkate alınmamalıdır.

Başka bir uyuşmazlıkta ise, taşınmalı eğitim öğrenci taşıma işi ihalesine katılan isteklinin hukuka aykırı olarak ihale dışı bırakıldığından bahisle uğramış olduğu 216.185,00-TL maddî zararın tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay;

“...henüz ihaleye teklif verme aşamasında ihale dışı bırakılmış olduğundan, sonraki aşamada ihalenin üzerine bırakılıp bırakılmayacağı belli olmadığı, idari yargı organlarınca hükmedilecek maddi tazminat miktarının somut, meydana gelmiş gerçek bir zarar olması gerektiği, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan maddi zararın tazminine karar verilmesine hukuki olanak bulunmadığı...” ifade edilerek, tazmin edilmesi gereken zararın somut ve hesap edilebilir bir zarar olması şartı aranmıştır (Danıştay, 13. D., 04.02.2011, E:2008/4393, K:2011/454).

3.2. Manevi Tazminat

Manevi zarar kişinin şahıs varlığına, vücut tamlığına veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve üzüntülerdir (Günday, 2004,345). Şahıs varlığı bir kişinin sahip olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümüdür. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi değerler kişilik değerlerini dolayısıyla da kişilik haklarını oluşturur (Gözler, 2009, 1192). Bu değerlere yapılan saldırılar da manevi zararı ortaya çıkarır (Eroğlu, 2009, 42).

Tıpkı maddi zarara uğrayan kişiye maddi tazminat ödenmesi gibi manevi tazminat da kişinin manevi bir zarara uğramasının sonucudur. Manevi tazminat, şahıs

varlığına ilişkin olup kişinin haksız bir eylem sonucu duyduğu fiziki ve manevi acı, elem, keder, ızdırıp ve yaşama zevklerinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan manevi zararları giderecek ya da hafifletecek nakit veya nakitten başka tazmin şekli olarak tanımlanabilir. Ancak manevi tazminat kavramı, maddi tazminat kavramından daha karmaşık üzerinde tartışmaların yapıldığı bir kavramdır. Bunun da temel nedeni manevi zarar kavramı üzerinde tam bir görüş birliğinin sağlanamamasıdır. Maddi zararın hem tespiti, hem de bunun sonucu giderilmesi daha kolay iken; manevi tazminatın tespiti, özellikleri ve karşılanması sorunu oldukça güçtür (Eroğlu, 2009, 51).

4734 sayılı Kanun'da yer alan yaptırımların hukuka aykırı uygulanması sonucu manevi zarar da meydana gelebilir. Danıştay'a göre manevi zarar;

“... Manevi zarar; idarenin bir eylem veya işlemi ile bir kimsenin kişi olarak haiz olduğu ve hukukça korunan hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel ve ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerine yapılan saldırılar sonucu kişinin bu saldırıdan dolayı duyduğu bedeni ve/veya ruhsal acı ve üzüntü...” olarak tanımlanmakta, manevi tazminatla kişinin bu acı ve üzüntüsünün kısmen de olsa tatmin edilmesi amaçlanmaktadır (Danıştay, 13. D., 20.12.2012, E:2012/3648, K:2012/3920). Bu anlamda; idarî işlem veya eylemin neden olduğu ticari itibar kaybının, gerçek ve tüzel kişiler bakımından tazmin edilmesi gereken manevi bir zarar olduğu açıktır.

Uygulamada, 4734 sayılı Kanun'da yer alan yaptırımların hukuka aykırı uygulanması sonucu doğan manevi zararın karşılanması istemiyle açılan davalarda, manevi tazminat miktarı daha çok takdiri olarak hesaplanmaktadır.

Danıştay'ın manevi tazminatın karşılanmasına yönelik düşüncesi ise; *“...Manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fiziki yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi veya idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir.*

Manevi tazminata hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade

edecek, idarî işlem veya eylemin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir...” şeklindedir (Danıştay, 13. D., 25.06.2014, E:2012/2975, K:2014/2662). Danıştay’ın manevi tazminat konusundaki bu düşüncesi yerinde olmakla birlikte, uygulamada, ekonomik kamu düzeni için büyük önem taşıyan kamu ihalelerinde uygulanan yaptırımların hukuka aykırılığını özendirmeyip, buna engel teşkil edebilecek nitelikte bir tazminat miktarına hükmettiğini söylemek çok güçtür.

Konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta; Benzin ve Motorin Alımı ihalesi uhdesinde kalmasına rağmen, ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olduğu gerekçesiyle kendisiyle sözleşme imzalanmayarak altı ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin İdare kararı ile iptal edilmesi üzerine, uğranıldığı ileri sürülen manevî zarara karşılık 25.000.-TL manevî tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay; *“...tüzel kişilerin kişilik haklarını saygınlık, ticari itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar nezdindeki algılanış, mesleki çevrelerdeki konum, güvenilirlik gibi değerlerin oluşturduğu, tüzel kişiliğin saygınlığını yitirmesine, itibar kaybına uğramasına veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesine yol açan hukuka aykırı tasarrufların manevi zarara yol açtığı kabul edilerek bu tür zararların tazmininin gerektiği; yargı kararı ile hukuka aykırı bulunarak iptal edilen davacı şirketin altı ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin, şirketin ticari itibarını zedelediği ve güvenilirliğini azalttığı gerekçesiyle, şirket tarafından uğranılan manevi zararın kısmen de olsa giderilmesi amacıyla 10.000,00-TL manevi tazminatın ödenmesine, fazlaya ilişkin kısmın ise reddine yönelik Mahkeme kararının onanması...*” yolunda hüküm kurarak tazminat istemini kısmen kabul etmiştir (Danıştay, 13. D., 19.03.2014, E:2012/3922, K:2014/1048). Kanaatimizce, manevi tazminat için hükmedilen bu miktar, KİK’te yer alan yaptırımların uygulanması noktasında, yaptırım tesis eden yetkilileri hukuka aykırılıktan kaçınmaya özendirmeyecek niteliktedir.

Bahsi geçen karardan çıkarılacak diğer bir sonuç ise, Danıştay’ın gerçek kişiler için manevi tazminat verilmesi düşüncesinin, hukuka aykırı olarak uygulanan yaptırımın neticesinde ticari itibarı zedelenen tüzel kişiler için de geçerli olduğudur.

Tüzel kişiler için manevi tazminat miktarının tespitine ilişkin olarak Danıştay; “...Tüzel kişiler lehine manevi tazminata hükmedilirken piyasadaki konumları ve ekonomik durumları dikkate alınarak olay nedeniyle piyasadaki konumlarının ve ticari itibarlarının sarsılması ile orantıyı ifade edecek, işlemin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir...” şeklinde ifade ederek, manevi tazminat için esas alınacak unsurları belirterek özellikle ticari itibar kavramına vurgu yapmıştır. Hükmedilen manevi tazminat miktarı sarsılan ticari itibarla orantılı olması gerektiği belirtmiştir (Danıştay, 13. D., 07.10.2013 E:2013/1291, K:2013/2484).

SONUÇ

İhalelerle ilgili idari yaptırım kararlarının alınması ve uygulanması, bozulan ihale düzenini korumayı ve haksızlıkta bulunanları belli bir maddi yük altına sokmayı veya katılmış olduğu ihalenin ya da belli bir süre için tüm ihalelerin dışında bırakmayı amaçlamaktadır.

Düzgün işleyen bir ihale sisteminin tesisi ve muhafazası için kural ihlallerine yönelik birtakım idari ve cezai yaptırımlar öngörülmesi bir zorunluluktur. Bu çalışmada ele alınan idari yaptırımlar, cezai yaptırımlara göre daha işlevsel olup, sosyal açıdan kabul edilirliliği daha yüksektir. Ayrıca idari yaptırımlar, ceza yaptırımının işlemesinden doğan sakıncaları taşımaz. Bunun yanında, ihalede düzen bozucu fiile her iki yaptırım türünün uygulandığı durumlar da mevcuttur. Çalışmamızda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu esas alınarak anlatılmaya çalışılmış ve idari yaptırımlarla ilgili uygulamada en sık karşılaşılan uyuşmazlıklar Danıştay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda, 4734 sayılı Kanun'da yer alan üç yaptırım türü incelenmiştir. Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi ve ihale dışı bırakma. Ancak, Danıştay ihale dışı bırakma yaptırımını idari yaptırım olarak değil, idari tedbir olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda, yasaklama yaptırımını caydırıcı nitelikte ve idari ceza olarak gördüğünden, yasaklama yaptırımına idare hukuku ilke ve kuralları yanında ceza hukukuna ilişkin hukuki güvenceleri de ayrıca uygulamakta iken; ihale dışı bırakma yaptırımını telafi edici yaptırım olarak nitelendirilip, bu yaptırıma idare hukuku ilke ve kuralları yanında ayrıca ceza hukukuna ilişkin hukuki güvenceleri uygulamamaktadır. Nitekim, ihale dışı bırakma yaptırımı ile, istekli henüz kazanmadığı yani her hangi bir menfaat elde etmediği bir durumda, mevzuata aykırı hareketi nedeniyle tedbiren bu yaptırıma tabi tutulmaktadır. Kanaatimizce, Danıştayın bu yaklaşımı uygundur. Bu yaklaşıma göre, hem nihai amaç olan ekonomik kamu düzeni sağlanmış, hem de ihale isteklisi açısından yasaklama yaptırımı kadar ağır nitelikte olmayan, tek sefere mahsus olmak üzere sadece katılmış olduğu ihaleden elenmesine imkan sağlayan tedbir niteliğindeki yaptırımı uygulanmış olur.

Öte yandan, bir idari yaptırım olan kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımına, idare hukuku ilke ve kuralları yanında ayrıca ceza hukukuna ilişkin hukuki güvenceleri uygulanması gerekirken, yasaklılık kararının uygulanması aşamasında savunma alınmaması büyük bir eksikliktir. Bu yaptırımın uygulanması aşamasında alınan savunma, hem daha isabetli yaptırım kararları tesis edilmesini sağlayacak hem de yargı mercileri önünde bu uyuşmazlıkların sayısını ciddi ölçüde azaltacağı düşünülmektedir.

Çalışmada önemli bir yeri bulunan ve uygulamada en sık karşılaşılan kamu ihalelerinden yasaklama yaptırımında, yasaklılık süresi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetki 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Süresi ise altı aydan iki yıla kadardır. Yani, kanun koyucu yasaklılık süresinde derecelendirme yapmak suretiyle idareye takdir yetkisi tanımıştır. İdare bu yetkiyi kullanırken Anayasa'da yer alan ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek zorundadır. Danıştay'ın bu konudaki tutumu ise, genellikle 4735 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama yaptırımlarında ölçülülük ilkesinin ihlal edilip edilmediği noktasında idarenin takdir yetkisi denetlenip iptal kararı verilebilirken, 4734 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen yasaklama yaptırımlarında takdir yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının istisnası olan ölçülülük ilkesine göre dahi takdir yetkisinin denetiminden kaçınılmaktadır. Kanaatimizce, Danıştay'ın bu konudaki tutumu da yerindedir. Çünkü uygulamada idareler, ihaleyi üstlenip işe koyulan yükleniciler konusunda uygulamış olduğu yaptırımlarda, işin niteliğini beğenmeme ya da ihale sonrası daha çok tanımış olduğu yüklenici ile arasındaki farklı anlaşmazlıklar nedeniyle, ihale konusu işte oluşan herhangi bir aksaklık nedeniyle subjektif bir biçimde ve ölçülülük ilkesi ihlal edilerek üst sınırdan yasaklama yaptırımı uygulayabilmektedir. Bu konuda hakkaniyetin sağlanabilmesinin yegane yolu ise yargısal denetimin harekete geçirilmesidir.

Kamu ihalelerinden yasaklama konusunda çalışmamızda tespit edilen diğer bir husus ise üniversitelerin tesis etmiş olduğu yasaklılık kararlarının yetki unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığı konusudur. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 3. maddesine göre, üniversiteler, bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden

oluşan bir yükseköğretim kurumudur. Üniversitelerin bağlı olduğu yahut ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğuna ilişkin meri mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2547 sayılı Kanun'da veya diğer ilgili kanunlarda Milli Eğitim Bakanlığı'nın üniversitelerin ilgili bakanlığı olduğuna yönelik herhangi ifade bulunmamaktadır. İlgili mevzuatlarında herhangi bir bakanlığın ilgili ya da bağlı kuruluşu olmayan ve aynı zamanda bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin yapmış olduğu kamu ihalelerinde, ihale düzenini bozan davranışta bulunan ihale isteklilerine yasaklama yaptırımını, yine üniversitelerin kendi ihale yetkilileri tarafından verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak, Danıştay bu konuda farklı düşünmektedir.

Diğer önemli bir konu ise ivedi yargılama mevzuudur. 18.06.2014 tarihinde 2577 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme ile "ivedi yargılama usulü" müessesesi getirilmiştir (İYUK, Md. 20/A). Getirilen bu düzenleme ile ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri için 30 günlük dava açma süresi öngörülmüştür. Yani geçici teminatın irat kaydı ve ihale dışı bırakılma yaptırımlarında 60 günlük genel dava açma süresi değil, 30 günlük özel dava açma süresi uygulanacaktır. Kanaatimizce, yapılan değişiklikle getirilen ivedi yargılama usulünün ihaleden yasaklama kararları hariç tutularak diğer ihale işlemlerini kapsar şekilde düzenlenmesi yerinde değildir. Anılan düzenlemeye yasaklama kararları da dahil edilmemesi nedeniyle, diğer ihale usul ve esaslarından kaynaklı uyuşmazlıklar için geçerli olan otuz günlük dava açma süresi ve yedi günlük ilk inceleme süresi yasaklama yaptırımına karşı açılan davalarda uygulanmayacaktır. Uygulamada ihalelere katılmaktan yasaklı olan şirketler veya şahısların, davaların uzun sürdüğünden dolayı kamu ihalelerine katılamamaları ve davaların sonuçlandığı anda da genellikle yasaklama sürelerinin doldurdukları görüldüğünden yasaklama kararları için de ivedi yargılama usulünün getirilmesi gerekirdi.

İhale dışı bırakma yaptırımı ile ilgili olarak ise, idare tarafından tesis edilen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı ile arasında bazı benzerlikler bulunduğu gibi aralarında ciddi farklılıklar da mevcuttur. Öncelikle her iki yaptırım da idari işlem niteliğindedir. Ancak işlemleri tesis edenler açısından baktığımızda, ihale dışı bırakma yaptırımı ihaleyi yapan idarece, yani ihale komisyonu tarafından tesis

edilirken; yasaklama yaptırımını ihaleyi yapan idare vermez. Ayrıca, ihale dışı bırakılma yaptırımında sadece mevcut katılman ihalenin dışında bırakılırken, yasaklama yaptırımı ile sadece yasak fiil ve davranışın işlendiği ya da sözleşme imzalamaktan kaçınılan ihaleden değil, aynı zamanda belli bir müddet boyunca tüm kamu ihalelerine katılımdan da yasaklanılır.

Yargısal denetim konusunda ise, yasaklama yaptırımına karşı doğrudan İdare Mahkemelerinde iptal davası açılabilirken; ihale dışı bırakma yaptırımına karşı doğrudan İdare Mahkemelerinde yaptırımın iptali talebiyle dava açılması mümkün olmamaktadır. Bu yaptırıma karşı ilk olarak ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusu, bu başvuruya cevap verilmemesi yahut olumsuz cevap verilmesi durumunda ise Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunulduktan sonra verilen olumsuz cevap üzerine yaptırımın yargısal denetimi İdare Mahkemesine taşınabilmektedir. (KİK, Md. 55-56)

Son olarak 4734 sayılı Kanun'da yer alan teminat türü olan ve idarelerin, ihale isteklisini sözleşme imzalamaya zorlamak ve sözleşmeden sonra yükümlülüklerini özenle yerine getirmeye zorlamak amacı ile kullanmış olduğu yaptırım türü olan geçici teminatın gelir kaydedilmesi konusunda, teklif edilen bedelin %3'ünden fazla geçici teminat mektubu sunan ihale isteklilerinin teminat mektubunun ne kadarının gelir kaydedileceği sorunuyla karşılaşmaktadır. Çünkü, geçici teminat mektubunun ne kadar olması gerektiğine ilişkin ilgili kanun metninde *“teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere”* denilerek, ihale isteklisi ne kadar teklif sunuyorsa, sunmuş olduğu bu miktarın en az %3'ünü geçici teminat olarak sunması gerektiği ifade edilmiştir. Tabi ki, her isteklinin teklif ettiği tutar farklı olduğundan, geçici teminat miktarları da farklılık arz etmektedir. Ayrıca, ihale isteklileri genellikle teklif tutarının gizliliğini sağlamak amacıyla %3'ten fazla teminat mektubu sunduğu durumlar olmaktadır. Kanun metninde geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlenmesinin sebebi, madde gerekçesinde yer alan *“isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu”* ifadeleriyle belirtildiğinden, konu ile ilgili Danıştay'ın, geçici teminat tutarının %3'ü aşan kısmının, teminatı gelir kaydedilen istekliye iade edilmesi gerektiğine hükmeden kararları tarafımızca yerinde bulunmuştur.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi”, AİD, 1982,
- AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2000,
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, **İdare Hukuku**, Ankara, 2012
- KAYA Cemil, İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabulü Şartları, ALAN, Nuri, “**Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi**”, Hukukla Kırkbir Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2003 Danıştay Dergisi, 1983,
- ALAN, Nuri,
- ARTUK, M. Emin
- GÖKÇEN, Ahmet
- YENİDÜNYA, Caner **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013,
- ATAY, E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006,
- ATAY, E. Ethem
- ODABAŞI, Hasan
- GÖKCAN, Hasan Tahsin **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi**, Ankara, 2003
- AYGÜN, Esin, **Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2009,
- BAFRA, Erdem, Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelerde Birden Çok Teklif Sunmaları, KHO Bilim Dergisi, 2014,
- BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, 1968

- BAŞPINAR, Recep, “**İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması**”, DD., Sayı 3, 1971
- BAYRAKLI, Hüseyin, Vergi Yargılama Hukuku, Afyon, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, 1998
- CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011,
- COŞKUN, Sabri
- KARYAĞDI, Müjgan, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Asil Yayınları, Ankara, 2006,
- DARENDELİ, Dr. A.Vahap, **İdari Ceza Hukuku Açısından Görsel-İşitsel Madya Alanındaki İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013,
- DEDEOĞLU, Erdoğan, 4734 sayılı KİK’e Göre Oluşturulan İhale Komisyonları, Dış Denetim Dergisi, 2010, Ekim-Kasım-Aralık,
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007,
- DERDİMAN, Cengiz R. Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme, Çağdaş Yerel Yönetimler, 1997,
- DONAY, Süheyl, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHFİM, C:XXXVII, 1972, S:1-4,
- DÖNMEZER, Sulhi
- ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1986,
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, 1964

- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014,
- ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990
- EROĞLU, Hamza, **İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985,
- EROĞLU, Müzeyyen **Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat**, Gazi Üniversitesi SBE, 2009,
- EROL, Atanur, “İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Edirne, 2009,
- ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, Balkanoğlu Yayıncılık, 1973,
- FIRAT, Serap, **Kamu İhale Yasası ve Belediyelerde Uygulanması**, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, 2003,
- FİDANCI, M. Cemil **İdari Yargıda İlk İnceleme ve Görev**, KATÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010
- GİRİTLİ, İsmet,
- BİLGİN, Pertev
- AKGÜNER, Tayfun,
- GÖK, Yaşar, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2008
- GÖKALP, A.Sıtkı, **İhalelerde Yasak Fiil ve Davranışlar**, Güncel Mevzuat Dergisi, 2010,
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Yüzyıl Boyunca Danıştay-İdari Dava Türleri**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986,
- GÖZLER, Kemal, **İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları**, SBFD, 1963
- İdare Hukuku**, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009,

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 5. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986,
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref
TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006,
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2004,
- GÜNEŞ, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965
- GÜRAN, Sait **Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, 1977
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999,
- HIZLI, Yılmaz, **Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu**, Ankara, 1984
- İÇEL, Kayıhan
DONAY, Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006,
- İSPİR, Begüm, “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009,
- KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004
- KALABALIK, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Değişim Yayınları, Sakarya, 2006,
- KARABULUT, Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008,
- KARAHANOĞULLARI, Onur, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11.03.1980 tarihli “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Tavsiye

- KARAHASAN, Mustafa Reşit
KARATEPE, Şükrü,
KARAVELİOĞLU, Celal,
KATOĞLU, Tuğrul,
KORKMAZ, Gökhan,
KULLUKÇU, Erdal
HEPAKSAZ,
KUNTER, Nurettin,
KURU, Baki
ARSLAN, Ramazan
YILMAZ, Ejder,
MAHMUTOĞLU, Fatih Selami,
OĞURLU, Yücel,
ONAR, Sıddık Sami,
Kararı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, 1996, Cilt 45, Sayı 1-4.
Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1995
İdare Hukuku, Akademi Kitabevi, İzmir,
1995,
İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kayseri,
2001
**Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından
Uygulanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara,
2008,
4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu
İhalelerinde İdari ve Yargısal Denetim,
Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, Kocaeli, 2008
Engin, Kamu İhalelerinde Cezai, Mali ve İdari
Sorumluluk, Dış Denetim Dergisi, 2010,
Ekim-Kasım-Aralık,
**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza
Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1986
Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları,
Ankara, 1992,
**Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma
Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda
(İdari Ceza Hukukunda)Yaptırım Rejimi**,
Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul, 1995,
**İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal
Korunma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001,
İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail
Akgün Matbaası, İstanbul, 1966,

- ÖNGÖREN, Gürsel **Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990,
- ÖZAY, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İÜ Yayınları, İstanbul, 1985,
- ÖZAY, İl Han, **Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, İstanbul, 1986
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002
- ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 2004,
- ÖZTÜRK, Zülal Tam Yargı Davalarında Husumet Ret Sebebi Olabilir Mi?, Yaklaşım Dergisi, 2008
- ÖZYÖRÜK, Mükbil, **İdare Hukuku-İdari Yargı-Ders Notları**, Ankara, 1977
- SELÇUK, Sami, **Çevre Kanununun Uygulanması, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını**, Ocak, 1987,
- SEZGİNER, Murat, **İptal davasının Uygulanma Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2000,
- TAN, Turgut, **İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005,
- TANDOĞAN, Haluk **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 1961
- TANDOĞAN, Sabri, **“Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk”**, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1976
- TAŞDELEN, Aziz, Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği-Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma . AÜHFD, 2006,

- TOROSLU, Nevzat ,
TUNAYA, Tarık Zafer,
ULUSOY, Ali,
YAYLA, Yıldızhan,
YARSUVAT, Duygun,
YENİCE, Kazım,
ESİN, Yüksel
YILDIRIM, Turan,
YILMAZ, Ejder,
YILMAZ, Halit,
ZABUNOĞLU, Yahya K.
- Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınları, Ankara, 2007,
Siyasal Kuramlar ve Anayasa Hukuku, Cumhuriyet Yayınevi, İstanbul, 1980,
İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013,
İdare Hukuku, İstanbul, 1985
Trafik Suçları Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar, İÜHFM, İstanbul, 1984
İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983
İdari Yargı, İstanbul, 2008
Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010,
İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2006,
İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara, A.Ü Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980