

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

# **KAMU İHALELERİNE KATILMA YASAĞI**

**Yüksek Lisans Tezi**

**HAZIRLAYAN**

**Begüm İSBİR**

**Ankara-2009**

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

## **KAMU İHALELERİNE KATILMA YASAĞI**

**Yüksek Lisans Tezi**

**HAZIRLAYAN**

**Begüm İSBİR**

**DANIŞMAN**

**Prof. Dr. Ali ULUSOY**

**Ankara-2009**

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI

## KAMU İHALELERİNE KATILMA YASAĞI

### Yüksek Lisans Tezi

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali ULUSOY**

#### Tez Jüri Üyeleri

**Adı ve Soyadı**

**İmzası**

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

**Tez Sınavı Tarihi .....**

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin  
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	VII
GİRİŞ .....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAMU İHALELERİNDE DENETİM VE YAPTIRIMLAR

I. TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİ.....	4
II. KAMU İHALELERİNDE GEÇERLİ OLAN İLKELER VE BUNLARIN YAPTIRIMLARI .....	23
A. Kamu İhalelerinde Uygulanan İlkeler.....	25
1. Kamu İhalelerine Katılma Yasağı İle Doğrudan İlişkili Olan İlkeler .....	28
a. Saydamlık İlkesi .....	28
b. Rekabet İlkesi .....	29
c. Eşitlik İlkesi .....	31
d. Güvenilirlik İlkesi.....	33
e. Gizlilik İlkesi.....	34
f. Gerekçe İlkesi .....	35
2. Kamu İhalelerine Katılma Yasağı İle Doğrudan İlişkili Olmayan İlkeler .....	35

a.Yeterlik İlkesi .....	35
b.Kaynakların Verimli Kullanımı İlkesi .....	36
c.Kamuoyu Denetimi İlkesi .....	37
<b>B. Kamu İhalelerinde Uygulanan Yaptırımlar.....</b>	<b>38</b>
1.Teminatın Gelir Kaydedilmesi .....	41
2.İhale Dışı Bırakılma .....	42
3. İhaleden Yasaklama .....	45
<b>III.4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NA GÖRE İHALEYE KATILMAKTAN</b>	
<b>YASAKLAMA VE SEBEPLERİ.....</b>	<b>47</b>
<b>A. Kamu İhalelerine İlişkin İdari Yasaklama Kararı (İdari Yasaklama) ve</b>	
<b>Sebepleri.....</b>	<b>48</b>
1.17'nci Maddeye Göre İhaleye Katılmaktan Yasaklama Sebepleri.....	51
2. İhaleyi Kazanan İsteklinin Sözleşme Yapmaması Nedeniyle İhaleden	
Yasaklanması.....	67
<b>B.Mahkeme Kararı İle İhaleden Yasaklama (Yargısal Yasaklama) ve Sebepleri.....</b>	<b>71</b>
<b>IV.4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA GÖRE</b>	
<b>İHALEYE KATILMAKTAN YASAKLAMA .....</b>	<b>75</b>
<b>A. Yasak Fiil ve Davranışlar .....</b>	<b>77</b>
1.Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranışlar .....	78
2.Sözleşmenin Uygulanması Aşamasındaki Yasak Fiil ve Davranışlar .....	79
<b>B.İhaleye Katılmaktan Yasaklama.....</b>	<b>82</b>

## **V.2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NA GÖRE İHALEYE**

**KATILMAKTAN YASAKLAMA..... 84**

**A. Yasak Fiil ve Davranışlar ..... 84**

**B. İhaleye Katılmayacak Olanlar ..... 88**

## **VI. KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA MÜESSESESİNİN BİR**

**KOLLUK FAALİYETİ OLUP OLMADIĞI SORUNU..... 89**

### **İKİNCİ BÖLÜM**

#### **KAMU İHALESİNE KATILMA YASAĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI**

#### **UYGULAMALAR**

**I. KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN KÜRESEL NİTELİKLİ DÜZENLEMELER ..... 96**

**A. Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması (WTO-GPA) ..... 98**

**1. Ulusal Muamele-Ayrımcılık Yasağı (GPA- m.3)..... 98**

**2. Offset Yasağı..... 99**

**3.Saydamlık İlkesi ..... 100**

**4.En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi (Most Favored Nation Treatment)..... 101**

**B. BM UNCITRAL Kamu İhalesi Model Kanunu ..... 102**

**II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN  
DİREKTİFLERİN UYGULANMASI (2004/17/EC ve 2004/18/EC)..... 105**

**A. AB Hukuku'nun Temel Özellikleri ve Direktiflerin Bu Hukuktaki Yeri..... 106**

<b>B. AB Mevzuatına Göre Kamu İhale Sistemi .....</b>	<b>107</b>
1. 2004/17/EC Sayılı Teşebbüs Direktifi .....	111
2. 2004/18/EC Sayılı Klasik Direktif .....	115
<b>C. AB Direktiflerine Göre İhaleye Katılmaktan Yasaklama Müessesesi .....</b>	<b>117</b>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İHALEDEN YASAKLANMA KARARININ İDARİ İŞLEM TEORİSİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

<b>I. İDARİ İŞLEM TEORİSİ VE KAMU İHALELERİ.....</b>	<b>122</b>
<b>II. İDARİ YASAKLAMA İŞLEMİNİN İDARİ İŞLEM TEORİSİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ .....</b>	<b>123</b>
<b>A. İdari Yasaklama İşleminin Unsurları .....</b>	<b>127</b>
1.İhaleden Yasaklanma İşleminde Yetki.....	128
2.İhaleden Yasaklama Kararında Şekil .....	129
3.İhaleden Yasaklama İşleminde Konu.....	130
4. İhaleden Yasaklama İşleminde Sebep .....	131
5.İhaleden Yasaklama İşleminde Amaç .....	132
<b>B. Kamu İhalesine Katılma Yasağı Kararının Verilmesi ve Uygulanması .....</b>	<b>132</b>
1.İhaleye Katılma Yasağı Kararını Verecek Makamlar.....	132
2.Hakkında Yasaklama Kararı Verilen İhale İsteklileri .....	148



- a. Şahıs Şirketleri ve Sermaye Şirketlerinin İhaleden Yasaklanması .. 149
- b. Vekilin İhaleden Yasaklanıp Yasaklanmayacağı Sorunu ..... 157

### III. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU UYARINCA YASAKLAMA

İŞLEMİNİN TESİSİ USULÜ VE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ..... 159

A.58'inci Maddeye Göre Yasaklama Kararının Tesisi Usulü..... 159

1. Yasaklama Kararı Verilinceye Kadar Uygulanan Tedbir ..... 162

2. İhaleden Yasaklama Kararının Verilmesi Gereken 45 Günlük Sürenin Başlangıcı Sorunu ..... 164

B.59'uncu Maddeye Göre Yasaklama Kararının Veriliş Usulü ..... 176

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### İHALEDEN YASAKLAMA KARARININ İDARİ YAPTIRIMLARA HÂKİM OLAN TEMEL İLKE VE KAVRAMLAR YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

I. İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI VE BU YAPTIRIMLARDA UYGULANAN TEMEL İLKELER..... 180

A. İdari Yaptırım Uygulamalarında Zorunlu Olan İlkeler ..... 183

1. Kanunilik İlkesi ..... 183

2. Ne Bis In Idem İlkesi ..... 186

3. Şahsilik İlkesi ..... 189

B. İdari Yaptırım Uygulamalarında Zorunlu Olan Kurallar ..... 191

1. Savunma Alınması Kuralı ..... 191

2. Gerekçe Kuralı .....	192
3. Geçmişe Yürümezlik Kuralı.....	193
<b>II. 5326 SAYILI KABAHAHLER KANUNU AÇISINDAN İHALEYE KATILMA YASAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....</b>	<b>195</b>
<b>III. İHALEDEN YASAKLANMAYI GEREKTİREN FİİLLERİN UNSURLARI .....</b>	<b>200</b>
A. Maddi Unsur .....	201
B. Manevi Unsur .....	202
<b>IV. İHALEDEN YASAKLANMADA TEŞEBBÜS, İŞTİRAK VE İÇTİMA .....</b>	<b>203</b>
A. İhalden Yasaklanmada Teşebbüs.....	203
B.İhalden Yasaklanmada İştirak .....	204
C. İhalden Yasaklanmada İçtima .....	205
<b>V. İHALEDEN YASAKLANMANIN SONUÇLARI .....</b>	<b>208</b>
<b>SONUÇ VE DEĞERLENDİRME .....</b>	<b>215</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>224</b>
<b>ÖZET .....</b>	<b>238</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>240</b>

## KISALTMALAR CETVELİ

<b>a.g.e.</b>	<b>: adı geçen eser</b>
<b>a.g.m.</b>	<b>: adı geçen makale</b>
<b>AB</b>	<b>: Avrupa Birliği</b>
<b>Akt.</b>	<b>: Aktaran</b>
<b>ATAD</b>	<b>: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı</b>
<b>AÜSBF</b>	<b>: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi</b>
<b>AYMKD</b>	<b>: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi</b>
<b>BİO</b>	<b>: Bağımsız İdari Otorite</b>
<b>Blz.</b>	<b>: Bakınız</b>
<b>BM</b>	<b>: Birleşmiş Milletler</b>
<b>C.</b>	<b>: Cilt</b>
<b>CMK</b>	<b>: Ceza Muhakemesi Kanunu</b>
<b>Cont.</b>	<b>: Contract</b>
<b>ÇED</b>	<b>: Çevresel Etki Değerlendirme</b>
<b>Çev.</b>	<b>: Çeviren</b>
<b>D.</b>	<b>: Dairesi</b>
<b>D.</b>	<b>: Danıştay</b>
<b>DİK</b>	<b>: Devlet İhale Kanunu</b>
<b>E.</b>	<b>: Esas</b>

<b>EC</b>	<b>: European Community</b>
<b>GATT</b>	<b>: General Agreement On Tariffs and Trade</b>
<b>GPA</b>	<b>: Government Procurement Agreement</b>
<b>ITC</b>	<b>: International Trade Center</b>
<b>J.</b>	<b>: Journal</b>
<b>K.</b>	<b>: Karar</b>
<b>KİK</b>	<b>: Kamu İhale Kurumu</b>
<b>KİK</b>	<b>: Kamu İhale Kanunu</b>
<b>KİSK</b>	<b>: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu</b>
<b>KK</b>	<b>: Kabahatler Kanunu</b>
<b>L.</b>	<b>: Law</b>
<b>m.</b>	<b>: madde</b>
<b>MEB</b>	<b>: Milli Eğitim Bakanlığı</b>
<b>Mich.</b>	<b>: Michigan</b>
<b>OECD</b>	<b>: Organization for Economic Cooperation and Development</b>
<b>Pub.</b>	<b>: Public</b>
<b>Rev.</b>	<b>: Review</b>
<b>RG.</b>	<b>: Resmi Gazete</b>
<b>S.</b>	<b>: Sayı</b>
<b>s.</b>	<b>: sayfa</b>
<b>SSRN</b>	<b>: Social Science Research Network</b>

**TCK** : **Türk Ceza Kanunu**

**UNCITRAL** : **United Nations Commission on International Trade Law**

**UNCTAD** : **United Nations Conference on Trade and Development**

**v.** : *versus*

**vb.** : **ve benzeri**

**vd.** : **ve devamı**

**Vol.** : **Volume**

**WTO** : **World Trade Organization**

**YÖK** : **Yükseköğretim Kurulu**

## GİRİŞ

İdare, hukukun kendisine yüklemiş olduğu faaliyetleri gereği gibi sürdürebilmek için birtakım mal ve hizmetlere ihtiyaç duyar. Söz konusu idari faaliyetlerin nihai amacının kamu yararı olmasından dolayı idare, yürüttüğu hizmetin niteliğine en uygun kalitede ve bedeldeki mal ve hizmetleri seçmek ister. Ancak idarenin bu seçimi, keyfi olmayıp bazı kurallar çerçevesinde gerçekleşir.

İdarenin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi amacıyla ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri satın almasını, yapım işlerini yaptırmasını sağlayan sürece, en genel anlamıyla **kamu ihalesi** denir. Kamu ihalelerinin yapılması, kamu yararını doğrudan ilgilendirmesi dolayısıyla belli kurallara bağlanmıştır. Kamu ihalelerinin düzenli, hukuka uygun ve sağlıklı bir şekilde yapılması ise tüm hukuk düzenlerinin ortak amacıdır. Bu sebeple, her ülke kendi hukuk düzeni içerisinde kamu ihalesi rejimini kendisi belirlemesine rağmen; kamu ihale sistemini yeknesaklaştırma çabaları da uluslararası boyutta sürmektedir. Bu çabaların özellikle Dünya Ticaret Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği'nde sürdüğu gözlenmektedir.

Kamu ihalelerinin sağlıklı bir ortamda yapılması, her zaman için arzu edilen bir durumdur. Hukuk sistemimiz ise kamu ihale rejimini düzenlerken, bazı yasak fiillerde veya davranışlarda bulunanların **ihaleden yasaklanması** yolunu öngörmüştür. Kanunkoyucunun, kamu ihaleleriyle ilgili olarak yasaklar içeren kurallara hukukumuzda yer vermesindeki amaç; ihalelerin verimli, sağlıklı ve en önemlisi de hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Tüm bunların gerçekleştirilmesiyle, kamu yararı kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

Tezimizin amacı, Türk kamu ihale sisteminde önemli yeri olan ve ihale katılımcılarının tereddüt yaşadığı, **kamu ihalesine katılma yasağına** açıklık getirmektir. Bu amaçla, tezimizin birinci bölümünde Türk Kamu İhale Sistemi ve özellikleriyle ilgili genel açıklamalar yapıldıktan sonra, kamu ihalelerinin **hukuk kaynakları** üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, kamu ihalelerinin yasal dayanaklarına yer verilecektir.

Tezimizin birinci bölümünde ayrıca, kamu ihale hukukunun temel kavramları, kavramsal çerçeve içerisinde incelenecektir. Özellikle “**ihale**” ve “**ihaleden yasaklılık**” kavramlarının neler olduğu ve yasal düzenlemelerde bu kavramların nasıl açıklandığına yer verilecektir. Bundan başka, kamu ihalelerinde düzenin sağlanması amacıyla kamu ihalelerinde uygulanan ilkeler ve kamu ihalelerinde uygulanan yaptırımlar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na göre incelenecektir. 2886 sayılı DİK’te ve 4735 sayılı KİSK’te yer alan hükümler, sadece ihaleden yasaklama müessesesinin ne şekilde düzenlendiği hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla kısaca incelenecektir. Esas olarak, ihaleden yasaklama müessesesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde incelenecektir.

İkinci bölümde, kamu ihaleleri uluslararası bir incelemeye tabi tutulacaktır. Bu bağlamda kamu ihale rejiminin dünya hukuklarında yeknesak hale getirilmesi çalışmaları değerlendirilecektir. Özellikle kamu ihaleleriyle ilgili olarak, Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması, Kamu İhalelerine İlişkin BM UNCITRAL Model Kanunu ve AB 2004/17/EC Teşebbüs Direktifi’ne ve 2004/18/EC Klasik Direktif’e yer verilerek, Türk Hukuku’ndaki yansımaları araştırılacaktır.

Üçüncü bölümde ise ihalelere katılma yasağı, idari işlem teorisi bakımından incelemeye tabi tutulacaktır. Bu bağlamda, ihaleye katılma yasağına ilişkin idare tarafından tesis edilen idari işlemin unsurları, türü, işlemi tesis etmeye yetkili makamların kim ya da kimler olduğu ile bu işlemin yürürlüğe girmesi hususlarına yer verilecektir.

Dördüncü bölümde idare tarafından verilen kamu ihalelerine katılma yasağının, idari yaptırımlar hukukundaki yeri incelenmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda, idari yaptırımlara hakim olan ilkeler ve kurallar esas alınacaktır. Ayrıca yasaklamayı gerektiren fiillerde teşebbüs, iştirak ve içtima olup olmadığı hususlarına, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu dikkate alınarak yer verilecektir.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAMU İHALELERİNDE DENETİM VE YAPTIRIMLAR

#### I. TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİ

Dar anlamda “**ihale**”, mal ya da hizmet alımında veya yapım işinde en uygun fiyatı bulmak için uygulanan kuralların oluşturduğu bir süreç olarak ifade edilebilir. İdarenin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve devamını sağlamak amacıyla ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerini temin etmesine yönelik süreç ise **kamu ihalesi** olarak adlandırılır. İdare, kamu ihaleleri ile ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ya da yapım işlerini temin etmekle kalmaz; aynı zamanda, ihtiyaç duymadığı malları satma, kiraya verme gibi işlerinde de ihale kurallarına uygun hareket eder.

Kamu ihalelerinde, sözleşme aşamasına geçilinceye kadar işleyen belli bir süreç söz konusudur. Bu süreç, “ihale işlemleri” olarak da adlandırılır. Tamamen kamu hukuku kurallarının uygulandığı bu işlemler, kendi içerisinde farklı aşamalara ayrılır<sup>1</sup>:

- Hazırlık Aşaması: İhale konusu işle ilgili yaklaşık maliyetin belirlenmesi, ihale komisyonunun oluşturulması, idari ve teknik şartnamenin hazırlanması.

- İlan Aşaması: İhale konusu işin, ilgili kişilere yazılı ve görsel yayın araçları ile, internet yolu ile veya yurt çapında ya da yerel gazetelerde duyurulması.

- Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi Aşaması: İhale isteklilerince, idarenin ihale dokümanlarında belirtildiği şekilde tekliflerin sunumu işlemidir. İdare, uygun teklifleri değerlendirir.

---

<sup>1</sup> Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 466 vd. .

- İhale Kararının Verilmesi ve Onay Aşaması: İhaleye ilişkin, isteklilerden gelen teklifler komisyonca değerlendirilir. En uygun teklife karar verilerek, ihale yetkilisi tarafından onaylanması.

- Sözleşme Aşaması: İhale üzerinde kalan gerçek veya tüzel kişi ile idare arasında ihale sözleşmesinin imzalanması.

Kamu ihalelerinde idare, sözleşme aşamasına kadar, idare hukukunun öngördüğü kurallara göre hareket etmek zorundadır. Bir diğer ifadeyle, kamu ihalelerinde idarenin, sözleşmeciyi seçme aşamasında idare hukuku kuralları geçerli olacaktır. Hatta sözleşme imzalanıncaya kadar idare hukuku kuralları geçerliliğini koruyacaktır. Bu sebeple doktrinde GÜNDAY, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmeciyi ve sözleşme konusunu serbestçe belirleme imkânına sahip olmadığını belirterek, bunun sebebinin bu sözleşmelerde kamu parası ve kamu yararı olduğunu ifade etmektedir<sup>2</sup>.

Öte yandan, idarenin seçmiş olduğu muhatapla ihale sözleşmesini imzaladıktan sonraki aşamada özel hukuk hükümleri devreye girecek ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargı mercileri görevli<sup>3</sup> olacaktır. Hatta kamu ihale sözleşmesinde kararlaştırıldığı takdirde, tahkim yoluna gidilebileceğini de söylemek mümkündür.

Kamu ihalelerinin farklı aşamalardan oluştuğundan hareketle doktrinde, “**iki aşama teorisi (Zweistufentheorie; théorie des deux niveaux)**” geliştirilmiştir<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Dokuzuncu Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2004, s. 179.

<sup>3</sup> Söz konusu “görev” kavramı, yargı kolu anlamında kullanılmış olup adli yargı-idari yargı ayrımını belirtmektedir.

<sup>4</sup> Bu teorinin dışında, kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin başka teorilere de rastlamak mümkündür. Bunlar; hem ihale hem sözleşme aşamalarının kamu hukukuna tabi olduğunu savunan **kamu hukuku teorisi**, ihale ve sözleşme aşamalarının ikisinin de özel hukuka tabi olduğunu

Bu teoriye göre, ihalelerde birinci aşama, sözleşme yapılmasına kadarki aşamadır. Bu aşamada idarenin yaptığı bütün işlemler “idari” niteliklidir. Bu idari nitelikli işlemlerin tamamlanmasından sonra, ikinci aşamaya geçilir. İhale sözleşmesinin imzalandığı bu ikinci aşamada, sözleşmenin yapılması tamamen özel hukuk kurallarına tabidir.

Bunun dışında, Borçlar Hukuku’ndaki “icaba daveti”<sup>5</sup> anımsatan, ihale ilanları; ihaleyi yapan idare ile karşısındaki gerçek veya tüzel kişinin iradelerinin uyuşması gibi konularda, Borçlar Hukuku’ndaki “sözleşmeleri” hatırlatan yönler de mevcuttur.

Kamu ihalelerinin yukarıda bahsedilen aşamalarının “Borçlar Hukuku” bağlamında değerlendirilmesi ise BUZ tarafından yapılmıştır <sup>6</sup>. Buna göre; idare tarafından ihale ilanının yapılması, “icaba davet”, istekliler tarafından ihale tekliflerinin sunulması “icap”, idare tarafından ihale sözleşmesinin imzalanacağı istekli belirlendikten sonra (ihale kararı alındıktan sonra) idare tarafından sözleşmeye davet aşaması ise “idarenin kabul beyanı” olarak değerlendirilir.

Aşamalar zincirinden oluşan kamu ihalelerinin bir devletin ekonomik yapısında meydana getirdiği etkiyi tahmin etmek zor değildir. Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin sağlanmasında idarelerin titizlik gösterme zorunluluğu, ihalelerin ekonomik ve hizmetsel özelliklerinden kaynaklanır. Hatta Amerika Birleşik Devletleri’nde kamu ihaleleri, “hukuk sistemlerinin labirenti” olarak da

---

savunan **özel hukuk teorisi**, kamu ihale sözleşmelerini “idari sözleşme” kabul ederek; idarenin sözleşme akdetme kararı ve temelinde idari işlemin yer aldığı bu işlemlerin sözleşmeden ayrı olarak iptal davasına konu edilebileceğini savunan **ayrılabilir işlem teorisidir**. Bkz: Vedat BUZ, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 72-90.

<sup>5</sup> Kamu alımlarında idarenin ihaleye çıkması ya da davet mektubu göndermesi, Borçlar Hukuku anlamında icaba davettir. Bkz: Bekir Mustafa YILMAZ, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 37.

<sup>6</sup> BUZ, **a.g.e.**, s. 218- 227.

adlandırılmıştır <sup>7</sup>. Bu nedenle kamu ihalelerine ilişkin ayrı bir idare hukuku dalı olarak **kamu ihale hukuku** ortaya çıkmıştır.

Kamu ihale hukuku, idare hukukunun uzmanlaşmış bir alt kolu olarak bazı özelliklere sahiptir. Kamu ihale hukukunun ilk özelliği, **idare hukuku ilkeleriyle beslenmesidir**. Örneğin; ihalelerde saydamlık ve açıklık, eşitlik, rekabet gibi ilkeler, idare hukuku kaynaklı olup kamu ihale hukukuna uyarlanmıştır.

Kamu ihale hukukunun ikinci özelliği, **ekonomiyi doğrudan etkilemesidir**. Kamu alımlarının yapılabilmesi için idari kurum ya da kuruluşlarda yeterli ödeneğin olması şarttır. Hatta bu şart, ihale ilkeleri arasında da yer alır. Aynı şekilde, ihale katılımcısı gerçek veya tüzel kişinin, ihale konusu mal, hizmet ya da yapım işiyle ilgili yeterli sermayesinin olması önemlidir. Tüm bu ekonomik unsurlar, ihalelerin ekonomiyi döndüren çarklardan birisi olması sonucunu doğurur.

Kamu ihale hukukunun üçüncü özelliği, **sui generis yaptırımlara sahip olmasıdır**. Bu yaptırımlardan en çarpıcı olanı, ihaleye katılmaktan yasaklamadır. Borçlar Hukuku'na göre sözleşmelerde sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda sözleşme yapmaya ya da yapmamaya, yaptıkları sözleşmeye son vermeye kendileri karar verirler. Aynı serbesti, kamu ihale sözleşmelerinde söz konusu değildir. Öncelikle idare, ihale sözleşmesi imzalayacağı tarafı belli kurallar çerçevesinde kendisi seçer. İhale düzenini korumak amacıyla idare, kural dışı davranış ya da fiilleri tespit ettiğinde ihale isteklisini ihalelere katılmaktan yasaklayabilir. Bir başka ihtimalde ise katılımcının kural dışı fiili, suç unsuru içeriyorsa; istekli, yargı organı tarafından ihaleye katılmaktan yasaklanabilir. Hatta

---

<sup>7</sup> Jeffrey DUNOFF, "Linking International Markets and Global Justice," **Michigan Law Review**, 2009, 107 Mich. L. Rev. 1039, s. 1 <http://international.westlaw.com> (erişim: 16.04.2009).

ihalelerde görev alan kamu görevlileri de ihaledeki kural dışı fiil ve davranışlarından dolayı yaptırma tabi olabilirler. Sonuç olarak, Borçlar Hukuku anlamında yapılan sözleşmelerden yapı itibariyle oldukça farklı olan kamu ihalelerinin, kendine özgü yaptırımlara sahip oldukları açıktır.

Kamu ihale hukukunun son özelliği, **multi-disipliner karakterli olmasıdır**. Kamu ihale hukukunda, idare hukuku esasları geniş yer tutar. Bununla birlikte, ihalelere özgü yaptırımlar incelendiğinde, kamu ihale hukukunun Ceza Hukuku ile işbirliği içerisinde olduğu gözlenir. Özellikle ihaleye fesat karıştırma ve evrakta sahtecilik suçlarının söz konusu olduğu durumlarda, ceza muhakemesi kurallarının devreye girmesi buna bir örnektir.

Ekonomik düzen ve kamu hizmetlerinin aksamadan devamıyla doğrudan ilgisi bulunan kamu ihaleleri, Türk Kamu İhale Hukuku'nda çeşitli hukuksal düzenlemelerle somutlaşmıştır. Kamu ihalelerinin düzenlenmesini, kapsamını, usulünü, ilkelerini, yaptırımlarını ve ihale sözleşmelerinin uygulanmasını gösteren kurallar bütününe **kamu ihale hukukunun kaynakları** denir.

Kamu ihale hukukunun hukuki kaynakları, içerdikleri kuralların kapsamına göre sınıflandırılacak olursa;

- Kamu İhale Hukuku'nun Birincil Kaynakları

- Kamu İhale Hukuku'nun İkincil Kaynakları

şeklinde sıralanabilir.

Birincil kaynaklar, ihalelere ilişkin kuralları genel olarak ve doğrudan düzenleyen temel kaynaklardır. Bir başka deyişle, birincil kaynaklar, ikincil kaynakların dayanağını oluştururlar. Bu bakımdan, ikincil kaynaklar, *secundum*

*legem* özelliği göstermektedir. Birincil kaynaklar arasında sırasıyla; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yer almaktadır.

Birincil kaynaklar arasında ikinci sırada “**Kanunlar**” yer alır. Türkiye’de idari makamların kamu ihale usullerini uygularken keyfi davranışlarını önlemek amacıyla, kamu ihale rejimini düzenleyen kanunlar kabul edilmiştir. Böylece, kamu ihale rejiminde genel, soyut, kişilik dışı kurallar getirilmiştir.

Türk Hukuku’nda kamu ihalelerinin tarihsel gelişimine bakacak olursak; Cumhuriyet kurulmadan önce kamu ihaleleriyle ilgili olarak 1857 tarihli bir Nizamname’nin çıkarıldığını görmekteyiz. Buna ek olarak 1914 yılında bir başka Nizamname daha çıkarılmış; ancak bunlar ihale uygulamalarında yeterli olmamıştır.

Cumhuriyetin kurulmasından sonra kamu ihaleleriyle ilgili yeni düzenlemelere gidilmiştir. Bunlardan ilki, 22 Nisan 1925 tarihli ve 661 sayılı “Müzayede, Münakasa ve İthalat Kanunu” dur. Bu Kanun da yetersiz kalınca, 10 Aralık 1934 tarihinde 2490 sayılı “Arttırma ve Eksiltmelere Dair İhale Kanunu” çıkarılmıştır. Son olarak 1946 yılında kamu ihalelerine ilişkin 2490 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Ancak bu Kanun da çağın gereklerine ayak uyduramadığından dolayı yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmuştur. Bundan dolayı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hazırlıkları yapılmıştır.

8 Eylül 1983 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kamu ihalelerinde uluslararası alanda yaşanan gelişmelerden dolayı, yeni bir kanun hazırlığına gidilmiştir <sup>8</sup>. 4 Ocak 2002 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

---

<sup>8</sup> Uluslararası ihale kurallarına uyum sağlamak amacıyla hukuk sisteminde 2004 yılında düzenlemeye giden ülkelerden birisi de Bosna-Hersek Cumhuriyeti’dir. Bu ülkenin kamu ihale sistemine ilişkin

çıkarılmıştır. Ancak bu Kanun, 2886 sayılı Kanun'u tamamen ilga etmemiştir. Bir başka ifadeyle, idareler, ihtiyaç duymadıkları araç-gereçleri, malları satma yoluna ya da kiraya verme yoluna gittiklerinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanacak; buna karşılık, idarelerin mal ya da hizmet satın alma ihalelerinde veya yapım işlerine ait ihalelerde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse, idarelerin arttırma işlemlerinde eski kanun; eksiltme (satın alma işlemleri, idarenin başkalarından taşınmaz kiralaması gibi...) işlemlerinde yeni kanun uygulanacaktır.

Uluslararası alanda, kamu ihalelerinde yaşanan gelişmelere paralel olarak, kanunkoyucu kamu ihalelerinin "ihale aşaması" ve "sözleşme aşaması"nın ayrı olmasından hareketle, bir diğer kanuna daha ihtiyaç duymuştur. Bu nedenle 5.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kabul edilmiştir. Kamu ihalelerinde, sözleşmeciyi belirleme ve sözleşmenin imzalanması aşamalarında 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar uygulanırken, ihale sözleşmesinin uygulanmaya başlamasından itibaren 5 Ocak 2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanır.

Kamu ihale hukukunda, dayanağını üst hukuk normlarından alan, dolaylı kaynaklara da rastlamak mümkündür. Yukarıda belirtildiği gibi, bu kaynaklar, varlıklarını birincil kaynaklardan aldığından *secundum legem* özelliği gösterirler. Yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, tebliğler ve Kamu İhale Kurulu kararları ihale hukukunda ikincil kaynakları oluşturmaktadır.

---

ayrıntılı bilgi için bkz: Zinca GRBO, "Regulation of Public Procurement of Bosnia and Herzegovina," **Public Procurement Law Review**, 2007, s. 5, <http://international.westlaw.com> (erişim: 16.04.2009).

İdare hukukunda, idarenin tek taraflı idari işlemleri içerisinde yer alan “düzenleyici işlemler”den birisi olan yönetmelikler, kamu ihale hukukunda; ikincil hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkar. Bu açıdan kamu ihalesinin konusuna göre mal alımı, hizmet alımı veya yapım işleriyle ilgili olmak üzere, çeşitli yönetmelikler çıkartılmıştır.

Kamu ihalelerine ilişkin kanunlara dayanılarak çıkarılan önceki yönetmelikler:

- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>9</sup>,
  - Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>10</sup>,
  - Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>11</sup>,
  - Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>12</sup>,
  - İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik<sup>13</sup>,
  - Çerçeve Sözleşme İhalelerinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik<sup>14</sup>
- şeklinde sıralanabilir.

2009 yılında bu yönetmeliklerde değişiklik yapılmıştır ve yeni yönetmelikler çıkarılmıştır. Bunlar;

- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>15</sup>,
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>16</sup>,

---

<sup>9</sup> RG, 11.09.2003, Sayı 25226.

<sup>10</sup> RG, 11.09.2003, Sayı 25226.

<sup>11</sup> RG, 11.09.2003, Sayı 25226.

<sup>12</sup> RG, 11.09.2003, Sayı 25226.

<sup>13</sup> RG, 22.06.2007, Sayı 26560.

<sup>14</sup> RG, 12.09.2007, Sayı 26641.

<sup>15</sup> RG, 04.03.2009, Sayı 27159 (Mükerrer).



- Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği<sup>17</sup>,
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>18</sup>,
- İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik<sup>19</sup>,
- Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>20</sup> şeklindedir.

Bakanlar Kurulu kararları da Kamu İhale Hukuku'nun ikincil kaynakları arasında yer alır. Ancak Bakanlar Kurulu kararları, kamu ihalelerine ilişkin yeni kural getiremezler. Eğer kararlar yeni kurallar öngörseydi, idare hukuku kuralları çerçevesinde düşünüldüğünde, fonksiyon gaspı nedeniyle “yokluk” yaptırımına tabi tutulurdu.

Söz konusu Bakanlar Kurulu kararları, sadece ihalelerdeki “fiyat farkı hesabında uygulanacak esasları” düzenlemeye yöneliktir. İhale konusunun mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi olup olmamasına göre ayrı ayrı düzenlenmişlerdir. Söz konusu Bakanlar Kurulu kararları;

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhalesi Yapılacak Olan Mal Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar<sup>21</sup>,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar<sup>22</sup>,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar<sup>23</sup>, hakkındadır.

---

<sup>16</sup> RG, 04.03.2009, Sayı 27159 (Mükerrer).

<sup>17</sup> RG, 04.03.2009, Sayı 27159 (Mükerrer).

<sup>18</sup> RG, 04.03.2009, Sayı 27159 (Mükerrer).

<sup>19</sup> RG, 28.01.2009, Sayı 27124.

<sup>20</sup> RG, 04.03.2009, Sayı 27159 (Mükerrer).

<sup>21</sup> Karar Sayısı: 2002/5038 Karar Tarihi: 24.12.2002; RG 31.12.2002, Sayı 24980/3 (Mükerrer).

<sup>22</sup> Karar Sayısı: 2002/5037 Karar Tarihi: 24.12.2002; RG 31.12.2002, Sayı 24980/3. Mükerrer.

<sup>23</sup> Karar Sayısı: 2002/5039 Karar Tarihi: 24.12.2002; RG 31.12.2002, Sayı 24980/3. Mükerrer.

Bunların dışında, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Bakanlar Kurulu Kararnameleri de, açıklayıcı ve bazı noktaları somut hale getirici özelliklerinden dolayı, ihale hukukunun ikincil kaynaklarını meydana getirir.

Kamu ihalelerine ilişkin kanunların uygulanması sırasında yaşanabilecek tereddütlerin giderilmesi ve taraflarca uyulması gereken kuralların belirlenmesi ve netlik kazanması amacıyla çeşitli hususlara ilişkin tebliğler yayınlanmıştır. Bunlara örnek olarak, “Kamu İhale Genel Tebliği”<sup>24</sup>, “Eşik Değerler ve Parasal Değerlerin Güncellenmesine Dair Tebliğ”<sup>25</sup>, “İhalelere Karşı Yapılacak Başvurular Hakkında Tebliğ”ler<sup>26</sup> gösterilebilir.

Bir bağımsız idari otorite olan Kamu İhale Kurumu'nun karar organı olan Kamu İhale Kurulu kararları da ihale hukukunun ikincil kaynakları arasındadır. Söz konusu kararlar, kamu ihale mevzuatında “düzenleyici kurul kararları” olarak adlandırılır.

İhalelere ilişkin kuralların somutlaştırılması, kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesi, düzenlemeler yapılması ve ihale piyasasının izlenmesi amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile bir bağımsız idari otorite<sup>27</sup> olan, Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Bu kurumun karar organı, on üyeden oluşan **Kamu İhale Kurulu'dur.**

---

<sup>24</sup> RG 25.07.2005, Sayı 25886.

<sup>25</sup> Tebliğ No: 2008/1, RG 22.01.2008, Sayı 26764.

<sup>26</sup> RG 03.08.2007, Sayı 26602.

<sup>27</sup> Temel hak ve özgürlükler alanında ya da ekonomik ve sosyal sektörlerde düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetlerinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, mali yönden özerk kamu tüzel kişilerine **bağımsız idari otorite** denir. Bu kurumların en belirgin özellikleri, idari bağımsızlık ve regülasyon yetkileridir. Bkz: Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 1-16.

Kamu İhale Kurulu, Kurum'un karar organı olarak, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların uygulanmasına ilişkin karar almaya yetkilidir. Kamu İhale Kurumu'nun, standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarabilmesi, Kurul'un karar almasına bağlıdır. Kurul, başkanın veya başkanın bulunmadığı durumda ikinci başkanın çağrısı üzerine üye tam sayısı ile toplanır ve çoğunlukla karar alır. Oyların eşit olması halinde Başkanın katıldığı tarafın kararı geçerli olur. Kurul üyeleri çekimser oy kullanamaz. Kurul üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. İzin, rapor, görevlendirme veya boşalan üyeliğe henüz atama yapılmaması hallerinde en az yedi üye ile toplanılabilir.

Kamu İhale Kurumu ile ilgili kısaca bilgi verdikten sonra, ihale hukukunda sıkça kullanılan kavramlara değinebiliriz. Her alanın kendine özgü terimleri olduğu gibi ihale hukukunda kullanılan birtakım kavramlar da mevcuttur. Buna ilişkin olarak, idarelerin harcama gerektiren ihalelerinde uygulanan 4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi, "Tanımlar" başlığını altında birçok kamu ihalesi kavramına yer verir. Tezimizin bu kısmında, ihalelerle ilgili kavramsal çerçeve içerisinde; ihale, ihale konusu mal ve hizmet, yapım işi, ihale isteklisi ve ihaleye katılmaktan yasaklama kavramları ele alınacaktır.

Açıklanması gereken ilk kavram, "ihale kavramıdır". Kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri faaliyetleri düzenli ve sürekli yerine getirebilmeleri için ortaya çıkan mal, hizmet veya yapım işi ihtiyaçlarını karşılamaları zorunludur. Bu sebeple idareler, kendilerine en uygun fiyat ve kalitede mal, hizmet veya yapım işini seçmek isterler. Kamu ihalesi, en dar anlamıyla bu seçme işlemine verilen addır. Bir

diğer ifadeyle ihale, bir çeşit karar alma yöntemidir <sup>28</sup>. Kamu ihalesinin temelinde yer alan düşünce; doğru malı, doğru zamanda ve uygun fiyata almaktır <sup>29</sup>. Çünkü bu sayede, idare faaliyetlerini düzgün ve eksiksiz olaak gerçekleştirebilir.

4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde "ihale" şöyle tanımlanmaktadır:

*"Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ... ifade eder."*

Kanundaki ifade incelendiğinde, konusu mal, hizmet veya yapım işi olan; birden fazla isteklinin katıldığı ve içlerinden yalnızca birisinin seçildiği, bu seçme işleminin onaylandığı ve seçilen kişiyle bir sözleşmenin imzalandığı sürecin tümü **ihaleyi** oluşturur <sup>30</sup>.

Bir başka tanıma göre ise ihale, idarenin birtakım hizmetleri yerine getirebilmek için, karşılığı idarece ödenmek şartıyla; ihtiyaç duyulan mal, hizmet alımlarının yapılmasına yönelik olarak en uygun teklifte bulunan özel kişinin seçilmesi ve sözleşmenin imzalanması sürecidir <sup>31</sup>.

İdarelerin kamu ihalesi düzenlemelerinin konusunu oluşturan ihtiyaçları bazen mal alımı olabilir. 4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi, "**mal**" kavramını da

---

<sup>28</sup> İsmail Hakkı SAYIN, **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara, İlksan Matbaacılık, Mart 2008, s. 3.

<sup>29</sup> Wayne A. WITTIG, "A Framework For Balancing Business and Accountability Within A Public Procurement System (Approaches and Practices of the United States)," **International Trade Center**, s. 2.

[www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/wkshop\\_tanz\\_jan03/itcdemo2\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/wkshop_tanz_jan03/itcdemo2_e.pdf) (erişim: 12.10.2008).

<sup>30</sup> Servet ALYANAK, "An Overview of The Legal Rules Governing Public Procurement In Turkey," **Public Procurement Law Review**, 2007, 2, s. 125-143, [www.ebscohost.com](http://www.ebscohost.com) (erişim: 12.12.2008).

<sup>31</sup> Ramazan YILDIRIM, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Konya, Mimoza Yayınları, Kasım 2006, s. 247.

açıklamıştır: Mal; “*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları*” ifade eder. Görüldüğü üzere, mal kavramı Kanun’da oldukça geniş düşünülmüştür. Şu dört unsur, ihale hukuku anlamında mal olarak kabul edilmiştir:

- İhtiyaç maddeleri <sup>32</sup>,
- Taşınırılar,
- Taşınmazlar,
- Haklar.

Uzun süre kullanılabilir türdeki eşyalar, taşınır mal olarak kabul edilir. İhale hukukundaki taşınır kavramı, eşya hukuku anlamındaki taşınır kavramından farklıdır. Zira eşya hukukunda taşınır, toprağa bağlı olmayan, özünde herhangi bir değişiklik meydana gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen eşyadır<sup>33</sup>. İhale hukukunda ise bir eşyanın taşınır olup olmaması eşyanın kullanım süresine bağlanmıştır. Oysa eşya hukukunda taşınır kavramı belirlenirken; eşyanın bir yerden başka bir yere taşınırken özünde bir değişiklik olup olmaması dikkate alınır. Bundan dolayı, ihale hukukunda taşınır kavramının, eşya hukukundaki tanıma göre daha geniş olduğu söylenebilir.

Mal kavramı içerisinde düşünülebilecek bir diğer unsur ise “taşınmaz”lardır. Tapu siciline kaydedilenler ile arazi ve arsaları kapsayan, toprağa bağlı malların tümüne taşınmaz denir. Eşya Hukuku’ndaki anlamıyla taşınmaz eşya, özünde bir değişiklik olmaksızın bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 704’üncü maddesine göre taşınmazın konusu; arazi, tapu

---

<sup>32</sup> İhtiyaç maddeleri, tüketime konu olan malzemelerdir. SAYIN, *a.g.e.*, s.75.

<sup>33</sup> Kemal OĞUZMAN/ Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, Onuncu Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 7; Lale SİRMEN, *Eşya Hukuku Ders Notları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2004-2005, s. 3.

kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler olabilir. İhalelere konu olabilecek taşınmazlar da medeni hukuktaki taşınmaz kavramı ile aynı anlamdadır.

Mal kavramını oluşturan son unsur “haklar”dır. İdare hukukunda hak, belli bir kişinin haiz olduğu özel ve yoğun hukuki imkandır <sup>34</sup>. Ancak burada hak, bir alım sözleşmesine konu olabilecek biçimiyle anlaşılmalıdır. Genel anlamda hak, bir şeyi yapmak veya başkalarından belirli bir şekilde davranmayı veya bir şeyi yapmayı istemek yetkisi şeklinde tanımlanır <sup>35</sup>. Medeni hukukta, hak kavramı denildiğinde akla ilk gelen, ayni haklardır. Ayni haklar, kişinin eşya üzerinde doğrudan hâkimiyetini gerçekleştiren haklardır <sup>36</sup>. Ayni haklar, herkese karşı ileri sürülebilen haklar olduğundan, mutlak hak statüsündedir. Bu özelliği dolayısıyla, nispi bir hak olan alacak hakkından ayrılır.

İhale hukukunda, ihale konusu olabilecek “hak” kavramı denildiğinde, anlaşılması gereken yukarıda bahsedilen “ayni haklardır”. Ayni haklar, mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar olarak ikiye ayrılır. İhalelere konu olan haklar; mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni hak çeşitlerinden irtifak hakkı, intifa hakkı, taşınmaz yükü, rehin hakkı olarak sayılabilir.

Özetlenecek olursa, 4734 sayılı Kanun’a göre mal kavramı; ihtiyaç maddeleri, taşınır mallar, eşya hukuku anlamında taşınmaz mallar ve yine eşya hukuku anlamında ayni haklardır.

---

<sup>34</sup> Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukuku-I Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1972, s. 204.

<sup>35</sup> Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, Sekizinci Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001, s.44.

<sup>36</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, **a.g.e.**, s. 16 vd. ; SİRMEN, **a.g.e.**, s. 1.

Bunun dışında, ihale hukukuna hakim olan bir başka kavram, “tedarikçi” kavramıdır. Mal alım ihalelerinde teklif veren gerçek veya tüzel kişilere ya da bunların oluşturdukları ortak girişimlere<sup>37</sup> **tedarikçi** adı verilir. Tedarikçiler, sadece ihale aşamasında teklif veren kişilerdir. Bir başka ifadeyle, idare mal alımını gerçekleştirecek olan gerçek veya tüzel kişiyi henüz seçmemiştir, sözleşme imzalanmamıştır. Bu aşamadaki ihale katılımcılarından teklif verenler, tedarikçi olarak adlandırılır. İhale katılımcıları arasında ihale dokümanını alıp teklif vermeyenlerin tedarikçi olarak adlandırılmaması gerekir.

Kamu İhale Kanunu’na göre, açıklanması gereken bir diğer kavram, “hizmet”tir<sup>38</sup>. Hizmet kavramı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na oranla, 4734 sayılı Kanun’da daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Hizmet kavramının oldukça kazuistik şekilde düzenlendiği bu maddede üzerinde durulması gereken bir başka nokta, “taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasının” hizmet olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bundan anlaşılması gereken, gerçek ya da tüzel kişilere ait olan taşınmazların veya hakların, idareler tarafından kiralanmasıdır. İdareye ait taşınmazların veya hakların, gerçek ya da tüzel kişilere kiralanmasında 4734 sayılı Kanun değil, halen yürürlükte olan 2886 sayılı Devlet

---

<sup>37</sup> Ortak girişim, 4734 sayılı Kanun’un “tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlardır.”

<sup>38</sup> 4734 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine göre; “Hizmet: (Değişik: 4964 / 3 md.) Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadaströ, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri” ifade eder.

İhale Kanunu uygulanacaktır. Çünkü idarelerce taşınmazların üçüncü kişilere kiralanması, harcama gerektiren değil, gelir getiren bir durumdur.

Ayrıca, taşınmazların veya hakların gerçek ya da tüzel kişilerden kiralanması, onların mal alım ihalesine konu olmaması yönünden önem taşır. Bir başka ifadeyle, bir taşınmaz ya da hak, bir gerçek ya da tüzel kişiden satın alınmak istenseydi; bu ihale, hizmet ihalesi değil, mal alım ihalesi olacaktı. İhalenin konusunun belirlenmesi, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların daha kolay çözülmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bir diğer husus, hizmet alımı ihalesinde ihale katılımcılarına verilecek ismin ne olduğudur. Mal alımı ihalesindeki tedarikçiden farklı olarak, hizmet alım ihalesinde teklif veren gerçek veya tüzel kişilere veya bunların oluşturdukları ortak girişimlere **hizmet sunucusu** adı verilir. Burada da ihale katılımcılarının hizmet sunucusu sayılabilmelerinin önkoşulu, ihalede teklif vermiş olmalarıdır.

İhale hukukunun bir diğer kavramı, “yapım işidir”. Yapım işi, inşaat ya da bayındırlık hizmetleriyle ilgili temel uzmanlık işlerini gerektiren her türlü iştir<sup>39</sup>.

Yapım işleri; inşaat işlerini ve bayındırlık işlerini içine alan üst bir kavramdır. Kanun, yapım işlerini sayma yoluna gitmiş fakat sayılanlarla sınırlı tutmamıştır. Maddede yer alan, “.... benzeri yapım işleri” ibaresi, sayılanların dışında kalan işlerinde gerekirse yapım kavramına dahil edilebilmesine imkan tanımaktadır.

---

<sup>39</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 4’üncü maddesinde “yapım” şöyle tanımlanmıştır: “*Yapım : Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini, ....ifade eder.*”



Yapım işleriyle ilgili ihalelerde teklif veren gerçek veya tüzel kişilere ya da bunların oluşturdukları ortak girişimlere **yapım müteahhidi** denir. Burada “müteahhit” sözcüğüne yer verilmiş olması, ihaleyi alan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade ediyor gibi gelebilir. Ancak, Kanun’un 4’üncü maddesinde “yapım müteahhidinin” açıklamasına bakıldığında, ihale ile ilgili sadece *teklif veren kişinin* kastedildiği kolayca anlaşılır.

Kamu ihalelerinde genel ve üst bir kavram olarak kullanılan “istekli” kavramı; mal, hizmet alımı veya yapım işlerine ilişkin ihalelere teklif götürülen gerçek veya tüzel kişilerle bunların oluşturdukları ortak girişimleri ifade eder <sup>40</sup>. Kanun’daki ifadeye göre teklif, ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgilerdir <sup>41</sup>.

İhale isteklisi statüsünde bulunabilmenin ön şartı, ihalede teklif sunmuş olmaktır. 4734 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi incelendiği takdirde, “istekli” kavramının açıklamasından ihaleye teklif götürülenler anlaşılmaktadır. İhale isteklisi, üst bir kavram olup ihalenin konusuna göre farklı adlar kullanılarak ihaleler arasında ayırım yapılır. Kanun’a göre;

-Mal alımı ihalelerindeki ihale isteklisi: **Tedarikçi (supplier)**

-Hizmet alımı ihalelerinde ihale isteklisi: **Hizmet sunucusu**

-Yapım işleri ihalelerinde ihale isteklisi: **Yapım müteahhidi=yüklenici (contractor)**

şeklinde isimlendirilir.

---

<sup>40</sup> İstekli kavramı yerine “aday” kavramının kullanılması yanlıştır. Zira “aday” kavramı, ihale usullerinden birisi olan “belli istekliler arasında ihale usulünde” kullanılan bir tabirdir. Bkz. SAYIN, **a.g.e.**, s. 95.

<sup>41</sup> Teklifin, günlük hayatta anlaşılan “fiyat teklifi” kavramından daha geniş olarak, ihale katılımcılarının sunduğu bilgi ve belgeleri de içerdiği dikkatten kaçmamalıdır. Zira ihale komisyonu hem fiyata ilişkin teklifi hem de ihale katılımcılarına ait bilgi ve belgeleri değerlendirir.

Kavramsal karmaşalara sebep olmaması için, Kanun'da belirlenmiş isimlerin ihalelerde kullanılmasına özen gösterilmelidir. Bu bakımdan önem taşıyan bir diğer husus, ihalelerde ihale komisyonu tarafından katılımcılara ilişkin yapılan ön değerlendirme sonucunda, şartları sağladığı tespit edilen katılımcılara komisyon tarafından davet mektubu gönderilmesine rağmen, teklif vermeyen katılımcıların ihale isteklisi sayılmamasıdır<sup>42</sup>.

İhale aşamasında genel olarak “istekli” olarak adlandırılan katılımcılardan birisi, ihaleyi düzenleyen idare tarafından seçildiği takdirde ihale sözleşmesi imzalanır ve kişi, farklı bir statüye kavuşur. 4734 sayılı Kanun'daki “Tanımlar”da da belirtildiği üzere, ihaleyi alan ve sözleşmeyi imzalayan ihale isteklisi, artık **yüklenici** (*contractor*) adını alır.

İhale hukukunda kullanılan bir başka kavram ise, “**istekli olabilecek**” kavramıdır. Bu kavram, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun bazı maddelerinde 5.12.2008'de yürürlüğe giren 5812 sayılı Kanun<sup>43</sup> ile yapılan değişiklikle ihale hukuku terminolojisine dahil olmuştur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “Tanımlar” Başlıklı 4'üncü maddesinde “istekli” kavramından sonra yer alacak olan kavram “istekli olabilecek” kavramıdır. “*İstekli olabilecek: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi*” ifade eder. Yeni getirilen bu tanıma göre, ihalede istekli olabilecek statüsü;

**-İhale konusu alanda faaliyet gösteren**

**-İhale veya önyeterlik dokümanı satın almış**

---

<sup>42</sup> SAYIN, a.g.e., s. 94.

<sup>43</sup> 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 05.12.2008, Sayı: 27075.

gerçek veya tüzel kişi veya bunların oluşturduğu ortak girişimi ifade eder.

Bir diğer ifadeyle, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri satın almış olan kişilere **ihalede istekli olabilecek** adı verilir. Eğer bu kişi ya da kişiler, ihalede teklif verirse, o zaman, **ihalede istekli** adını alacaklardır.

Kamu ihale hukukunda yasak fiilleri önleme özelliği gösteren bir kavram kullanılmaktadır. Bu kavram, ihale isteklilerinin **ihaleden yasaklanmasıdır**. Kamu ihalelerinin sağlıklı ve düzgün işlemesi, hem ihaleyi düzenleyen idarenin hem de ihale katılımcılarının ortak amacı olmalıdır. Bu amaç doğrultusunda hareket etmeyen ve ihale süresince ya da sözleşme imzalanıp uygulansa bile, kötüniyetli işlemler yapmak isteyen kişiler söz konusu olabilir. Bu nedenle 2886 sayılı DİK, 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK'te, ihaleye katılmaktan yasaklama kavramına yer verilmiştir.

Yasaklama kavramını anlayabilmek ve kapsamını belirleyebilmek için öncelikle, “yasak” kavramının sözcük anlamına bakmak gerekir. Yasak, sözcük anlamı itibariyle, “*bir işin yapılmaması buyruğu*” olarak tanımlanabilir<sup>44</sup>. İhalelerde yasaklılığın anlamı ise ihale katılımcılarına uygulanan ve ihaleye katılımı bir süre engelleyen bir karar olmasıdır.

Henüz sözleşme imzalanmadan önce ihale aşamasındayken, yasaklamayı gerektirecek fiil ya da davranışların ihale düzenleyicisi idare tarafından tespiti durumunda, 4734 sayılı KİK'in “Dördüncü Kısmında” yer alan yasaklılık hükümleri

---

<sup>44</sup> **Türkçe Sözlük**, TDK Yayınları, s. 791.

devreye girer. İhale sözleşmesinin imzalanmasından sonra aynı durum ile karşılaşılırsa bu takdirde, 4735 sayılı KİSK'in ilgili hükümleri uygulanacaktır.

İhaleye katılmaktan yasaklama, ihalelere özgü bir karardır. Söz konusu yasaklama, ihaleyi düzenleyen idarenin veya yargılamayı yapan ceza mahkemesinin, yasal sebeplere dayanarak, ihaleye katılanları ihale sürecinden dışlamasını ifade eder<sup>45</sup>. 4734 sayılı Kanun'un 58'nci ve 59'uncu maddelerinde düzenlenen yasaklama yaptırımına sebep olacak fiil veya davranışların neler olduğu ise Kanun'un önceki maddelerine serpiştirilmiştir. Özellikle 10'uncu madde, "ihaleye katılımı yeterli kurallarına" yer vermek suretiyle, konuya başlangıç yapmıştır. Söz konusu maddeyi izleyen 11'inci madde de "ihaleye katılmayacak olanları" düzenlemek suretiyle 10'ncü maddeyi genişletmiş ve somutlaştırmıştır. Son olarak 17'nci madde, "yasak fiil veya davranışları" beş bent halinde sayarak, 58'nci ve 59'uncu maddelerdeki yasaklama kararının hukuki sebeplerini ortaya koymuştur. Söz konusu maddelerin ayrıntılarına ilerleyen başlıklarda yer verilecektir.

## **II. KAMU İHALELERİNDE GEÇERLİ OLAN İLKELER VE BUNLARIN YAPTIRIMLARI**

Devletin, kamu ihale sistemini geliştirici işlevi üstlenmesi, birtakım yaptırım yetkilerini de beraberinde getirir. Nitekim kamu ihale piyasasında devlete verilmiş bazı yetkilerden dolayı, devlet de bazı sorumluluklara ya da yükümlülüklerle sahip olur. Bu yükümlülüklerden en önemlisi, kamu ihalelerinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı durumları ortadan kaldırmaya yöneliktir.

---

<sup>45</sup> Aziz TAŞDELEN, " Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 1, Yıl: 2006, s. 293.

Devletin yetkisinin olduğu bir alanda, sorumluluğunun da olması doğaldır. Bu sorumluluğu yerine getirirken devlet, bazı yaptırımlara başvurabilir. Zira esas amaç, kamu ihalelerinde düzeni sağlamaktır. Bir diğer ifadeyle kamu ihalelerinde düzen sağlandığı takdirde, “kamu yararı” da sağlanmış olur. Öyleyse kamu ihalelerinde düzenin sağlanması, dar yorumlanmamalıdır. Aksine, ihalelerdeki düzenden hareketle, uzun vadede “**kamu yararının sağlanması**” sonucuna ulaşılması söz konusudur.

İhalelerdeki düzeni sağlamaya yönelik olarak, ihalelere ilişkin hukuki kaynaklarda kanunkoyucu bazı araçlar getirmiştir. Bu araçlar ikiye ayrılır:

1. Kamu ihalelerinde uygulanan ilkeler
2. Kamu ihalelerinde uygulanan yaptırımlar

Söz konusu araçlar, birbirleriyle ilişkilidir. Aralarında görünmez bir bağ olduğu söylenebilir. Kamu ihalesi yaptırımları olmadan, kamu ihalesi ilkelerinin bir anlamı yoktur. Aynı şekilde, kamu ihalesi ilkeleri olmadan, sadece yaptırımların uygulanmasının bir anlamı ve amacı yoktur. Söz konusu ilke ve yaptırımlar, ihalelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde birlikte düşünölmelidir.

Kamu ihalelerinde uygulanan ilkelerden bazıları; saydamlık, eşitlik, rekabet, yeterlik, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi şeklinde sıralanabilir. Söz konusu ilkeler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5’inci maddesinde yer alır. Sayılan ilkeler genellikle idare hukukundaki ilkelerle bağlantılıdır. Örneğin; saydamlık, güvenilirlik, gizlilik gibi ilkelerin, idare hukukundaki “hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin” ihale hukukundaki yansıması olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Kamu ihalelerinde uygulanan yaptırımlar ise ihale düzenlenirken, sözleşme imzalandıktan sonra ya da sözleşmenin uygulanması aşamalarında, ortaya çıkan düzensizlikleri ve ihaleyi etkileyebilecek düzen bozucu fiilleri ortadan kaldırmaya yöneliktir. Bir diğer ifadeyle, ihale aşaması, sözleşmenin yapım aşaması ve sözleşmenin uygulanma aşaması şeklindeki üç aşamanın her birinde, ihale yaptırımlarına rastlamak mümkündür. Ayrıca bunlar, sadece ihaleye katılan aday, istekli veya yüklenicilerle ilgili olmayıp ihaleyi düzenleyen ihale yetkilileri ya da görevlilerine ilişkin de olabilir.

### **A. Kamu İhalelerinde Uygulanan İlkeler**

Kamu ihalelerinin hızlı bir şekilde yapılması, kamu hizmetlerinin daha çabuk sunulması açısından önemlidir. Ancak bu hızlılığın yanında, kanuna ve hukuka uygun bir ihale sürecinin geçirilmesi, hem idare hem de ihaleye katılan tüm katılımcıların ortak amacıdır. Hatta kamu hizmetlerinden yararlananların da ihalelerin sağlıklı ortamda yapılmasında büyük yararı bulunur.

Kanunkoyucu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (KİK'in) 5'nci maddesinde ülkeden ülkeye değişiklik göstermeyecek, farklı anlamlara gelmeyecek kadar açık, evrensel nitelikli ilkelere<sup>46</sup> yer vermiştir. Kamu kurum ve kuruluşlarının harcama getirmeyen ihalelerinde halen uygulanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda da ihale ilkelerine yer verilmiştir. 4734 sayılı Kanun'a göre kamu ihale ilkeleri; saydamlık, rekabet, yeterlik, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ayrı ihale düzenlenmesi ilkesi, gerekçe ilkesi, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla ihale konusunun

---

<sup>46</sup> Abdullah UZ, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 157.

bölünememesi ilkesi, ödeneği olmayan iş için ihaleye çıkılamaması ilkesi olarak sayılabilir. Bu ilkelerin en verimli şekilde uygulanabilmesini sağlayan işlem, ihalede “ilan” aşamasıdır<sup>47</sup>. Ancak 2886 sayılı Kanun, 2’nci maddesinde sadece saydamlık, rekabet ve yeterlik ilkelerine yer vermiştir. Bu bakımdan, 4734 sayılı Kanun’un ihale ilkeleri yönünden daha zengin olduğu söylenebilir.

Her kesim için bu kadar önem taşıyan kamu ihaleleri rejiminde, düzeni sağlamaya yönelik ilkeler, sadece ihalelerde düzeni sağlamakla kalmaz; aynı zamanda idarenin faaliyetlerinin de düzenli bir şekilde devamını sağlar. Zira düzgün işleyen bir ihale sonucunda ortaya düzgün bir mal alımı, hizmet alımı ya da yapım işi çıkar. Böylece idari faaliyetler de kesintisiz işlemeye devam eder. Birbirini takip eden zincirin halkaları gibi, düzgün bir ihale süreci; olumlu bir sonuca ve nihai olarak da kamu yararının sağlanmasına götürür. Bu ilkeler, sadece kamu yararını ilgilendirmez, hatta, tarafsızlık, güvenilirlik, gizlilik, eşitlik, açıklık ve rekabet gibi bazı ihale ilkelerinin ihlali durumunda ihale suçları ortaya çıkar<sup>48</sup>.

Söz konusu ilkelerin ortak özelliklerine değinmek, onları açıklamayı kolaylaştırır. Ortak özelliklerden ilki; bu ilkelerin, ihalenin ilk aşamasından son aşamasına kadar, hatta sözleşmenin uygulanması sırasında bile dikkate alınmasıdır. İkinci ortak özellik; söz konusu ilkelerin, idare hukukundaki birçok ilke ve kavramın kamu ihale hukukundaki yansımasından doğmuş olmasıdır. Üçüncü özellik, ilkelerin gözetilmesinin, 4734 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, idareye verilmiş bir sorumluluk olmasıdır. İdare, ihale süreci boyunca ilkelerin yerine getirilmesinden sorumludur. Bu konuda idare, üzerine düşen görevi yerine

---

<sup>47</sup> Arif YORDAM, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda İlan, İlan Süreleri ve Kuralları,” **Yerel Yönetim ve Denetim**, C. 8, S. 1, (Ocak-2003), s. 23.

<sup>48</sup> Behiye Eker KAZANCI, **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat-2007, s. 35-36.

getirmediği takdirde ihalenin geçersiz sayılması ve katılımcıların bir zararı doğmuşsa, katılımcıların, usulüne uygun olarak zararlarının giderilmesini yargı mercilerinden istemesi gerekir. Bu ilkelerin ortak özelliklerinden sonuncusu ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayan idarelerin düzenledikleri ihalelerde dahi söz konusu ihale ilkelerinin geçerli olmasıdır <sup>49</sup>. Bir diğer ifadeyle, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre düzenlenen ihalelerde de 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihale ilkeleri geçerli olacaktır.

Kamu ihalelerine hakim olan ilkeler, şüphesiz ki ihalelerde düzeni sağlamakta ilk sıradadır. Hem ihaleyi düzenleyen idare hem de ihale isteklilerinin bu ilkelere uygun davranmasıyla; kamu ihalelerinden yasaklanma gibi bir durum ortaya çıkmayacaktır. Ancak her kamu ihalesi ilkesiyle ihaleden yasaklanma müessesinin doğrudan ilişkili olduğu da söylenemez. Bazı temel ilkeler ile kamu ihalelerinden yasaklanma arasında doğrudan bir ilişki vardır. Bundan dolayı kamu ihalelerine katılma yasağı ile kamu ihalelerine hakim olan ilkeler arasındaki doğrudan veya dolaylı ilişki nedeniyle şöyle bir ayırım yapılabilir:

1. Kamu ihalelerine katılma yasağı ile doğrudan ilişkili olan ilkeler
2. Kamu ihalelerine katılma yasağı ile doğrudan ilişkili olmayan ilkeler

Kamu ihalelerine katılma yasağı ile doğrudan ilişkili olan ilkeler genellikle ihalelerde düzenin sağlanması, yasak fiil ve davranışların önlenmesi gibi amaçlarla getirilmiş olan; saydamlık, rekabet, eşitlik, güvenirlilik, gizlilik ilkeleridir. Ancak ihale ilkeleri konusunda önem taşıyan bir diğer husus da, bu ilkelerin sadece ihalelere katılmaktan yasaklama müessesisiyle ilgili olmadığıdır. Her şeyden önce bu ilkeler,

---

<sup>49</sup> Ali ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 52-53.



bütün kamu ihalelerinde dikkate alınmak zorundadır. Ayrıca bu ilkeler sadece ihale aşamasında değil; sözleşme ve sözleşmenin uygulanması aşamalarında da dikkate alınmak zorundadır.

Kamu ihalelerine katılma yasağı ile doğrudan ilişkili olmayan ilkeler ise yeterlik ilkesi, kaynakların verimli kullanılması ilkesi, kamuoyu denetimi ilkesi, ödeneği bulunmayan bir işle ilgili ihale yapılamaması ilkesi, ihtiyaçların uygun zamanda ve koşullarda karşılanması ilkesi, mal alımı-hizmet alımı-yapım işleri ihalelerinin birlikte ihale edilememesi ilkesi, gerekçe ilkesi olarak sıralanabilir.

## **1. Kamu İhalelerine Katılma Yasağı İle Doğrudan İlişkili Olan İlkeler**

### **a. Saydamlık İlkesi**

Mal, hizmet veya yapım işi ihtiyacı olan kamu kurum ve kuruluşlarının ihale yolu ile elde ettikleri sürecin şeffaf, açık ve herkesçe bilinebilir olmasıdır. Bir başka ifadeyle saydamlık; devletin, kamu mallarını elde ederken izlediği ihale prosedürü işlemlerini şeffafça yürütmesi zorunluluğudur<sup>50</sup>.

Saydamlık ilkesinin iki boyutu vardır:

-İhalede aleniyetin sağlanması

-İhalede alınan kararlardan ilgililerin haberdar edilmesi

İhalede aleniyetin sağlanması, ihale dokümanlarının ilan yolu ile ilgililenlere duyurulması ve teklif zarflarının herkesin gözü önünde açılması ile gerçekleşir. İhale dokümanlarının ilan yolu ile ilgililere duyurulmasında güdülen amaç, rekabet

---

<sup>50</sup> İsmet GİRİTLİ/Perteve BİLGİN/Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, ikinci baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2008, s. 1027.

şartlarının en üst seviyede gerçekleştirilmesidir<sup>51</sup>. İhalede, ihale yetkililerinin ve komisyondakilerin aldığı kararların katılımcı veya teklif verenlere ulaştırılması da saydamlık ilkesinin gereğidir.

Saydamlık, yalnız bir ihale usulünde değil; Kanun'da yer alan tüm ihale usullerinde gözetilmelidir. Bu bakımdan, 4734 sayılı Kanun'da pazarlık usulü ve doğrudan temin usulü<sup>52</sup> gibi ihale usullerinde saydamlık ilkesinin uygulanmaması<sup>53</sup> eleştiriye son derece açıktır. Ayrıca, bu ilke sadece ihalenin başlangıç aşamasında değil, bütün ihale aşamalarında dikkate alınmak zorundadır. Zira sözleşmeciler gerçek veya tüzel kişi belirlenmiş olsa bile, sözleşmenin imzalanması aşaması ile uygulanması aşamasında dahi saydamlık ilkesi gözetilmez.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2'nci maddesinde de düzenlenmiş olan bu ilke, ihalelerde yolsuzlukları önlemeye yöneliktir<sup>54</sup>. Bu bakımdan bu ilkenin, düzenleyici özelliğinden çok, **önleyicilik** özelliği olduğu söylenebilir. Özellikle ileride değineceğimiz, “ihalelere katılmaktan yasaklama” ile doğrudan bağlantısı olan temel ilkelerden birisinin, saydamlık olduğu açıktır.

## **b. Rekabet İlkesi**

2886 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun'un kabul ettiği ilkelerden birisi de rekabet ilkesidir. Buna göre ihaleyi yapan idare, ihale süresince rekabet ortamını

---

<sup>51</sup> Siddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1617.

<sup>52</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18'inci maddesinde düzenlenen ihale usullerinden birisi olan “doğrudan temin usulü” 4964 sayılı Kanun ile 18'nci maddenin (d) bendinin ilga edilmesiyle, ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

<sup>53</sup> Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Altıncı Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Ekim-2007, s. 456.

<sup>54</sup> GÖZLER, **a.g.e.**, s. 456.

sağlamakla mükelleftir. Özellikle, ihalelerdeki tekliflerin aşırı düşük olmaması ve “yıkıcı rekabetin” engellenmesi rekabet ilkesinin bir gereğidir<sup>55</sup>.

İhalede rekabetin sağlanması, ihaleye çok sayıda kişinin katılımıyla anlam kazanır<sup>56</sup>. Rekabet serbestisinin sağlanması, devletin ve idarenin menfaatinin bir gereğidir<sup>57</sup>. Birden çok katılımcının olduğu ihalelerde, rekabeti bozucu fiil ve davranışların olması kaçınılmazdır. Bunların önlenmesi konusunda, 4734 sayılı Kanun, 17’nci maddeye<sup>58</sup> yer vererek, rekabet ilkesini sağlamlaştırmıştır. Rekabeti bozucu fiil veya davranışlarda bulunanlara, 58’nci maddede ve devamındaki maddelerde yer alan yasaklama yaptırımı uygulanır.

İhalelerde rekabet ihlaline yönelik olarak, ABD’de “ihale katılımcılarının kötüniyetli davranışlarından kaynaklanan rekabet ihlallerine ilişkin ihtiyati tedbir” uygulamasına gidilmektedir<sup>59</sup>. ABD’deki kamu ihalelerine ilişkin rekabet ihlallerine yönelik olarak Rekabet İhlali Resmi Mercii (*Antitrust Division*) ve Federal Alım Komisyonu (*Federal Trade Commission*) tarafından ihalelerde rekabet ihlallerine

---

<sup>55</sup> Yılmaz ASLAN, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006, s. 95.

<sup>56</sup> Birden fazla katılımcı arasında sadece yerli isteklilerin ihaleye katılmasının uygun görülmesi, rekabet ilkesinin istisnasının olduğunu gösterir. Bkz: GÖZLER, **a.g.e.**, s. 457.

<sup>57</sup> Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukuku**, C. III, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1618.

<sup>58</sup> **Yasak fiil veya davranışlar**

**MADDE 17 - İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:**

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

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

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

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

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

<sup>59</sup> Joseph Gregory SİDAK, “Antitrust Preliminary Injunctions in Hostile Tender Offers,” **Kansas Law Review**, Vol. 30, No.4, Summer 1982, s. 505, 62 no’lu dipnot, <http://ssrn.com/abstract=310159> (19.06.2009).

yönelik tedbirler uygulanmaktadır. Bu ihtiyadi tedbirler, genellikle ihalelerde kötüniyetli olduğu anlaşılan kişilerin tekliflerinin reddedilmesi şeklinde ortaya çıkar<sup>60</sup>. Hatta ABD’deki bu otoritelerin, ihaledeki kötüniyetli davranışın ortadan kaldırılarak rekabet ihlalinin önlenmesine yönelik, ihtiyati tedbir istemli dava açma yetkileri de bulunmaktadır<sup>61</sup>. Bu şekilde, ihalelerdeki yasak olan fiil ve davranışlar, diğer ihale isteklilerinin menfaati ve rekabet ilkeleri zarara uğratılmadan engellenmiş olmaktadır. Bu uygulama, ihale düzenine aykırı davranmayan, iyiniyetli ihale isteklilerinin menfaatlerini korurken; rekabet düzenini bozan isteklileri ihale dışı bırakması bakımından düzgün işleyen bir çözümdür. Türk Hukuku’ndaki “ihale dışı bırakılma/ihaleye iştirak ettirilmeme” durumuna benzer özellik gösterir.

Sonuç olarak denilebilir ki, rekabet ilkesi sadece idareye hitap etmemektedir. Bunu sağlamak, idareye verilmiş bir sorumluluk değil; isteklilerin uyması gereken çok temel bir kuraldır. Aksi halde kanunkoyucu, rekabet ilkesine uyulmamasını yasaklama yaptırımına tabi tutmazdı.

### c. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilir. Bu ilkenin hukuki niteliği ile ilgili olarak; hukuk devleti ilkesinin bir parçası olduğu, devlet yönetimine hakim olan ilkelere birisi olduğu veya bir temel hak<sup>62</sup> olduğuna ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusudur<sup>63</sup>.

İhalelere de hakim olan eşitlik ilkesinin bir başka ihale ilkesi olan rekabet ilkesinden farkı; eşitlik ilkesinin sadece ihalelere özgü olmayıp hukukun genel ilkesi

---

<sup>60</sup> SİDAK, **Kansas Law Review**, s. 506.

<sup>61</sup> SİDAK, **a.g.m.**, s. 506.

<sup>62</sup> ATAY, eşitlik ilkesinin bir temel hak ve özgürlük olduğunu ifade etmektedir. ATAY, **İdare Hukuku**, s. 99.

<sup>63</sup> Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2000, s. 180.

olmasından kaynaklanır<sup>64</sup>. Bir diğerk ifadeyle eşitlik ilkesi, hukukun her alanında uygulanan, evrensel bir ilkedir. İhalede rekabet ilkesinin uygulanması ise eşitliğe göre daha sınırlıdır. Ancak ihalelerde rekabet ve eşitlik ilkelerinin birbiriyle oldukça bağlantılı olduğu da gözden kaçmamalıdır. Nitekim ihalede rekabetin sağlanması, eşitlik ilkesinin uygulanmasını da beraberinde getirir.

Eşitlik ilkesi, hukuki durumları benzerlik gösteren veya aynı olan kişiler için kabul edilen bir ilkedir. Bu ilkenin, ihale hukukuna uyarlanması sonucu; ihalelerde idarenin, tüm ihale isteklilerine “eşit muamele” yapmasını öngören bu ilke ortaya çıkmıştır. Bu ihale ilkesi, 1982 Anayasası’nın 10’uncu maddesinde yer alan “eşitlik ilkesinin” kamu ihale hukukundaki yansımalarını ifade eder.

Kamu ihalelerinde aynı durumda bulunanlara aynı muamelenin yapılmasının zorunlu olduğu, “ihalelerde eşitlik” ile açıklanır. Bu ilke, kamu ihalelerine katılan her istekliye eşit muamele yapılmasını içerir. Bu sayede ihaleyi düzenleyen idarenin, ihale isteklilerine farklı ve keyfi uygulamalarda bulunması önlenir. İhaleyi düzenleyen idareler, hiçbir şekilde, ihale isteklileri arasında farklı hukuki statüye sebep olacak bir işlem tesis edemezler. Şayet ihale isteklileri arasında eşitliği bozucu biçimde fiil ve davranışlarda bulunan ihale görevlileri, ihaleden yasaklanma kararı ile karşılaşır.

Öte yandan, ihalede yasak fiil ve davranışları ile diğerk ihale isteklileriyle eşit olmayan koşullarda ihaleye devam eden istekli/istekliler, ihalelerden yasaklanır. Bu nedenle, kamu ihalelerine hakim olan ilkelerden birisi olan eşitlik ilkesi, ihaleden yasaklama müessesesiyle doğrudan ilişkilidir.

Buna göre idarelerin, ihale süresince istekliler arasında dil, din ırk, cinsiyet, siyasi görüş vb. sebeplerle ayrımcılık yapması yasaktır. İhalelerde istekliler, eşit

---

<sup>64</sup> YILMAZ, a.g.e., s. 99.

koşullarda tekliflerinin sunabilmeli, ihale düzenini bozucu yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar yasaklanmalı, ihale sonrasında idare ile ihale üzerinde kalan istekli arasında imzalanacak sözleşmede de eşitlik ilkesine uygun hareket edilmelidir.

#### **d. Güvenilirlik İlkesi**

İdare, ihaleye katılanların zihinlerinde şüphe uyandıracak fiil veya davranışlardan kaçınmak zorundadır. İhalede bu ilkeye uyulması, ihale sürecinin düzgün işleyebilmesi ve katılımcıların, ihale konusu işe ve ihale sahibi idareye güven duyabilmesinin tek yoludur.

İdarenin, ihale dokümanlarında, tekliflerin açılmasında ya da ihale sözleşmecisinin seçimi sırasında sergileyeceği şüpheli ve tereddütlü davranışlardan dolayı, katılımcıların “her an ihalenin iptal edileceği” korkusuna kapılmamaları sağlanmalıdır. Bunun sağlanması, idare hukukundaki hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerinin uygulanmasını da sağlar.

Güvenilirlik ilkesi ihaleyi düzenleyen idarenin ihale görevlilerinin yasak fiil ve davranışlarda bulunarak, ihaleden yasaklanmalarını gerektiren durumlara sebebiyet vermesini de engeller. Zira idare, ihaleye katılan isteklilerin ihaleden kaynaklanan güvenini sağlamak zorundadır. Bunun aksini ortaya çıkaracak şekilde ihalede görev alan kişiler tarafından birtakım yasak fiil ve davranışlarda bulunulması, güvenilirlik ilkesinin ihlal edilmesine neden olur. Bundan dolayı, ihalelerde güvenilirlik ilkesi de kamu ihalelerine katılma yasağı ile doğrudan ilişkili olan ilkelere dendir.

#### e. Gizlilik İlkesi

Söz konusu ilke, lâfzî yorumlandığında saydamlık ilkesinin aksini ifade ediyor gibi bir izlenim uyandırır da, aslında burada kastedilen gizlilik, idarenin fiyat araştırması yapması sırasında ve ihale isteklilerine ait bilgi ve belgelerin saklanması konusunda gizli hareket etme zorunluluğudur.

İdare, ihale konusu mal, hizmet alımı veya yapım işinin fiyatıyla ilgili olarak, ön araştırma yapar. Bu ön araştırma yapıldıktan sonra ise işin yaklaşık maliyetini belirler. Gizlilik ilkesinin uygulandığı husus, söz konusu yaklaşık maliyetin ihale sonuna kadar katılımcılardan saklanmasına ilişkindir.

Gizlilik ilkesinin bir diğer uygulaması, ihaleye katılan isteklilerin, ihale komisyonuna sundukları bilgi ve belgelerin, görevliler tarafından açıklanmamasına ilişkindir.

İhaleyi düzenleyen idarenin görevlileri tarafından ihaleye ilişkin birtakım bilgi ve belgelerin açıklanması, ihale konusu mal, hizmet veya yapım işinin yaklaşık maliyetinin açıklanması ihalelerde gizlilik ilkesinin ihlalini ortaya çıkarır. Özellikle ihale isteklilerinin ihale komisyonuna sundukları bilgi ve belgelerin görevliler tarafından açıklanması, “bilgi ve belgeleri açıklama yasağına” aykırı bir durum teşkil etmekle birlikte; gizlilik ilkesinde de aykırılık oluşturacaktır. Zira 4734 sayılı KİK, 61’inci maddesinde bilgi ve belgeleri açıklama yasağına aykırı davranan ihale görevlilerinin, 58’inci ve 60’inci maddelerinde yer alan yasaklara ilişkin cezalara tabi tutulacağını düzenlemiştir.

## **f. Gerekçe İlkesi**

Kamu ihalelerinde idarenin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan bazı durumlarda gerekçe bildirme zorunluluğunun olması "gerekçe ilkesi" olarak, ihale ilkeleri arasında belirtilmiştir<sup>65</sup>. İdare, özellikle tüm teklifleri reddedip ihaleyi iptal ettiği durumlarda, ihale isteklilerine ret gerekçesini bildirme yükümlülüğü altındadır. Bunun dışında, idarenin ihale ile ilgili gerçekleştirdiği isteklileri ilgilendiren her türlü işlemin gerekçesini açıklama yükümlülüğü vardır. İdarenin bu yükümlülüğü, yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihale isteklilerinin ihaleden yasaklanması durumunda da devam eder. İdare, bir ihale isteklisinin yasak bir fiilini tespit ederse, bunu bir tutanakla tespit etmeli ve yasak fiil ile bu fiilin yasal dayanağını, gerekçeli bir şekilde açıklamalıdır. Özellikle idare tarafından verilen yasaklama kararlarında, yasak fiilin tespitini gerçekleştiren idare tarafından ilgili/bağlı bakanlığa yapılan bildirimden sonra, bakanlık tarafından yasaklama kararı verilirken; bu karar da gerekçeli olmak zorundadır. Yasaklama kararının hangi yasal sebebe dayandığı belirtilmelidir.

## **2. Kamu İhalelerine Katılma Yasağı İle Doğrudan İlişkili Olmayan İlkeler**

### **a. Yeterlik İlkesi**

İhaleye katılanların, ihale konusuna göre belli bilgi birikimlerinin, uzmanlıklarının ve ekonomik gücün olması zorunluluğunu ifade eder. Hem 2886 sayılı Kanun'da hem de 4734 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

Tek boyutlu olmayan yeterlik ilkesi, hem teknik hem de mali yeterliği zorunlu tutmaktadır. İdare, ihaleye katılanların teknik ve mali yeterliklerini kontrol etmek zorundadır.

---

<sup>65</sup> Bahtiyar AKYILMAZ, **İdare Hukuku**, Konya, Sayram Yayınları, 2001, s. 324.



İhale isteklilerinin ihalenin teknik ve idari şartnamelerinde yer alan koşulları taşıyamamasına rağmen ihaleye katılması bazı sonuçlara sebep olur. 4734 sayılı KİK'in 10'uncu maddesi "ihaleye katılımda yeterlik kuralları" başlığını taşır. Buna göre 10'uncu maddede yer alan durumda bulunan ihale isteklileri ihale dışı bırakılır. İflas eden, sosyal güvenlik prim borcu bulunan, vergi borcu bulunan, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen, iş ve meslek ahlakına aykırı davranan, mesleki faaliyetinden men edilen, sahte belge kullanan, 11'inci maddeye göre ihaleye katılmamasına rağmen ihaleye katılan, 17'nci maddede yer alan yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihale isteklileri, ihaleye katılma şartlarını taşımadıklarından dolayı ihale dışı bırakılır.

İhalede gereken şartları taşımadığı halde ihaleye katılan ihale isteklisinin ihaleden uzaklaştırılması, ihalede düzeni sağlar. Bu özelliği dolayısıyla ihalede yeterlik ilkesi ile ihaleden yasaklanma müessesesi arasında dolaylı bir ilişki olduğu sonucuna varılabilir.

### **b. Kaynakların Verimli Kullanımı İlkesi**

İhaleyi yapan idareye hitap eden önemli olan bu ilke, devlete ait kaynakların israfını önleyerek ekonomiye katkıda bulunulmasını sağlar.

İdareler, ihaleyi düzenlerken hem mali kaynakların hem de ihale konusu işe ait kaynakların boş yere harcanmasını engelleyici tedbirler almalıdır. Kanımızca, burada sözü edilen "kaynak" ihale konusu işin sağlanmasında, idarece ayrılan ödeneği ifade eder.

İhale isteklilerinin ihalede düzeni bozucu, yasak fiil ve davranışlarda bulunması sonucunda ihale konusu mal, hizmet alımı ya da yapım işinin

gerçekleştirilmesi imkanız hale gelir ve kaynak israfı ortaya çıkar. Bu nedenle yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihale isteklilerinin ihaleden yasaklanması, kaynakların verimli kullanılması ilkesinin dolaylı olarak uygulanmasını sağlar.

### **c. Kamuoyu Denetimi İlkesi**

Bu ilkenin, saydamlık ilkesiyle bağlantılı olduğu söylenebilir. İhalelerin kamuoyuna duyurulması ile aynı zamanda kamuoyunun bu yöne ilgisi çekilerek, gözden uzak ihalelerin yapılması engellenir.

Bu ilkenin sınırını, gizlilik ilkesi oluşturur. Zira kamuoyu denetimi sağlanırken, ihale katılımcılarının bilgi ve belgelerinin ifşa edilmesi, gizlilik ilkesine ters düşecektir.

İhale isteklilerinin ihalelerde bazen düzeni bozucu fiil ve davranışları ortaya çıkabilir. Bu durumda, yasak fiil ve davranışların ve bunları işleyen isteklilerin kamuoyu ile paylaşılması, bu isteklilerin sonraki ihalelerde benzer fiil ve davranışlarda bulunması önlenmiş olmakla birlikte, ihale isteklilerinin yasak fiillerde bulunması konusunda caydırıcı özellik gösterir.

Dikkati çeken bir husus, ihaleden yasaklanan kişilerin “yasaklılar listesi”nde Kamu İhale Kurumu’nda ilan edilmesi ve Resmi Gazete’de yayımlanması kamuoyu denetimi ilkesini dolaylı olarak gerçekleştirir. Ancak hakkında kamu davası açılan ve ihaleden yasaklanan isteklilerin isimlerinin Kamu İhale Kurumu tarafından kamuoyu ile paylaşılmadığı da dikkat çekicidir. Kurum’un bu tutumu, kanımızca yargı sürecinin düzgün işleyebilmesine ve hakkına kamu davası açılan gerçek veya tüzel kişi isteklilerin, itibarını korumaya hizmet eder. Bu durum, kamuoyu denetimi ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilebilir.

## B. Kamu İhalelerinde Uygulanan Yaptırımlar

Kamu ihalelerinin kendisine özgü yapısı ve yürütülme usulünden dolayı bazı yaptırımların uygulanması kaçınılmazdır. Buna bağlı olarak, söz konusu yaptırımların hukuki niteliğinin ne olduğu, bu yaptırımları uygulamaya kimlerin yetkili olduğu sorularının yanıtlanması gerekir.

Yaptırım kavramının anlamı hukukta her zaman tartışma konusu olmuştur. Roma Hukuku'ndan beri var olan “yaptırım” kavramı <sup>66</sup>, özünde ceza ve cebir uygulamasını içerir <sup>67</sup>. Hukuk kuralları, bünyesinde barındırdığı kural ve yaptırım <sup>68</sup> öğelerinden dolayı; kural dışına çıkıldığı durumlarda, var olan düzeni sağlamak amacıyla yaptırım unsurunu ön plana çıkarır. Her hukuk dalının kendisine özgü yaptırımlar içerdiği bir gerçektir. Kamu ihale hukuku da ihale sürecine ilişkin, hem ihaleyi düzenleyen idareyi ilgilendiren hem de ihaleye katılanları ilgilendiren kural ve yaptırımlara sahiptir. Çünkü ihaledeki yaptırımlarla hedeflenen, ihale sürecinde **“ekonomik kamu düzeninin korunmasıdır”** <sup>69</sup>. Ekonomik anlamda kamu düzeninin sağlanması ve korunması görevi, devlete verilmiştir. Devlet, bunu keyfi olarak yerine getiremez. Anayasa’da, yasalarda kendisine verilmiş yetkiler çerçevesinde bu görevi yerine getirmek zorundadır. Devlet, bu görevi yerine getirirken; çeşitli yaptırımları kullanır. Bu nedenle, devlet, kendi harcamalarından dolayı kendini denetleyebilmeli; ihalelerde meydana gelebilecek aksaklıkları ortaya çıkmadan ya da ortaya çıktığı andan itibaren gidermelidir. Bu sebeple, öncelikle

---

<sup>66</sup> Roma Hukuku’nda *sanctio* sözcüğü kullanılmıştır.

<sup>67</sup> GÜRİZ, a.g.e., s. 41.

<sup>68</sup> ÖZYÖRÜK’e göre, “müeyyide” sözcüğünün Türkçeleştirilerek “yaptırım” kavramının kullanılması, bu sözcüğe tam ve uygun bir anlam kazandırmamaktadır. Zira müeyyide, genel ve sürekli bir kuralın ihlali nedeniyle, kuralın uygulanmasına yönelik bir destektir. Mukbil ÖZYÖRÜK, **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1966, s. 7.

<sup>69</sup> TAŞDELEN, a.g.m., s. 2.

ihaleye katılanların meydana getirdiği düzen bozucu fiilleri ortadan kaldırmalıdır. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanun'a dayanarak, **“ihale isteklilerine uygulanan yaptırımlar”** ile **“ihale görevlilerine uygulanan yaptırımlardan”** bahsedilebilir<sup>70</sup>. Söz konusu yaptırımlar, henüz ihale sürecinin başından itibaren uygulanır. Tüm bu açıklamalar ışığında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre kamu ihalesi yaptırımları şu şekilde tasnif edilebilir:

➤ **İhale isteklilerine uygulanan yaptırımlar:**

- Teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı (4734 sayılı KİK m. 10/son fıkra)
- İhale dışı bırakılma yaptırımı ( 4734 sayılı KİK m.10 ve m.11)
- İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı (4734 sayılı KİK m. 58 ve m. 59)

➤ **İhale yetkilileri/görevlileriyle ilgili yaptırımlar:**

- Disiplin cezası (4734 sayılı KİK m. 60/1)
- TCK'ya göre suç oluşturan fiillere ilişkin cezai yaptırımlar
- İhale bilgi ve belgelerini açıklama yasağına aykırılıktan dolayı uygulanan yaptırımlar (4734 sayılı KİK m. 61)
- Görevlilerin tazminat sorumluluğu

İhalelerde düzeni sağlamaya yönelik bu yaptırımlardan tezimizi doğrudan ilgilendirmesi bakımından, sadece “ihale isteklilerine uygulanan yaptırımlar” incelenmeye çalışılacaktır. Bu nedenle, ihale yetkilileri/görevlileriyle ilgili yaptırımlara değinilmeyecektir.

---

<sup>70</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Arif ŞİMŞEK, **İdare ve İhale İsteklileri İçin Adım Adım İhale**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, Ekim 2006, s. 50-51.

İhale isteklilerine uygulanan yaptırımlar, 4734 sayılı Kanun'a göre; ihaleye katılmaktan yasaklama, teminatın gelir kaydedilmesi, ihale dışı bırakılma gibidir. Bunun dışında, TCK'ya göre suç unsurları bulunan fiil veya davranışlar ise yaptırımdan öteye giderek, yargılama süreci adli yargı mercileri tarafından yargılama sonucunda cezalandırılır.

İhaleye katılanlara uygulanan yaptırımlar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ayrı bir başlık halinde yer almamış olsa da Kanun'un sistematığına bakıldığında çeşitli ihale yaptırımlarının, Kanun'un farklı maddelerinde düzenlendiği gözlenir. 4734 sayılı KİK'in dördüncü kısmında "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlığı altında düzenlenen hükümler, Kanun'un ilk kısmındaki maddelere atıf yapmıştır. İhaleye katılanların bu maddelerin ne anlama geldiğini sistematik bir biçimde bilmesi zorunludur. Zira ihaleye katılanlar, herhangi bir yaptırım ile karşılaştıklarında böyle bir düzenlemeden haberdar olmadıklarını ileri süremezler. Her şeyden önce, **"kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi"** bunu gerektirir. Bu ilkeye göre, kişinin kusuru ortadan kalkmayacağı için kendisine uygulanan yaptırım da ortadan kalkmaz<sup>71</sup>. Bu ilke sayesinde, bir kimseye hak etmediği kadar yaptırım uygulanması engellenmiş olur<sup>72</sup>. Bundan dolayı ihale isteklileri, bir kamu ihalesiyle ilgili karşılaşılabilecekleri yaptırım ya da cezaları önceden bilmekle yükümlüdür.

İhale katılımcılarının, fiil ve davranışlarının sonucunun ne olacağını bilebilmeleri ve ihale sürecini tehlikeye sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalarının bilincinde olmaları, bu yaptırımlarla mümkündür. Söz konusu yaptırımların ortak özelliği, ihale isteklilerinin, ihalenin farklı aşamalarında bile olsa

---

<sup>71</sup> M.G. DERREUX, "Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler," Çev: Jale GÜRAL, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.4, Yıl:1945, s. 202.

<sup>72</sup> Haluk ÇOLAK/Uğurcan ALTUN, *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*, Ankara, Bilge Yayınevi, Temmuz 2007, s. 761.

ihale dışı bırakılmasıdır. TCK anlamında suç oluşturan fiillere ilişkin yargı mercilerinin yapacağı yargılama faaliyeti dışında, bu yaptırımlar arasında en çok dikkat çeken **“ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımıdır”**. 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinde düzenlenen bu yaptırımın hukuki niteliği, sebepleri, uygulama biçimi ve uygulayan makamların çok iyi irdelenmesi gerekir. Bu sebeple, idare tarafından ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı, tezimizin ilerleyen bölümlerinde ayrıntılarıyla incelenecektir. Yasaklama yaptırımının ceza hukuku boyutu olan ve 4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesinde düzenlenen **“isteklilerin ceza sorumluluğu”** da yine bu inceleme kapsamında yer alacaktır.

### **1. Teminatın Gelir Kaydedilmesi**

4734 sayılı Kanun’un 44’üncü maddesi *“Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu”* başlığı altında, ihale üzerinde kalan ihale isteklisinin ihaleye ilişkin kesin teminatı vermek suretiyle, ihale sözleşmesini imzalamak zorunda olduğunu düzenlemiştir.

İhaleyi kazanan isteklinin, sözleşme imzalama konusunda hareketsiz kalmasından dolayı, ihaleyi yapan idare *“herhangi bir uyarıda bulunmaya gerek olmaksızın”* ihaleyi kazanan kişinin *“geçici teminatını”* gelir olarak kaydeder. Söz konusu geçici teminatın idare tarafından gelir kaydedilmesi, *“cezai şart”* olarak nitelendirilebilir<sup>73</sup>. 44’üncü maddenin 2’nci fıkrasında geçen *“protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın”* ibaresindeki **“hüküm”** sözcüğü, idarenin yargı mercilerine giderek karar almasına gerek kalmaksızın şeklinde yorumlamak gerekir..

---

<sup>73</sup> ONAR, **a.g.e.**, C. III, s. 1623.

Görüldüğü gibi, idarenin, sözleşme yapmaya yanaşmayan ihale isteklisinin ihale sürecinin başında yatırmış olduğu geçici teminatını gelir kaydetmesi, “mali yönü ağır basan bir yaptırım” olarak nitelendirilebilir. Ancak bu yaptırımın hukuki niteliği nihai olarak bir idari yaptırımdır. Çünkü idare tarafından tesis edilen bir işleme dayanmaktadır ve sonucunda karşı taraf bir yükümlülük altına girmektedir.

## 2. İhale Dışı Bırakılma

İhale dışı bırakılma ile bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz “**ihaleye katılmaktan yasaklama**” yaptırımını ilk bakışta benzerlik gösterse de her ikisi de nitelik ve sonuçları itibariyle birbirinden oldukça farklıdır. Bu farka değinmeden önce, ihale dışı bırakılmanın, 4734 sayılı Kanun’da nasıl düzenlendiğini incelemek uygun olur<sup>74</sup>.

İhale dışı bırakılma, bir idari işlem<sup>75</sup> olarak karşımıza çıkar. İhale konusu işi yapmasında sakınca görülenler, kanunkoyucu tarafından ihale dışı bırakılma

---

<sup>74</sup> 4734 sayılı Kanun’un “İhaleye Katılımda Yeterlik Kuralları” başlığını taşıyan 10’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasında şöyle denilmektedir:

*“Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:*

*a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.*

*b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.*

*c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.*

*d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.*

*e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.*

*f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.*

*g) İhale tarihi itibariyle, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.*

*h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.*

*i) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.*

*j) 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen.”*

<sup>75</sup> İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı ve ihale dışı bırakılma kavramları arasındaki tek benzerlik, her ikisinin de tesis edilen bir idari işleme dayanmasıdır.

sonucuna tabi tutulmuşlardır. İflas eden, iflası ilan edilen, kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunan, kesinleşmiş vergi borcu bulunan, ihale tarihinden önceki 5 yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı hüküm giyen<sup>76</sup>, ilgili meslek odası tarafından meslekten men edilen, ihale ile ilgili yanıltıcı veya sahte belge ibraz eden, 11'nci maddede sayılanlara göre ihaleye katılamayacağı halde ihaleye katılan ve 17'nci maddede belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunan ihale katılımcılarına idari bir yaptırım olan “**ihale dışı bırakılma**” yaptırımı uygulanır<sup>77</sup>. Bu yaptırımı uygulayacak olan, ihaleyi düzenleyen idaredir.

İhale dışı bırakılma ile ihaleye katılmaktan yasaklama<sup>78</sup> arasında yaptırım olma özelliği bakımından benzerlik bulunsa da, yaptırımın ortaya çıkardığı sonuç bakımından ikisi arasında farklılık söz konusudur. Nitekim kişi, ihale dışı bırakılsa da yasada belirtilen noksanlıkları tamamladığı takdirde, idarenin başka ihalelerine katılabilir. Oysa yasaklamada durum farklıdır. İhaleden yasaklanan kişi, Kanun'da belirtilen yasak süresi boyunca, o idarenin ve verilen karara göre diğer idarelerin hiçbir ihalesine katılamaz.

---

<sup>76</sup> Kamu İhale Kurumu'nun Hukuk Müşavirliği tarafından yapılan Kurum içi yazışmalardan birisinde Müşavirlik şöyle demiştir: “ 4734 sayılı Kanun'un 10/4-e maddesi kapsamında isteklilerin ihale dışı bırakılması için işlenen suçun, *doğrudan doğruya icra edilen meslekle ilgili olması gerekir*. Örneğin trafik kazası nedeniyle alınan mahkumiyet kararı, mesleki faaliyeti taşımacılık olan bir kişi açısından ihale dışı bırakılma nedeni sayılır.” Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **İç Yazışma**, Kasım-2003, s. 2; Bu ölçütün uygulanma koşulları, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargılanmış ve hüküm giyilmiş olması ve bu suçun işlenme tarihinin 01.01.2003 tarihinden sonraki bir tarih olmasıdır. Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **İç Yazışma**, Mayıs-2003, s. 3; aynı doğrultuda başka bir görüş ise şöyledir: “4734 sayılı Kanun'un 10/4-e maddesine göre isteklilerin ihale dışı bırakılması için işlenen suçun doğrudan doğruya icra edilen meslekle ilgisi olması gerekir. İşlenen suçla ihaleye katılan isteklinin mesleği arasında nedensellik bağı olmalıdır.” Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **İç Yazışma**, Ekim-2003, s. 2.

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Kemal Tepe, “Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Dışı Bırakılma ve İhalelere Katılamayacak Olanlar,” **Belediye Dünyası**, C. 3, S. 12, (Aralık-2002), s. 25.

<sup>78</sup> İhaleden mahkeme kararıyla yasaklanma değil, idare tarafından yasaklanma durumu kastedilmektedir.



İkinci olarak, ihaleye katılmaktan yasaklama kararını, ihaleyi düzenleyen idare vermez. Buna karşılık, ihale dışı bırakma kararı, ihaleyi düzenleyen idare tarafından bizzat verilir.

Üzerinde durulması gereken bir başka önemli husus ise 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin (f) bendinde yer alan "iş ve meslek ahlakına aykırı davranış"ın nasıl yorumlanacağıdır. Kanunkoyucu, kamu ihalelerine girmeye engel olan fiil ve davranışların iş ve meslek ahlakına aykırı olduğundan hareketle, bu fiil ve davranışların sonucunda ihale isteklisinin ihale dışı bırakılacağını düzenlemiştir. Ancak iş ve meslek ahlakına aykırı fiil ve davranışın ne olduğu nasıl değerlendirilecektir? Bu doğrultuda, ihale isteklilerinin fiil ve davranışlarının, iş ve meslek ahlakına aykırı olup olmadığı konusunun "*her olayın kendine özgü koşulları içerisinde*" değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>79</sup>.

Özellikle mali yönden ihale isteklisinin kötü durumda olduğunun hukuken kabul edildiği veya dürüstlük bakımından ihale isteklisine güvenilemeyeceği durumlarda da kişinin ihale dışı bırakılması uygun görülmüştür.

Son olarak, ihale dışı bırakma yaptırımını, bir kez uygulandığında kişiyi başka ihalelere katılmaktan yasaklamayan, daha dar kapsamlı bir yaptırım türüdür. Ancak bir ihale isteklisi, 10'uncu maddenin (j) bendinden dolayı ihale dışı bırakılıyorsa; hakkında daha önceden verilen ihaleden yasaklama kararının süresi sona ermeden, başka hiçbir kamu ihalesine katılamaz.

---

<sup>79</sup> Sadettin DOĞANYİĞİT, "İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları," **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 1, S. 1, (Eylül-2006), s. 79.

### 3. İhaleye Katılmaktan Yasaklama

İhale hukukundaki en temel amaç, kamu ihalelerinin kanuna ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanmasıdır. Yasaklama ile ulaşılmak istenen amaçlar; ihalelere hakim olan ilkelere uyulmasının sağlanması, idarelerin zarara uğramasının engellenmesi ve işlerin düzgün, zamanında yapılmasıdır<sup>80</sup>. Tüm bunların gerçekleştirilmesi için, ihalelere özgü bazı mekanizmalara ihtiyaç duyulur.

Türk Kamu İhale Hukuku'nda ise, ihale isteklilerine uygulanan "ihalelere katılmaktan yasaklama" kararı, söz konusu **ihale düzeninin sağlanması** ve ihalede amaçlanan hususların gerçekleştirilmesine hizmet eder.

İdare hukukunda ONAR tarafından ihalelere katılmaktan yasaklama kavramı, **"ihalede rekabet serbestisinin istisnai olarak subjektif bakımdan sınırlandırılabilirliği"** hususuyla ifade edilmiştir<sup>81</sup>. ONAR, ihalede serbestinin sınırlanacağı hususunda; *"devlet işlerinde suiniyet gösterdiği anlaşılmalr, kanunun gösterdiği usullerle sabit olarak, bir çeşit kara listeye alınır ve bunlar daimi olarak veya muvakkat olarak eksiltmelere kabul edilmezler"* demek suretiyle, ihaleye katılmaktan yasaklama müessesesini işaret etmiştir<sup>82</sup>. Bir başka ifadeyle ONAR, ihaleye katılmaktan yasaklama işlemini, rekabet serbestisinin bir istisnası olarak görmüş ve bu işlemi, rekabette subjektif bir sınırlandırma olarak nitelendirmiştir.

---

<sup>80</sup> Sadettin DOĞANYİĞİT, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Altıncı Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 859.

<sup>81</sup> ONAR, **a.g.e.**, C. III, s. 1619.

<sup>82</sup> ONAR, **a.g.e.**, C. III, s. 1619.

Genel olarak “yasak” sözcüğünün anlamına bakıldığında bu sözcük, “bir işin yapılmaması buyruğu” olarak tanımlanabilir<sup>83</sup>. Hukuki anlamda “yasak” ise, uyulması gereken birtakım hukuki kurallara uyulmadığı takdirde kendiliğinden ortaya çıkan, mevcut düzenin korunması için uygulanan bir tür yaptırım olarak ifade edilebilir. İhale hukukunda ihaleye katılmaktan yasaklama olarak karşımıza çıkan bu kavram, ihale kurallarına uyulmamasının caydırıcı bir sonucudur. Zira belli bir süre boyunca ihalelere katılmamak, ihale isteklisinin ekonomik anlamda bazı sıkıntılar yaşaması, bazı gelirlerden mahrum kalması gibi olumsuz bir etkiye sahip olacaktır.

Öte yandan, ihale isteklilerini her yönden etkileyen bu kararın, hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Sözleşme imzalanmadan önce veya ihale aşamasında verilen yasaklama kararları farklı kanunlara -4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK- dayanılarak verilse de sonuçları aynı olur. Fakat bu kararın türünün ne olduğu belirlenirken, bunu uygulayan merci ya da mercilerin kimler olduğu da tespit edilmelidir. Söz konusu hususlar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinde, **idari nitelikli yasaklama kararı** düzenlenirken; 59’uncu maddede **yargısal nitelikli yasaklama kararı** yer almıştır. 4735 sayılı Kanun’da ise paralel hükümler, sözleşme aşamasına uygulanmak üzere, Kanun’un 26’ıncı maddesinde düzenlenmiştir.

---

<sup>83</sup> Türkçe Sözlük, TDK, s. 791.

### III. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NA GÖRE İHALEYE KATILMAKTAN YASAKLAMA VE SEBEPLERİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ihalenin hazırlık aşamasından sözleşmenin imzalanmasına kadarki süreçte uygulama alanı bulan, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine uygulanan bir Kanun'dur.

İhalelerde temel ilkelere –rekabet, saydamlık, eşitlik gibi- uyulmasının sağlanması, idarelerin zarara uğramasının engellenmesi ve ihalelerde düzen ve çabukluğun sağlanması gibi hedeflere ulaşılmasına hizmet eden ise ihaleden yasaklama mekanizmasıdır. Bahsi geçen bu yasaklama mekanizmaları, 4734 sayılı Kanun'un 58'inci ve 59'uncu maddelerinde kurulmuştur.

Kamu ihalelerinde yasaklama yaptırımı, yasaklamayı gerektiren sebeplerin ve kararı veren makamların farklı olması nedeniyle ikiye ayrılır:

1. İdari makamlar tarafından verilen yasaklama kararı
2. Yargı organları tarafından verilen yasaklama kararı

İdari makamlar tarafından verilen yasaklama kararına, **idari yasaklama yaptırımı** denilebilir. 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan bu yaptırım, bir tür idari yaptırımdır. Bilindiği üzere, idari yaptırım, idarenin, herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymaksızın, kanunun kendisine verdiği açık bir yetkiye dayanarak, idari işlemlerle uyguladığı cezalardır<sup>84</sup>. Söz konusu yasaklama kararı, objektif ve genel niteliği ağır basan bir yaptırımdır. Bu sebeple,

---

<sup>84</sup> Mustafa KARABULUT, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı," **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 1, S. 3, (Kasım-2006), s. 64.

ihaleden yasaklanan kişiler, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışındaki kuruluşlar da dahil tüm idarelerin her türlü ihalesine katılmaktan yasaklanırlar<sup>85</sup>.

4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi ise, ihalelerde konusu suç oluşturan fiil veya davranışlarda bulunulmasından dolayı, yargılama yapan mahkeme tarafından suçlu bulunan ve hüküm giyen ihale katılımcısına uygulanan ihaleden yasaklanma müessesesini düzenlemiştir. Bu tür yasaklamaya ise **yargısal yasaklama** adı verilir.

İdari ve yargısal yasaklama kararının hukuki niteliklerine, uygulanma usulüne, uygulanma sürelerine ve kararı veren makamlara ilişkin farklılıklar ve benzerlikler tezimizin bu bölümünde yer alacaktır.

#### **A. Kamu İhalelerine İlişkin İdari Yasaklama Kararı (İdari Yasaklama) ve Sebepleri**

Maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere, yasaklama yaptırımı, ihale katılımcılarının ihale sürecinden dışlanmasını ifade etmektedir<sup>86</sup>. 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi şöyle demektedir:

**"MADDE 58.** - (Değişik: 4964/ 35 md.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar, hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna

---

<sup>85</sup> Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhalelere Katılmaktan Yasaklama**, Ağustos- 2003, s. 3.

<sup>86</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 293.

*edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.”*

Bu hüküm, birinci fıkrasında;

- İhaleden yasaklama yaptırımının uygulanmasını gerektirecek sebeplerin neler olduğunu,
- Yaptırımın ne kadar süre ile uygulanacağını,
- Yasaklama yaptırımını uygulayacak makamların kimler olduğunu düzenlemiştir.

Maddenin ilk fıkrası bu haliyle, ihaleye katılmaktan idarece yasaklama yaptırımı hakkın da genel bir çerçeve çizmiştir. Ayrıntılar ve özel durumlar ise bu fıkranın devamında yerini almıştır.

58'inci maddenin ikinci fıkrası, yasaklanan kişilerin tüzel kişi olması halini düzenler<sup>87</sup>. İhalelere katılanların büyük bir kısmının tüzel kişi olmasından dolayı bu fıkranın dikkatlice yorumlanması gerekir. 58'inci maddenin 2'inci fıkrası, hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilen tüzel kişinin şahıs şirketi veya sermaye şirketi olmasına göre sorumluluğun boyutunun değiştiğine işaret eder.

Aynı maddenin 3'üncü fıkrası, tedbir niteliği ağır basan bir hükümdür. Zira ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesi veya yürürlüğe girmesine kadar, yasak fiil veya davranışlarda bulunan kişi/kişilerin, aynı idarenin yapacağı diğer

---

<sup>87</sup> **m.58/2:** “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.”

ihalelere katılmamasını öngören bu düzenleme, ihalelere özgü bir tedbir niteliğindedir.

58'inci maddenin 4'üncü fıkrası, ihaleye katılmaktan yasaklama kararının verilmesi için gereken süre ve bu sürenin başlangıcını içerir. Yaptırım kararının verilmesinde izlenecek usul de bu hükümde yer alır.

58'inci maddenin son fıkrasında kanunkoyucu idarelere, ihale yasaklarına ilişkin bir görev vermiştir. Buna göre ihaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için durumu, ilgili veya bağlı buldukları bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler. İdarelerin üzerlerine düşen bu ödevi yerine getirmemesi halinde, "idarenin sorumluluğu" hükümlerine başvurulması gerektiği görüşündeyiz.

4734 sayılı Kanun'un "*İhalelere Katılmaktan Yasaklama*" başlığını taşıyan 58'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan yasaklama sebepleri, iki gruba ayrılmaktadır.

Birinci grup yasaklama sebepleri, aynı Kanun'un bir diğer maddesi olan "**17'nci maddede yer alan fiil ve davranışlarda bulunulmasıdır**". İkinci grup yasaklama sebepleri ise "**üzerine ihale yapılan kişinin, mücbir sebep olmaksızın usulüne uygun olarak ihale sözleşmesi yapmaktan kaçınmasıdır**". Her iki grup yasaklama sebeplerinde aranması gereken ön şart, ihale sürecine katılan kişinin en azından bir kabahatinin olmasıdır<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> TAŞDELEN, a.g.m., s. 294.

## 1. 17'nci Maddeye Göre İhaleye Katılmaktan Yasaklama Sebepleri

İhalelere katılmaktan yasaklama kararının verilebilmesi için 58'inci maddenin 1'inci fıkrasında belirtildiği üzere, 17'inci maddedeki yasak fiil veya davranışlarda bulunulması şartı aranır. Söz konusu fiil veya davranışlar, 17'nci maddede beş bent halinde sayılmıştır. Maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan bazıları sadece idare tarafından ihaleden yasaklama yaptırımını gerektirir. Bazı fiil veya davranışlar ise hem ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanmasını hem de mahkeme tarafından ihalelere katılma yasağının uygulanmasını zorunlu kılar. Bundan dolayı 17'inci maddedeki yasak fiil ve davranışları iki gruba ayırmak gerekir:

-İdari yaptırımını gerektiren yasak fiil veya davranışlar

-Ceza kovuşturmasını gerektiren yasak fiil veya davranışlar

17'nci maddenin (b), (d) ve (e) bentleri, ceza kovuşturmasını gerektirmeyen, suç unsuru içermeyen fiil ve davranışları içerir. Dolayısıyla bu fiil ve davranışlardan dolayı ihale katılımcılarına sadece idare tarafından yasaklanma yaptırımı uygulanır. Aynı maddenin (a) ve (c) bentleri ise TCK anlamında suç oluşturan fiiller olduğundan; hem idare tarafından ihaleden yasaklanma yaptırımını hem de ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Ceza kovuşturmasını gerektirse de, takipsizlik kararı verilen veya herhangi bir cezaya hükmedilemeyen durumlarda, idari yasaklamanın uygulanabileceği görüşündeyiz.

17'nci maddenin (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'uncu maddesinin uygulanmasını gerektirir. Yukarıda bahsedildiği üzere, bu tür ihale yasaklarına “**yargısal yasaklama**” adı verilmektedir<sup>89</sup>.

Maddenin (a) bendine göre; “***hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet gibi yollarla ihaleye fesat karıştırmak veya ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüsünde bulunmak***” fiilleri, ihalelerden yasaklanma sebebidir.

Genel olarak hile, bir kişinin, kendi davranışları veya sözleri ile karşısındaki başka bir kişinin iradesini sakatlaması ve yanlış bir fikrin doğmasına doğru yönlendirmesi faaliyetidir<sup>90</sup>. İdare hukuku bağlamında hile, dürüst olmayan, hukuka aykırı ve yanlış olduğu bilinerek ve istenerek, devlet kaynaklarından menfaat veya para sağlanmasına yönelik fiilleri kapsar<sup>91</sup>. Özel hukukta, sözleşmelerin iptal edilmesine sebep olan “hile”, kamu hukukunda ihalelerden yasaklanmayı gerektiren bir yaptırım olarak karşımıza çıkar. Kamu İhale Kurumu'nun tanımladığı hile kavramı ise maddi olmayan yollardan karşısındakini yanılgıya düşüren her türlü eylemdir<sup>92</sup>. Bu eylemler, açık veya gizli olarak gerçekleştirilebilir.

Vaat ise, herhangi bir işin yapılacağına dair söz vermek anlamına gelir. İhalelerde vaatte bulunmak, Kanun'a göre yasaklanmış bir fiil olup bu fiili işlediği yönünde kesinlik bulunan kişi/kişiler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilir. Buna örnek olarak, bir ihale isteklisinin ihaleye katılan diğer isteklilerden birinin

---

<sup>89</sup> Bkz. *supra*.

<sup>90</sup> YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 479.

<sup>91</sup> Jerome B. MCKINNEY/Michael JOHNSTON, **Fraud, Waste and Abuse in Government**, Institute for the Study of Human Issues, ISHI Publications, 1986, s. 5.

<sup>92</sup> Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı Kanun'un 10. ve 17. maddeleri**, Ağustos -2003, s. 2.

ihale dışı bırakılması için ihale komisyonundaki bir üyeye işbirliği yaparak ekonomik vaatlerde bulunması gösterilebilir.

İhaledeki diğer isteklileri veya ihale komisyonu üyelerini tehdit etmek suretiyle ihaleye fesat karıştıranlar hakkında da yasaklama kararı verilebilir. Söz konusu ihale isteklisi, nüfuz kullanma suretiyle de ihaleye fesat karıştırabilir ya da buna teşebbüs edebilir. Örneğin; bir şirketi temsile yetkili ihale isteklisinin, bazı bürokratları tanıdığını ileri sürerek, ihalenin kendisine verilmemesi durumunda söz konusu tanıdığı kişileri devreye sokacağını söylemesi, hem tehdit hem de nüfuz kullanma fiillerine örnek teşkil eder.

İhale isteklisi/isteklileri, ihale komisyonundakilerle ya da diğer isteklilerle anlaşması suretiyle de ihaleye fesat karıştırabilirler. Bu kişilerin de 17'inci maddeye göre ihaleye katılmaktan yasaklanması gerekir. Ancak ihaleye fesat karıştırma fiili yasaklanmayı gerektiren bir fiil olmasına paralel olarak, 4734 sayılı KİK'in 10'uncu maddesinin (f) bendine göre "iş ve meslek ahlakına aykırı davranış" kabul edilmiştir. Bu sebeple, yasaklanan ihale isteklisinin yasağının bitmesinden sonra katıldığı başka ihalelerde de "ihale dışı bırakılıp bırakılmayacağı sorunu ortaya çıkar. Bu hususla ilgili olarak, Kamu İhale Kurulu, hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen bir isteklinin, bu yasağın bitimini izleyen süreçte, aynı idareye ait ihalelerde, bu kişinin önceki "ihaleye fesat karıştırma" fiilinden kaynaklı olarak iş ve meslek ahlakına aykırılıktan dolayı, ihale dışı bırakılmayacağı görüşündedir<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Kamu İhale Kurulu'nun 16.04.2003 tarihli ve 2003/UK-Z.-31 sayılı kararı; Kamu İhale Kurulu'nun 8.12.2003 tarih ve 2003/UK.Z.-810 sayılı kararlarını akt: DOĞANYİĞİT, **Terazi Hukuk Dergisi**, s. 78. İhaleye fesat karıştırma suçunu doğuran ve ihaleden yasaklanmayı gerektiren fiillerin, isteklilerin "iş ve meslek ahlakına aykırı tutum ve davranışlarından olmadığına dair" bir başka görüş ise Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği'ne aittir. Buna göre; "*bir fiilin iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyet olarak değerlendirilebilmesi için yapılan ihale ile idareye karşı yüklenilen iş sırasında, başka ifadeyle, imzalanan sözleşmenin uygulanması aşamasında yürürlükteki kanunların suç saydığı fiillerin*

Bir diğ er yasak fiil ise rüşvettir. Rüşvet, genel anlamıyla, kamu görevlilerinin görev ve yetkilerini kötüye kullanarak menfaat sağlamalarıdır<sup>94</sup>. Rüşvet, ceza hukukunda da suç sayılmıştır. Rüşvet, bir tür yolsuzluktur<sup>95</sup>. Yolsuzluğa karşı alınan önlemlerden<sup>96</sup> birisi de ihale hukukunda yer alır. Buna göre; ihale isteklisinin, ihale komisyonundaki üyelere rüşvet vermesinin tespit edilmesi durumunda, ihale isteklisi ihalelere katılmaktan yasaklanır. Aynı şekilde, ihale isteklisinin irtikâp fiilini işlemesi sonucunda da ihaleden yasaklanması söz konusu olur. Rüşvet ve irtikâp fiillerinin gerçekleşip gerçekleşmediğ inin, ceza hukuku kurallarına göre değerlendirilmesi gerekir.

17'nci maddenin (b) bendinde bir diğ er yasak fiil ve davranış düzenlenmiştir. Buna göre: ***“İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak”*** ihalelerdeki yasak fiil ve davranışlardandır. Örnek verecek olursak; bir ihale isteklisi şirketin, diğ er ihale isteklilerinin ihaleden çekilmesi için gerçek dışı haberler yayması, ihale ile ilgili doğru olmayan bilgiler vermesi veya başka isteklilerin çekilmesi için onlara maddi açıdan avantajlı teklifler sunması gibi fiillerin, idare tarafından yasaklanma yaptırımını ile sonuçlanacağını söyleyebiliriz.

---

*gerçekleşmiş olması gerekir. Somut olayda ihaleye fesat karıştırma suçu ise ihale sürecine ilişkin olup 4734 sayılı Kanun'un 10/f bendi kapsamına sokulamaz.”* Bkz: Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhaleye Fesat Karıştırmak**, (Nisan-2003), s. 2.

<sup>94</sup> Mürteza HASANOĞLU/Ziya ALİYEV, **Yönetimde Yolsuzluk ve Mücadele Stratejileri**, Ankara, Nobel Yayın-Dağıtım, Ocak 2007, s. 7.

<sup>95</sup> HASANOĞLU/ALİYEV, **a.g.e.**, s. 7.

<sup>96</sup> Son zamanlarda yolsuzlukla mücadele amacıyla ülkemizde farklı sektörlerde bağımsız idari otoritelerin kurulduğı görülür. Bunlardan birisi de Kamu İhale Kurumu'dur. ULUSOY, **a.g.e.**, s. 105.

İdare, ihalelere katılımın en üst düzeye ulaşmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu sebeple, ihalede rekabet dengesini bozacak her türlü fiil ve davranışı ortadan kaldırmak zorundadır. Bu bağlamda, ihaleye katılma yasağı ile rekabet dengesi arasında doğal bir bağlantı kurulur. İhale katılımcılarının, kimsenin etkisinde kalmadan ihalede teklif sunabilmeleri için rekabeti etkileyen ihale isteklisi hakkında idare tarafından yasaklama kararı verilir. Ancak burada “rekabet ihlali” sebebiyle, Rekabet Kanunu hükümlerinin de uygulanıp uygulanmayacağı sorunu akla gelir. Buna ilişkin olarak söylenmesi gereken ilk husus, 4734 sayılı KİK’in, ihalede yasaklılıkla ilgili özel hükümler içermesi dolayısıyla öncelikle uygulanacağıdır<sup>97</sup>. Ayrıca ihaleden yasaklanmanın dışında; Rekabet Kurulu’nun kendi mevzuatındaki yaptırımları uygulaması için Kamu İhale Kanunu’nda buna ilişkin özel hükümlere yer verilmelidir. Bu şekilde bu karmaşık duruma son verilebilir.

Bir diğer yasak fiil ise 17’nci maddenin (c) bendinde belirtilmiştir. Buna göre, **“sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek”** yasaklanan fiiller arasındadır<sup>98</sup>. Ceza hukukuna göre suç teşkil eden “resmi belgede sahtecilik” ve “özel belgede sahtecilik” suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 204’üncü ve 207’nci maddelerinde düzenlenmiştir. TCK m.204/1’e göre, *“Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Aynı şekilde, özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği 207’nci maddeye göre; *“bir özel belgeyi sahte olarak*

---

<sup>97</sup> ASLAN, a.g.e., s. 96.

<sup>98</sup> Kamu İhale Kurumu’na göre “sahtecilik” kamunun güveni aleyhine işlenen bir suçtur. Ancak kasten işlenebilir. Dikkatsizlik gibi taksirden doğan fiiller, sahtecilik sayılmaz. Bu nedenle, belgedeki sahteciliğin “kandırma yeteneğinin olması” gerekir. KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı KİK 10. ve 17. maddeleri**, Ağustos-2003, s. 2.

*düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Sahte belge düzenlemekle ilgili olarak Kamu İhale Kurumu, bir kararında, ihalede “kendi işletmesi olma şartı aranmasına rağmen, ihale isteklisinin başkasına ait işletmeyi kendi işletmesi olarak göstermesini, sahtecilik olarak değerlendirmiştir<sup>99</sup>.

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 yapan veya sahte teminat belgesi düzenleyen ihale isteklileri ile ilgili olarak ihaleden idari karar ile yasaklama yaptırımını uygulanır. İhale isteklisi, kendisi sahte belge düzenlememiş; fakat sahte belgeleri kullanmış ise bu durumda da istekli, ihaleden yasaklanır<sup>100</sup>.

Bunun yanında, ihale isteklisinin sahtecilik fiili aynı zamanda bir suç oluşturduğundan dolayı durum, Kamu İhale Kanunu'nun 59'uncu maddesindeki usule uygun olarak Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilir. Savcılık tarafından yapılacak soruşturma evresinden sonra, ihale isteklisinin suçu işlediği ya da buna teşebbüs ettiğine dair bir sonuç elde edilirse, kovuşturma aşamasında mahkeme kişinin/kişilerin cezalandırılmasına hükmedebilir. Bu durumda, mahkemenin hükmettiği bu cezanın yanında; ihale isteklisine, yargılama yapan mahkeme tarafından Kanun'da belirtilen süreler dikkate alınarak, ihaleye katılmaktan

---

<sup>99</sup> Akt: Yaşar GÖK, **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu**, Üçüncü Bası, Ankara, İlksan Matbaası, Kasım-2005, s. 396.

<sup>100</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 299.

yasaklama cezası verilir. Ancak bu yasak, idare tarafından daha önceden verilmiş bir yasaklama cezası varsa, bu idari cezanın bitiminden itibaren uygulanır<sup>101</sup>.

17'nci maddenin (d) bendinde bir başka yasak fiil yer alır. 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”** düzenlemesi, ihale isteklilerinin ihalede birden fazla teklif sunmasını önlemeyi amaçlar. Ancak kanunkoyucu, burada “alternatif teklif verme” durumunu yasak kapsamına dâhil etmemiştir. Örneğin, bir kimsenin kendisine ait veya yarısından fazla hissesine sahip olduğu bir şirket veya müdürü konumunda olduğu bir şirket, kendisi veya başkaları adına dolaylı veya doğrudan, vekâleten veya asaleten, aynı ihalede aynı mala teklif veremez. Bir başka örnek verecek olursak; bir şirket, aynı kalemde bulunan bir mala, özellikleri farklı bir mal olsa bile ikinci bir

---

<sup>101</sup> **İsteklilerin ceza sorumluluğu**

**MADDE 59.** - Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci 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 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine tanasaklanır.

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.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

teklif veremez. Kalem veya kısmi teklife açık ihalelerde istekli sayısını artırmak, rekabeti sağlamak, ihtiyacı en uygun şartlarla temin etmek amacı güdülmektedir<sup>102</sup>.

Alternatif teklif, ihale 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<sup>103</sup>. Bir başka ifadeyle, ihalede, aynı kalemde ve aynı firma tarafından, teknik şartnameyi karşılayan birden fazla ve farklı teknik özelliklere sahip mal teklif edilmesi **alternatif teklif** verme anlamına gelmektedir. 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. Ancak unutmamak gerekir ki alternatif teklif, sadece mal alımı ihalelerinde sunulabilir.

Mal Alımı İhalelerine İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin “Tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesinde alternatif teklif kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, alternatif teklif vermenin serbest olduğunun belirtildiği ihalelerde, ihale isteklisi, alternatif teklif vermek istiyorsa; iki ayrı teklif zarfı düzenleyecek ve hangisinin asıl teklif hangisinin alternatif teklif olduğunu belirtecektir. İhale dokümanında, alternatif teklif verilebilir veya alternatif teklif verilemez şeklinde ibareler yoksa, kanımızca Kanun'un 17'inci maddesi, ihaleden yasaklamaya ilişkin hükümlerin amaçsal yorumu sonucunda, alternatif teklif vermenin mümkün olmamasıdır. Bir diğer ifadeyle, ihale dokümanında idare, alternatif teklifin verilip verilmeyeceğine ilişkin

---

<sup>102</sup>[www.medikalforum.net/showthread.php/ihalelerde-alternatif-teklif-verilebilir-mig-3550.html](http://www.medikalforum.net/showthread.php/ihalelerde-alternatif-teklif-verilebilir-mig-3550.html) (erişim: 04.03.2009)

<sup>103</sup> Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, RG, 11.09.2003, Sayı 25226.

sessiz kalmışsa, bu durum Kanun'un 17'inci maddesinin amaçsal yorumu sonucunda, "alternatif teklif verilemez" şeklinde anlaşılmalıdır. İdarenin alternatif teklif konusunda susması, alternatif teklifin verilebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Eğer idarenin susması, "alternatif teklif verilebilir" şeklinde yorumlanırsa; bu durum, tüm ihale isteklileri açısından belirsizliklere yol açar. Ayrıca ihaleden yasaklanma kararını bu alanda etkisizleştirir.

Sonuç olarak, 17'nci maddenin (d) bendinde yasaklanan durum, bir kamu ihalesinde "**alternatif teklif verilemez**" ibaresinin şartnamede bulunduğu durumda, bir ihale isteklisinin, doğrudan veya dolaylı yollarla ya da asaleten veya vekâleten birden çok teklif sunmasıdır. Böyle bir fiilin tespiti durumunda, bu ihale isteklisi idare tarafından ihalelere katılmaktan yasaklanacaktır.

17'nci maddenin son bendi olan (e) bendi aynı Kanun'un bir diğer maddesi olan, 11'inci maddeye atıfta bulunur. **Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesi, "ihaleye katılmayacak olanları" düzenlemiştir**<sup>104</sup>. Eğer bir ihale isteklisinin

---

<sup>104</sup> **İhaleye katılmayacak olanlar**

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

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğiine karar verilenler.

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenleri.

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

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



ihaleye katılması, 11'nci maddede yer alan sebeplerden dolayı reddedilmişse ve buna rağmen ihaleye katılıyorsa, bu durumda bu kişi, 17'nci maddeden dolayı ihaleden bir süreliğine tamamen yasaklanır.

Buna göre, daha önceden yasak fiil veya davranış sonucu ihalelere katılmaktan geçici veya sürekli olarak yasaklananlar, sonraki ihalelere katılsalar bile, bu hükümden dolayı ihale dışı bırakılacaklardır. Ayrıca, 11'nci maddenin (a) bendine göre, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan<sup>105</sup> dolayı hüküm giyenler ve organize suçlardan dolayı hüküm giyenler ihalelere katıldıkları takdirde, ihaleye katılmaktan yasaklanırlar. Ancak 11'inci maddenin (a) bendi, 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir<sup>106</sup>. 20.11.2008 günü TBMM tarafından kabul edilen ve 05.12.2008 günü yürürlüğe giren 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesinin (a) bendi değişikliğe uğramıştır. Maddenin son hali şöyledir:

*“a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve*

---

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

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

<sup>105</sup> 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar, bu Kanun'un 3'üncü maddesinde belirtilmiştir: “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.” Buna göre; devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma, anayasayı ihlal, yasama organına karşı suç, hükümete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ne karşı silahlı isyan, silahlı örgüt, silah sağlama, yabancı hizmetine asker yazma ve yazılma suçları ile Cumhurbaşkanı'na suikast suçu Terörle Mücadele Kanunu kapsamında “terör suçu” olarak tanımlanmıştır. Bunun dışında, 3713 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde TCK'nın ilgili maddelerinde düzenlenen suçların, terör amacıyla ve örgütlü olarak işlenmesi durumunda bunların da Kanun kapsamında “terör suçu” sayıldığı belirtilmiştir.

<sup>106</sup> 5812 sayılı Kanun, RG, 05.12.2008, Sayı: 27075.

*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... ihale dışı bırakılır.”*

4734 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinin son halinde, ihale dışı bırakılacak olan kişiler konusunda esaslı bir değişiklik yapılmamasına rağmen, (a) bendinin eski halinde yer alan “organize suçlar” ifadesi yerine “örgütlü suçlar” ifadesi getirilmiştir. Bunun dışında, maddenin kapsamı genişletilmek suretiyle; Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgütlü suçlara ek olarak, “kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların” da ihaleye katılmaması öngörülmüştür.

11’inci maddenin (b) bendinde yer alan bir diğer durum, bir ihale isteklisinin hileli iflas<sup>107</sup> etmesi durumudur. Hileli iflas ettiğine yetkili makamlarca karar verilen ihale isteklisi, bir kamu ihalesine katılmaması gerekirken katılmışsa; 17’nci madde ve 58’inci maddeler birlikte değerlendirildiğinde, bu isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklanması gerekir. Hileli iflas, TCK’nın “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlığı altında 161’inci maddesinde düzenlenmiş bir suçtur. Malvarlığını eksiltmeye yönelik olarak birtakım hileli tasarruflarda bulunan kişi, TCK’ya göre üç yıldan sekiz yıla kadar cezalandırılır. Kanunkoyucu, hileli iflasın varlığından söz edebilmek için TCK’nın 161’inci maddesine göre;

- Alacaklıların alacaklarını teminat mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,

---

<sup>107</sup> Hileli iflas (dolanlı iflas); iflastan önce veya sonra alacaklıları zarara sokmak amacıyla hileli işlemlerde bulunmak suretiyle iflas etmesidir. İcra-İflas Kanunu’nda yer alan bu kavram, TCK’da ise ağır bir suç olarak düzenlenmiştir. Bkz: Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 294.

- Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerinin gizlenmesi veya yok edilmesi,

- Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,

- Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi fiilleri, hileli iflas suçuna sebep olur.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tacir olmanın gerektirdiği dikkat veya özenin gösterilmemesi sebebiyle iflasa sebebiyet veren kişinin fiilinin; ihaleden yasaklanma kararına yol açmamasıdır. Zira, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi, “*taksirli iflasa*<sup>108</sup>” sebep olur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’ndaki yasaklama yaptırımı için kanunkoyucu, daha ağır bir suç olan “*hileli iflası*” öngörmüştür.

İhaleye katılamayacak olan bir diğer grup istekli ise ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişileridir. Bu kişilerin ihaleye katılması durumunda, ihale dışı bırakılırlar. Buna rağmen, ihaleye katılmışlarsa bu kişiler, ihaleden yasaklanırlar.

11’inci maddenin (d) bendine göre ise ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar, ihaleye katılamayacaktır. Bu kişi/kişiler, ihaleye katıldıkları takdirde, 17’nci maddenin son bendindeki hüküm sebebiyle, ihaleye katılmaktan yasaklanırlar.

---

<sup>108</sup> Taksirli iflas suçu, TCK’nın 162’nci maddesinde düzenlenmiştir.

11'inci maddenin (e) bendinde, önceki bentler olan (c) ve (d) bentlerinde sayılan ihale yetkilisi kişilerin, ihale komisyonundaki görevlilerin veya ihale konusu işler ilgili işlemleri hazırlayan, yürüten veya onaylayan görevlilerin eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile bu kişilerin evlatlıkları ve evlat edinenlerinin ihaleye katılması yasaklanmıştır. Sayılan kişiler ihaleye katıldıkları takdirde, ihale dışı bırakılacaklardır.

Son olarak, 11'inci maddenin (f) bendine göre ihaleye katılmayacak olanlar, aynı maddenin (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan kişilerin ortakları ve şirketleridir. Bahsi geçen kişiler, ihaleyi yapan idarelerdeki ihale yetkilisi kişiler, ihale ile ilgili her türlü işlemleri yürütenler, hazırlayanlar ve bu kişilerin eşleriyle üçüncü dereceye kadar kan hısımları ile ikinci dereceye kadar kayın hısımları, evlatlıkları ve evlat edinenleridir. Bu sayılan kişilerin varsa ortakları ya da şirketleri de ihaleyi yapan idarenin ihalesine doğrudan veya dolaylı olarak veya alt yüklenici olarak katılamazlar. Kanun'un 11'inci maddesinin (f) bendi, sayılan kişilere ait bazı şirketlerin ihaleye katılabileceğini düzenlemiştir. Bu maddenin (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan kişilerin ihaleye katılması, bu kişilerin anonim şirketi olup bu şirketin yönetim kurulunda görevli olmamaları halinde mümkündür. Aynı şekilde, eğer bu kişiler görevli buldukları anonim şirketin sermayesinin %10'undan fazlasına sahip değillerse, kamu ihalesine katılabilirler. Sayılan iki istisnai durumun dışında, 11'inci maddenin (f) bendinde sayılan kişilerin kamu ihalesine katılması yasaktır.

11'inci maddeye göre ihaleye katılmayacak olan kişilerden birisi de ihale konusu işle ilgili danışmanlık hizmeti sunan yüklenicidir. Bu durum, 11'inci maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna karşın, bir ihalede yüklenici

konumunda olan bir kişi/kişiler de, o işin danışmanlık hizmetlerine ilişkin ihaleye katılamazlar. İhale konusu işin yüklenicilerine ait başka bir şirketin daha olup bu şirketin danışmanlık hizmeti verdiği durumlarda da, ihaleden yasaklanma durumu ortaya çıkar<sup>109</sup>. Kanun, bu yasaklama ile bir işe ait danışmanlık hizmeti ihalesinin ve işin yapılmasına ait ihalenin aynı yüklenicide toplanmasına izin vermemiştir. Bunu önlemek için, en baştan bu sayılan kişiler ihalelere katılamayacaklardır. Zira bu yasak ile ihalelerde rekabet ilkesi de korunmaya çalışılmıştır.

Aynı şekilde, 4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, yukarıda sayılan yasak, yüklenicilerin ortakları ve yönetim ilişkisi olan şirketleri için de geçerlidir. Ayrıca söz konusu yasak, söz konusu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de uygulanır. Bir başka ifadeyle, danışmanlık hizmeti sunan kişilerin, o işin ihalesine katılamaması veya tersi durumda, o işin ihalesini alan kişinin, danışmanlık hizmet ihalesine katılamaması yasağı, bu sayılan kişilerin organik bir bağı olan diğer şirketleri için de geçerlidir<sup>110</sup>. Yine bu yasaklarla, ihale katılımcıları arasında eşitlik ve rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

Son olarak, 11'inci maddenin 3'üncü fıkrasında bir diğer ihaleye katılma yasağı sebebi yer alır. Buna göre, ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar. Buna ilişkin olarak, Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği'nin kurum içi yazışmasında verdiği mütaalaya göre, Sağlık ... A.Ş. isimli bir şirket, Sağlık Bakanlığı tarafından açılan bir ihaleye katılmıştır. Fakat Sağlık ... A.Ş.'nin, Sağlık

---

<sup>109</sup> Kadir ÇELİK, "Kamu İhale Kanunu Üzerine," **Yerel Yönetim ve Denetim**, C.8, S. 1, (Ocak-2003), s.7.

<sup>110</sup> SAYIN, **a.g.e.**, s. 270.

ve Sosyal Yardımlaşma Vakfı'nın ortağı olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine KİK, Sağlık Bakanlığı ile ilgili bir vakfın, ortakları arasında Sağlık ... A.Ş.'nin yer almasının, ihalelerde şeffaflığı ve tarafsızlığı olumsuz etkilemesini önlemek amacıyla, bu şirketin, Sağlık Bakanlığı ihalelerine katılmasının mümkün olmadığına karar vermiştir <sup>111</sup>.

Kamu İhale Kurumu'nun mütalaasına başvurulmuş bir başka somut olay ise belediyelere ait şirketlerin, belediye ihalelerine katılmasıyla ilgilidir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne ait şirketlerden olan İGATAŞ (İstanbul Gaz ve Akaryakıt Tedarik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi)'nin pay dağılımı, belediye şirketleri içerisinde %50'dir. Bu pay ile İGATAŞ, hakim ortak durumundadır. İGATAŞ, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin ortağı olduğu ticaret ortaklarının 4734 sayılı Kanun'a göre açtıkları ihalelere katılıp katılmayacakları konusunda Kamu İhale Kurumu şöyle düşünmektedir: *“Sermaye paylarına bakılmaksızın, Belediye'nin ortak hissedar durumunda olduğu ve bu nedenle aralarında organik bağ bulunan belediye şirketlerinin birbirlerinin açtıkları ihalelere katılmaları mümkün değildir <sup>112</sup>.”*

Kamu İhale Kurumu'nun bu görüşünü destekleyecek nitelikteki bir diğer görüş, Danıştay'a aittir. Danıştay, belediyelerin kurdukları ve yönetiminden, belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılmayacağına karar vermiştir<sup>113</sup>.

Elbette, belediyeler ve onlara ait şirketlerin aynı belediyeye ait kamu ihalelerine katılmamasına ilişkin düzenleme, oldukça yerindedir. Nitekim bu yasak

---

<sup>111</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı Kanun m. 11**, Haziran-2003, s. 2.

<sup>112</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı Kanun m. 11**, Temmuz-2003, s. 3.

<sup>113</sup> D.10.D., 16.12.2003 günlü, E. 2001/4312, K. 2003/5197 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

sayesinde, ihalelerde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi gibi ilkelerin uygulanması sağlanır<sup>114</sup>.

11'inci maddede beş bent halinde sayılan kişiler, ihalelere doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde katılamazlar. Katıldıkları takdirde, ihale dışı bırakılırlar ve geçici teminatları, idare tarafından gelir kaydedilir. Eğer söz konusu yasak durum, idare tarafından tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememiş ve sayılan kişilerden birisi ihaleyi kazanmışsa; bu durumda geçici teminatı değil, teminatı idare tarafından gelir kaydedilir ve ihale iptal edilir.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17'inci maddesinde bentler halinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunulması durumunda, aynı Kanun'un Dördüncü Kısmı'nda bulunan hükümler uygulamaya konulacaktır. Dördüncü kısımda yer alan idari ya da cezai yasaklardan hangisinin uygulanacağı, 17'nci maddede sayılan fiil veya davranışların nitelendirilmesine göre değişecektir. Suç unsuru içermeyen, TCK anlamında suç sayılmayan fiil veya davranışlar için ihale katılımcısı/katılımcılarına sadece idare tarafından ihaleden yasaklama kararı, uygulanacaktır. Buna karşılık, TCK'ya göre suç oluşturan fiil veya davranışlar için yargılamayı yapan mahkeme tarafından hükmedilen cezanın yanısıra, 59'uncu maddede düzenlendiği gibi ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı da uygulanacaktır. Ancak bu yargısal nitelikli ihale yasağından önce, hakkında ceza hükmedilen ihale katılımcısına idare tarafından belli süre için ihaleye katılma yasağı uygulanmış olabilir. Bu durumda, mahkemece uygun görülen yasaklama yaptırımı, idare tarafından daha önceden verilen yasaklama yaptırımının süresinin bitiminden

---

<sup>114</sup> Abdurrahman ACAR, "Belediyelerin Kurdukları veya Ortak Oldukları Şirketlerin Bu İdarelerin İhalelerine Katılıp Katılamayacakları," **Belediye Dünyası**, C. 4, S. 10, (Ekim-2003), s. 16.

itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu kural, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alır.

## **2. İhaleyi Kazanan İsteklinin Sözleşme Yapmaması Nedeniyle İhaleden Yasaklanması**

İhale sürecine katılan ve ihale üzerinde kalan bir isteklinin, sözleşme imzalama yönündeki iradesinin olduğu kabul edilir. Ancak ihale isteklisi, bazı durumlarda ihale sözleşmesini imzalamaya yanaşmaz. Bu gibi durumlarda, idare tüm hizmetlerin gereği gibi yürütülmesini garanti altına almak ister. Bu nedenle, kanunkoyucu, ihale sürecine katılan, ihaleye hak kazanan fakat sözleşme imzalamayan isteklilerle ilgili yaptırım kuralları getirmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin ilk fıkrasında, ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanmasını gerektiren bir başka sebep düzenlenmiştir. Kural olarak, ihale üzerinde kalan istekliyle idare arasında bir ihale sözleşmesinin imzalanması gerekir. Zira ihale üzerinde kalan istekli için ihale sözleşmesini imzalama taahhüdü doğmuştur<sup>115</sup>. Ancak bazen ihale üzerinde kalan istekli, sözleşme imzalamaya yanaşmayabilir. Bu durum, hem idare açısından hem de ihaleye katılan diğer istekliler açısından olumsuz bir durumdur. Zira idare, hangi alanda faaliyet gösterirse göstereceği yürüttüğü hizmetin aksamaması için bir an önce ihale sözleşmesini yaparak mal ve hizmet alımı veya yapım işini karşılamak ister<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Türk Kamu İhale Hukuku'na göre, ihale sözleşmesinin başlangıcı, idare ile ihale isteklisi arasında ihalenin onaylanmasından sonra bir ihale sözleşmesinin imzalanmasıdır. Oysa Fransa'da ihale kararının onayı ile ihale sözleşmesinin başlamış olduğu kabul edilir. ONAR, **a.g.e.**, s. 1621-1622.

<sup>116</sup> Tersine bir durumu düşünürsek; idare, ihaleci kişiyi belirlemiş; fakat idare sözleşme imzalamıyor ise bu durumda, ikili bir ayırım yapmak gerekir. Eğer idarenin sözleşmeyi imzalamaması, kendi kusurundan kaynaklanmıyorsa, bundan doğan zararın idare tarafından karşılanması söz konusu değildir. Buna karşın, idarenin sözleşme imzalamama sebebi, kendi kusurundan ileri geliyorsa, idare sözleşmeci kişinin zararlarını karşılamak zorundadır. ONAR, **a.g.e.**, s. 1621.



Ayrıca ihaleyi düzenleyen idare, ihale sözleşmesinin imzalanmaması sebebiyle zaman kaybına uğrar. İdarenin ihale hazırlığı süresince sarf ettiği çaba ve masraflar da düşünüldüğünde; ihaleyi alan isteklinin sözleşme imzalamamasının idare tarafından kesinlikle arzu edilmeyen bir durum olduğu kolayca anlaşılabilir.

İhale üzerinde kalan isteklinin, sözleşme yapmaya yanaşmaması durumu, ihaleye katılan diğer istekliler açısından da olumsuzluğa yol açar. Nitekim ihaleye katılan diğer istekliler ihaleyi almış olsalardı, yapacakları yatırımla elde edecekleri gelirden mahrum kalmışlardır.

Hem idare hem de ihaleye katılan diğer istekliler açısından olumsuz sonuçları olan “sözleşme yapmaya yanaşmama” durumunun önlenmesi, ancak bir yaptırım ile sağlanabilir. Bunu düşünen kanunkoyucu, 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinde, ihaleye katılmaktan yasaklama sebepleri arasında, “ihaleyi alan isteklinin sözleşme imzalamamasını” da saymıştır. Ancak kanunkoyucu, burada bir istisnaya da yer vermiştir. İhale üzerinde kalan kişi, mücbir bir sebepten dolayı ihale sözleşmesini imzalamıyorsa, kendisine idari makamlarca, ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanmayacaktır.

4734 sayılı Kanun’da mücbir sebepten<sup>117</sup> ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Buna ilişkin açıklama, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 10’uncu maddesinde yer alır. Buna göre:

- Doğal afetler,

---

<sup>117</sup> İşçi ücretlerinin artmasını gerekçe göstererek, ihale sözleşmesini imzalamayan müteahhit hakkında yasaklama kararı verilip verilmeyeceğine ilişkin olarak Danıştay 10. Dairesi, “işçi ücretlerindeki artışı” mücbir sebep olarak kabul etmemiştir. D.10.D., 30.09.1992 günlü, E.1991/616, K.1992/4208 sayılı kararı aktaran: DOĞANYİĞİT, **a.g.e.**, s. 6. İşçi ücretlerindeki artışın mücbir sebep sayılmayacağına dair bir başka karar, Danıştay 10. Dairesi’nin 11.03.1991 günlü, E. 1988/607, K. 1991/871 sayılı kararıdır.

- Kanuni grev,
- Genel salgın hastalık,
- Kısmî veya genel seferberlik ilânı,
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerdir.

Bu bağlamda ihalelerde mücbir sebep, sözleşme yapma süresini kesen bir faktör olarak karşımıza çıkar<sup>118</sup>.

4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin (e) bendine göre, Kamu İhale Kurumu tarafından gerektiğinde başka mücbir sebep halleri de kabul edilebilir.<sup>119</sup> Kurum tarafından kabul edilen farklı mücbir sebepler, Kamu İhale Genel Tebliği'nde<sup>120</sup> yer almıştır. Kamu İhale Genel Tebliği,'ne göre, ihale sürecinde ihale sözleşmesinin imzalanmasını imkânsız kılan mücbir sebeplerin neler olduğu konusunda tereddüde düşülürse, Kamu İhale Kurumu'ndan görüş istenebilir. Ancak, Genel Tebliğ'de de belirtildiği gibi, Kurum'dan mücbir sebep ile ilgili görüş istemeye sadece idareler yetkilidir. İhale isteklileri, bu konuda Kurum'dan görüş

---

<sup>118</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 305.

<sup>119</sup> Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan ve Kurum tarafından belirlenmiş olan "mücbir sebep" örnekleri:

*"1-Yurt dışından mal veya hizmet getirilmesini gerektiren taahhüdün yerine getirilebilmesi için ithalatın zorunlu olduğu işlerde tekliflerin alınmasından sonra mahreç ülkede ihracat rejimi değişikliği yapılması, bu değişikliğin edimin yerine getirilmesine engel olması ve bu durumun tekliflerin sunulması aşamasında bilinmesinin mümkün bulunmaması halinde, bu durumun 4735 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin (e) bendi kapsamında mücbir sebep hali olarak kabulüne,*

*2- Olumsuz hava koşullarının yaygın biçimde seyrettiği durumlarda, işin yapılmasını etkileyen ve geciktiren sonuçların ortaya çıkabileceği ve bu hallerin mücbir sebep olarak kabulüne ilişkin kanuni şartları taşıyabileceğinin değerlendirildiği, bu nedenle; Sismik Ekip Kiralama Yolu İle Hizmet Alımı işinde olumsuz hava koşullarının meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi kaydıyla mücbir sebep hali olarak kabulüne,*

*3- Ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işlerinde, işin gerçekleştirilmesini teknik yönden imkansız kılacak ve toprağın tav halini bozan aşırı don ve kuraklık ile çalışmayı engelleyecek şiddet ve miktarda yağmur ve kar yağışı, bu durumun meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi kaydıyla mücbir sebep hali olarak kabul edileceğine"* Kamu İhale Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bkz: **Kamu İhale Genel Tebliği**, RG, 25.07.2005, Sayı: 25886.

<sup>120</sup> **Kamu İhale Genel Tebliği**, RG, 25.07.2005, Sayı: 25886.

soramazlar. Bunun dışında, ihale isteklisinin sözleşme yapmasına engel olan durumun, onun iradesi dışında gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, ihale isteklisinin idareye sunduğu bilgi ve belgelerden de yapılabilir.

Genel olarak mücbir sebep, “beklenmedik, öngörülemez bir durum ya da olay” olarak tanımlanabilir. Sözcük anlamı itibariyle “zorlayıcı neden” olarak ifade edilir. Buna göre mücbir sebep, önceden ortadan kaldırılması imkânsız olan, dış etkenlerden kaynaklanan olaydır<sup>121</sup>. Mücbir sebep, dıştan gelen öyle olağanüstü bir olaydır ki, onun önceden görülmesi, dikkat ve ihtimamla önlenmesi imkansızdır<sup>122</sup>. Fransızca’da “*force majeure*” olarak adlandırılır. Borçlar Hukuku’nda, borçluyu borcunu ifa etmekten kurtaran durumlardan birisidir. İhale hukukunda ise mücbir sebep, ihaleyi kazanan gerçek ya da tüzel kişiyi, idare ile sözleşme imzalamaktan kurtarır. Ceza hukukunda ise, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen mücbir sebep, aynı zamanda kusurluluğu ortadan kaldırır.

Haklı bir mazereti yokken, kasıtlı olarak ihale sözleşmesini imzalamayan ihale isteklisi, 58’inci maddenin 1’inci fıkrasındaki kuraldan dolayı ihalelerden belli bir süre yasaklanır. Kanaatimizce, bu yaptırımın amacı, kamu ihalelerinde sözleşme imzalama ciddiyetinin ve düzeninin hakim kılınmak istenmesidir.

İstekli tarafından sözleşme imzalanmaması durumunda uygulanan yasaklama yaptırımının yanındaki bir başka yaptırım ise ihale isteklisinin geçici teminatının idareye gelir kaydedilmesidir. Buna ilişkin olarak, bir önceki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, s. 1363.

<sup>122</sup> Akın DÜREN, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 447, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 331.

<sup>123</sup> Bkz, *supra*.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus, ihalede en avantajlı ikinci teklifi veren isteklinin de birinci istekli kadar taahhütleriyle bağlı olduğudur<sup>124</sup>. Zira KİK'in 42'nci maddesine göre ihaleyi kazanan istekli, sözleşme imzalamazsa, geçici teminatı idare tarafından gelir kaydedilir. Ekonomik anlamda en avantajlı ikinci teklif sahibi değerlendirmeye alınır. Şayet ikinci teklif sahibi de ihale sözleşmesini imzalamaya yanaşmazsa, onun da geçici teminatı idare tarafından gelir kaydedilir ve ihale iptal edilir.

### **B. Mahkeme Kararı İle İhalede Yasaklama (Yargısal Yasaklama) ve Sebepleri**

Kamu ihalelerine katılma yasaklarının ikinci türü, “mahkeme kararına dayanan yasaklamadır”. Ceza mahkemesi, ihale sürecinde işlenmiş olan suçlarla ilgili vermiş olduğu cezanın yanısıra, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına da hükmeder.

Mahkeme tarafından uygulanan yasaklama yaptırımı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59'uncu maddesinde düzenlenmiştir. “İsteklilerin cezai sorumluluğu” başlığını taşıyan bu maddenin birinci fıkrasında, 17'nci maddede sayılan yasak fiil ve davranışlara gönderme yapılmıştır. Bir başka ifadeyle, ihale isteklilerinin fiilleri, 17'nci maddede sayılan fiil veya davranışlara uyuyorsa ve bu fiiller TCK'ya göre suç teşkil ediyorsa; idare, yetkili Cumhuriyet Savcılıklarına ihale isteklisi/isteklileri hakkında suç duyurusunda bulunur<sup>125</sup>. Bundan sonra ceza muhakemesi hükümleri devreye girer. Savcılıkların yapacakları soruşturma sonrasında savcılık, iddianame

---

<sup>124</sup> FIRAT, **a.g.m.**, s. 30.

<sup>125</sup> İhaleyi düzenleyen idarenin, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunması bir zorunluluktur. Bu hususta idarenin takdir yetkisi mevcut değildir. Bkz: SAYIN, **a.g.e.**, s. 590.

düzenleyip kovuşturma aşamasına geçerse; dosya, görevli ve yetkili ceza mahkemesine intikal eder.

Mahkeme ise yargılama sonucunda ihale isteklisi/isteklilerinin suçu işlediğine kanaat getirirse, haklarında TCK'ya göre cezaya hükmeder. Mahkûm olan ihale isteklisi/isteklilerinin başka ihalelere katılımını engellemek üzere, yargılamayı yapan ceza mahkemesi tarafından 59'uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürelerle göre bu kişilerin kamu ihalelerine katılması yasaklanır. Ancak söz konusu ihale isteklisi/isteklileri hakkında, daha önceden idare tarafından verilmiş bir yasaklama kararı varsa, yargısal yasaklama kararı, idari yasaklama yaptırımının bitiminden itibaren uygulanır.

4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, idarece "ihalelere katılma yasağı" verilmesi dahi, 17'inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan TCK'ya göre suç teşkil eden fiiller sebebiyle, bazı tedbirlere başvurulabilir. Ceza kovuşturması yapılarak, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, yargılama sonuna kadar doğrudan veya dolaylı olarak, kendisi ya da başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacağı sonucuna varılacaktır<sup>126</sup>.

Ceza mahkemesi tarafından uygulanan yasaklama, idare tarafından verilen ihaleden yasaklama kararının hukuki niteliği yönünden oldukça farklıdır. Nitekim buradaki yasak, bir yargılama sürecinden sonra, yargı makamınca verilmektedir. Bu nedenle, mahkeme tarafından verilen yasaklama kararına **yargısal yasaklama** adı verilir. İdari yasaklama kararı ile yargısal yasaklama kararı arasındaki en temel fark, kararı veren makamın farklı olmasından kaynaklanır. Zira ilk kararı, idari makamlar tesis ederken, ikincisine mahkeme karar vermektedir. Dolayısıyla mahkeme

---

<sup>126</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalası, **Konu: İhaleye Katılmaktan Yasaklama**, Aralık-2003, s. 2.

tarafından verilen yasaklama kararına, idari yaptırım denilemez. Cezai yaptırım olmasına rağmen, ihaleden mahkeme kararı ile yasaklanma, bir ceza değildir. Kanaatimizce, ihaleden yasaklama kararının mahkeme tarafından verilmesinin hukuki niteliği, **TCK'ya göre bir güvenlik tedbiri olmasıdır**. TCK'nın 53'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunana güvenlik tedbirinin ne anlama geldiği incelendiğinde, hakkında cezaya hükmedilmiş kişi/kişilerin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması anlamına geldiği anlaşılır. Ayrıca güvenlik tedbirleri, mahkeme tarafından verilen bir adli cezanın yanında uygulanır. İhalelerde ise suç işleyen kişi/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.

Güvenlik tedbirleri, suçlu bir tehlike arz ediyorsa onun hakkında bir iyileştirme sürecinin gerektiği felsefesine dayanır<sup>127</sup>. Güvenlik tedbirleri, hürriyeti bağlayıcı nitelikli olabildiği gibi hürriyeti bağlayıcı nitelik taşımayabilir. Ayrıca bunlarla ilgili olarak Alman Ceza Hukuku'nda kusur ilkesinden çok orantılılık ilkesi benimsenerek, güvenlik tedbirleri ile ceza arasındaki nitelik farkı pekiştirilmiştir<sup>128</sup>.

Mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı, sürekli ya da geçici nitelikli olabilir. Buna ilişkin ayrıntılara, sonraki başlıklarda değinilecektir.

4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin birinci fıkrası, ihaleden yasaklama ile ilgili olarak; *“Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza*

---

<sup>127</sup> Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 2., Onbirinci Bası, İstanbul, Beta Yayın-Dağıtım, s. 567.

<sup>128</sup> Hans-Heinrich JESCHECK, **Alman Ceza Hukuku'na Giriş**, Çev: Feridun YENİSEY, İstanbul, Beta Yayın-Dağıtım, 2007, s. 69.

*Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlar...*”ın gerçekleşmiş olmasından bahseder.

Maddeye göre, mahkeme tarafından ihale yasağının uygulanabilmesi için tek şart; **fiilin, 17’nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu’na göre suç teşkil etmesidir.** Bu fiilin ihalenin herhangi bir aşamasında ortaya çıkmış olması yeterlidir. Hatta ihale üzerinde kalan istekliyle sözleşme imzalanıp yüklenici taahhüdünü tamamlamış olsa bile, ihaleden yasaklanma hususu gündeme gelebilir. Kanun’un 59’uncu maddesi, “taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi” düzenlemesine yer vermek suretiyle, tamamlanmış ihale sözleşmelerinden sonra bile yüklenicilerin cezalandırılmasının önünü açmıştır. İhale suçu işleyenlerin, ihalenin herhangi bir aşamasında cezalandırılması ve mahkeme tarafından ihalelerden yasaklanması bakımından oldukça yerinde bir düzenlemedir.

Diğer taraftan, mahkeme, suçu işleyen kişi konusunda yeterli delile ulaşamamışsa<sup>129</sup> ve suçu işleyen kişinin “o kişi” olmadığına kanaat getirdiğinden dolayı beraat kararı vermişse, bu durumda, idari makamlar da o kişi hakkında yaptırım uygulayamayacaktır<sup>130</sup>.

17’nci maddede yer alan fiil veya davranışların hepsi suç unsuru taşımaz. TCK’ya göre suç sayılan fiil ve davranışlar, maddenin (a) ve (c) bentlerinde yer alan “ihaleye fesat karıştırma veya buna teşebbüs etmek” fiili ile “evrakta sahtecilik veya buna teşebbüs etmek” fiilleridir. 17’nci maddenin diğer bentlerinde yer alan fiil veya

---

<sup>129</sup> Danıştay 6. Dairesi’nin 17.06.1997 tarihinde vermiş olduğu aksi yöndeki bir kararda ise, ceza mahkemesi tarafından “delil yetersizliği” sebebiyle verilen beraat kararının, ihaleden yasaklanma kararını etkilemeyeceği belirtilmiştir. D.6.D. 17.06.1997 tarihli, E. 1996/3618, K. 1997/3048 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

<sup>130</sup> ÇAĞLAYAN, **a.g.e.**, s. 44-45.

davranışlar, mahkeme tarafından yasaklanmayı gerektirmezler. Bu konuya ilişkin olarak, önceki başlıklar altında yapmış olduğumuz ayrıntılı açıklamalara gönderme yapıyoruz<sup>131</sup>.

#### **IV. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA GÖRE İHALEYE KATILMAKTAN YASAKLAMA**

Kamu ihalelerinin ihale işlemleri dışında kalan ikinci aşaması, sözleşme aşamasıdır. İhale aşamasında belirlenen sözleşmeci ihale isteklisiyle idare arasında bir ihale sözleşmesi imzalanır.

İhale sözleşmesinin imzalanmasıyla kamu ihale sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak sözleşmenin kurulma aşamasıyla ilgili olarak gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk Hukuku'nda farklı görüşlere rastlamak mümkündür.

Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan görüşlerden ilkinde göre, ihale kararının ihale isteklisine bildirilmesiyle ihale sözleşmesi kurulmuş olur<sup>132</sup>. Bu görüşün özellikle Alman ve Avusturya hukuklarında geçerli olduğu ifade edilmektedir. İkinci görüşe göre ise ihale ile sözleşmenin kurulması aşamaları birbirinden ayırt edilerek, sözleşmenin kurulabilmesi için ihaleyi yapan idarenin, Borçlar Hukuku anlamında bir kabul beyanında bulunması aranmıştır<sup>133</sup>. Türk ve İsviçre Hukuklarındaki ihale sistemi aynen bu şekildedir. Türk Hukuku'nda, ihale sözleşmelerinin kurulma anı, ihale sözleşmesinin imzalanmasından önce, idare tarafından ihale kararının alınması değildir. Bir diğer ifadeyle, ihale sözleşmesinin imzalanacağı kişinin belirlenip bu kişiye, ihale sözleşmesinin imzalanacağını bildirilmesi, ihale sözleşmesinin kurulması sonucunu doğurmaz. İhale sözleşmesinin kurulabilmesi için, ihale

---

<sup>131</sup> Bkz: *supra*.

<sup>132</sup> BUZ, a.g.e, s. 206.

<sup>133</sup> BUZ, a.g.e., s. 207.



üzerinde kalan isteklinin ihale sözleşmesinin akdedilmesine katılması, iradesini beyan etmesi ve idarenin de bu irade beyanına uygun olarak kabul beyanında bulunması gerekmektedir.

Türk kamu ihale sisteminde, ihale sözleşmesinin imzalanacağı kişinin belirlenmesindeki süreçte, kamu hukuku kuralları uygulanırken; sözleşmenin imzalanmasıyla başlayan süreçte özel hukuk kuralları uygulanır. Çünkü idare ile sözleşme imzalayan gerçek veya tüzel kişi arasındaki sözleşmenin, Borçlar Hukuku'nda akdedilen sözleşmelerden hiçbir farkı yoktur. Bu benzerliğin en önemli göstergesi, 4735 sayılı KİSK'te yer alır. Zira kamu ihale sözleşmelerine ilişkin olarak, Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Kamu ihalelerinde sözleşme aşamasına geçilmesinin bir başka sonucu ise, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun değil, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasıdır. Kamu ihalelerine ilişkin olarak uluslararası düzenlemelerle paralellik sağlanması amacıyla, 2002 yılında Türk Kamu İhale Hukuku'nda yenilik yapılmış ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) çıkarılmıştır. İhale ve sözleşme aşamalarındaki kuralları ayrı ayrı düzenleyen bu kanunlar, özellikle ihaleye katılmaktan yasaklama hükümleri açısından benzer hükümler içerir. Yasaklama ile ilgili hükümler dışında, 4735 sayılı KİSK'te yer alan önemli düzenlemelerde; genellikle 4734 sayılı KİK'e atıf yapılmıştır. Örneğin, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesi, *"Bu Kanun'un uygulanmasında Kamu İhale Kanunu'nda yer alan tanımlar geçerlidir."* demek suretiyle 4734 sayılı KİK'te yer alan tanımları aynen benimsemiştir. Bu sebeple, özellikle ihaleye katılmaktan yasaklama ile ilgili

kavramlarla ilgili olarak 4734 sayılı Kanun ile ilgili yaptığımız tüm açıklamalar, burada da geçerlidir<sup>134</sup>. Bu bağlamda, 4734 sayılı KİK'te kabul edilen ihale ilkelerinin tümü, 4735 sayılı KİSK'te de uygulanır.

Bundan başka, 4735 sayılı KİSK, “Yasaklar ve Sorumluluklar” başlıklı Üçüncü Kısım'da “ihalelere katılmaktan yasaklama” müessesesini düzenlemiştir. Kanun'un 25'inci maddesinde, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışların neler olduğu yer alır. Madde 26 ise ihaleye katılmaktan yasaklama kararının nasıl, kimler tarafından ve ne kadar süre ile verileceğinden bahseder. Kanun'un 27'nci maddesinde, yüklenicilerin yasak fiil ve davranışlarından TCK'ya göre suç teşkil edenlerle ilgili olarak cezai sorumluluk hallerine yer verilmiştir.

Bunun dışında, kamu ihalesi üzerinde kalan ve sözleşme imzalayan yüklenici ve yüklenicilerin sorumluluğu, yapı denetim görevlilerinin sorumluluğu, danışmanlık hizmeti sunanların sorumluluğu, tedarikçilerin sorumluluğu ve hizmet sunucularının sorumlulukları düzenlenmiştir. Bunlar da 4735 sayılı Kanun'un 29, 30, 31'inci maddelerinde yer alan koşulların gerçekleşmesi durumunda Kanun'da öngörülen sorumluluklara sahiptir.

Tezimizin bu kısmında, öncelikle 4735 sayılı Kanun'a göre yasak fiil ve davranışların neler olduğu, ihaleye katılma yasağının nasıl uygulandığı ve yasağın ihale sözleşmesini nasıl etkilediğine ilişkin sonuçlara yer verilecektir.

#### **A. Yasak Fiil ve Davranışlar**

4735 sayılı KİSK'te yer alan yasak fiil ve davranışlar, “**sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar**” ve “**sözleşmenin uygulanması sırasındaki yasak fiil ve**

---

<sup>134</sup> Bkz: *supra*.

**davranışlar”** olmak üzere ikiye ayrılır. Birinci gruptaki yasaklama sebepleri, 4735 sayılı Kanun’un 21’nci maddesinde yer alır. İkinci grup yasaklama sebepleri ise, Kanun’un 25’inci maddesinde yedi bent halinde düzenlenmiştir. Bu fiil ve davranışlar, genel olarak, 4734 sayılı Kanun’un 17’inci maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlarla paralellik gösterir.

### **1. Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranışlar**

Yasak fiil ve davranışların, ihale sözleşmesi imzalanmadan önce işlenmesine rağmen; bu fiillerin, sözleşmenin imzalanması sonrasında fark edilmesi üzerine yasaklama yaptırımının uygulanması gerekir. Bu olasılığı düşünen kanunkoyucu, 4735 sayılı KİSK’in 21’nci maddesinde buna ilişkin bir hükme yer vermiştir<sup>135</sup>. Ancak 21’inci maddenin birinci fıkrasına göre bir kişinin, sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışları, sözleşme akdedildikten sonra fark edilmişse, bu kişiye sadece kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir. Oysa 21’inci maddenin ikinci fıkrasına göre bazı şartların bir araya gelmesiyle sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlardan dolayı da kişi, ihaleden yasaklanabilir.

Dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme imzalandıktan sonra yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarının, 4735 sayılı KİSK’e göre değil; 4734 sayılı KİK’e göre tespit edilmesidir. Başka bir deyişle, 4735 sayılı Kanun’a göre yasaklama kararının verilmesi için 4734 sayılı Kanun’un 17’inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışların, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği incelenecektir.

---

<sup>135</sup> 21’inci maddenin birinci fıkrasında şöyle denilmiştir: “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir”.

Sözleşme imzalanmadan önce işlenmesine rağmen, sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilen yasak fiil ve davranışlardan dolayı yükleniciye ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanmaz. Bunun yerine, yüklenicinin yatırdığı kesin teminat ve varsa ek teminat, idare tarafından gelir kaydedilir. Mali nitelikli olan bu yaptırımın yanında, sözleşme de idare tarafından feshedilerek, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Sözleşme öncesinde işlenen yasak fiil ve davranıştan ötürü yüklenicinin ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulandığı tek durum, 21'inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir<sup>136</sup>.

Maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, yüklenici, taahhüdünü tamamlama borcu altına girer. Bunun yanında, yükleniciye 26'ncı maddede yer alan ihale yasağı uygulanır. Ayrıca, yükleniciden, kesin teminat ve ek kesin teminat tutarında ceza tahsil edilir.

## 2. Sözleşmenin Uygulanması Aşamasındaki Yasak Fiil ve Davranışlar

4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde “Sözleşmenin uygulanması sırasında” işlenen yasak fiil ve davranışlardan söz edilmiştir. Buna göre ilk yasak fiil, 25'inci maddesinin (a) bendine göre “Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin

---

<sup>136</sup> Hükme göre, “Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir”.

*işlemlere fesat karıştırmak veya bunlara teşebbüs etmek.*” fiillerinden dolayı ihale sözleşmesindeki yükleniciye ihaleye katılmaktan yasaklama cezası verilir.

Maddeye göre, söz konusu fiilleri işleyen sözleşmeci kişinin, ihaleye fesat karıştırdığı kabul edilir. Zira kanunkoyucu, ihaleye fesat karıştırmaya ilişkin fiilleri sınırlı tutmayarak, “*veya başka yollarla*” ibaresiyle, maddede sayılmayan başka fiillerle de ihaleye fesat karıştırmaya fiilinin işlenebileceğini kabul etmiştir. Unutulmaması gereken bir husus da, ihaleye fesat karıştırmaya fiilini işleyebilecek kişinin sadece yüklenici olmadığıdır. Zira ihale görevlileri de bu fiili işleyebilir ve Kanun’da yazılan ceza sorumluluğuna tabi olabilirler.

İhale sözleşmesinin uygulanması sırasında ihaleden yasaklanmayı gerektiren ikinci yasak fiil ise 25’inci maddenin (b) bendine göre; “*Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek*”tir. Buna göre, sözleşmenin uygulandığı aşamada belgeleri sahte olarak düzenleyip kullanan kişi, ihaleden yasaklanır. Bu tür yasak fiiller genellikle, yüklenicilerin fiyat farkı ödemelerinde bazı faturalarda sahtecilik yaparak hak ediş raporlarına dahil ettiği görülür<sup>137</sup>.

Bir diğer yasak fiil, “*sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak*”tır. Aşağıda incelenecek olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 87’inci maddesindeki “*hileli inşaat ve onarım*” düzenlemesine benzeyen bu hüküm, 4735 sayılı Kanun’da daha geniş düzenlenmiştir. Zira, 2886 sayılı Kanun’daki düzenleme, sadece yapım işleri için geçerliyken; 4735 sayılı Kanun’daki düzenleme, tüm ihale türlerinde yapılacak hileli malzeme kullanımı, hileli usullerle malın, hizmetin ya da yapım işinin teslimi ya da eksik, hatalı veya

---

<sup>137</sup> SAYIN, a.g.e., s. 837.

kusurlu imalat yapılmasına ilişkindir. Nitekim, yüklenici, teknik şartnamede yazılmasa bile bilim, teknik ve sanata ilişkin kurallara uymak zorundadır.

Dördüncü yasak fiil, 25'inci maddenin (d) bendine göre; *“taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek”* tir. Kanunkoyucu, yüklenici tarafından idareye zarar verilmesi halini bir yasak fiil olarak düzenlemiştir. Ancak “zarar vermek” fiilinin ne şekilde gerçekleşeceği konusunu uygulamaya bırakmıştır. İdareye ait ekonomik bir değerde, eksilmeye sebep olan her türlü fiil, zararı ortaya çıkarır.

Bir başka yasak fiil ise 25'inci maddenin (e) bendine göre, *“Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29'uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek”* tir. Bir önceki bentte yer alan “taahhüdü yerine getirirken idareye zarar vermek” fiiline benzeyen bu düzenleme aynı zamanda, idaredeki görevlilere de hitap eder. Nitekim maddede 29'uncu maddeye gönderme yapılmıştır. Bilgi ve belgeleri açıklama yasağını düzenleyen 29'uncu maddeye uymayan idare görevlilerine, yasaklılığa ilişkin ceza ve sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Öte yandan, sözleşme konusu işle ilgili bilgisini ve deneyimini, idarenin zararına kullanan yüklenici de yasaklama hükümlerine tabi tutulacaktır. Dolayısıyla (e) bendinin ilk cümlesi idareyi korumaya yönelik iken, ikinci cümlesi, yüklenicileri korumaya yöneliktir<sup>138</sup>.

25'inci maddenin (f) bendine göre *“taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun yerine getirmemek”* fiili de yasaklanmıştır. Ancak kanunkoyucu, bu yasak fiile ilişkin bir istisnaya yer vermiştir. Buna göre, taahhüdünü ihale dokümanına ya da sözleşme hükümlerine göre yerine getirememek, bir *“mücbir sebep”* ten kaynaklanıyorsa; yasaklamaya ilişkin hükümlere başvurulmaz. Mücbir

---

<sup>138</sup> SAYIN, a.g.e., s. 839.

sebebin ne olduğu ise 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde yer alır. Bu konuyla ilgili olarak önceki başlıkta yaptığımız geniş açıklamalara gönderme yapıyoruz<sup>139</sup>.

İhale sözleşmelerinin uygulanma aşamasındaki yasak fiil veya davranışlardan sonuncusu ise, *“Sözleşmenin 16'ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devralınması”*dır. 4735 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesine göre sözleşmelerin devri, ancak zorunlu hallerde yapılabilir. Bu şekilde yapılacak sözleşme devri ise yazılı izin koşuluna bağlıdır. Başka bir ifadeyle, ihale yetkilisinin yazılı izninin alınması suretiyle sözleşme, başkasına devredilebilir. 16'ncı maddeye göre, devredilen sözleşmelerin devir tarihinden itibaren üç yıl geçmedikçe, aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devralınamaz. Bu kurallara uyulmadığı takdirde, hem devredilen ya da devralınan sözleşmeler feshedilir ve bu kişiler hakkında yasaklama ve cezalara ilişkin hükümler uygulanır.

## **B. İhaleye Katılmaktan Yasaklama**

4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesinde düzenlenen ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını, 25'inci maddede yer alan fiillerde bulunanlara uygulanır.

Bu yaptırımın uygulanması, uygulayan makamlar ve yasaklama kararı verilinceye kadar başvurulabilecek idari tedbirler konusunda, 4735 sayılı KİSK ve 4734 sayılı KİK'teki hükümler arasında bir fark söz konusu değildir. Bu sebeple, 4734 sayılı KİK'te ihaleye katılma yasağı ile ilgili yaptığımız açıklamalar, burada da aynen geçerlidir<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Bkz: *supra*.

<sup>140</sup> Bkz: *supra*.

Her iki Kanun'da yer alan hükümlerdeki yaptırımların niteliğine ilişkin bir fark da olmadığı gibi, aralarındaki tek fark, yasak fiil ve davranışın işlendiği aşamadır. Nitekim 4734 sayılı KİK'e göre ihaleye katılmaktan yasaklama, ihale işlemleri sırasında işlenen yasak fiillerden dolayı uygulanırken; 4735 sayılı KİSK'e göre verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararı, ihale sözleşmesinin uygulanması sırasında ortaya çıkan yasak fiil ya da davranışlardan dolayı verilir.

4735 sayılı KİSK'e göre verilen ihaleden yasaklama kararı, yüklenicinin fiilinin özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bir süre için öngörülür. İdari bir tedbir olarak, 26'ncı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen hükme göre, *“Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere iştirak ettirilmezler.”* Bu düzenleme de 4734 sayılı KİK'teki hükümlerle aynıdır.

Yüklenicinin, sözleşmenin uygulanması aşamasındaki yasak fiil ve davranışlarından dolayı, yükleniciye ihaleye katılma yasağı uygulanabileceği gibi, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddenin (b) bendine göre sözleşme, idare tarafından feshedilebilir<sup>141</sup>. Bu durumda, yasak fiil ve davranışlardan dolayı idare, **“bildirimsiz fesih”te** bulunmak suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. Nitekim Kanun'da *“protesto çekmeye gerek kalmaksızın”* ibaresi, bunu ifade etmektedir.

---

<sup>141</sup>Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) ...

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, ...

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.



## V. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NA GÖRE İHALEYE

### KATILMAKTAN YASAKLAMA

İdareler, harcamaya ilişkin olmayan, sadece arttırmaya ilişkin ihalelerde, eski ihale kurallarını düzenleyen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nu uygulayacaktır.

İhaleden yasaklanmayı gerektiren bir durumda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu özel bir hükme yer vermek suretiyle, 4734 sayılı Kanun'a tabi olmayan idarelerin de “yasaklar ve ceza sorumluluğu” konusunda, 4734 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bir başka ifadeyle, “istisnalar” başlığı altında, 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde düzenlenen kapsam dışı işlere ilişkin ihalelerde, yasaklanmayı gerektiren bir durum söz konusu olduğunda, 4734 sayılı Kanun'un “yasaklamaya ilişkin hükümleri” devreye girecektir. İhalenin kendisine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulansa bile yasaklama ve cezaya ilişkin hususlarda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanacaktır. Bu husus, 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin son fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Ancak yasaklama müessesesinin gelişimini anlayabilmek için 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenen “İhale İşlerinde Yasaklar ve Sorumluluklar”ın incelenmesi gerekir.

#### A. Yasak Fiil ve Davranışlar

2886 sayılı Kanun, 83'üncü maddesinde ihalelerle ilgili “yasak fiil ve davranışları” düzenlemiştir<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> “İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

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

Yasak fiil ve davranışların düzenlendiği 83'üncü maddede, daha çok ceza hukukunu da ilgilendirecek türdeki fiillere yer verilmiştir. Yasak fiil ve davranışların kapsamı oldukça dardır. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, yasak fiil ve davranışların kapsamını oldukça genişlettiğini söyleyebiliriz. Öte yandan, 2886 sayılı Kanun'da ihaleye fesat karıştırma suçuna sebep olabilecek "rüşvet verme" fiilinden söz edilmemiştir. Bu sebeple, TBMM tarafından 4518 sayılı Kanun ile uygun bulunan ve 10.05.2000 gün ve 24045 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi" ile uyum sağlanması amacıyla; 2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında değişikliğe gidilmiştir. Böylelikle, 2886 sayılı Kanun'da rüşvet ile ilgili hüküm bulunmamasından kaynaklanan boşluk giderilmiştir<sup>143</sup>.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu arasındaki farklardan bir diğeri ise, 2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde açıkça "geçici yasaklama" şeklinde bir kavrama yer vermiş olmasıdır<sup>144</sup>. İdare

---

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

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

<sup>143</sup> KİK Hukuk Müşavirliği'nin, KİK Uluslararası İlişkiler ve AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'na hitaben yazdığı cevap, Haziran-2003, s. 1-2.

<sup>144</sup> " 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmalr, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğere idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

*Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.*

tarafından verilen ihaleden geçici yasaklama yaptırımı, 2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

2886 sayılı Kanun'a göre kamu ihalelerine katılma yasağı, esas olarak, iki sebebe dayanır. Birincisi, ihale komisyon üyeleri ile ita amirine olan sıhri ve kan hısımlığı ve ihaleyi düzenleyen idarenin çalışanları arasında olmanın bir gereğidir. İkincisi ise, ihale isteklilerinin tutum ve davranışlarından kaynaklanır<sup>145</sup>.

İki Kanun arasındaki farklardan bir diğeri de, KİK'te açıkça ihaleden "geçici yasaklama" ve "sürekli yasaklama" kavramlarının düzenlenmemiş olmasıdır. Oysa 2886 sayılı Kanun, 84'üncü maddesinde "geçici yasaklama" ibaresine madde başlığında yer vermiştir.

2886 sayılı Kanun, 84'üncü maddesinin ikinci fıkrasında tüzel kişilerin de ihalelerden yasaklanabileceğini öngörmüştür; ancak "sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişiler" ifadesine yer vermiştir. Bu ifade, 4734 sayılı Kanun'da yer alan şahıs şirketi-sermaye şirketi ayrımı veya ortakların sermaye paylarına göre belirlenen sorumluluk gibi açıklayıcı değildir. Bu bakımdan, 4734 sayılı Kanun ihalelerde yasaklama müessesesiyle ilgili ortaya çıkabilecek sorunlara en baştan çözüm getirmektedir.

---

*Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.*

*İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmeye yükümlüdürler."*

<sup>145</sup> Sadettin DOĞANYİĞİT, " Kamu İhalelerine Katılma Yasağının Hüküm ve Sonuçları ile Birlikte İncelenmesi," **Belediye Dergisi**, C. 5, S. 8, (Şubat-1999), s. 4.

2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesi incelendiğinde; "ceza sorumluluğu ve sonuçları" başlığı altında "mahkeme kararına dayanan yasaklamayı" görmekteyiz. Bir diğer ifadeyle, **yargısal yasaklama**, 2886 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinde düzenlenmiştir. 85'inci madde, birinci fıkrasında 83'üncü maddenin (c) bendine atıfta bulunmuştur. Buna göre, 83'üncü maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları, iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile o işteki ortak ve vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılır. Cezaya hükmedilirse, bu ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan mahkeme kararı ile yasaklanırlar.

Kanun'un 85'inci maddesinin ikinci fıkrasında ve devamındaki fıkralarda, ihalelerde düzenin sağlanmasına yönelik birtakım idari tedbirlere yer verildiği görülür. İhaleyle ilgili suç oluşturan fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen ihale görevlilerinin yargılama sonuna kadar görevden uzaklaştırılmasına dair düzenleme, bu idari tedbirlere örnektir.

4734 sayılı KİK'te yer verilmemesine rağmen, 2886 sayılı Kanun'un 87'nci maddesinde yer alan bir müessese, "hileli inşaat ve onarım" ile ilgilidir<sup>146</sup>.

2886 sayılı Kanun'da yer alan bu düzenleme, yapım işini üstlenen müteahhitlerin sorumluluktan kaçmamasına yöneliktir. Müteahhitler, Borçlar Kanunu bağlamında "sözleşmeden doğan sorumluluk" hükümleri gereğince

---

<sup>146</sup> Buna göre;

*"Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanununun 360'uncü maddesi gereğince ve 363'üncü maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir.*

*İdareler beş yıllık sürede ortaya çıkacak zarar ve noksanları tespit ile gereğinin yapılması için durumu ilgili mercilere bildirmekle ödevlidirler. İşin nezareti kendisine tevdi edilen mühendis, mimar ve memurlar hakkında da ayrıca bu Kanunun 86'ncü maddesi uygulanır."*

borçlarını ifa eder. 4734 sayılı Kanun'da buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Sonuç olarak, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "ihalelerden yasaklılık" müessesesiyle ilgili hükümler bakımından yetersiz olduğu açıktır. Kanun'un, bugünkü düzenlemelerle paralellik gösterdiği tek husus, idari ve yargısal yasaklama müesseselerine ayrı ayrı yer vemiş olmasıdır. Kanun'daki diğer eksikliklerle ilgili olarak ise uluslararası düzenlemelere uygun olarak hazırlanan 4734 sayılı Kanun'da, bu yetersizlik ve eksikliklerin büyük ölçüde giderildiği görüşündeyiz. Ancak Kamu İhale Kurumu'nun kararlarıyla ve yargı içtihatlarıyla, "ihaleden yasaklama müessesinin" daha fazla gelişmesi beklenmektedir.

### **B. İhaleye Katılamayacak Olanlar**

Son olarak, 2886 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde düzenlenen "ihaleye katılamayacak olanlar" kısmı incelenmelidir. 2886 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun'a benzer şekilde "ihaleye katılamayacak olanları" düzenlemiştir. Maddeye göre; ihaleyi yapan idarenin ita amirleri, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar, ita amirlerinin ya da ihale işlemlerinde görevli olanların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sıhri hısımları, ita amirleri, ihale görevlileri veya bunların sayılan yakınlarının ortakları (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) ihalelere katılamazlar. Ayrıca, 2886 sayılı Kanun ve diğer kanunlardaki hükümlere göre geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar da, 6'ncı maddenin son fıkrasına göre ihaleye katılamaz.

4734 sayılı Kanun ise 11'inci maddesinde "ihaleye katılmayacak olanları" daha geniş olarak düzenlemiştir. Buna ilişkin açıklamalar, önceki başlıklarda yapılmıştır<sup>147</sup>.

## VI. KAMU İHALELERİNDEN YASAKLAMA MÜESSESESİNİN BİR KOLLUK FAALİYETİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

Kolluk, idarenin faaliyetlerinden birisi olup toplumda kamu düzenini sağlamaya ve korumaya yönelik olarak idare tarafından alınan önlemlerin ve uygulanan kuralların bütünüdür<sup>148</sup>. Bu tür bir idari faaliyette esas amaç, kamu düzeninin sağlanmasıdır. Bir başka ifadeyle kolluk, "*kamu düzeni kavramının katı bir anlayışının ifadesi olarak maddi ve dışsal bir etkidir*"<sup>149</sup>.

İdarenin kolluk faaliyeti, bu faaliyetin konusu ve amacına göre "idari kolluk ve adli kolluk" olmak üzere ikiye ayrılır. Adli kolluk, kanunların suç olarak kabul ettiği fiillerin işlenmesi halinde delil tespiti, failin bulunması gibi görevleri yerine getirirken; idari kolluk, adli makamlarca yerine getirilmeyen, tamamen kamu düzeni unsurlarının korunmasını sağlayan, önleyici bir faaliyet olarak karşımıza çıkar<sup>150</sup>.

İdari kolluk-adli kolluk ayrımının dışında; "genel idari kolluk- özel idari kolluk" ayrımı da söz konusudur. Genel idari kolluk, belli bir konuya ilişkin olmayan, genel nitelikli bütün etkinlikleri ilgilendiren işlemler tesis eder. Bu işlemler, sadece bir alana veya belli bir gruba hitap etmez. Buna karşılık özel idari

---

<sup>147</sup> Bkz: *supra*.

<sup>148</sup> Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 648, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 248.

<sup>149</sup> ATAY, **a.g.e.**, s. 516.

<sup>150</sup> İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Üçüncü Bası, Ankara, Der Yayınları, 2008, s. 919 vd. ; GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 245 vd.;

kolluk, belli bir konuya özgülenmiş ve sadece bu alan içerisinde kalan belli bir grupla ilgili gerçekleştirilen etkinlikleri ifade eder.

Güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik, genel ahlakın korunması gibi kamu düzeni öğelerinin gerçekleştirilmesi ve korunmasını amaçlayan kolluk faaliyetleri, çeşitli alanlara göre farklılaşabilmektedir. Örneğin son yıllarda ortaya çıkan “ekonomik kamu düzeni” kavramı, farklı kolluk türlerinin türetilmesine imkan vermiştir. Bu kolluk türlerinden birisi **ekonomik kolluktur**<sup>151</sup>. Ekonomik kolluk, ekonomik düzenin sağlanmasına yönelik olarak idarenin, özel teşebbüs özgürlüğüne müdahale edebilmesi ve sınırlama getirebilmesini içeren bir kavramdır<sup>152</sup>. Özellikle kolluk müdahalelerinin ekonomiye dahil olması, klasik kamu düzeni kavramının ekonomik bir boyuta da sahip olmasına ve “**ekonomik kamu düzeni**” şeklinde yeni bir kavramın tanımlanmasına sebep olmuştur<sup>153</sup>.

Ekonomiye olan etkisi yadsınamayan ve ekonomiyi doğrudan ilgilendiren kamu ihalelerinde, ihale düzenini sağlayıcı önlemler alınması, ekonomik kamu düzeni kavramıyla ilişkilendirilebilir mi? Eğer ilişkilendirilebilirse, ihaleden yasaklama işlemi, kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebilir mi? Bu sorunun cevabının bulunması için öncelikle; ihaleye katılmaktan yasaklama faaliyetinin, bir kolluk faaliyeti olup olmadığının araştırılması yerinde olur. Eğer ihaleden yasaklama, ekonomik kamu düzeninin korunmasına ve sağlanmasına hizmet eden bir faaliyet ise, bir kolluk faaliyeti olarak kabul edilebilir. Bu sorulara yanıt aranırken; Kamu İhale Kurumu'nun “regülasyon” işlevine de değinmek gerekmektedir. Nitekim bir

---

<sup>151</sup> J. GASTAGNE, **Le Control Juridictionel de la Legalité des Actes de Police Administrative**, LGDJ, Paris, 1964, s. 36'dan akt: Turgut TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1984, s. 129.

<sup>152</sup> TAN, **a.g.e.**, s. 130.

<sup>153</sup> TAN, **a.g.e.**, s. 127.

bağımsız idari otorite olarak görev yapan Kamu İhale Kurumu'nun en belirgin özelliklerinden birisi, regülasyon işlevidir. Acaba Kurum, bu işlevini yerine getirirken; bir kolluk faaliyeti mi yürütmektedir, yoksa bir kamu hizmeti mi görmektedir?

Bağımsız idari otoritelerin regülasyon işlevi, üç unsurun bir araya gelmesiyle ortaya çıkar. Bunlar; düzenleme, denetleme ve yönlendirmeden ibarettir. Regülasyon işlevi yerine getirilirken; sadece hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olmaz, aynı zamanda ekonomik bazı yaptırımlar uygulanabilir<sup>154</sup>.

Regülasyon işlevi olan ve kamu ihaleleri konusunda önemli görevlere sahip olan Kamu İhale Kurumu da bir bağımsız idari otoritedir. İhaleler konusunda **regülasyon** işlevi gören Kurum, kamu ihaleleriyle ilgili çıkan uyuşmazlıklarda da karar verme yetkisine sahiptir. Kamu İhale Kurumu'nun özellikleri ve görevleri 4734 sayılı KİK'in 53'üncü maddesinde sayılmıştır. Kurum, kamu ihalelerinde düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetlerini getirir. Ancak bu faaliyetleri yerine getirirken kolluk faaliyetinden daha öteye giderek, ULUSOY'un isabetli olarak kullandığı bir kavramla ifade edilecek olursa, "içselleştirilmiş" bir denetim uygulamaktadır<sup>155</sup>. Kamu İhale Kurumu, kamu ihaleleri alanında regülasyon işlevi görürken; sadece ihaleler alanında kamu düzeninin korunmasını amaçlamaz. Kısacası dışsal bir denetim yapmaz.

İdareler tarafından düzenlenecek ihalelerde kullanılacak standart ihale dokümanlarının ve tip sözleşmelerin hazırlanması yetkisinin Kurum'a ait olması<sup>156</sup>, Kurum'un regülasyon işlevine ve içselleştirilmiş denetim görevine verilecek en

---

<sup>154</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 27.

<sup>155</sup> ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s. 15.

<sup>156</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m. 53/b(2).



önemli örnektir. Ayrıca Kurum'un kamu ihalelerinden dolayı ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözebilme yetkisiyle donatılmış olması da hem regülasyon işlevinden hem de içselleştirilmiş denetim işlevinden kaynaklanır.

İhaleden yasaklanmanın bir kolluk faaliyeti olup olmadığı araştırılırken elbette, 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesine göre uygulanan idari yasaklama kararı dikkate alınmalıdır. Nitekim aynı Kanun'un 59'uncu maddesinde yer alan, ihaleden "yargı kararı ile yasaklama" usulü, kolluk faaliyetiyle ilişkilendirilemeyen, istisnai, ceza hukuku kural ve ilkelerine tabi, ayrı bir müessesedir. Bu bağlamda, idarenin ihale yasağı uygulamasının kolluk faaliyeti olarak kabul edilip edilmemesinde göz önüne alınacak yasak türü, idare tarafından verilen yasaklama kararı olmalıdır.

İhaleden idare tarafından yasaklanma işleminin, idare tarafından ihaleye yapılan bir müdahale olduğu açıktır. Bu müdahalenin muhatabı ise, 4734 sayılı KİK'in 17'nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişidir. İdare, "yaptırım uygulama yetkisi"ni kullanmak suretiyle, ihale düzenini bozucu bu yasak fiil ve davranışları, ihale sürecinden uzaklaştırmayı hedefler. Bu bağlamda idare, ihale düzenini sağlamaya ve korumaya çalışır.

Az önce bahsettiğimiz "ekonomik kamu düzeni" kavramı, kamu ihalelerinde yasak fiil ve davranışların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak bir koruyucu kalkan vazifesi görür. Hatta kamu ihalelerindeki ekonomik düzenin korunmasıyla ilgili olarak, farklı bir bakış açısıyla bazı yazarlar, "kamu ihalelerinde etik yükümlülükler" ifadesini kullanmıştır<sup>157</sup>. Bu şekilde, ekonomik düzen ile etik yükümlülük kavramları ilişkilendirilmiştir. Bundan dolayı, ihalelerde düzenin sağlanması, etik yükümlülük

---

<sup>157</sup> Stuart F. HEINRITZ, **Purchasing Principles and Applications**, third edition, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1961, s. 245.

olarak da görülebilir. Bunun dışında, kamu ihalelerinde, “ihale düzeni” kavramı şeklinde bir başka kavramın kullanılması gerektiğini düşünmekteyiz. Şunu ifade edebiliriz ki; “ihale düzeni” kavramı, “ekonomik kamu düzeni” kavramından daha sübjektif bir nitelik taşımaktadır. Genelden özele doğru bir nitelendirme yapılacak olursa; ilk sırada genel ve objektif özellik taşıyan “**kamu düzeni**”, hemen altında belli bir alana özgü ve daha sübjektif “**ekonomik kamu düzeni**” ve en son sırada ise ihale hukukuna münhasır olan ve sadece bu alanda kullanılacak “**ihale düzeni**” kavramına yer verilebilir.

İhale düzeni, ihale işlemlerinden başlayarak ihale sözleşmesinin imzalanması, hatta bu sözleşmenin uygulanması aşamalarında uyulması gereken kural ve ilkelerin bir sonucudur. Önceki başlıklarda bahsettiğimiz üzere, kamu ihalelerinde düzenin sağlanması, belli kurallara uyulmasına, uyulmadığı takdirde belli yaptırımların uygulanmasına bağlanmıştır. Buna ilişkin olarak, 4734 sayılı KİK’in 58’inci maddesinde idari makamlar tarafından uygulanan “ihaleye katılma yasağı” , ihale düzeninin sağlanmasına yönelik en önemli işlemlerden birisidir.

Her şeyden önce ihaleden idarece yasaklanma (idari yasaklama olarak adlandırılacaktır), ihale düzeni unsurlarının gerçekleştirilmesine hizmet eder. İhale düzeninin unsurları, tıpkı kamu düzeni unsurlarında olduğu gibi;

- **İhalede güvenliğin sağlanması**

- **İhalede dirlik ve esenliğin sağlanması**

- **İhalede genel ahlak kurallarına uyulması**

şeklinde sıralanabilir. Bu unsurlar, kamu düzeni unsurlarının ihale düzeni kavramına uyarlanmasıyla ortaya çıkar.

İdare tarafından verilen ihaleden yasaklama kararları, ihalelerde sonradan ortaya çıkabilecek eksiklikleri ya da hukuka aykırılıkları önceden bertaraf etmeye yöneliktir. Bu bakımdan, idari yasaklama, bir tür önleyici faaliyet olarak kabul edilmelidir. Örneğin, 4734 sayılı KİK'in 17'nci maddesinde yer alan yasak fiil veya davranışlardan birisi, "hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek" tir. Bu fiil veya davranışlar gerçekleştirildiği zaman, ihale düzeninin tamamen ortadan kalkacağı açıktır. Bu sebeple idare, söz konusu fiilleri tespit ettiği anda, ihale düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik faaliyete geçer ve bu fiilleri işleyen gerçek veya tüzel kişi/kişileri ihaleden yasaklar. Böylece, ihalede güvenlik, dirlik ve esenlik, ahlak kurallarına uygunluk gibi ihale düzeni öğeleri de sağlanmış olur. İhaleye katılma yasağı kararının, ihale düzeninin bozulmasını önleyicilik özelliği, bu müessesenin kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebileceği düşüncesini destekler.

İhalelerin ekonomik kamu hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesinden hareketle ulaştığımız ilk sonuç, ihalelerde de belli bir düzenin sağlanmasının zorunlu olduğudur. İhale düzeninin de tıpkı kamu düzeni unsurlarında olduğu gibi belli unsurlarının olduğu tespitinden ise, ihalede düzeni sağlamaya yönelik birtakım unsurların olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu unsurlar, şüphesiz, ihalelere hakim olan ilke ve yaptırımlardır. Önceki başlıklarda ayrıntılarıyla incelediğimiz bu kavramlar, ihale düzeni için vazgeçilmezdir. İhale düzeninin sağlanması ve korunması için idarenin "ihaleden yasaklama yaptırımı" nı uygulamasının ise, bir kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebileceği görüşündeyiz. Nitekim idarenin nihai amacı, "yasaklama müessesesini" kullanarak, ihale düzenini sağlamak ve korumaktır. Bu bağlamda

idare, ihalede önleyici ve dışsal bir denetim yapmaktadır. Bir başka ifadeyle idare, kolluk faaliyetinde geçerli olan kuralları, ihalelerde de uygulamaktadır. Nitekim idare hukukunda kolluk yetkilerinin kullanılması, bireylerin veya grupların etkinliklerinden haberdar olma, gözetim ve denetim altında bulundurma ve gerektiğinde kişilerin bu faaliyetlerden yasaklanabilmesini içerir<sup>158</sup>. Tüm bu özellikleri bir arada düşünecek olursak, idarenin ihaleden yasaklama faaliyetini, kolluk faaliyeti olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

İdarenin, ihaleden yasaklama faaliyetini gerçekleştirecek kolluk makamı ise 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlık" olarak ifade edilmiştir. Bizzat bakanlık tarafından yapılan ihalelerde, bu yasağı uygulayacak kolluk makamı, yine bakanlığın kendisi olacaktır. Herhangi bir bakanlığın ilgili/bağlı kuruluşu olmayan idareler ise yasaklama kararını kendileri verecektir.

Bu bilgiler ışığında, ihaleden yasaklama müessesinin uygulanmasında, idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlığın **ihale kolluğu** olarak adlandırılabilieceğini önermekteyiz. Zira idare hukuku içerisinde yer almasına rağmen, ayrı bir hukuki rejim olarak gelişimini sürdüren kamu ihale hukukuna özgü bir kolluk türü olarak **ihale kolluğu** kavramının kullanılması düşünülebilir. Bu bağlamda, ihale kolluğu, kolluk türleri arasında "**özel idari kolluk**" olarak kabul edilebilir.

---

<sup>158</sup> ATAY, **a.g.e.**, s. 549.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KAMU İHALELERİNE KATILMA YASAĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI UYGULAMALAR

#### I. KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN KÜRESEL NİTELİKLİ DÜZENLEMELER

Kamu ihalelerinin ekonomik yönü ağır bastığından dolayı, devletler sürekli olarak, bu alanı geliştirmeye çalışmıştır<sup>159</sup>. Her devletin, kendi hukuk sistemi içerisinde gösterdiği bu çaba, uluslararası ticaretin gelişmesiyle küresel bir boyut kazanmıştır. Buna paralel olarak farklı hukuk sistemleri, “kamu ihaleleri” konusunda ortak payda aramaya devam etmişler ve kamu ihalelerinde yeknesaklaştırma faaliyetleri ortaya çıkmıştır.

Yeknesaklaştırma faaliyetlerinden bazıları küresel nitelikli iken, bazıları sadece bölgesel niteliklidir. Küresel nitelik taşıyan ihale hukuku kurallarına yer veren ilk düzenleme, 1946-1947 yılları arasında Uluslararası Ticaret Örgütü’nün kurulması görüşmelerinde gündeme gelmiştir. Zira bu görüşmeler sonrasında kamu ihalelerine ilişkin olarak “Tarifeler ve Ticarete İlişkin Genel Anlaşma” -General Agreement On Tariffs and Trade (GATT)- 1948 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu gelişmenin ardından 1979 yılında, “Kamu Alımları Kodu” –Government Procurement Code- imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak Dünya Ticaret Örgütü’nün –World Trade Organization-

---

<sup>159</sup> Devletler, devlet şekillerinin farklı olmasına göre de ihale sistemlerini kurmaya çalışmıştır. Buna ilişkin bir örnek SCHWARTZ’a aittir. SCHWARTZ’a göre yüzyılın son çeyreğinde üniter devletlerde, ihalelerle ilgili olarak özel sektörü ön planda tutan düzenlemelerin artması söz konusuken; federal devletlerde, tersine bir eğilim söz konusu olmaktadır. Christopher R. YUKINS and Joshua SCHWARTZ, “Katrina’s Continuing Impact on Procurement—Emergency Procurement Powers in H.R. 3766,” **The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Paper**, No. 162, published in **The Government Contractor**, Vol. 42, No. 35, 21 September 2005, Social Science Research Network at: <http://ssrn.com/abstract=811265> (erişim: 19.06.2009).

kurulmasını ardından, ihale hukukunda da yeni bir gelişme yaşanmış ve 1996 yılında “Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması (Government Procurement Agreement-GPA)” yürürlüğe girmiştir<sup>160</sup>.

Küresel alanda kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelerden ikincisi ise Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulmuştur. BM UNCITRAL Kamu İhalelerine İlişkin Model Kanun (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services), 5-23 Temmuz 1993 tarihlerinde Avusturya'nın Viyana şehrinde yapılan UNCITRAL konferansında kabul edilmiştir.

Kamu ihaleleriyle ilgili yeknesaklaştırma çalışmalarındaki bir başka örnek ise bölgesel niteliktedir. Avrupa Birliği'nde kamu ihalelerine ilişkin olarak çıkarılan iki direktif önem taşır. Bunlardan ilki, 2004/17/EC sayılı “Teşebbüs Direktifi”<sup>161</sup>, ikincisi ise 2004/18/EC sayılı “Klasik Sektör Direktifi”dir<sup>162</sup>. İlk Direktif; su, enerji, taşımacılık ve posta hizmetlerine ilişkin iken; ikincisi, bu konular dışındaki kamu ihaleleri için geçerli bir Direktif'tir.

Tezimizin bu bölümünde, kamu ihalelerine ilişkin küresel ve bölgesel düzenlemelere yer verilecektir. Bu bağlamda Türkiye'deki kamu ihale sistemini oldukça etkileyen<sup>163</sup> üç önemli uluslararası düzenlemeye değinilecektir.

---

<sup>160</sup> Bu Anlaşma, kamu alımlarıyla ilgili olarak; Anlaşma'nın tarafı olan devletleri bağlamaktadır. Sadece Dünya Ticaret Örgütü'ne üye olup da kamu ihalesine ilişkin bu Anlaşma'ya üye olmayan devletler, anlaşma hükümleriyle bağlı değildir. Bkz: UZ, **a.g.e.**, 2005, s. 66.

<sup>161</sup> Directive 2004/17/EC of The European Parliament and The Council of 31 March 2004 Coordinating The Procurement Procedures of Entities Operating In the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors, **Official Journal of The European Union**, 30.04.2004, L. 131/1.

<sup>162</sup> Directive 2004/18/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004 On The Coordination of Procedures For The Award of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and The Public Service Contracts, **Official Journal of The European Union**, 30.04.2004, L. 134/114.

<sup>163</sup> Bu etkileşimden sonra Türkiye 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nu çıkartmış ve uluslararası gelişmelere duyarsız kalmadığını göstermiştir. Bu gelişmeleri değerlendiren OECD, Türkiye'de 2002 yılında kamu ihalelerinde başlayan reform sürecini, “Türkiye'de ihalelere etik standartlar ve kurallar getirildi” şeklinde yorumlamıştır. Elodie

## A. Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması (WTO-GPA)

Kamu ihalelerine ilişkin olarak Dünya Ticaret Örgütü tarafından hazırlanan “Kamu İhalelerine Dair Anlaşma” (Agreement on Government Procurement) ana hatlarıyla ihale sözleşmelerinin, hangi hukuk sisteminde olursa olsun taşıması gereken bazı özelliklere yer verir.

Önemli ihale ilkeleri belirleyen bu Anlaşma, hukuk sistemleri farklı bile olsa, Anlaşma’ya taraf olan her ülkenin ihale sisteminde yer vermesi gereken birtakım ilke ve yasakları benimsemiştir<sup>164</sup>. Bu ilke ve yasaklar:

- Ulusal Muamele (National Treatment) (m. 3)
- Ayrımcılık Yasağı (Non-discrimination) (m. 3/2)
- Offset Yasağı (m. 16)
- Saydamlık (Transparency) (m. 17)
- En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi ( The Most Favoured Nation Treatment).

### 1. Ulusal Muamele-Ayrımcılık Yasağı (GPA- m.3)

Doktrinde bazı yazarlar, Kamu İhalelerine Dair Anlaşma’da yer alan düzenlemeleri, “esasa ilişkin” ve “usule ilişkin” düzenlemeler şeklinde tasnife tabi tutmuştur. Bu konuda UZ, isabetli olarak, ulusal muamele (National Treatment) en çok gözetilen ulus muamelesi (Most Favored Nation Treatment) ve offset yasağını

---

BETH, **Integrity In Public Procurement (Good Practice From A to Z)**, OECD Publishing, 2007, s. 79. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987026> (erişim: 19.06.2009).

<sup>164</sup> Fransız Kamu İhale Sistemi’nde ihalelerle ilgili olarak bazı yeniliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu yeniliklerden bazıları; küçük ve orta ölçekli işletmelere kamu ihalelerini açmak, ihalede saydamlığı güçlendirmek, kamu ihalede saydamlığı güçlendirmek, kamu ihale mevzuatını düzeltmek, bilgi sistemleri ile ihale sistemlerinin etkili olmasını geliştirmek. Joel ARNOULD, “The Reform of The Reform of French Public Procurement Law Postponed Again,” **Public Procurement Law Review**, 2000, 3, CS78-84, p.2 <http://international.westlaw.com> (erişim: 16.04.2009).

“esasa ilişkin düzenlemeler” grubuna dahil ederken; Anlaşma’da yer alan “usule ilişkin düzenlemeleri<sup>165</sup>” farklı bir başlık altında toplamıştır.

Bu düzenlemelere ana hatlarıyla değinecek olursak; “ulusal muamele” ve “ayrımcılık yasağı” olarak adlandırılan ilkeler, Anlaşma’nın 3’üncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Anlaşma kapsamında olan kamu ihalelerinde, mal ve hizmet sağlayan yabancı istekli/tedarikçilerin, yerli istekli/tedarikçilere göre daha az desteklenmesini yasaklamıştır.

Kanaatimizce, ulusal muamele ve ayrımcılık yasağı, hukukun genel ilkelerinden birisi olan “eşitlik ilkesinin” uluslararası ihale hukukuna yansımaları ifade etmektedir. Zira bu ilkenin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken husus, kamu ihalelerine katılan isteklilerden birisinin “ihalenin düzenlendiği ülke sınırları içerisinde kurulmuş olan yabancı kuruluş” olması koşuludur. Bir diğer ifadeyle, başka ülkede faaliyet gösterdiği halde, ihalenin düzenlendiği ülkede kuruluşu olmayan yabancı bir şirket hakkında söz konusu ilkenin uygulanması söz konusu değildir. Örneğin, A Devleti’nin sınırları içerisinde kurulmuş K isimli bir yabancı şirket, aynı ülkede bulunan bir idarenin düzenlediği kamu ihalesine katıldığında, A Devleti, Dünya Ticaret Örgütü’nün Kamu İhalelerine Dair Anlaşması’nı onaylamış ve iç hukukuna aktarmışsa, bu Anlaşma’nın 3’üncü maddesindeki ilkedan dolayı, yerli ihale isteklisi lehine avantajlar yaratamayacaktır.

## **2. Offset Yasağı**

Offset yasağı, Anlaşma’ya taraf olan devletlerdeki kamu ihalesi tedarikçilerinin, ürünlerin veya hizmetlerin niteliğinde ya da ihale isteklilerinin

---

<sup>165</sup> Usule ilişkin düzenlemelerle kastedilen; ihalelere ilişkin teknik şartnameler, isteklilerin yeterlilikleri, ihaleye davet, ilan gibi konuların düzenlenmesidir. Dünya Ticaret Örgütü’nün Kamu İhalelerine Dair Anlaşması’nda ihalenin usuli düzenlemelerini içeren hükümlere de geniş olarak yer verilmiştir. Bkz: UZ, **a.g.e.**, s. 75.



değerlendirilmesinde ve sözleşmenin sonuçlandırılmasında devreye girer. Kamu ihalelerinde *offset* adı verilen bu kavram; yerli girişimciyi güçlendirme, yerli üretime bağlı olarak ödemeler dengesinin geliştirilmesi, teknolojinin lisanslı hale gelmesi, yatırıma ilişkin ihtiyaçlar ve benzeri ihtiyaçlarla ilgili kullanılan ölçütleri ifade etmektedir. Offset yasağı ile Dünya Ticaret Örgütü tarafından, yerli katkı payına öncelik veren tercihler yasaklanmıştır. Anlaşma'nın 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına<sup>166</sup> göre, offset yasağı, ihale sürecine katılımı göz önünde bulundurulması gereken niteliklerin belirlenmesinde kullanılabilir. İhalenin bir kişinin üzerine bırakılması sırasında, offset yasağına ilişkin hükümler, dikkate alınmamalıdır.

### **3. Saydamlık İlkesi**

Saydamlık ilkesi, Türk Kamu İhale Hukuku'nda yer almakla birlikte, uluslararası ihale hukuku düzenlemelerinde mutlaka yer verilen temel bir ilkedir.

Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu İhalelerine Dair Anlaşma'nın 17'nci maddesinde yer alan “saydamlık ilkesine” göre; ihaleler, Anlaşma'nın 6'ncı maddesindeki “teknik şartnameye” uygun olarak oluşturulmalı ve ihale ilanları 9'uncu maddeye uygun şekilde yapılmalıdır. Ayrıca ihaleye ilişkin düzenlemelerin ihale sürecinde değişmeyeceği, değişmesinin önlenemeyeceğinin ispatı durumunda ise bu değişikliğe bağlı olarak, tatmin edici tazmin ve telafi araçlarının mümkün olduğunun belirtilmesi gerekir.

Saydamlık ilkesi, Türk Kamu İhale Hukuku'nda da benimsenmiş kamu ihalelerine hakim olan ilkeler arasındadır. Dünya Ticaret Örgütü'nün de benimsediği bu ilke, Türk Hukuku'nda ihalelerin düzenlenmesi, oluşturulması, sözleşmenin

---

<sup>166</sup> Madde 16/2: “... Bu gereklilikler, sadece ihale sürecine katılabilecek nitelikte olanlar için uygulanabilir ve bunlar ihalenin bir kişiye verilmesindeki bir ölçüt olamaz.”

imzalanması gibi ihale sürecine ilişkin tüm aşamalarda dikkate alınması gereken bir ilkedir.

#### **4. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi (Most Favored Nation Treatment)**

Bu ilke, bu Anlaşma'ya taraf olan bütün ülkelere aynı muamele yükümlüğünün getirilmesi ve farklı taraf ülkelerden gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanmasını içeren bir ilkedir<sup>167</sup>.

Bu ilkenin, en başta açıklanan “ulusal muamele ve ayrımcılık yasağı” ilkesinden farkı; ulusal muamele ve ayrımcılık yasağında “yabancılık unsurunun” ihaleyi düzenleyen taraf ülkenin sınırları içerisinde kurulmuş olan yabancı kuruluşları (ihale tedarikçileri) ifade etmesidir. Oysa en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, Anlaşma'ya taraf olan ülkeler arasında uyulması gereken bir ilkedir. Bir diğer ifadeyle, her ikisi de Anlaşma'ya taraf olan A ülkesi, B ülkesi ve C ülkesi, D ülkesindeki bir ihaleye katılmışsa; D ülkesi, A, B ve C ülkeleri arasında ihaleyle ilgili olarak herhangi bir ayrımcılık yapamaz. En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, bu ayrımcılığı önlemeye yöneliktir.

Sonuç olarak, ulusal muamele ve ayrımcılık yasağı, aynı ülke sınırları içerisinde; farklı uyrukluğa sahip yabancı teşebbüslerle yerli teşebbüsler arasındaki ayrımcılığı önlemeyi amaçlarken; en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, bir ülkede ihaleye katılan farklı devletler<sup>168</sup> arasındaki ayrımcılığın önlenmesini amaçlamaktadır.

---

<sup>167</sup> UZ, a.g.e., s. 74.

<sup>168</sup> Anlaşma'ya taraf olan devletler kastedilmektedir.

## A. BM UNCITRAL Kamu İhalesi Model Kanunu

Uluslararası ticaretin geliştirilmesine yönelik hukuki düzenlemelerin meydana getirilmesi için Birleşmiş Milletler nezdinde UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu oluşturulmuştur.

Kamu alımlarının devletlerarası ilişkilerde sorun teşkil etmemesi için yeknesak düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bunun üzerine UNCITRAL, 5-23 Temmuz 1993 tarihlerinde Viyana'daki toplantısında "Mal ve Yapım İşleri Üzerine Model Kanunu'nu" (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction) kabul etmiştir. Ardından ise hizmet alımlarını da içeren bir başka model kanunu UNCITRAL, 1994'te New York'ta kabul etmiştir. Son haliyle bu model kanun, "Mal, Yapım İş, Hizmet İhalesine Dair Model Kanun" (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services) olarak ortaya çıkmıştır.

UNCITRAL Kamu İhalesi Model Kanunu'nu benimseyecek devletlerin yasama organları için iki alternatif söz konusudur:<sup>169</sup>

- Kamu ihalesine ilişkin kuralları ayrıntılı bir yasada düzenlemek (full statutory enactment),
- Model Kanun'daki temel ihale ilkelerine yer verip ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakmak<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> UZ, a.g.e., s. 80-81.

<sup>170</sup> UNDP's technical assistance in public procurement in the Pacific Islands [www.undp.org/fi/gold/tech-assist-public.html](http://www.undp.org/fi/gold/tech-assist-public.html) 'den aktaran: UZ, a.g.e., s. 81.

İlk seçenek, bir ülkenin daha önceden ihale hukukuna ilişkin herhangi bir hukuki düzenlemesi olmaması durumunda uygulanabilir. Bu bağlamda Türkiye, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nu uzun yıllar uygulayan bir ülke olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nu 2003 yılından itibaren uygulamaya koyarak; UNCITRAL Model Kanunu’ndaki çoğu düzenlemeyi, Türk Kamu İhale Hukuku’nda hayata geçirmiştir. Bir diğer ifadeyle, Türkiye, yukarıda açıklanan ilk uygulamayı seçmiştir. Model Kanun’daki düzenlemeleri esas alarak, 2886 sayılı Kanun’daki düzenlemeleri genişletmek suretiyle güncel ihale kurallarını hayata geçirmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu ile ilgili olarak dikkati çeken en önemli nokta, ihale sürecindeki “ihale aşamasını” düzenleyici kurallar içermesidir. Bir başka deyişle, Model Kanun, ihale sözleşmelerinin uygulanması aşamasına dair hükümler içermemektedir. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu, buna taraf olan devletlere ihale onayı ile ilgili çeşitli seçenekler sunmaktadır. Örneğin; bir kamu ihalesinde onay metodu olarak daha yüksek bir makam tarafından onaylanma seçeneğinde olduğu gibi.

Model Kanun incelendiğinde, tezimizin konusunu oluşturan “ihale yasakları” ile ilgili düzenlemelere yer verilmediği görülür. Ancak ihale yasağı benzeri düzenlemelere ve ilkelere, Model Kanun’da yer verilmiştir. Bunlardan bazıları; **“tedarikçilerin değerlendirilmesi ve yeterliklerine”** yöneliktir. İhale tedarikçilerinin değerlendirilmesinde ihale isteklilerinin birtakım şartları taşıması aranır. Bu şartları taşımadığı belirlenen ihale isteklilerinin teklifleri reddedilir. Bunlar:

- Sözleşmeye taraf olmaya ilişkin ehliyetin olmaması(m.6/2)

- Bağlı bulunduğu ũlkede vergi ve sosyal gũvenlik borçlarının ōdenmemiř olması(m.6/4)

- İhaleye katılan isteklinin, herhangi bir suçla itham edilmiş olması veya ihale isteklisinin ihaleye ilişkin niteliklerle ilgili yanlış beyanlarda bulunması ya da idari erteleme ũzerine ihale dışı kalmış olmak (m.6/5)

- İhale isteklisinin iflas etmesi veya faaliyetlerinin mahkeme kararı ile durdurulması(m.6/3)

Model Kanun'da yer alan bir başka dikkat çeken kural, **“ihale sũrecini etkilemeye çalışmak fiiline”** yaptırım uygulanabilmesidir. Bu kural, Model Kanun'un 15'inci maddesinde yer alır. Model Kanun'un 15'inci maddesine göre; eğer bir tedarikçi veya yũklenici, doğrudan veya dolaylı olarak ihaleyi yapan idarede halen gŐrevde bulunan ya da daha ōnceden görev yapmış kamu gŐrevlisine, ihale sũrecine ilişkin bir teklif veya başka bir menfaat ya da hizmet ōnerisinde bulunmuşsa, ihaleyi dũzenleyen idare, ihale teklifini reddeder. BÖyle bir ihale teklifi reddi ve ret gerekçesi, ihale sũrecine ilişkin tutanağa kaydedilir ve derhal tedarikçi veya yũkleniciye bilgi verilir<sup>171</sup>. Teklifin reddi yaptırımı ile yasal olmayan yŐntemlerle ihalelerin alınması ve bu şekilde ihale dũzenini bozucu faaliyetlerin yaygınlaşması engellenmeye çalışılmıştır.

---

<sup>171</sup> **Article 15. Inducements from suppliers or contractors**

*(Subject to approval by ... (the enacting State designates an organ to issue the approval),) a procuring entity shall reject a tender, proposal, offer or quotation if the supplier or contractor that submitted it offers, gives or agrees to give, directly or indirectly, to any current or former officer or employee of the procuring entity or other governmental authority a gratuity in any form, an offer of employment or any other thing of service or value, as an inducement with respect to an act or decision of, or procedure followed by, the procuring entity in connection with the procurement proceedings. Such rejection of the tender, proposal, offer or quotation and the reasons therefor shall be recorded in the record of the procurement proceedings and promptly communicated to the supplier or contractor.*

UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan, ihalelere ilişkin yasaklanan bir diğer fiil ise **“uyrukluğa dayalı ayırım”dır**. Ayrımcılık önlenerek, ihalelerde rekabet dengeleri korunmak istenmiştir. Model Kanun'un 35'inci maddesi, ihaleyi düzenleyen kamu kuruluşuna yönelik bir yasağı düzenler. Madde başlığı, **“tedarikçi veya yükleniciyle müzakere yasağı”dır**. Maddede; *“İhaleyi düzenleyen kurum ile tedarikçi ve yüklenici arasında tedarikçi veya yüklenici tarafından sunulan bir teklife ilişkin herhangi bir müzakerede bulunulamaz.”* kuralı<sup>172</sup> yer alır. İhaleye fesat karıştırılmasını önlemeye yönelik olan bu kural, aynı zamanda ihalede belli kişiler lehine sonuç doğmasını da engeller. Bununla birlikte, ihalelerde saydamlık ilkesini pekiştirir.

## **II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN DİREKTİFLERİN UYGULANMASI (2004/17/EC ve 2004/18/EC)**

Avrupa Birliği, kuruluşundan itibaren hukuk sistemiyle ilgili birçok düzenleme yapmış ve üye ülkelerin hukuk sistemlerini büyük ölçüde uyumlu hale getirmeye çalışmıştır.

Hukuk sistemleri arasındaki uyumlaştırma faaliyetleri arasında yer alan ve AB tarafından çıkarılan direktifler, üye ülkelerdeki ihaleler alanında uyumu sağlamaya yöneliktir. AB Hukuku'ndaki direktiflerin, Türk Hukuku açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı önemlidir. Bu bakımdan, AB Hukuku'na kısaca değinmekte fayda vardır.

---

<sup>172</sup> *Article 35. Prohibition of negotiations with suppliers or contractors*

*No negotiations shall take place between the procuring entity and a supplier or contractor with respect to a tender submitted by the supplier or contractor.*

## A. AB Hukuku'nun Temel Özellikleri ve Direktiflerin Bu Hukuktaki Yeri

AB Hukuku'nun en farklı yönü, üye ülke hukuklarının üstünde yer alması ve onlarla bütünleşmek zorunda olmasıdır.

AB'yi oluşturan ülkeler, aralarındaki anlaşmalar ile bazı konulardaki egemenlik yetkilerinden vazgeçmişlerdir. Bu anlaşmalar; “Roma Anlaşması”, “Tek Avrupa Senedi”, “Maastricht Anlaşması”, “Amsterdam Anlaşması” ve “Nice Anlaşması’dır.

AB Hukuku'nun kaynakları ise, “asli kaynaklar” adı altında toplanan “Birincil Mevzuat” ve AB Hukuku'nun ikinci büyük kaynağı olan “İkincil Mevzuat”tır<sup>173</sup>.

Birincil Mevzuat, AB'yi kuran kurucu anlaşmalar, ekler, protokoller ve diğer değişikliklerden oluşur.

İkincil Mevzuat ise anlaşmalarla belirlenen yetkileri kullanan AB Kurumları'nın oluşturduğu hukuk ile meydana gelir. İkincil mevzuat içerisinde;

- Yönetmelikler (*Regulations*)
- Direktifler (*Directives*)
- Kararlar (*Decisions*)
- Tavsiyeler (*Recommendations*) ve Görüşler (*Opinion*)
- AB'nin uluslararası anlaşmaları ve üye ülkeler arasındaki anlaşmalar
- Yazılı olmayan hukuk kuralları

---

<sup>173</sup> AB ve Türkiye, Dış Ticaret Müsteşarlığı AB Genel Müdürlüğü, Altıncı Baskı, Ankara, Eylül 2007, s. 28.

yer alır.

Yönetmelikler, bütün AB üyesi ülkelerde uygulanır. İç hukuka aktarma şeklinde bir işleme gerek yoktur. Buna karşılık, direktiflerde üye ülkeler, iç hukuka aktarma (*transpose*) işlemini de yerine getirmek durumundadır. Direktiflerde öngörülen amaçların gerçekleştirilmesi için üye ülkeler gerekli iç hukuk araçlarını seçmekte serbesttir.

## **B. AB Mevzuatına Göre Kamu İhale Sistemi**

AB Mevzuatı'nda kamu ihaleleri açısından çıkarılan direktifler, üye ülkelerin iç hukuklarına yapmaları gereken birtakım “uyumlaştırma” faaliyetlerini gerektirir. Bu nedenle AB, ekonomik alanda önemli yer tutan kamu ihaleleri alanında üye devletler arasındaki ihale kurallarının uyumlaştırılması yoluna gitmiştir. Ancak AB'nin kamu ihaleleri konusundaki atılımının, oldukça geç olduğu ve bu nedenle bu alandaki gelişimin yavaş olduğu görüşüne rastlanmaktadır<sup>174</sup>. Hatta bu yavaşlama, AB İhale Hukuku'ndaki teknik ve hukuki sorunların çözümlenmesinin zaman almasına dayandırılmıştır.

Bu sebeplerden dolayı, AB Hukuku'nda ihale kuralları açısından bir reform hareketine gidilmiştir. Son olarak, AB Kamu İhalesi Mevzuatı içerisinde önemli yer tutan 2004/17/EC “Teşebbüs Direktifi” ve 2004/18/EC “Klasik Direktif”leri kamu ihale sistemine yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu direktifler, AB Hukuku'nda daha önceden düzenlenen mal, hizmet alımları ve yapım işleri alımlarına ilişkin direktiflerin (92/50/EEC, 93/38/EEC, 93/36/EEC) biraraya getirilmiş halidir. Her iki

---

<sup>174</sup> Meltem KUTLU, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, İzmir, 1997, s. 122 vd. .



direktifin çıkarılmasında önemli rol oynayan üç ana amaç UZ tarafından isabetli olarak şu şekilde sıralanmıştır<sup>175</sup> :

- Kamu alımlarının modern hale getirilmesi (*modernisation*)
- Kamu alımlarının sadeleştirilmesi (*simplification*)<sup>176</sup>
- Kamu alımlarının esnekleştirilmesi (*flexibility*)

Direktiflerde belirtilen amaçlardan bir başkası ise, uyrukluğa dayalı ayrımcılığın önlenmesidir. Bu bakımdan bu bölgesel düzenlemeler, Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu Alımları Anlaşması (*GPA*) ile aynı amaca yöneliktir. Zira AB, kamu alımlarına ilişkin direktiflerin kabulünde, Kamu Alımları Anlaşması'na uyum sağlamak hedefiyle hareket etmiştir.

Öte yandan bazı çevreler, AB Kamu İhalesi Direktifleri ile UNCITRAL Model Kanunu'nu karşılaştırmış ve bazı noktalarda AB direktiflerinin daha karmaşık ve saydamlık ilkesini çok fazla sağlayamadığı sonucuna varmıştır<sup>177</sup>.

Bu direktifler, kamu ihalelerinde teklif verenlerin seçilmesinde ortaya çıkan ihale usulsüzlükleri konusunda da yeni düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, yolsuzluk, organize suçlar ve AB'nin ekonomik menfaatlerini engel teşkil eden suçları işleyenlerin ihalelerin dışında bırakılması söz konusudur. Türk Kamu İhale Hukuku'nda yer alan yasaklama ve ihale dışı bırakılma müesseselerine benzeyen bu

---

<sup>175</sup> UZ, **a.g.e.**, s. 101.

<sup>176</sup> Sadeleştirme ile ilgili öngörülen düzenlemeler, özellikle 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'te yer alan, "rekabetçi diyalog" adı verilen yeni ihale usulüdür. Bu usul, belli istekliler arasında ihale usulü ile pazarlık usulü karışımı olan ve pazarlık aşamalarını kurallara bağlayan yeni bir usuldür. Aslı Bilgin, "Türk İhale Mevzuatı ile 2004/18/EC sayılı Direktif Arasındaki Temel Farklar," [www.e-kutuphane.imo.org.tr/index.php](http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/index.php) (erişim: 05.01.2009).

<sup>177</sup> John LINARELLI, "The WTO Agreement On Government Procurement and The UNCITRAL Model Procurement Law: A View From Outside the Region," **Asian Journal of WTO and Health Law and Policy**, Vol. 1, s. 317, 2006. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=933709> (erişim:19.06.2009).

düzenlemeler, çerçeve niteliğindedir. Zira AB üyesi ülkeler, bu direktiflerin ışığında kendi hukuklarında gerekli yasal düzenlemelere gidecektir.

AB üyesi ülkeler, iç hukuklarında gerekli düzenlemelere gitmelerine rağmen, AB'nin ihale düzenlemelerine uygun olmayan birtakım uygulamalarda buldukları takdirde, bu uygulamalar, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)'nda uyuşmazlık konusu olmaktadır. Buna ilişkin örneklerden birisi, Yunanistan'da kamu ihalelerinde AB'nin uygun gördüğü ihale kurallarına aykırılıkla ilgilidir. ATAD, Yunanistan'daki bir kamu kurumunun düzenlediği ihaledeki usulsüzlükle ilgili şu hükme varmıştır<sup>178</sup>: *“İhalelerde, ön davete ilişkin herhangi bir ilanun yapılmaması ve ihale isteklisine ait teklifin reddine ilişkin sebepleri öğrenmek istemesine rağmen, bu talebe haksız bir şekilde geç cevap verilmesi hususlarında, Yunanistan 93/38/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.”* .

Bir diğer örnek ise ATAD'a ön karar başvurusu yolu ile bazı hususların yorumlanmasının istenmesine ilişkindir. İtalya'daki Sicilya Bölge İdare Mahkemesi, ihalelerle ilgili incelediği bir uyuşmazlıkta ATAD'a ön karar başvurusunda<sup>179</sup> (*preliminary ruling*) bulunmuştur<sup>180</sup>. Uyuşmazlığın tarafları, Acoset SpA adlı bir şirket ve Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO 'Ambito Territoriale Ottimale' (Optimal Territorial Ambit<sup>181</sup>; 'ATO') Idrico Ragusa and Others adlı

---

<sup>178</sup> Commission v. Greece, C-250/07, Judgement, 04.06.2009, <http://curia.europa.eu> (erişim: 22.06.2009)

<sup>179</sup> Bu usulde, AB üyesi devletlerdeki yerel mahkemeler, gördükleri davalarda uygulayacakları iç hukuk kurallarıyla AB Mevzuatı arasında uyumsuzluk tespit ederlerse, buna ilişkin yorum yapılmasını ATAD'dan isteyebilirler. ATAD'ın, kendisinden yorumlanması istenen hukuk kurallarıyla ilgili varmış olduğu sonuçlar, bağlayıcıdır. Ön karar usulü ile AB Hukuku'nda içtihat birliği sağlanır.

<sup>180</sup> Acoset SpA v. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO 'Ambito Territoriale Ottimale', Case C-196/08, Opinion, 02.06.2009, <http://curia.europa.eu> (erişim: 22.06.2009).

<sup>181</sup> “En Uygun Çevresel Sınır” olarak tercüme edilebilir.

“Belediye Başkanları Konferansı” adlı bir topluluktur. Ön karar başvurusunun konusu, kamu-özel sektör ortaklıklarına<sup>182</sup> dair sözleşmelerin akdedilmesiyle ilgili olarak İtalyan Hukuku ile AB Hukuku arasındaki uyumsuzluğa ilişkindir. ATAD, AB Mevzuatı ile İtalyan Mevzuatı’nın ihalelere ilişkin kurallarını yorumlayarak, Sicilya Bölge İdare Mahkemesi’ni bağlayıcı nitelikli bir sonuca varmıştır. Söz konusu kararın konusu, ulusal hukuklardaki ihale kurallarının, 2004/17/EC Teşebbüs Direktifi ile 2004/18/EC Konsolide Direktifleri’ne uygun olması gerektiği ve kamu-özel sektör ortaklıklarına uygulanacak ihale kurallarında da bu uyuma dikkat edilmesidir.

Öte yandan, AB Kamu İhale Sistemi’nde de ihale aşaması ve sözleşme aşamasının birbirinden ayrıldığını görmekteyiz. Türkiye’deki gibi, kamu ihalesinin düzenlenmesinde, sözleşme imzalanmadan önce “idare tarafından alınan ihale kararı (*award*) ve sözleşmecinin belirlenmesinin ardından sözleşme akdedilmesi aşaması (*contract*) söz konusudur. İhale ve sözleşme aşamalarının ayrı olmasının AB Hukuku’ndaki gerekçesi, nitelikli ihale isteklilerinin sözleşmeci olabilmesi için daha eşitlikçi bir ortamı yaratmaya ilişkindir<sup>183</sup>. Çünkü, ihaleyi kaybeden bu istekliler, sözleşme ve ihale aşamalarının ayrı olmasının getirdiği avantajla, ihale işlemlerine karşı idari yargıya başvurabilir ve kısa sürede sonuç elde edebilirler.

Türkiye’deki kamu ihale uygulamaları ile AB arasındaki uyum faaliyetlerine bakıldığında; Türkiye’nin AB’ye aday ülke statüsünden dolayı AB Hukuku ile Türk Kamu İhale Hukuku’nu uyumlaştırmak amacıyla çeşitli yasal düzenlemelere gittiği görülür. Aday ülke statüsü taşıyan Türkiye bu bağlamda, 01.01.2003 tarihinde

---

<sup>182</sup> Public-Private Partnership Contracts (PPPC) olarak bilinmektedir.

<sup>183</sup> Dieter BÖS/Martin KOLMAR, “Self-Correcting Mechanism In Public Procurement: Why Award and Contract Should Be Separated,” **CESifo Working Paper Series**, No. 32, Germany, June 2000, s. 1. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=263788> (erişim: 22.06.2009).

yürürlüğe girmek üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nu kabul etmiştir.

### 1. 2004/17/EC Sayılı Teşebbüs Direktifi

Avrupa Birliği'nde kamu ihale sisteminin uyumlaştırılmasına yönelik atılan adımlardan sonra ortaya çıkan direktiflerden birisi, 30.04.2004 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanan “2004/17/EC Teşebbüs Direktifi”dir<sup>184</sup>.

Bu direktifin çıkarılma amaçları arasında; AB ülkeleri arasında kamu ihalelerine yönelik uyumun sağlanması, Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu Alımları Anlaşması'nı imzalayan AB'nin buna uygun kamu ihale kurallarını düzenleme ihtiyacı, ihalelerdeki rekabet ortamının iyileştirilmesi, ihale ilkelerinin uygulanmasını azami seviyeye yükseltmek, elektronik ihale (e-ihale) sistemine geçiş yapmak şeklinde sıralanabilir.

Söz konusu direktif, AB ülkelerindeki su, enerji, ulaşım ve posta hizmetleri sektörüne ilişkin ihale usullerini düzenler<sup>185</sup>. Direktif, kendisine tabi olarak ihale düzenleyecek idareleri “genel olarak” düzenlemiş ve bu konuda ayrıntıları üye ülkelere bırakmıştır. Her ülke, kendi idari teşkilat yapısına bağlı olarak, direktifte sınırları çizilen idarelerin<sup>186</sup>, kamu ihalesi kurallarını belirleyecektir.

---

<sup>184</sup> Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004, Coordinating the Procurement Procedures of Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors, **Official Journal of the European Union**, L 134/1-30.04.2004.

<sup>185</sup> Direktifin Türkçesi için bkz: <http://www.ihale.gov.tr/duyurular/duyuruabturkce.html> (erişim: 02.04.2009).

<sup>186</sup> Bu direktifin kapsamına giren idareler, “Tanımlar” başlıklı 2'nci maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

**“İdareler**

1. Bu direktifin amaçları için;

(a) “İhale kurumları”, kamu hukukuna tabi, devlet, bölgesel veya yerel yönetimler, bir veya birkaç kurum tarafından oluşturulan kuruluşlar veya kamu hukukuna tabi bu türden bir veya birden fazla organı ifade eder.

Teşebbüs Direktifi'nin dikkat çeken bir başka maddesi, 10'uncu madde olup "ihale ilkeleri"ne yer verir. Oldukça kısa olan bu maddede sadece "eşitlik ilkesi" ve "saydamlık ilkesine" yer verilmiştir. Bu ilkeler, "**ihalelerin genel ilkeleri**" olarak kabul edilmiştir. Zira Türk Hukuku'nda da bu ilkeler, ihalelere ilişkin temel ilkeler olarak kabul edilir.

Türk Kamu İhale Hukuku ile AB'nin 2004/17/EC sayılı Teşebbüs Direktifi arasındaki benzerliklerden birisi de ihale usullerine ilişkindir. Buna göre, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü gibi usuller direktifte de kabul edilmiştir. Tek fark, bu direktiflerde "rekabetçi diyalog ve dinamik ihale usulü" gibi farklı usullere de yer verilmiş olmasıdır. Ancak temel ihale usulü, açık ihale usulüdür.

Rekabetçi diyalog, belli istekliler arasında ihale usulü ile pazarlık usullerinin karması olarak düşünülebilecek bir ihale usulüdür. Özellikle, bilgisayar ağı projeleri, ulaşım projeleri, gibi karmaşık yapıları projelerin ihalelerinde kullanılan bu usulün yararı, ihalenin bütün boyutlarının ihaledeki her aday ile ayrı ayrı görüşme imkanının olmasıdır<sup>187</sup>.

Dinamik ihale usulünde ise elektronik bir süreç öngörülmüştür. Bu usulde, idarenin ihtiyaçlarını karşılayabileceği ve piyasada mevcut bulunan durumlar için

---

*Kamu hukukuna tabi kurumlar,,*

*a. toplumun genel çıkarına yönelik ihtiyaçların karşılanması için kurulmuş olan ve endüstriyel ya da ticari özellik taşımayan,*

*b. tüzel kişiliğe haiz,*

*büyük oranda Devlet, bölgesel ya da yerel yönetimler ya da kamu hukukuna tabi diğer kurumlarca finanse edilen ya da bu kurumların idaresinde olan ya da üyelerinin yarısından çoğu Devlet, yerel ya da bölgesel yönetimler ya da kamu hukukuna tabi diğer kamu kurumları tarafından atanmış idari, yönetim ya da denetim kurulu olan kurumlardır."*

<sup>187</sup> Aslı BİLGİN, "Türk İhale Mevzuatı ile 2004/18/EC sayılı Direktif Arasındaki Temel Farklar," s. 28, [www.e-kutuphane.imo.org.tr/index.php](http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/index.php) (erişim: 05.01.2009).

geçerli bir sistem vardır<sup>188</sup>. Bu sistemde, ihalenin yapıldığı elektronik ortam, belli bir süre için açık kalır ve bütün katılım şartlarına uygunluğu sağlayan ve şartnameye uyan ilk teklifi veren isteklilere açık bir usuldür<sup>189</sup>.

Türkiye, AB'ye üye olma sürecinde, AB'ye uyum faaliyetlerine 5.12.2008'de bir yenisini daha eklemiştir. 4734 sayılı KİK'in 4'üncü maddesine, "Dinamik İhale Sistemi" şeklinde yeni bir kavram daha getirilmiştir. AB direktiflerindeki dinamik usulle aynı olan bu kavram, 4734 sayılı KİK'in bazı maddelerinde değişiklik meydana getiren 5812 sayılı Kanun'da<sup>190</sup> şöyle yer almıştır: "*Dinamik alım sistemi: İhale dokümanına uygun ön teklif veren ve sistemin geçerlik süresi içerisinde yeterlik kriterlerini sağlayan bütün isteklilerin sisteme kabul edildiği, piyasada mamul olarak bulunan malların tedarikine yönelik tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilen alım sürecini*" ifade eder. 4734 sayılı KİK'e ek madde ilave edilmiş ve dinamik ihale sisteminin<sup>191</sup> ayrıntılarına yer verilmiştir.

---

<sup>188</sup> BİLGİN, **a.g.m.** , s. 29.

<sup>189</sup> BİLGİN, **a.g.m.**, s. 29 vd. .

<sup>190</sup> RG, 5.12.2008, Sayı: 27075.

<sup>191</sup> EK-4'üncü maddeye göre dinamik ihale sistemi: 4734 sayılı Kanun'a aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir.

*"Dinamik alım sistemi*

*EK MADDE 4 - Dinamik alım sistemi, piyasada mamul olarak bulunan malların elektronik ortamda alımında kullanılabilir. Sistemin kurulmasında açık ihale usulü uygulanır. Dinamik alım sistemi rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu şekilde işletilemez.*

*Sistemin tesis edileceği hususu Kamu İhale Bülteninde ilan edilmek suretiyle duyurulur. İhale dokümanında; planlanan alımın niteliği, türü ve miktarının yanı sıra satın alma sistemine, bu sistemin işletilmesinde kullanılacak elektronik ekipmana, sisteme teknik olarak bağlanabilmek için gerekli düzenlemelere, sistemin işleyişini düzenleyen kurallara ve diğer hususlara ilişkin bilgilere yer verilir.*

*Yeterlik kriterlerini sağlayan ve ihale dokümanında yer alan şartlara uygun ön teklif veren bütün isteklilere sisteme dahil olma imkanı verilir. Ön teklifler ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olduğu sürece sürekli olarak geliştirilebilir.*

*Ön tekliflerin değerlendirilmesi, verildikleri tarihten itibaren onbeş gün içinde tamamlanır. Teklif vermeye davetin henüz yapılmamış olması halinde değerlendirme süresi onbeş güne kadar bir defa uzatılabilir.*

Türk Kamu İhale Sistemi'ne 5.12.2008'de eklenen bir başka yenilik ise "Elektronik Kamu Alımları Platformu"dur. Bu kavram, 5812 sayılı değişiklik Kanunu'nda şöyle ifade edilmiştir: "*Elektronik Kamu Alımları Platformu: İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kurum tarafından yönetilen elektronik ortamı*" ifade eder.

Tüm bu değişikliklerle, Türk Kamu İhale Sistemi ile AB Kamu İhale Mevzuatı uyumlu hale getirilerek, elektronik ortamlarda ihale yapılması, dinamik ihale sistemiyle kamu ihalelerinde uzun ve bürokratik süreçlerin kısalması sağlanmıştır.

AB Teşebbüs Direktifi olarak bilinen 2004/17/EC sayılı Direktif'te yer alan bazı hükümler ile Türk Kamu İhale Mevzuatı arasında paralellikler bulunmaktadır. Özellikle, ihalelere hakim olan ilkeler ve ihale usulleri yönünden bu benzerlikler geçerlidir. Diğer yandan, direktifte farklı ihale usullerinin belirlenmesi ve özellikle tezimizin konusu olan "ihaleden yasaklama müessesesine" AB Hukuku'nda geniş ve sistematik bir şekilde yer verilmemiş olması" Türk Kamu İhale Sistemi ile AB Sistemi arasındaki en büyük farktır. Nitekim konunun en başında da belirttiğimiz gibi, AB düzenlemeleri, sadece yolsuzluk, organize suçlar ile AB'nin ekonomik

---

*Dinamik alım sisteminin tesis edildiği veya sistemin kurulmasından vazgeçildiği ile ön tekliflerin sisteme kabul veya reddedildikleri hususu isteklilere karar alındıktan sonra en geç üç gün içinde bildirilir.*

*Her bir alım için sisteme kabul edilmiş istekliler teklif vermeye davet edilir. Yapılacak alımlar bu davetten en az onbeş gün önce basitleştirilmiş ilan yoluyla duyurulur. Sisteme kabul edilen bütün istekliler, tekliflerini sunmaları için yeterli süre tanınmak suretiyle teklif vermeye davet edilir.*

*Teklifler, ihale dokümanında belirtilen esaslara göre değerlendirilmek suretiyle alım sonuçlandırılır ve sözleşmeye bağlanır.*

*Dinamik alım sisteminin süresi kırk sekiz aydan fazla olamaz.*

*Dinamik alım sisteminde yapılacak ihalelerde Elektronik Kamu Alımları Platformu kullanılır. Sisteme kabul edilmeye ve sistemin yürütülmesine ilişkin olarak herhangi bir ücret talep edilmez.*

*Dinamik alım sistemi dahilinde yapılacak alımlara ilişkin sözleşme düzenlenmesi gerekli haller ile bu sözleşmelerin şeklini ve kapsamını belirlemeye Kurum yetkilidir."*

menfaatlerini engel teşkil eden suçları işleyenlerin ihalelerin dışında bırakılması söz konusudur. Teşebbüs Direktifi'nde doğrudan yer verilmese de 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'in 45'inci maddesine gönderme yapılmıştır<sup>192</sup>.

Klasik Direktif'te yer alan bazı unsurların mevcut olması durumunda, kişilerin ihale dışında bırakılacağına yer verilmiştir<sup>193</sup>.

## 2. 2004/18/EC Sayılı Klasik Direktif

İdarelerin, mal, hizmet ve yapım işlerine ait ihalelerini yaparken uyacakları kuralları, ilkeleri ve usulleri belirleyen bu direktif, klasik ihale konularına ilişkin olduğundan dolayı "Klasik Direktif" olarak adlandırılmıştır.

<sup>192</sup> "Kamu ihalelerinin, bir suç örgütüne karışmış veya yolsuzluk veya Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarına zarar verecek yolsuzluktan veya kara para aklamadan suçlu bulunmuş iktisadi işletmelere verilmesi engellenmelidir. İhale kurumu olmayan idarelerin konu üzerinde su götürmez kanıtlara ulaşamaması ele alındığında, 2004/18/EC sayılı direktifin 45(1). maddesinde belirtilen harici tutma kriterlerinin, idarelere uygulanıp uygulanmayacağına seçilmesinin bırakılması uygun olacaktır. Dolayısıyla, Madde 45(1)'in uygulanma zorunluluğu sadece ihale açan idarelerle sınırlı tutulmalıdır. Uygun olan durumlarda, idareler adaylar ya da isteklilerden gerekli belgeleri talep edebilir, bu iktisadi işletmelerinin kişisel durumları hakkında şüpheleri olması halinde, ilgili Üye devletlerin yetkili kurumları ile işbirliği yapmak isteyebilirler. Bu tür iktisadi işletmelerinin hariç tutulması, idare, ulusal hukuka göre işlenen suçlarla ilgili verilen hükümden haberdar olur olmaz gerçekleştirilecektir.

Ulusal mevzuatta bu amaca hizmet eden hükümler bulunması halinde, çevre mevzuatı ya da nihai bir hükmün ya da eşdeğer etkiye sahip bir kararın konusu olan ihalelerde yasadışı anlaşmalarla ilgili mevzuata uymama durumu da, ilgili iktisadi işletmenin mesleki çalışmalarıyla ilgili bir suç ya da ciddi bir usulsüzlük olarak değerlendirilebilir.

Çalışanlara eşit muamele yapılmasına ilişkin 2000/78/EC ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktiflerinin uygulanmasına ilişkin ulusal hükümlerin gözetime ve bu durumun yargıya ya da buna denk bir merciye intikal ettirilmiş olması halinde, bu durum ilgili iktisadi işletmenin mesleki edimiyle ilgili bir suç ya da önemli derecede hatalı davranış olarak kabul edilecektir".

<sup>193</sup> 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'in 45'inci maddesinin birinci fıkrasına göre:

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

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

(b) 26 Mayıs 1997 tarihli Konsey Kanunu Madde 3<sup>2</sup> ile 98/742/JHA sayılı Konsey Ortak Eylemi Madde 3 (1)<sup>3</sup> 'de belirtildiği şekilde yolsuzluk;

(c) Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarının korunması ile ilgili olan Konvansiyonda Madde 1'de belirtildiği anlamda dolandırıcılık<sup>4</sup>;

(d) Mali sistemlerin para aklanması amacıyla kullanılmasını önlemeye yönelik 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı Konsey Direktifi Madde 1'de tanımlandığı şekilde karapara aklama<sup>5</sup>. Üye Devletler ulusal kanunları uyarınca Topluluk kanunlarını da göz önünde bulundurarak bu bent için uygulama koşullarını belirleyecektir."



Teşebbüs Direktifi ile Klasik Direktif arasında, ihale ilkeleri ve usulleri arasında fark bulunmamaktadır. Bu sebeple, yukarıda Teşebbüs Direktifi ile ilgili yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Her iki direktif arasındaki en temel fark, ihale konularına ilişkindir.

Öte yandan, 2004/EC/18 sayılı Direktif'te yer alan açıklamalara bakıldığında, ihalelerde düzeni bozan fiilleri önlemeye ilişkin olarak Direktif'in 43'üncü paragrafında bir bilgiye yer verildiği görülür. Buna göre, *“Kamu ihalelerinin, bir suç örgütüne karışmış ya da yolsuzluk ya da Avrupa Topluluklarının mali çıkarlarına zarar verecek yolsuzluktan ya da kara para aklamadan suçlu bulunmuş iktisadi işletmelere verilmesi engellenmelidir. Uygun olan durumlarda, idareler adaylar ya da isteklilerden gerekli belgeleri talep edebilir, bu iktisadi işletmelerinin kişisel durumları hakkında şüpheleri olması halinde, ilgili Üye devletlerin yetkili kurumları ile işbirliği yapmak isteyebilirler. Bu tür iktisadi işletmelerinin ihale dışı tutulması, ihaleyi yapan idarenin, kesin hükümler içeren ulusal hukuka göre işlenen suçlarla ilgili verilen hükümden haberdar olur olmaz gerçekleştirilecektir. Ulusal mevzuatta bu amaca hizmet eden hükümler bulunması halinde, çevre mevzuatı ya da nihai bir hükmün ya da eşdeğer etkiye sahip bir kararın konusu olan ihalelerde yasadışı anlaşmalarla ilgili mevzuata uymama durumu da, ilgili iktisadi işletmenin mesleki çalışmalarına ilgili bir suç ya da ciddi bir usulsüzlük olarak değerlendirilebilir.*

*Çalışanlara eşit muamele yapılmasına ilişkin 2000/78/EC (1) ve 76/207/EEC (2) sayılı Konsey Direktiflerinin uygulanmasına ilişkin ulusal hükümlerin*

---

<sup>1</sup> Çalışma ve iş hayatında eşit muameleye yönelik genel çerçeveyi belirleyen 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi. (OJ L 303, 2.12.2000, s.16).

<sup>2</sup> İşe erişim, mesleki eğitim, terfi ve çalışma koşulları açısından erkek ve kadınlara eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi (OJ L 39,

*gözetilmemesi ve bu durumun yargıya ya da buna denk bir merciye intikal ettirilmiş olması halinde, bu durum ilgili iktisadi işletmenin mesleki edimiyle ilgili bir suç ya da ihmâl olarak kabul edilecektir.”*

Klasik Direktif, 45’inci maddesinde, ihalede düzeni bozucu fiil ve davranışlara yer vermiş ve bu fiillerin ortaya çıkması durumunda kişi/kişilerin ihaleden yasaklanacağını düzenlemiştir. Bu bağlamda, Teşebbüs Direktifi de açıklamalar kısmındaki 54’üncü paragrafında, Klasik Direktif’in 45’inci maddesine gönderme yaparak, bu fiil ve davranışları yasakladığını bildirmiştir.

AB Kamu İhale Rejimi’nde yer alan “ihaleden yasaklanma müessesesinin” nasıl düzenlendiğini ve Türk Kamu İhale Rejimi’nden farkının olup olmadığını ayrıntılı bir biçimde inceleyelim.

### **C. AB Direktiflerine Göre İhaleye Katılmaktan Yasaklama Müessesesi**

2004/17/EC sayılı Teşebbüs Direktifi, ihaleden yasaklanma ile ilgili olarak, doğrudan bir hüküm içermezken; bu konuda 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif’e gönderme yapmıştır. Teşebbüs Direktifi, maddelere geçmeden birtakım açıklamalara yer vermiş ve 54’üncü paragrafta, ihaleden yasaklanma ile ilgili bilgiler sunmuştur. Bu bağlamda, Klasik Direktif’e yapılan göndermeden dolayı, bu direktifin 45’inci maddesinin 1’inci fıkrasının öncelikle incelenmesi gerekir.

Klasik Direktif’in 45’inci maddesi<sup>194</sup>, Direktif’in “İkinci Kısmında” yer alır. “Nicel Seçim Kriterleri” başlığını taşıyan bu kısımda, 45’inci madde “Aday ya da

---

14.2.1976, s. 40). Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi’nin 2002/73/EC sayılı Direktifi ile değiştirilen Direktif. (OJ L 269, 5.10.2002, s.15).

<sup>194</sup> Maddenin orijinal hali aşağıdaki gibidir:

*SECTION 2*

*Criteria for qualitative selection*

İsteklinin Özel Durumu” başlığı altında, ihaleden yasaklanma halini düzenlemektedir. Madde 45/1’e göre<sup>195</sup> aşağıdaki sebeplerden dolayı ihale isteklisi ya da aday, ihaleden yasaklanır:

- Bir suç örgütünün üyesi olma

- Yolsuzluk<sup>196</sup>

- Dolandırıcılık<sup>197</sup>

---

#### Article 45

##### *Personal situation of the candidate or tenderer*

1. Any candidate or tenderer who has been the subject of a conviction by final judgment of which the contracting authority is aware for one or more of the reasons listed below shall be excluded from participation in a public contract:

(a) participation in a criminal organisation, as defined in Article 2(1) of Council Joint Action 98/733/JHA 1;

(b) corruption, as defined in Article 3 of the Council Act of 26 May 1997 2 and Article 3(1) of Council Joint Action 98/742/JHA 3 respectively;

(c) fraud within the meaning of Article 1 of the Convention relating to the protection of the financial interests of the European Communities 4;

(d) money laundering, as defined in Article 1 of Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering 1.

<sup>195</sup> Maddenin Kamu İhale Kurumu tarafından çevrilmiş hali aşağıdaki gibidir:

*Nicel Seçim Kriterleri*

#### **Madde 45**

##### **Aday ya da İsteklinin Özel Durumu**

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

(e) 98/733/JHA sayılı Konsey Ortak Eylemi Madde 2(1)’de belirtildiği şekilde bir suç örgütünün üyesi olma<sup>1</sup>;

(f) 26 Mayıs 1997 tarihli Konsey Kanunu Madde 3<sup>2</sup> ile 98/742/JHA sayılı Konsey Ortak Eylemi Madde 3 (1)<sup>3</sup>’de belirtildiği şekilde yolsuzluk;

(g) Avrupa Toplumlarının mali çıkarlarının korunması ile ilgili olan Konvansiyonda Madde 1’de belirtildiği anlamda dolandırıcılık<sup>4</sup>;

(h) Mali sistemlerin para aklanması amacıyla kullanılmasını önlemeye yönelik 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı Konsey Direktifi Madde 1’de tanımlandığı şekilde karapara aklama<sup>5</sup>.

*Bkz: <http://www.ihale.gov.tr/duyurular/duyuruabturkce.htm>.*

<sup>196</sup> Maddenin orijinal halinde “corruption” olarak geçen sözcüğü, somut olaya göre “ihaleye fesat karıştırma” olarak da tercüme edebiliriz. Kamu İhale Kurumu’nun çevirisinde, bu sözcük “yolsuzluk” olarak belirtilmiştir. *Bkz: <http://www.ihale.gov.tr/duyurular/duyuruabturkce.htm>.*

<sup>197</sup> Maddenin orijinal halinde “fraud” olarak geçen sözcüğü, somut olaya göre “sahtecilik” olarak da tercüme edebiliriz. Kamu İhale Kurumu’nun çevirisinde, bu sözcük “dolandırıcılık” olarak belirtilmiştir. *Bkz: <http://www.ihale.gov.tr/duyurular/duyuruabturkce.htm>.*

- Karapara aklama

gibi suçlardan dolayı mahkeme tarafından yargılanan ve hakkında hüküm tesis edilen ihale adayı ya da isteklisi, ihaleden yasaklanır. Burada ihaleden yasaklama kararını veren makam, ihaleyi düzenleyen idare (*contracting authority*) dir. İdarenin, yasaklama kararını verebilmesi için aday ya da istekli hakkındaki mahkeme kararından haberdar olması gerekir. Bundan dolayı, AB Hukuku'na göre, ihaleden yasaklanma şartları şu şekildedir:

- 2004/18/EC sayılı Klasik Direktif'in 45/1'inci maddesinde yer alan suçların işlenmiş olması
- İşlenen suçlara ilişkin nihai bir mahkeme kararının varlığı
- İhaleyi yapan idare tarafından bu mahkeme kararının biliniyor olması

Bu üç şartın bir arada olması koşuluyla, ihale adayı ya da isteklisi, ihaleden yasaklanır. Yasaklama kararını veren idare, ihale işlemlerinin başında, ihale isteklilerinin ihaleden yasaklanma ile ilgili bir durumunun olup olmadığını anlamak amacıyla direktifte öngörülen belgelerin ibrazını ister. Belgeler ve mahkeme kararı doğrultusunda, ihale isteklisinin yasaklanmasına ilişkin koşullar oluşmuşsa idare, yasaklama kararı verir.

Klasik Direktif'in 45'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ise ihale adaylarının veya isteklilerinin farklı sebeplerle ihalenin başında, ihale dışı bırakılacağı öngörülmüştür. AB kamu ihale sisteminde ihale dışı bırakma konusunda, idarelerin takdir yetkisi yoktur<sup>198</sup>. Söz konusu sebepler şu şekildedir:

---

<sup>198</sup> **AB İhalelerinde Başarılı Olmanın Yolları**, İstanbul Sanayi Odası, Mayıs 2006, s. 9. [www.aia-istanbul.org/tr/content](http://www.aia-istanbul.org/tr/content) (erişim: 12.05.2009).

- İflas etmek ya da tasfiye halinde olmak, iş ilişkileri mahkemece yönetilmek, alacaklıları ile bir anlaşmaya girmek, iş faaliyetlerini askıya almak ya da buna benzer bir sebepten dolayı belirsiz bir durum içinde bulunmak,
- Mesleki hareketleri ile ilgili herhangi bir suçtan dolayı ülkede geçerli olan yasal hükümler uyarınca yargıdan geçmiş bir konu sonucunda hüküm giymiş olmak,
- İdarelerin ortaya koyabileceği şekilde kanıtlanmış görevi kötüye kullanma suçundan suçlu bulunmak,
- Kurulu bulunduğu ülkenin ya da idarenin bulunduğu ülkenin kanunları uyarınca sosyal sigorta ödemeleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemek,
- Kurulu bulunduğu ülkenin ya da idarenin bulunduğu ülkenin kanunları uyarınca vergi ödemeleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemek,
- İbraz edilmesi gereken bilgileri ciddi biçimde yanıltıcı olarak ibraz etmek ya da söz konusu bilgileri sunmamak

Bu fiillerde bulunanlarla ilgili ihale dışı bırakılmanın, ne şekilde uygulanacağını, üye ülkeler AB Mevzuatı'nı göz önünde bulundurarak kendileri belirleyecektir (Klasik Direktif m.45/2 son cümle). Ancak AB direktiflerinde de, ihale dışı bırakılma ve ihaleden yasaklanma kavramlarının farklı düzenlendiğine dikkat edilmesi gerekir.

Direktif, ihaleden yasaklanma ile ilgili olarak temel unsurları belirlemek suretiyle ayrıntıların, üye ülkeler tarafından düzenlenmesini öngörmüştür.

Hem Teşebbüs Direktifi hem de Klasik Direktif, ihaleden yasaklanma müessesesini aynı şekilde düzenlemiştir. AB Direktiflerini ve diğer uluslararası belgeleri esas alan Türkiye ise 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK'te bunlara

benzer hükümlere yer vermiştir. Hatta kamu ihale mevzuatımızın, AB mevzuatından daha sistematik ve ayrıntılı olduğunu söyleyebiliriz. KİK ve KİSK ile AB direktiflerinin paralellik gösterdiği noktalar şöyle sıralanabilir:

- Her iki mevzuatta da ihaleden yasaklanmaya ilişkin suç teşkil eden fiillerin öngörülmüş olması,
- Yasaklama kararını veren makamların, fiilin niteliğine göre idare ya da yargı makamı olması,
- Suç teşkil eden fiillerle ilgili yasaklama kararı verilmeden, öncelikle mahkeme kararının kesinleşmiş olmasının aranmasıdır.

Sonuç olarak, ihaleden yasaklanma ile ilgili olarak AB Mevzuatı'nda daha somut ve Türk Mevzuatı'na daha yakın düzenlemelerin olduğu söylenebilir. Şüphesiz, bu benzerliklerde Türkiye'nin AB'ye uyum çabaları ve aday ülke statüsünde olmasının etkisi büyüktür.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İHALEDEN YASAKLANMA KARARININ İDARİ İŞLEM TEORİSİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Tezimizin bu bölümünde, öncelikle idari işlem teorisi ve kamu ihalelerinin hukuki niteliği hakkında bilgi verilecek ve daha sonra, kamu ihalelerinden yasaklanmayı içeren işlem, idari işlem teorisi çerçevesinde incelenecektir. Bu bağlamda, kamu ihalelerine katılma yasağı türlerinden birisi olan “idari yasaklama” esas alınacaktır.

İhaleden idare tarafından yasaklanmayı içeren işlemin, idari işlem olup olmadığı; idari işlem ise bu işleme ait unsurların neler olduğu, işlemin ne zaman yürürlüğe gireceği gibi hususlara açıklık getirilecektir.

Bu bölümde ayrıca, “ihaleden yasaklama” kavramının ne olduğuna açıklık getirilecektir. İhaleye katılma yasağı konusunda, ihale aşaması boyunca –ihale sözleşmesi imzalanıncaya kadar- uygulanacak olan 4734 sayılı Kanun, incelememizin esasını oluşturacaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 2’nci maddesine göre Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında kalan idarelerin ihalelerine, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanacaktır. Kamu İhale Kanunu’nun 3’üncü maddesinde ise, Kanun kapsamına girmeyen “ihale işleri” yer alır. “İstisnalar” başlığı altında düzenlenen işlerle ilgili olarak 3’üncü maddenin son fıkrasında “*Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir*” ibaresi yer alır. Bundan anlaşılacağı üzere, 4734 sayılı Kanun’un kapsamı dışında kalan işlerde, ihale sürecindeki ve devamındaki işlemlerde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanmayacaktır. Zira

2886 sayılı Kanun kapsamına giren işler, 4734 sayılı Kanun'un kapsamı dışındadır. Ancak "ceza ve yasaklamaya" ilişkin bir durumla karşılaşıldığında, 4734 sayılı Kanun'un "Cezalar ve Yasaklara" ilişkin hükümleri bu işlerde uygulanacaktır.

Kanunkoyucu, bu hususta bilinçli bir tercih yapmıştır. Zira AB Direktifleri ve uluslararası alanda ihale hukukunda başlayan yeknesaklaştırma çalışmalarının etkisiyle çıkarılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ihale sürecinde düzeni sağlamaya yönelik olarak, 2886 sayılı Kanun'a göre daha kapsamlı "ceza ve yasaklama hükümlerine" yer vermiştir. Bundan dolayı, 4734 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalıp 2886 sayılı Kanun'a tabi işlerle ilgili olarak, 4734 sayılı Kanun'daki ceza ve yasaklara ilişkin hükümler uygulanacaktır.

## **I. İDARİ İŞLEM TEORİSİ VE KAMU İHALELERİ**

Kamu ihaleleri, idarenin mal edinme faaliyetlerinin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. İdare, ihtiyaç duyduğu mal-hizmet alımı ve yapım işlerini "kamu ihalesi" müessesesini kullanarak halleder; fakat bu müesseseyi keyfi olarak değil, kanunkoyucu tarafından özel olarak düzenlenen kurallar çerçevesinde kullanır. Bu nedenle söz konusu kuralların idari işlem teorisine göre hukuki niteliğinin belirlenmesi, kamu ihalesi müessesesinin netleşmesi açısından önemlidir.

İdari işlem, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin ifası sırasında, bireylerin hukuki statüsünde değişiklik meydana getirecek şekilde tesis ettiği, nihai amacı kamu yararı olan işlemlerdir. İdari işlemler, kamu hukuku işlemlerinin büyük bir kısmını oluşturmasının yanında; idare fonksiyonunun yerine getirilmesinde rol oynar<sup>199</sup>. Bu işlemler, kamu gücü kullanılarak yapılır.

---

<sup>199</sup> GÜNDAY, a.g.e., s. 109.



Mutlaka idare tarafından yapılan her işlemin, idari işlem olarak kabul edilmesi düşünülemez. Nitekim idari işlem kavramı, “idarenin işlemleri” kavramıyla aynı değildir<sup>200</sup>. Bunun en önemli sonucu, idarenin sözleşme akdetmesinin idari işlem olarak kabul edilmemesidir.

Bilindiği üzere idari işlem teorisinde idari işlemler; “tek taraflı idari işlemler” ve “iki taraflı idari işlemler” olarak ikiye ayrılmaktadır. Tek taraflı idari işlemler ise “bireysel işlemler (idari kararlar)” ve “düzenleyici işlemler” olmak üzere, kendi içerisinde ikiye ayrılır. Söz konusu ikili ayırım ise yine kendi içerisinde işlemdeki irade sayısına göre, iradenin açıklanmasına göre, doğuracağı hukuki sonuçlara göre ve etkilerine göre çeşitli alt gruplara ayrılmaktadır<sup>201</sup>.

İki taraflı idari işlemler ise isminden de anlaşılacağı üzere, idarenin işlem tesis ederken sadece kendi iradesini açıklamadığı; karşısında gerçek ya da tüzel bir kişinin de bulunduğu “idari sözleşmeleri” içerir. Zira idare, yürütmekte olduğu faaliyetleri kural olarak tek taraflı işlemleriyle yerine getirir; ancak istisnai durumlarda işlemin karşı tarafını oluşturanların iradeleri de işlemin tesis edilmesinde etkili olur<sup>202</sup>. Bu bağlamda, idarenin, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanabildiği<sup>203</sup> sözleşmeler, “idari sözleşmeler” adını alır. Söz konusu sözleşmelere idare hukuku kuralları uygulanır.

---

<sup>200</sup> GÜNDAY, a.g.e., s. 110.

<sup>201</sup> ATAY, a.g.e., s. 361-371.

<sup>202</sup> ATAY, a.g.e., s. 441.

<sup>203</sup> İdarenin, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanmasındaki nihai amaç, “kamu yararını” gerçekleştirmektir.

Diğer taraftan; idarenin sözleşme imzaladığı muhatabı ile eşit durumda bulunduğu sözleşme türüne ise “idarenin özel hukuk sözleşmeleri”<sup>204</sup> adı verilir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin sözleşmeleri arasında yer alan ve idari sözleşmelerin dışında kalan sözleşmelere verilen genel addır. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, GÜNDAY tarafından, “kamu ihaleleri” olarak adlandırılmıştır<sup>205</sup>. Buna bağlı olarak, kamu ihalelerine özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı izlenimi ortaya çıksa da; kamu yararı ve kamu parasının ön planda olduğu kamu ihalelerine, ihale aşamasından sözleşme aşamasına kadar kamu hukuku kuralları uygulanır<sup>206</sup>. Ancak doktrinde, ihale aşaması ile sözleşme aşamasına farklı hukuk kurallarının uygulanmasını eleştiren görüşlere de rastlamak mümkündür<sup>207</sup>.

Kamu ihalesi kavramı, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri almasını; yapım işlerini gerçekleştirebilmesi için tedarikçi ve müteahhitleri belirlemek amacıyla kullandığı faaliyeti ifade eder. Dar anlamda kamu ihalesi, idarenin ihtiyaçlarını karşılamak üzere gerçekleştirdiği seçme faaliyetinden ibarettir. Kamu ihale sözleşmesi ise idarenin, ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ya da yapım işini karşılayacak olan kişiyi belirledikten sonra, o kişi ile aralarında akdettikleri ve karşılıklı yükümlülüklerinin yer aldığı sözleşmeye denir. İdarenin kamu hizmetlerini

---

<sup>204</sup> İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, geniş anlamda düşünüldüğünde telefon, doğalgaz, su, elektrik gibi ekonomik ve ticari kamu hizmetlerinden bireylerin yararlanmasını sağlayan abonman sözleşmelerini de kapsamaktadır. Bkz : ATAY, **a.g.e.**, s. 451.

<sup>205</sup> GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 179.

<sup>206</sup> GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 179.

<sup>207</sup> TEKİNSOY’a göre: “*idare, kamu yararı amacıyla girdiği bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin imzalanmasından itibaren neden özel hukuk kurallarına tâbi olabileceğini açıklamakta yetersizdir: Sözleşme imzalanmakla idarenin kamu yararını gerçekleştirmek için hareket etme zorunluluğu ortadan kalkmış mıdır?*” Ayhan TEKİNSOY, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Yıl: 2006, s. 223. (s-181-227).

yürütemek için ihtiyaç duyduğu edimlerin karşılanmasına yönelik tedarik sözleşmeleridir (Beschaffungsvertrag)”<sup>208</sup>.

Doktrinde bazı yazarlara göre, idari sözleşmelerde de kamu ihalelerinin yapılmasında kullanılan “ihale usulleri ve kuralları” uygulanmalıdır. ONAR, ihale hukukunda geçerli olan bu ilkelerin geniş bir bakış açısıyla, idari sözleşmelere de uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>209</sup>. Bu görüşe göre idare, idari sözleşmeyi akdederken, ihale usulleri ve kurallarını kullanacağından, ihale ilkelerine de riayet etmelidir. Bundan dolayı, kamu ihalesi usulü sadece idarenin özel hukuk sözleşmelerinde değil, aynı zamanda idari sözleşmelerde de uygulanabilir. GÖZLER de bu görüşe katılmakta ve şunları ilave etmektedir: “Eğer kamu ihalesi usulü, sadece özel hukuk sözleşmesi yapma usulüyse, kamu ihalesi konusuna idare hukuku eserlerinde değil, borçlar hukuku eserlerinde yer verilmesi gerekirdi”<sup>210</sup>.

Bazı hukuk sistemlerinde ise, ihale usul ve kuralları özelleştirme faaliyetlerinde de kullanılır<sup>211</sup>. Türk Hukuku’nda, ihale usul ve kurallarının özelleştirme faaliyetlerinde kullanılmaması gerektiği görüşü KARAHANOGULLARI tarafından savunulmaktadır<sup>212</sup>. Bu görüşe göre, ihale bir özelleştirme yöntemi değildir. Nitekim ihale, idarenin sözleşme iradesi oluşturmak üzere kullandığı idari yöntemdir. Buna bağlı olarak KARAHANOGULLARI isabetli bir şekilde, “*kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari*

---

<sup>208</sup> BUZ, a.g.e., s. 67.

<sup>209</sup> ONAR, a.g.e., C. III, s. 1590.

<sup>210</sup> GÖZLER, a.g.e., s. 449.

<sup>211</sup> İhale usullerinin idari sözleşmelerin akdedilmesinin dışında, özelleştirme işlemlerinde de uygulanmasına yönelik bir örnek İngiltere’dedir. İhale kuralları yalnızca idari sözleşmelerde değil, özelleştirme faaliyetlerinde de uygulanmaktadır. Lisa HARRIS/ David PARKER/ Andrew COX, “UK Privatization: Its Impact on Procurement,” **British Journal of Management**, Vol. 9, Special Issue, S13–S26 (September 1998) <http://international.westlaw.com> (erişim:16.04.2009).

<sup>212</sup> Onur KARAHANOGULLARI, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale,” **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 7, S. 1, Yıl:1998, s. 106.

sözleşmeler de idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulur. İdarenin özel hukuk kişileriyle eşit düzeyde sözleşme yapıyor olması, sözleşme yapma iradesini oluşturmada idari yöntemlerden kurtulma imkanına sahip olduğu anlamına gelmez. İhale, idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri, özetle “idarenin sözleşmeleri” oluşturulurken izlenmesi gereken idari yöntemdir.” demek suretiyle, ihale usul ve kurallarının sadece idarenin mal, hizmet ya da yapım işi alımlarında değil; idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerinin olduğu idari sözleşmelerde de uygulanacağını vurgulamıştır<sup>213</sup>.

## II. İDARİ YASAKLAMA İŞLEMİNİN İDARİ İŞLEM TEORİSİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Bir gerçek veya tüzel kişi ihale isteklisinin, ihaleden idare tarafından Kanun’da sayılan sebeplere dayalı olarak yasaklanması, idari işlem olarak kabul edilebilir mi? Bu soruya net bir yanıt verebilmek için idari işlemi oluşturan unsurların “idari yasaklama işlemi” açısından tek tek incelenmesi gerekir.

### A. İdari Yasaklama İşleminin Unsurları

İdari işlemin unsurları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinde<sup>214</sup> yer almıştır. Buna göre iptal davalarını inceleyecek olan idari yargı

<sup>213</sup> KARAHANOGULLARI, a.g.m., s. 107.

<sup>214</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu,

“Madde 2

1. (Değişik: 10.6.1994 – 4001/1 md.) İdari dava türleri şunlardır :

a) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 21.9.1995 tarih ve E: 1995/27, K: 1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8.6.2000-4577/5 md.) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ...”

mercileri, işlemin “yetki, şekil, sebep, konu ve amaç” öğelerinde hukuka aykırılık olup olmadığını tespit ettikleri takdirde, işlemi iptal edecektir.

İdare tarafından gerçekleştirilen kamu ihalelerinde, ihale sürecindeki düzeni korumaya yönelik olarak idare tarafından başvuru en önemli işlem, ihaleden yasaklama işlemidir. Ancak bu işlemin, bir idari işlem oluşturup oluşturmadığının net olarak saptanabilmesinin önkoşulu, idari işlemlerin unsurlarını taşıyıp taşımadığını incelemektir.

### **1. İhaleden Yasaklanma İşleminde Yetki**

Bir idari işlemin tesisinde belirli bir kişi ya da kişilerin hukuken yetkili kılınmasını ifade eder. Yetki, kamu düzenine ilişkin bir kavramdır. Bu sebeple gerek yargı organları tarafından, gerekse idari merciler tarafından re’sen dikkate alınır.

İdare tarafından gerçekleştirilen ihaleden yasaklama kararı, 4734 sayılı KİK’in 58’inci maddesinde belirtilen makamlar tarafından verilir. Buna göre, ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlık tarafından, bu işlem gerçekleştirilir. Bu durumda KİK tarafından, yasaklama kararını verecek yetkili merci, “idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlık” şeklinde belirlenmiştir. Kanunen yetkili kılınan bakanlıklar dışında başka bir idari merciin; örneğin Bakanlar Kurulu’nun bazı kişi/kişilerin ihaleden yasaklanmasına yönelik karar almasına imkan yoktur. Şayet yetkisiz bir idari makam tarafından alınan yasaklama kararının hüküm ifade etmeyeceği ve “yokluk” yaptırımına tabi olacağı şüphesizdir.

## 2. İhaleden Yasaklanma İşleminde Şekil

İdari işlemlerin bir başka unsuru olan şekil, bir idari işlemin hangi yöntem izlenerek tesis edileceğini belirtir. Bir başka anlamıyla şekil, bir idari işlemin tesisi sırasında idari makamın iradesini açıklama biçimi olarak ifade edilebilir.

İdari işlemlerde belli başlı şekil kuralları, işlemin kural olarak yazılı yapılması ve gerekçesinin belirtilmesi şeklindedir.

İhaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektiren bir durumun olup olmadığını tespit edecek ve bu tespit sonucunda “yasaklamaya ilişkin şüpheli bir durum olduğunu” fark ederse, bu durumu ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlığa bildirecektir. Bakanlık, “yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç 45 gün içinde” yasaklama kararını verir. Bu karar, Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar, Kamu İhale Kurumu’na izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillere kaydedilir.

Yukarıda açıklanan yasaklama usulü, ihaleyi yapan idarenin bağlı veya ilgili olduğu bakanlığa bildirimde bulunması, bakanlığın yasaklama kararı vermesi ve bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanması şeklindedir. Buradaki şekil şartı, yasaklama kararının bakanlık tarafından tesisine ilişkindir. Yasaklama kararı, bakanlığın işlem tesis etmesi suretiyle doğmuştur ancak hüküm ve sonuçlarını doğrabilmesi için 4734 sayılı KİK, 58’inci maddesinde, “yasaklama kararının 15 gün içinde Resmi Gazete’de yayımlanması” usulüne yer vermiştir. Bu durumda, işlemin Bakanlık tarafından yazılı bir şekilde tesisi şekil şartıyken; Resmi Gazete’de bu kararın yayımlanması “yürürlük şartıdır”. Bu bağlamda, yasaklamaya dair işlemin bakanlık

tarafından sözlü olarak verilmesi, işlemi şekil açısından sakatlar ve iptal edilebilir hale getirir.

### **3. İhaleden Yasaklanma İşleminde Konu**

İdari işlemlerde konu unsuru, idari işlem ile hukuk dünyasında meydana gelen değişiklik anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle konu unsuru, idari işlemin doğurduğu hukuki sonuçtur.

Kamu ihalelerinden bir kişinin yasaklanmasına ilişkin idari işlemin konusu, o kişinin, kanunda belirtilen süreye uygun olarak, idare tarafından öngörülen süre içerisinde hem ihaleyi yapan idarenin başka ihalelerine hem de diğer idarelerin ihalelerine katılamamaktır. İdari işlemlerin konusu, idare ya da bireyler tarafından serbestçe belirlenmediğinden, bu husus, kanunlarda yer alır. Kamu ihalelerinden yasaklanma işleminin konusu da bu kurala uygun olarak, 4734 sayılı KİK’te düzenlenmiştir.

İhaleye katılmaktan yasaklamaya dair idari işlemin konu ögesindeki eksiklik sebebiyle, idari işlem hukuka aykırı hale gelir. Bu işlem iptal edilebilir bir işlem haline gelir. Yasaklama işleminin konu ögesindeki sakatlığa örnek olarak, bir ihale isteklisinin usulüne göre ihale sözleşmesi yapmaması sebebiyle, KİK’in 58’inci maddesine göre idare tarafından ihaleden yasaklanması gereken süre, 1 yıla kadar olmasına rağmen, bu sürenin 1,5 yıl olarak belirlenmesi işlemin konu ögesinde sakatlık meydana getirir. Bu işlemin idari yargı mercileri tarafından iptal edilmesi gerekir.

İhaleden yasaklamaya ilişkin idari işlemin konu unsurunda sakatlığa sebep olan bir örnek, Danıştay 13. Dairesi'nin temyiz incelemesine konu olmuştur<sup>215</sup>. Danıştay, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi olmayan İller Bankası'nın "İller Bankası İhale Yönetmeliği'ne uygun olarak ihale düzenlemesine rağmen, ihaleden yasaklama kararını, sadece "bankanın merkez ve bölge teşkilatlarında yapılacak ihaleler" açısından vermemiş olmasını, hukuka aykırı bulmuştur. Nitekim İller Bankası, düzenlediği ihalede, kişiyi "tüm ihalelerden" yasaklamıştır. Bu durum, dava konusu işlemin konu unsurunda sakatlık meydana getirmiştir.

#### **4. İhaleden Yasaklanma İşleminde Sebep**

İdari işlemlerde bulunması gereken unsurlardan bir diğeri "sebep" unsurudur. İdari işlemlerde sebep, idareyi bir idari işlem tesis etmeye sevk eden etkenlerdir. Bu etkenler, idari işlemde önce hukuk dünyasında var olmuş ve hukuk kuralları tarafından belirlenmiştir.

İhaleye katılmaktan idare tarafından yasaklanmayı öngören 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yasaklama işleminin sebep ögesine yer verilmiştir. Bu bağlamda, idare aynı Kanun'un 17'inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışları tespit ettiği takdirde, bir ihale isteklisini ihaleden yasaklayabilir.

İdarenin ihale yasağı kararı verebilmesine dayanak oluşturan bir başka yasal sebep ise, 58'inci maddenin 1'inci fıkrasında yer alan " sözleşmenin usulüne uygun olarak akdedilmemesidir". İdare, ihale isteklisinin söz konusu fiilini tespit ettiği takdirde, bu istekli hakkında ihaleden yasaklanmasına ilişkin idari işlem tesis edebilir. Ancak somut olayda, idareyi ihale yasağı kararı vermesine itekleyen

---

<sup>215</sup> D.13.D., 03.03.2008, E. 2007/1167, K. 2008/3006, **DBB**,  
<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 14.04.2009).



herhangi bir sebep yokken, idarenin böyle bir karar alması, işlemin sebep ögesinde sakatlık yaratacaktır. Bu işlemin de iptal edilmesi gerekir.

## **5. İhaleden Yasaklanma İşleminde Amaç**

İdari işlemlerin son ögesi ise amaçtır. Amaç, idarenin bir idari işlemde beklediği nihai sonuçtur. Tüm idari işlemlerin nihai amacı, kamu yararının sağlanmasıdır. Bunun dışında idari işlemlerde, kanuna uygun olarak somut başka amaçlar da öngörülmüş olabilir.

Kamu ihalelerinden yasaklanmayı öngören idari işlemin, salt kamu yararı sağlamak amacıyla değil; fakat ihale isteklisi ile idare arasında daha önceden yaşanmış ve siyasi sebebe dayalı bir anlaşmazlık nedeniyle tesis edilmesi durumunda, idari işlemin amaç unsurunda sakatlık meydana geleceği açıktır. İdari işlemin amaç unsurundaki sakatlık nedeniyle “**yetki saptırması**” adı verilen bir hukuka aykırılık türü ortaya çıkar.

Bir diğer örnek ise, ihale görevlilerinin, sadece kişisel amaçlarla, ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına sebep olmasıdır. Örneğin, bir ihale görevlisi ile arasında husumet bulunan bir ihale isteklisi, görevlinin, bu kişi hakkında herhangi bir yasak fiil ve davranışı ileri sürmesiyle bakanlık tarafından ihaleden yasaklanırsa, bu durumda, kişisel amaç güdülen bir idari işlem tesis edilmiş olacaktır. Bu işlem, yetki saptırması nedeniyle hukuka aykırıdır ve iptal edilmesi gerekir.

## **B. Kamu İhalesine Katılma Yasağı Kararının Verilmesi ve Uygulanması**

### **1. İhaleye Katılma Yasağı Kararını Verecek Makamlar**

İhalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulayacak makamlar, ihale sürecinde, yasak fiilin niteliğine göre farklılık gösterir. İhale isteklisinin, yasak fiil

veya davranışı suç unsuru taşııyorsa, 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesine göre ihaleden yasaklanacak kişilerin, ihaleye ilişkin bir suç işlemiş olması aranmaz. Yasak fiil veya davranışlarda bulunmaları veya sözleşme yapmaya yanaşmamaları, kendilerinin ihaleden yasaklanması için yeterlidir.

Madde 58'e göre ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulayacak olan makam, idaredir. Zira bu ihale yaptırımına "idari yaptırım" özelliği kazandıran, idarenin tesis ettiği işlem sonucunda ortaya çıkmasıdır. 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "... *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.*" ifadesine yer verilmiştir. Bu hükme göre, ihaleden yasaklama yaptırımı;

1. İhaleyi düzenleyen bakanlık,

2. İhaleyi düzenleyen kamu kurum veya kuruluşunun bağlı veya ilgili bulunduğu bakanlık,

3. Diğer idari makamlar (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 uygulanır.

İhaleyi düzenleyen makam, bakanlığın kendisi ise; yasaklama yaptırımını uygulayacak olan o bakanlıktır. Örneğin; Ulaştırma Bakanlığı, telekomünikasyon hizmetleriyle ilgili bir kamu ihalesi düzenlemiş ve bu ihaleye katılan isteklilerden

birisi de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yasak bir fiilini tespit etmişse, 58'inci maddeye göre "ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını" Ulaştırma Bakanlığı uygulayacaktır.

İhaleyi düzenleyen bir kamu kurumu veya kamu kuruluşu ise, bunların bağlı olduğu bakanlık ya da ilgili olduğu bakanlık, ihaleden yasaklama yaptırımını uygulayacaktır. Bağlı bakanlık ve ilgili bakanlık, farklı kavramlardır. 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun'da<sup>216</sup> bu kavramlara yer verilmiştir.

Buna göre, bağlı bakanlık<sup>217</sup>; genellikle genel müdürlük şeklinde kurulmuş bir kamu kuruluşunun; özel bir kanunla belli bir bakanlığa bağlanması sonucunda ortaya çıkan kavramdır<sup>218</sup>. Bir başka ifadeyle, bir bakanlığın bağlı kuruluşu<sup>219</sup>, bakanlığın hizmet ve görev alanına giren bir konuda ana hizmetleri yürütmek üzere özel bir kanunla kurulmuş, genel bütçe içinde ayrı bir bütçesi olan veya katma bütçeli<sup>220</sup> veya özel bütçeli kuruluştur<sup>221</sup>. Bir bakanlığa bağlı olarak çalışan kamu kuruluşunun; kural olarak ayrı bir kamu tüzelkişiliği bulunmamaktadır. Ancak, bazıları hizmet yerinden

---

<sup>216</sup> RG, 27.09.1984 tarih, Sayı: 18540.

<sup>217</sup> Bakanlık bağlı kuruluşları:

*Madde 10 - Bağlı kuruluşlar bakanlığın hizmet ve görev alanına giren anahizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlardır.*

*Bağlı kuruluşlar, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra teşkilatından meydana gelecek şekilde düzenlenir.*

*Bağlı kuruluşların taşra teşkilatı; bölge, il ve ilçe kuruluşları şeklinde veya doğrudan kendine bağlı olarak kurulabilir.*

*(Ek: 15/10/1986-3313/2 md.) Bağlı kuruluşlar, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, diğer bir bakanlığa bağlanabilir.*

<sup>218</sup> ATAY, a.g.e., s. 182.

<sup>219</sup> Bağlı kuruluşlar, Başbakan'ın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı'nın onayı ile diğer bir bakanlığa bağlanabilir. Ancak bazı bağlı kuruluşların tüzel kişiliği olmayabilir. Tüzel kişiliği olmayan bağlı kuruluşlarla bakanlık arasındaki ilişki hiyerarşi ilişkisi iken; tüzel kişiliği olan bağlı kuruluşla bakanlık arasındaki ilişki vesayet ilişkisidir. Bkz: GÖZLER, a.g.e., s. 134.

<sup>220</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 12'nci maddesine göre bütçe türleri; genel bütçe ve özel bütçe olarak belirlenmiştir. Katma bütçe kavramı kaldırılmıştır.

<sup>221</sup> GÖZLER, a.g.e., s. 133-134.

yönetim kuruluşu olarak düzenlendiğinden dolayı sadece bunların kamu tüzelkişiliği vardır. Aynı bir kamu tüzel kişiliği olmayan bağlı kuruluşlar ile bakanlık arasındaki ilişki hiyerarşi ilişkisi iken; ayrı bir kamu tüzelkişiliği olan bağlı kuruluşlar ile bakanlık arasındaki ilişki, idari vesayet ilişkisidir.

İlgili bakanlık<sup>222</sup> kavramı ise, tüzel kişiliğe sahip bağlı kuruluşlara dahil olmayan bazı hizmet kuruluşlarının, bir bakanlıkla ilişki içinde olmasıdır<sup>223</sup>. İlgili bakanlık ile kamu kuruluşunun arasındaki ilişki idari vesayet ilişkisidir.

Bu durumda, bir kamu ihalesini düzenleyen kamu kuruluşunun ilgili mevzuatına göre merkezi teşkilat içerisinde bağlı veya ilgili olduğu bakanlık tespit edildikten sonra bu bakanlık, ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına karar verecektir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 30.04.2007 tarihli bir kararına, Akdeniz Üniversitesi tarafından düzenlenen bir tıbbi cihaz alımı ihalesine katılan bir şirketin, üniversite rektörlüğü tarafından ihaleden yasaklanması konu olmuştur. Şirket, hakkında verilen yasaklama kararına karşı Antalya 2. İdare Mahkemesi'nde dava açmış; ancak mahkeme, davalı idarenin yasaklama kararını yerinde bulmuştur. Şirket, bu karara karşı temyiz isteminde bulunmuştur. Danıştay 13. Dairesi, Antalya 2. İdare Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Ancak davacı şirket, karar düzeltme yoluna gitmiştir. Karar düzeltme istemini değerlendiren Danıştay 13. Dairesi, 30.04.2007 günü verdiği kararda, Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü'nün, ihaleden yasaklama

---

<sup>222</sup> Bakanlık ilgili kuruluşları:

*Madde 11 - İlgili kuruluşlar; özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlenir. Bu kuruluşların ilgili olduğu bakanlık bu Kanunun koyduğu usule göre belirlenir.*

<sup>223</sup> ATAY, a.g.e., s. 182.

kararı verme yetkisinin olup olmadığını irdelemiştir. Bu bağlamda, üniversiteler tarafından doğrudan yasaklama kararı verilemeyeceğine hükmeden Danıştay 13. Dairesi, kararında şu hususlara yer vermiştir: “ *Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 3’üncü maddesinde, üniversitenin bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu; 7’nci maddesinin k fıkrasında, Yükseköğretim üst kuruluşları ile üniversitelerce hazırlanan bütçeleri tetkik ve onayladıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığına sunmak, YÖK’ün görevleri arasında sayılmıştır. Bu düzenlemeler uyarınca, üniversiteler yönünden, YÖK’ün ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğu anlaşıldığından, ihale isteklileri hakkında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verilebileceğinden, üniversitelerce doğrudan yasaklama kararı verilememektedir.... Davalı Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü tarafından tesis edilen işlem, yetki yönünden hukuka aykırı bulunduğundan... Antalya 2. İdare Mahkemesi’nin kararının bozulmasına... oybirliğiyle karar verildi.*”

Danıştay’ın vermiş olduğu bu karar, oldukça yerinde bir karardır. Zira üniversiteler düzenledikleri ihalelerde doğrudan yasaklama kararı verme yetkisine sahip değildir. Yükseköğretim Kanunu’nda, YÖK’ün ilgili olduğu bakanlığın, Milli Eğitim Bakanlığı olmasından dolayı, üniversiteler, ihaleden yasaklama ile ilgili konuları Milli Eğitim Bakanlığı’na bildirmekle yükümlüdür. İhaleden yasaklama kararı, MEB tarafından verilecektir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise bağımsız idari otoritelerle özdeşleşen bir kavram olan “ilişkili bakanlık”tır. Bu kavramla ilgili olarak doktrinde henüz bir fikir birliğine varılamamasına rağmen, bu kavramın KİK’in 58’inci maddesinde yasaklama makamları arasında sayılmamış olmasının etkisinin ne olacağı da araştırılmalıdır. Bu bağlamda, ilişkili bakanlık kavramının Kanun’da kullanılmamış olması ciddi bir eksiklik olarak kabul edilecek midir? Bu sorunun yanıtına, ilişkili bakanlık ve bağımsız idari otorite kavramlarının incelenmesiyle ulaşılır.

Bağımsız idari otoriteler, çeşitli faaliyet alanlarının düzenlenmesi, denetlenmesi amacıyla kurulmuşlardır. Bu kuruluşlar, ULUSOY tarafından isabetli bir şekilde şöyle tanımlanmıştır<sup>224</sup>: “*Toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileridir.*” Faaliyet alanlarına göre farklı alanlarda görev yapan bu kurumlar, temel hak ve hürriyetlerin korunup güvence altına alınması rolünü de üstlenmiştir<sup>225</sup>. Bu kurumların bir başka işlevi ise ekonominin düzgün çalışmasını sağlamaktır<sup>226</sup>. Tez konumuz olan kamu ihalesi sektöründe düzenleme, denetleme, kural koyma yetkilerine sahip olan Kamu İhale Kurumu, ekonominin düzgün işlemesi açısından rol üstlenmiş bir bağımsız idari otoritedir.

---

<sup>224</sup> ULUSOY, **a.g.e.**, s. 1-2.

<sup>225</sup> ATAY, **a.g.e.**, s. 311.

<sup>226</sup> ATAY, **a.g.e.**, s. 311.

Her bağımsız idari otorite, idari teşkilat içerisinde ya Başbakanlıkla ya da bir bakanlıkla “ilişkilendirilmiştir”. Kural olarak, bakanlıkların teşkilatlanmasında “ilgili kuruluş” ve “bağlı kuruluş” kavramlarına yer verilmiştir. Fakat bağımsız idari otoriteler müessesesinde, üçüncü bir kavram olarak “ilişkili bakanlık” kavramı ortaya çıkmıştır. Bağımsız idari otoritelerle ilgili olarak “ilişkili bakanlık” kavramına açıklık getiren kanun tasarısı<sup>227</sup>, 12.07.2004 tarihinde TBMM’ye sevk edilmiş olmasına rağmen, henüz kanunlaşmamıştır. “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı”nın “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinin c bendine göre ilişkili bakanlık: “*Düzenleyici ve denetleyici kurumların Bakanlar Kurulu ile ilişkilerine aracılık etmek ve bu Kanun çerçevesinde belirlenen yetkileri kullanmak üzere kurumun kuruluş kanununda öngörülen bakanlığı*” ifade eder.

Bağımsız idari otoritelerle ilgili bir başka çerçeve kanun önerisi ise ULUSOY’a aittir<sup>228</sup>. Bu önerinin “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinin 5’nci fıkrasında yer alan “ilişkili bakan” kavramı şöyle ifade edilmiştir: “*Bağımsız idari otoritelerin Bakanlar Kurulu ve Merkezi İdare ile ilişkilerini yürüten ve Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen ve değiştirilebilen bakandır.*”

İlişkili bakanlık kavramının idare hukukunda kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak doktrinde ve yargıda görüş birliğinin olmadığı gözlenir.

İlişkili bakanlık kavramıyla ilgili ilk görüş, ULUSOY’a aittir. Buna göre, bağımsız idari otoritelere ait mevzuatlardan bazılarında, kanunkoyucu tarafından

---

<sup>227</sup> Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı,

[http://www.kamuyonetimi.org/belgeler/duzenleyici\\_denetleyici\\_kurullar\\_tasarisi.php](http://www.kamuyonetimi.org/belgeler/duzenleyici_denetleyici_kurullar_tasarisi.php)

<sup>228</sup> Bağımsız İdari Otoritelerin Oluşumu, Teşkilatı, Personeli, Yönetimi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun (Bu kanun önerisi, 17-18 Aralık 2002 tarihinde Ankara’da STEAM tarafından düzenlenen Bağımsız Kurullar ve Piyasa Ekonomisi Arenası’nda ULUSOY tarafından sunulmuştur), ULUSOY, a.g.e., s. 185-202.

“ilişkili bakanlık” kavramının kullanılması tesadüfi değildir. Bu kavram, bu kurumlarla bakanlıklar arasındaki bağın daha gevşek olduğunu, ilgili bakanlık ile kuruluş arasındaki bağ kadar sıkı olmadığını ifade eder<sup>229</sup>.

Bir başka görüş ise GÜNDAY’a aittir. Buna göre ilişkili bakanlık kavramı, bağımsız idari otoritelerle bakanlık arasındaki görev yönünden bir ilişkiyi ifade etmektedir<sup>230</sup>.

Bir diğer görüş ise GÖZLER’e aittir<sup>231</sup>. Buna göre, ilişkili bakanlık kavramı, bağımsız idari otoritelerin, “özerklik” özelliklerini muhafaza etmek suretiyle, Başbakanlık veya bakanlıklardan birisiyle ilişkilendirilmiş olmasını ifade eder<sup>232</sup>.

ATAY ise bağımsız idari otoritelerle bazı bakanlıkların ilişkilendirilmiş olmasıyla ilgili olarak, bu ilişkinin, hiyerarşi ve vesayet denetimi dışında olduğunu ifade eder<sup>233</sup>.

TAN, bağımsız idari otoriteler ve bakanlıklar arasında “ilişkili olma” kavramının kullanılmasını eleştirmek suretiyle bunların hukuki olmaktan uzak

---

<sup>229</sup> ULUSOY, **a.g.e.**, s. 181. ULUSOY, bağımsız idari otoriteler ve idarenin bütünlüğü ilkesiyle ilgili tereddütlerin giderilmesine ilişkin bir öneride bulunmaktadır. Buna göre, bir bağımsız idari otoritenin aldığı bütün kararları ilişkili bakanlığa göndermesi ve ilişkili bakanlıkların hukuka aykırı gördükleri kararları idari yargıya götürme yetkilerinin bulunması ile idarenin bütünlüğü ilkesi sağlanmış olacaktır. Ancak bu şekilde, bağımsız idari otoritelerle ilişkili oldukları bakanlıklar arasında **modern bir idari vesayet yetkisi** ilişkisi kurulabilir. ULUSOY, **a.g.e.**, s. 126-127. Söz konusu “modern vesayet ilişkisi” çözümü, bazı yazarlar tarafından isabetli görülmüş ve bu kurumlarının işlemlerinin denetlenmesi konusundaki bazı sorunların ancak bu çözüm ile ortadan kalkacağı ifade edilmiştir. Bkz: Mehmet ALTUNDIŞ, “Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukuku’nda Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Etkileri,”

[http://www.danistay.gov.tr/makale\\_mehmet\\_altundis113.htm#\\_ftn76](http://www.danistay.gov.tr/makale_mehmet_altundis113.htm#_ftn76) (erişim: 10.04.2009).

<sup>230</sup> GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>231</sup> Gözler’e göre, ilişkili bakanlık kavramının pozitif temelini varlığı oldukça şüphelidir. Yazar, bu şüpheyi dayanak olarak; 15 Temmuz 2004 tarih ve 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun’da, bu kavrama yer verildiğini; fakat Kanun’un Cumhurbaşkanının kanunu geri göndermesinden sonra TBMM tarafından yeniden görüşülmeyerek kadük olmasını göstermektedir. Nitekim kadük olan bir kanun, yürürlüğe giremeyeceğinden, ilişkili bakanlık kavramının kullanılması konusunda şüpheler ortaya çıkmıştır. GÖZLER, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>232</sup> GÖZLER, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>233</sup> ATAY, **a.g.e.**, s. 182.



olduğunu vurgulamıştır<sup>234</sup>. TAN, bu görüşüyle ilgili olarak, 3046 sayılı Kanun'da "ilişkili bakanlık" kavramından hiç söz edilmeyişinin de, bu kavrama hukukilik kazandırmayacağını da eklemektedir<sup>235</sup>.

Öte yandan, ilişkili bakanlık konusunda Danıştay 1. Dairesi'nin 24.10.2002 günlü bir kararında<sup>236</sup>, ilgili bakanlık ve ilişkili bakanlık kavramlarını aynı kabul edilerek bu sorunu aşılmaya çalışıldığı görülür. Oysa Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.06.2006 tarihinde Merkez Bankası'nın ilişkili olduğu bakanlık konusunda vermiş olduğu kararda<sup>237</sup>, "ilişkili bakanlık" kavramına sıkça vurgu yaptığı görülmüştür. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “

*“Danıştay Beşinci Dairesince, T.C. Merkez Bankasının salt kamu kurumu olması nedeniyle Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esaslarını düzenleyen 3046 sayılı Kanuna göre Devlet Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğu belirtilmiş, ancak, Bankanın, 3046 sayılı Kanununun 11. maddesinde öngörüldüğü şekilde bir "ilgili kuruluş" olup olmadığı tartışılmamıştır.*

*3046 sayılı Kanununun 11. maddesine göre, "özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları" ilgili kuruluş olarak nitelenmektedir. T.C. Merkez Bankası, özel bir kanunla kurulmakla beraber, kamu iktisadi teşebbüsü sayılmadığına ve görev ve yetkilerini kullanırken, kendi teşkilatını kendisi*

<sup>234</sup> Turgut TAN, "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları-4**, Rekabet Kurumu Yayını No:55, s. 24.

<sup>235</sup> Turgut TAN, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurullar," **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S.2, (Haziran-2002), s. 17.

<sup>236</sup> D.1.D. 24.10.2002 günlü, E. 2002/156, K. 2002/167 sayılı kararı, akt: ULUSOY, **a.g.e.**, s. 165 vd. .

<sup>237</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.06.2006 tarihli, E. 2005/1846, K. 2006/746 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.04.2009).

oluştururken, personeli ile ilgili tasarruflarda bulunurken merkezi idarenin idari vesayeti altında olmadığından hizmet bakımından yönetim kuruluşu olarak da nitelendirilemeyeceğine göre, Bankanın ne Başbakanlığın ne de bir Devlet Bakanlığının "ilgili kuruluşu" olması ve bu nedenle 3046 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun 4. maddesinde yer alan "Bankanın Hükümetle ilişkisi, Başbakan aracılığı ile sağlanır." hükmü gereğince, Bankanın ancak Başbakanlık ile "ilişkili" bir kuruluş olduğu söylenebilir ki, yasakoyucu tarafından yapılan bu niteleme, idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle Bankanın bağımsız ve özerk yapısına daha uygun düşmektedir. Hemen belirtmek gerekirken, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının, doktrinde "bağımsız idari otorite" olarak nitelendirilen kuruluşlara benzer şekilde görev ve yetki alanı ile ilgili olarak merkezi idareden bağımsız kabul edilmesi ve bu açıdan "ilişkili kuruluş" şeklinde değerlendirilmesi, Anayasada yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini zedeleyici bir özellik arz etmemektedir. Zira; 1211 sayılı Kanununun 42. maddesinde; Başbakanın, Bankanın işlem ve hesaplarını denetletirebileceği, Başbakanlığın bu hususta her türlü bilgiyi Bankadan isteyebileceği belirtilmiş olup, idarenin bütünlüğü ilkesini sağlamak açısından benzer araçlar mevzuatta merkezi idareye tanınmıştır."

Danıştay, Merkez Bankası'nın hukuki statüsünü bağımsız idari otoritelere benzetmiş ve Banka'nın ilgili olduğu bir bakanlığın değil, "ilişkili olduğu bakanlığın" olabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, Merkez Bankası'nın ilişkili olduğu idarenin, Başbakanlık olduğunu açıkça belirtmiştir. Ayrıca Danıştay bu ilgi çekici kararında, ilişkili bakanlık kavramının kullanılmasının Anayasa'da yer alan, idarenin bütünlüğü ilkesini zedelemeyeceği görüşündedir.

İlişkili bakanlık kavramıyla ilgili görüş birliği olmamasına rağmen, ihaleden yasaklama kararını verecek olan makamla ilgili olarak net bir bilgiye ulaşılması, ihalelerdeki belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır. Nitekim bağımsız idari otoriteler de ihtiyaç duydukları mal ya da hizmetleri temin edecek veya yapım işlerini sağlayacak isteklileri seçmek isteyecektir. Buna ilişkin bir örnek, Telekomünikasyon Kurumu (Yeni adı ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) Mersin Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan kamu ihalesine katılan İ... Ltd.Şti'nin 4734 sayılı KİK'e göre tüm ihalelerden yasaklanmasına ilişkin kararın "Ulaştırma Bakanlığı" tarafından verilmesine ilişkindir<sup>238</sup>. Bu örnekte, bir bağımsız idari otorite olan Telekomünikasyon Kurumu'nun ilişkili olduğu bakanlık, "Ulaştırma Bakanlığı" olarak belirtilmiş ve ihale yasağı kararını bu bakanlık tesis etmiştir.

Yukarıdaki örneğin tersi bir karar ise Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun, düzenlediği bir kamu ihalesinde, Kurul'un bir ihale isteklisi şirket hakkında bizzat ihaleden yasaklama kararı vermesine ilişkindir<sup>239</sup>. Oldukça güncel olan ve bağımsız idari otorite tarafından "ihaleden yasaklama kararı verilmesine" ilişkin ilk olması bakımından önemli bir örnek olduğunu ifade edebiliriz. RTÜK'ün düzenlediği kamu ihalesine katılan bir şirket, 20.06.2009 tarihinden itibaren ihaleden yasaklanmıştır. Ancak daha önceden de ifade ettiğimiz gibi bağımsız idari otoriteler tarafından, kamu ihalelerine katılma yasağı verilmesine ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme, şu an uygulanmakta olan ihale kanunlarına yer almamaktadır. 4734 sayılı KİK'te yer alan tek düzenleme, ihaleye katılma yasağının ihaleyi düzenleyen idarenin bağlı/ilgili

---

<sup>238</sup> Söz konusu ihaleden yasaklama kararı, 10.01.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2007/01/20070110.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2007/01/20070110.htm>

<sup>239</sup> RG, 20.06.2009, Sayı: 27264, [rega://ilanlar/eskiilanlar/2009/06/20090620-4.htm](http://rega.basbakanlik.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2009/06/20090620-4.htm) (erişim:01.07.2009).

olduğu bakanlık tarafından verilebileceğidir. İhaleyi düzenleyen idare tarafından bizzat ihaleden yasaklama kararının verileceği tek durum, bu idarenin bağlı/ilgili olduğu herhangi bir bakanlığın bulunmamasıdır. RTÜK’ün kendisinin bir ihale isteklisini ihaleden yasaklamasına dair kararı ne şekilde açıklanabilir?

Kanatımızca, RTÜK’ün vermiş olduğu ihaleden yasaklama kararı, iki yönden değerlendirilebilir. İlk olarak, RTÜK, bir bağımsız idari otorite olarak “yaptırım uygulama” yetkisini kullanmıştır. Nitekim bağımsız idari otoritelerin en belirgin özelliklerinden birisi, icrai karar alabilmeleri ve idari yaptırım uygulayabilmeleridir<sup>240</sup>. RTÜK’ün yasaklama kararı verebilmesi, yaptırım uygulama yetkisine sahip olmasına dayandırılabilir.

İkinci olarak, RTÜK’ün tek başına ihaleden yasaklama kararı verebilmesi için 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “... herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluğu sayılmayan idarelerde, bu idarelerin ihale yetkilileri... tarafından verilir.” durumunun somut olayda yer alıp almadığı da değerlendirilmelidir. RTÜK, Başbakanlık’ın ilişkili kuruluğudur. Bu açıdan değerlendirildiğinde, 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinde yer alan ve yukarıda belirtilen ifadeden dolayı, RTÜK tarafından düzenlenen bir kamu ihalesinde, ihaleden yasaklanmaya ilişkin bir karar verilmesi gerekiyorsa; bu durum, RTÜK tarafından Başbakanlık’a bildirilmeli ve yasaklama kararı da Başbakanlık tarafından verilmelidir. Ancak bu ihtimalde de bağımsız idari otoritelerin belirgin özelliklerinden olan “özerklik” ve “icrai karar alabilme ve yaptırım uygulayabilme” yetkilerinin, Başbakanlık tarafından ihaleden yasaklama kararı verilmesi hususunu bertaraf edebileceği de düşünülebilir.

---

<sup>240</sup> GÖZLER, a.g.e., s. 231.

Öte yandan, bağımsız idari otoritelerin ihaleyle ilgili yasak bir fiil ya da davranışla karşılaştıkları durumda, yasaklama kararını verecek makamın hangisi olacağı konusunda 4734 sayılı KİK’te herhangi bir kural yer almamaktadır. Bunun dışında, “ilişkili bakanlık” kavramından Kanun’da hiç söz edilmemiş olması, günümüzde gittikçe yaygınlaşan bağımsız idari otoriteler ve bunların yapacakları kamu ihaleleri konusunda belirsizliğe yol açmaktadır. Nitekim benzer bir belirsizlik, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun uygulandığı dönemlerde, belediye ve il özel idarelerinin yaptığı ihalelerde yasaklılık kararlarını kimin vereceğine dair yaşanmaktaydı. Ancak 4734 sayılı KİK, bu belirsizliğe son vermiş ve il özel idarelerinin ve belediyelerin yapacakları ihalelerde, yasaklama kararı verileceği durumlarda, bu kararı verecek makamın İçişleri Bakanlığı olduğunu açıkça belirtmiştir.

4734 sayılı KİK’te ihaleden yasaklama kararını verecek makamlar arasında ilişkili bakanlıktan hiç söz edilmemesine rağmen, Kamu İhale Genel Tebliği’nin XV. Bölümü’nde “İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar” başlığı altında “ilişkili bakanlık”tan bahsedilmiştir. Buna göre; “*(Değişik: 15/05/2008 – 26877 R.G. / 2 md.) İhaleye veya sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemleri gerçekleştiren birimler tarafından, yasaklamayı gerektiren bir fiil veya davranışın tespiti halinde bu hususun idarenin yetkili makamına bildirilmesi ve bu çerçevede yetkili makam tarafından da **bağlı, ilgili veya ilişkili bulunulan bakanlığa bildirimde bulunulması gerekmektedir***”. İlişkili bakanlık konusunda Kanun’da herhangi bir ibare yer almamasına rağmen, normlar hiyerarşisine göre daha alt sırada yer alan ve idarenin düzenleyici işlemlerinden birisi olan Kamu İhale Genel Tebliği’nde “yeni bir kavrama” yer verilmesi, kanımızca uygun değildir. Nitekim

idare, düzenleyici işlemleri tesis ederken, dayanak olarak kabul ettiği kanuna uygun ve onun sınırları çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Bu bağlamda, 4734 sayılı KİK’te değişiklik yapılarak, Kamu İhale Genel Tebliği’ndeki “ilişkili bakanlık” kavramının kanuna dahil edilmesi gerekir. Aksi halde, genel tebliğin bu kısmının iptali istenebilir.

Kanaatimizce, bağımsız idari otoriteler tarafından düzenlenen ihalelerde, kurum, ihale isteklisinin yasak bir fiiliyle karşılaştığı durumda yasaklama kararını verecek olan makamla ilgili olarak ikili bir ayırım yapılmalıdır. BİO’yu düzenleyen mevzuatta “ilişkili bakanlık” ibaresinin açıkça kullanıldığı durumlarda, bu BİO’nun yaptığı ihalede, yasaklama kararının verileceği durumda, BİO tarafından “**ilişkili kabul edilen Başbakanlık veya bakanlık**” bilgilendirilerek, yasaklanma kararının verilmesine dair husus bu makama bildirilmelidir. Nitekim ilişkili bakanlık kavramı, BİO’lar için özel olarak öngörülmüş ve tesadüfi olmayan bir terimdir<sup>241</sup>. Ayrıca, ihaleden yasaklama kararını vermek üzere BİO tarafından ilişkili olduğu bakanlığın bilgilendirilmesi, BİO ile ilişkili bakanlık arasında modern bir idari vesayet ilişkisinin olmasına yönelik bir örnek teşkil eder<sup>242</sup>. Tüm bu sebeplerden dolayı önerimiz, en kısa sürede, 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinde değişikliğe gidilerek, Kanun’da “ilişkili bakanlık” kavramına açıklık getirilmesi ve BİO’ların ihaleleriyle ilgili yasaklılık kararını verecek makamın açıkça gösterilmesidir.

İhaleyi düzenleyen BİO’nun kuruluş mevzuatında “ilişkili bakanlıkla” ilgili herhangi bir ibareye yer verilmediği durumlarda ise Danıştay 1. Dairesi’nin getirmiş olduğu çözüm savunulabilir. Nitekim böyle bir durumda, BİO’nun ilişkili olduğu

---

<sup>241</sup> ULUSOY, a.g.e., s. 181.

<sup>242</sup> ULUSOY, a.g.e., s. 126-127.

bakanlık, “ilgili” olarak kabul edilerek, ortaya çıkabilecek belirsizlikler bertaraf edilmiş olacaktır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, 4734 sayılı Kanun, ihaleden yasaklamaya ilişkin özel hükümler öngördüğünden dolayı, yasaklama kararını verecek makam ile ilgili olarak, BİO’larla ilgili ihalelerde ilişkili/ilgili bakanlığa yönelik “özel bir kurala” yer vermesinin en doğru çözüm olacağından yanayız. Bu hususla ilgili olarak, en kısa sürede yasal değişikliğe gidilmelidir.

Kamu ihalelerinde ihaleyi düzenleyen idare; herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu değilse, o ihaleyi düzenleyen ihale yetkilileri tarafından, ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Eğer ihaleyi düzenleyen, “il özel idareleri veya belediyeler” ise ihale yaptırımı kararını verecek olan makam, Kanun tarafından “İçişleri Bakanlığı” olarak belirlenmiştir. Aynı şekilde, ihaleyi düzenleyen idare, il özel idaresinin veya belediyenin bağlı müessesesi ya da işletmesi ise yine ihaleye katılma yasağını İçişleri Bakanlığı uygulayacaktır.

İl özel idaresi ve belediyelerle bunlara bağlı birlik, müessese ve işletme dışında kalan idareler için yasaklama kararını verecek makam, o idarelerin “ihale yetkilisidir”. Ancak bu durumda da, ihaleyi yapan idarenin herhangi bir bakanlığın bağlı veya ilgili kuruluşu olmaması şartı aranır. İhale yetkilisi, bir idarede “*Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisidir.*” Bu tanım, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 31’inci maddesinde yer alır. 4734 sayılı Kanun’a tabi idareler bakımından, ihale yetkilisi, bir idarede harcama yetkisi olan kişi anlamına gelir. Herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu olmayan idarelerde ihaleden yasaklama kararını, kuruluşun ihale yetkilisi verecektir.

İhaleye katılmaktan yasaklama kararını verecek olan makamlar, sadece 58'inci maddede düzenlenmemiştir. 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinde, yasak fiil veya davranışların suç teşkil ettiği durumlarda, ihale yasağı kararını verecek makam düzenlenmiştir. Buna göre, yasak fiil veya davranışın Türk Ceza Kanunu bağlamında suç oluşturduğu durumlarda, yargılamayı yapan mahkeme, ihale isteklisi/isteklileri hakkında, işledikleri suça ilişkin cezaya hükmedebilir. Bu durumda, yargılamayı yapan görevli ve yetkili ceza mahkemesi, hükmettiği cezanın yanısıra mahkum olan ihale isteklisinin Kanun'da belirtilen süreler içerisinde kalmak şartı ile ihaleye katılmaktan yasaklanmasına karar verebilir. Bir başka ifadeyle, yasak fiil veya davranışın suç oluşturduğu durumda, ceza mahkemesi, yargılanan kişiyi ihaleye katılmaktan yasaklayabilir.

59'uncu maddenin 1'inci fıkrasına göre ihaleye katılmaktan yasaklamaya ilişkin olarak daha önceden, idare tarafından da bir yasaklama yaptırımına karar verilmişse, bu yasak süresi dolmadan, mahkemenin verdiği yasaklamanın süresi başlamaz. Kanun'un 59'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan;

*“ Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58'inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla...”* ibaresi, açıkladığımız hususu doğrulamaktadır.

İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulayacak makam, ihaleyi düzenleyen idare olmamasına rağmen, idareye Kanun tarafından bir yükümlülük verilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin son fıkrasına göre; *“İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.”*



Bu hükme göre, ihaleyi yapan idare<sup>243</sup>, yasak fiil veya davranışı tespit eder etmez, durumu “ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlığa” bildirmekle yükümlüdür. İdare, kendisine verilmiş bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde; kanımızca “idarenin sorumluluğu hükümlerine” başvurulmalıdır. Zira idare, Kanun tarafından kendisine yüklenmiş bir ödevi yerine getirmemek suretiyle diğer ihale katılımcılarının zarar görmesine sebep olmaktadır. Zira mağdur, olan ve hukuki yararı zedelenen kişiler, gerçekte ihaleyi kazanma koşullarına sahipken, ihaleyi kazanamayan diğer ihale isteklileridir<sup>244</sup>.

## **2. Hakkında Yasaklama Kararı Verilen İhale İsteklileri**

İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanacağı kişiler, hiç şüphesiz o ihaleye katılım iradelerini beyan etmesine rağmen Kanun’da sayılan yasak fiil veya davranışları işleyenlerdir. Ancak yine de ihale sürecindeki hangi kişi/kişilerin yasaklamaya tabi olacağının irdelenmesi doğru olur.

4734 sayılı Kanun’un 58’inci ve 59’uncu maddeleri, yasaklama yaptırımının uygulanacağı kişilerin kim ya da kimler olduğunu açıkça belirtmemiştir. Bu nedenle, Kanun’un 4’üncü maddesindeki “Tanımlar” kısmında yer alan açıklamalar, burada yeniden dikkate alınmalıdır. İhalenin hazırlık aşamasında, tekliflerden önce, ihale dokümanının satın alınmasıyla ileride ihale isteklisi adını alan kişiye de; yasak fiil veya davranışları nedeniyle yasaklama yaptırımı uygulanmalıdır<sup>245</sup>. İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanacağı kişinin yasak fiil veya davranışı, ihale sürecinin ilk aşaması olan “tekliflerin sunulması” aşamasında tespit edilmişse; yasaklanan kişi, ihaleye teklif veren “ihale isteklisidir”. Buna karşın, ihaleye ilişkin

---

<sup>243</sup> İhaleyi yapan idarenin, bakanlık olduğu durumlar, doğal olarak bu kapsama girmemektedir.

<sup>244</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 297.

<sup>245</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 297.

yasak fiil veya davranışlar, ihalenin bir başka aşaması olan “ihale kararının verilmesinde” tespit edilmişse, bu durumda yasaklama yaptırımının uygulanacağı kişi, yine “ihale isteklisi” dir. Bunun yanında, ihale kararı verilmiş ve ihale üzerinde kalan kişi belirlenmiş; ancak ihale sözleşmesi henüz imzalanmamışken yasak fiil veya davranış fark edilmişse, yaptırım uygulanacak kişi, yine “ihale isteklisidir.”

İhale üzerinde kalan kişi ile idare arasında ihale sözleşmesi imzalanmış, ardından ise yasak fiil veya davranışı ortaya çıkmışsa, bu durumda, ihaleye katılma yasağının uygulanacağı kişi, “yüklenici” adını alır.

İhale sürecinin her aşamasında ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulandığına göre, ihaleye katılan kişi/kişilerin “ihale isteklisi veya yüklenici” olması arasında bir fark yoktur. İhaleden yasaklanan kişi/kişilere “ihale isteklisi” veya “yüklenici” denilmesi, yasaklama yaptırımının farklı uygulanmasına sebep olmaz. Sadece ihale hukukundaki terminolojinin doğru kullanılmasını sağlayarak, yasaklama yaptırımının, ihalenin hangi aşamasında uygulandığına dair bilgi verir.

İhalenin hangi aşamasında olursa olsun, ihaleye katılma yasağının uygulanacağı kişi/kişiler “**gerçek kişiler**” veya “**tüzel kişilerdir**”. Gerçek kişiye yaptırım uygulanmasında bir sorun çıkmamaktadır. Bununla birlikte, yasaklama yaptırımının uygulanacağı kişi, bir tüzel kişi ise farklı olasılıklar söz konusu olabilir. Nitekim 4734 sayılı Kanun, 58’inci maddesinde bu hususa yer vermiştir.

#### **a. Şahıs Şirketleri ve Sermaye Şirketlerinin İhaleden Yasaklanması**

4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, ihaleye katılan ve hakkında yasaklama kararı verilecek olan kişinin, “tüzel kişi” olması durumu düzenlenmiştir.

Tüzel kişi, hukuk düzeninde hak ve borçlar edinebilen, kişi veya mal topluluğudur. Hukuk, bu kişi veya mal topluluklarına “kişilik” tanımıştır. İnsan topluluğundan oluşan tüzel kişinin, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız, ayrı bir kişiliği vardır. Bu şekilde ortaya çıkan tüzel kişiler, “kamu tüzel kişileri” ve “özel hukuk tüzel kişileri” olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu tüzel kişileri kamu hukuku kurallarına bağlı olan tüzel kişilerdir. Anayasa’nın 123’üncü maddesinde de belirtildiği üzere, kamu tüzel kişileri, kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiyle kurulabilirler.

Özel hukuk tüzel kişileri ise, adından da anlaşılacağı üzere kişilerin iradeleriyle kurulabilen ve özel hukuk kurallarına bağlı olan tüzel kişilerdir<sup>246</sup>. Özel hukuk tüzel kişilerinden kazanç paylaşma amacı güdenler, “ticaret şirketi” adını alırlar. Genel olarak ticaret şirketi, kazanç elde edip paylaşmaya yönelik olarak bir amaç etrafında toplanan kişileri ifade eder. Şirketin yapısını oluşturan şahıs ya da sermaye dikkate alınmak suretiyle yapılan ayırmda ise karşımıza; **şahıs şirketi** ve **sermaye şirketi** kavramları çıkar.

Kanunkoyucu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 58’inci maddesinin ikinci fıkrasında, şahıs şirketi-sermaye şirketi ayırımına göre yaptırım uygulanmasına yer vermek suretiyle; şirket türleri arasındaki bu ayırma dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, ihaleden yasaklanan şirketin şahıs şirketi veya sermaye şirketi olup olmamasının uygulanan yaptırımın sonucunu etkilemektedir. Bu etki ise şahıs şirketi sermaye şirketi arasındaki farkın ortaya konulması ile görülebilir.

---

<sup>246</sup> Aydın ZEVLİLER/Ayşe HAVUTÇU, **Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, İkinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 156.

Şahıs şirketinde, şirketi işletecek kişilerin birbirlerine güvenen, birbirini iyi tanıyan ya da kişisel güç ve itibarları ile şirkete katılmayı düşünen kişilerin bir araya gelmesi söz konusudur. Bir diğer ifadeyle, kişiler şahıs şirketini kurarken, sermayeden çok “güven” üzerine bir ortaklık oluştururlar. Bu tip şirketlerde, ortakların mali ve ticari kişiliği ön plandadır<sup>247</sup>. Şahıs şirketlerin, kollektif ve komandit şirketler örnek olarak gösterilebilir.

Sermaye şirketlerinde ise durum biraz daha farklıdır. Zira sermaye şirketini kuran ortakların kişiliği değil, şirketin sermayesi ön plandadır. Bundan dolayı, ortakların değişmesi, şahıs şirketlerine göre daha kolaydır. Ayrıca sermaye şirketlerinde ortakların sorumlulukları, sınırlandırılmıştır. Zira bu şirketlerde ortakların sorumluluğu, şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye payı ile sınırlı tutulur. Sermaye şirketlerinin en tipik örnekleri, anonim şirket ve limited şirkettir.

Görüldüğü üzere, şahıs şirketi ve sermaye şirketi arasındaki en temel fark, şirketi oluşturan kişilerin şahıs şirketlerinde “kişiliklerinin” önemli olup sermaye şirketlerinde kişilerin değil, getirilen sermayenin önemli olmasıdır.<sup>248</sup> Bir başka fark ise sermaye şirketlerinde ortaklar, taahhüt ettikleri sermaye oranında mali sorumluluğa sahipken; şahıs şirketlerinde ortaklar, sermaye oranlarına göre değil, şahsen sorumlulardır.

Şahıs şirketi-sermaye şirketi arasındaki bu temel fark, kamu ihale hukukuna da yansımıştır. 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre; haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması durumunda, şirket ortaklarının tamamı hakkında yasaklama kararı verilir. Eğer hakkında

---

<sup>247</sup> Hasan PULAŞLI, **Şirketler Hukuku**, Adana, Karahan Kitabevi, 2004, s. 7.

<sup>248</sup> Tuğrul ANSAY/Aynur YONGALIK, **Bankacılar İçin Şirketler Hukuku Bilgisi**, Yirminci Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Bankacılar Serisi, Yayın No: 412, 2004, s. 32.

yasaklama kararı verilecek olan şirket, sermaye şirketiye; sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilir. Sermaye şirketlerinde, ortaklar, getirdikleri sermaye oranında mali sorumluluğa sahip olduklarından dolayı, yasaklama kararı, sadece ortaklardan şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklara uygulanacaktır. Oysa şahıs şirketlerinde, ortaklar arasında “güven ilişkisi” esas olduğundan; sadece ihaleye katılan ortak için değil, diğer ortaklar hakkında da yasaklama kararı verilecektir. Örneğin; A Kollektif Şirketi ortakları K, L ve M’dir. K hakkında verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararından dolayı, şirketteki diğer ortakların sermaye paylarına bakılmaksızın, L ve M de ihaleye katılmaktan yasaklı hale gelirler.

Hakkında yasaklama kararı uygulanan şahıs veya sermaye şirketleriyle ilgili özel bir durum, 58’inci maddenin 2’nci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“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.”* Eğer ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişi, ayrıca bir başka şahıs şirketine de ortak ise; bu şahıs şirketine de ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanır. İhaleye katılan gerçek veya tüzel kişi, ayrıca bir başka sermaye şirketine de ortak ise; durum biraz daha farklıdır. Yasaklanan gerçek veya tüzel kişinin ayrıca ortak olduğu sermaye şirketindeki sermaye payına bakılır. Eğer bu kişinin sermaye payı, şirketin toplam sermayesinin yarısından fazla ise bu durumda bu sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verilir. Örneğin; D isimli kişi bir E Kollektif Şirketi’nin ortağıdır. Katıldığı bir kamu ihalesinden yasaklanan

D, aynı zamanda C Anonim Şirketi'nde %55 sermayeye sahiptir. Bu durumda, C Anonim Şirketi de, m. 58/2'deki düzenlemeden dolayı ihaleye katılmaktan yasaklanır<sup>249</sup>.

4734 sayılı Kanun'un yasaklama müessesesiyle ilgili getirmiş olduğu kuralları dolanmak isteyen, bazı kötünietli kişiler söz konusu olabilmektedir. 58'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki "... Sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir" hükmünü etkisiz hale getirmek amacıyla, bazı ihale katılımcılarının çeşitli çözümler bulduğu görülür. Bunlardan en çarpıcı olanı, bir ihale isteklisi şirket ortağının, başka bir sermaye şirketinde pay sahibi olduğu durumlarda, bu şirketteki sermaye payını %50'nin altında göstermesi durumudur.

Yukarıdaki duruma ilişkin olarak, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 12.11.2008 günü vermiş olduğu güncel bir kararına<sup>250</sup> göre; "58'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki hükmün konuluş amacı, hakkında yasaklama kararı verilen kişilerin aynı zamanda bir sermaye şirketine de %50'den fazla hisseyle ortak olmaları halinde, söz konusu şirkete de yasaklama kararı verilmesi olduğu, bir başka ifadeyle yasaklanan kişinin ortağı olduğu şirketin bu kişiyle birlikte ihaleye katılmasa da sadece %50'sinden fazla hissesine sahip ortağının ihalelerden yasaklanması halinde bu yasaklamanın şirkete de sirayet ederek onun da yasaklanması için yeterli olduğu

---

<sup>249</sup> Bir başka örnek ise, ihaleye katılmaktan yasaklanan şahıs şirketi ortakları A ve B ve C adlı şahıs şirketi ortaklarıdır. A ve B aynı zamanda D isimli sermaye şirketi'ne ortaklardır. D isimli sermaye şirketi ortakları ve sermaye payları; A %25, B %35, K ise %40 şeklindedir. A ve B, C isimli şahıs şirketlerinden dolayı ihaleye katılmaktan yasaklanmıştır. Ancak D isimli sermaye şirketinde A ve B'nin toplam sermaye payı %60 olmaktadır. Sermaye şirketinin toplam sermayesinin yarısından fazlasına tekabül eden bu miktardan dolayı, D isimli sermaye şirketi de ihaleye katılmaktan yasaklanacaktır.

<sup>250</sup> Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.2008/699, K.2008/1881, Karar Tarihi: 12.11.2008. Söz konusu karara ilişkin temyiz incelemesi Danıştay'da devam etmektedir.

*sonucuna varılmaktadır.” Ankara 1. İdare Mahkemesi, kararında 58’inci maddenin getiriliş amacından hareket etmiştir. Ancak mahkeme, kararın devamında 4734 sayılı Kanun’un 11’inci maddesiyle 58’inci maddesinin birlikte düşünülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre mahkeme, ihaleye katılan bir kişinin, daha önceden hakkında yasaklılık kararı verilmiş olmasına rağmen, başka ihalelere katılmak amacıyla, ayrıca ortak olduğu diğer sermaye şirketindeki hissesini “%49 olarak belirlemiş olmasının kötüniyet oluşturduğu” görüşündedir. Kararın devamında Ankara 1. İdare Mahkemesi şöyle demektedir: “Yasaklanan kişi nedeniyle şirketin de yasaklanması için mutlak olarak şirketin %50’sinden fazla hisseye sahip olunması gerektiği kuralı dar yorumlanırsa, hakkında birçok kez yasaklama kararı verilen kişiler her defasında ihaleye girdikleri şirketin, **üstelik yöneticisi olmaları durumunda bile** hisse oranlarının %50’den az olmasından dolayı ihaleden yasaklanamazlar. Bu durum ise **kanuna karşı hile** yanında, ihalelerde kişisel yasaklamanın dışında şirketlerin yasaklanmasını öngören kuralların etkinliğini ortadan kaldırır”*

İdare Mahkemesi’nin vermiş olduğu bu karar, 58’inci maddenin 2’nci fıkrasında yer alan hükmün etkili olmasını sağlamaya yöneliktir. Zira ihaleden yasaklanan kişiler, başka bir sermaye şirketindeki hisse oranlarını %50’nin altına indirmek suretiyle kanun hükmünü dolanmaktadır. Mahkeme, kanuna karşı hile olarak nitelendirdiği bu tür fiillerin engellenebilmesi için, fiili gerçekleştiren ihale isteklisinin, “şirketin yöneticisi olup olmadığına da bakılması gerektiğini” söylemektedir.

Kanuna karşı hile olarak nitelendirilebilecek bu durumun engellenmesi için, 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin 2’nci fıkrasında yasal değişikliğe

gidilmelidir. Bu yasal değişiklik, hakkında yasaklama kararı verilen kişi/kişilerin “ayrıca bir sermaye şirketinde %50’den fazla hisseye sahip olmaları” şartından bağımsız olarak, ayrı bir fıkra ile “**bu kişilerin sermaye paylarına bakılmaksızın şirket yönetiminde etkin pozisyonda olmaları dolayısıyla tüm ihalelerden yasaklanması**” hükmünün eklenmesinin uygun olacağı görüşündeyiz. Bir başka ifadeyle, hakkında yasaklama kararı verilen kişinin bir başka sermaye şirketinde hissesi varsa ve bu hisselerin oranı, yüzde ellinin altında ise, kişinin hisse oranına bakılmaksızın şirket yönetiminde etkin olup olmadığı araştırılmalıdır. Böylece, bir ihaleden yasaklanan kişi, sermaye ortağı olduğu fakat sermaye payının yüzde ellinin altında kaldığı diğer şirket adına başka ihalelere katılmasının yolu kapanmış olacaktır. Zira şirket yöneticisi konumunda olan ve hakkında ihaleden yasaklama kararı bulunan bir kişinin, ortağı olduğu diğer bir sermaye şirketinin adına başka bir ihaleye katılması, hukukla bağdaşmamaktadır. Her şeyden önce, şirketin yönetiminde etkin rolü olan bir kişinin, kendisinin yasaklı olduğunu bilerek, diğer şirket adına ihalelere katılması ticaret hukuku bağlamında “**basiretli bir tacirden beklenen davranışlar**” değildir. Bir başka deyişle, yasaklı bir şirket yöneticisinin bu şekilde kanuna karşı hile yolunu kullanması, kasıtlı davranışlarının ve kötünüyetinin en açık örneğidir. Bu durum, Medeni Kanun’un 2’nci maddesinde yer alan, “dürüstlük kuralına” da aykırılık teşkil eder.

Öte yandan, akıllara gelen bir başka soru, “şirket yönetiminde etkin olma” hususunun nasıl tespit edileceğidir. şirket yönetiminde etkin olunduğu, kişilerin “sermaye paylarından” veya “yönetim kurulundaki oy haklarından” anlaşılabilir mi?

Kanımızca bir kişinin, şirketteki sermaye payının düşük olmasına bakılarak o kişinin şirkette etkin olmadığı sonucuna ulaşılamaz. Nitekim sermaye payı oldukça



düşük olan bir ortak, şirket yönetiminde etkin olup imza ve karar yetkilerini elinde toplamış olabilir.

Bir başka durum, şirket yönetim kurulu üyelerinden birisinin yönetim kurulundaki oy hakkına bakılarak, o kişinin şirkette etkin olup olmadığının tespiti. Oy hakkı, sermaye payı ve sahiplerinin şirket işlerine katılmasını sağlayan bir mekanizmadır<sup>251</sup>. Bu mekanizma, sermaye şirketlerinde yönetime dolaylı olarak katılmayı sağlar. Ancak sadece oy hakkına bakılarak da şirkette etkinlik tespit edilemez.

Bir ihale isteklisinin, adına ihaleye katıldığı şirkette etkin pozisyonda olup olmadığının tespitinde kullanılacak bir başka ölçüt ise bu kişinin, “şirket iradesinin oluşumuna katılıp katılmadığıdır”. Bir diğer ifadeyle, ihaleye katılan şirket temsilcisinin, şirketin görev alanlarında “bağımsız karar alma yetkisinin” bulunup bulunmadığıdır<sup>252</sup>. Eğer bir kişi, şirketin görev alanlarında bağımsız karar alabiliyorsa, şirkette etkin olduğu söylenebilir.

Bir sermaye şirketinde, yönetimde etkin olacak kişi/kişiler şirket ana sözleşmesinde belirlenmemiş olsa da bazı kişilerin “fiili organ” olarak şirket yönetiminde yer aldığı kabul edilir<sup>253</sup>. Acaba bu özellikteki ortaklar da şirkette etkin kabul edilebilir mi? Bu duruma bir örnek verilecek olursa; bir anonim şirket adına ihaleye katılan bir kişi, sözleşmede pay sahibi olarak belirlenmemiş veya yönetim kurulunda üye olarak belirlenmemiş olsa da, bu kişi şirketin iç işleyişinde ihalenin

---

<sup>251</sup> Mustafa ÇEKER, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Sözkese Matbaası, 2000, s. 5.

<sup>252</sup> Necla AKDAĞ GÜNEY, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 79.

<sup>253</sup> GÜNEY, **a.g.e.**, s. 119.

yapılmasına veya idare ve temsil görevine katılıyorsa, fiilen şirket yönetiminde etkin olarak kabul edilir.

### **b. Vekilin İhaleden Yasaklanıp Yasaklanmayacağı Sorunu**

Kamu ihalelerinde, ihale işlemlerini yürütmek, teklif sunmak gibi hususlarda bazen, ihale isteklisi olarak vekil tayin edilen kişinin yer aldığı görülür. Bu gibi durumlarda dikkat edilmesi gereken ilk husus, vekilin, “vekaletnamesinde hangi yetkilerle” donatıldığıdır. Diğer taraftan, vekilin ihalelerdeki yasak fiil veya davranışlarından nasıl sorumlu olacağı hususu gündeme gelebilir.

Her şeyden önce vekaletin kapsamına bakmak yerinde olur. Zira vekaletin kapsamı, sözleşmeden veya vekalet verenin talimatından anlaşılır. Bu iki unsurdan, vekaletin kapsamı anlaşılmıyorsa, yapılan işin içeriği araştırılarak kapsam konusuna açıklık getirilir.

Bütün vekalet sözleşmelerinde, vekilin borcu, yüklendiği işi gereken özeni ve dikkati göstermek suretiyle iyi bir şekilde yapmaktır. Bu bağlamda vekil, yüklendiği işin yürütülmesi sırasındaki ihmali veya dikkatsizliklerinden dolayı ortaya çıkan zarardan sorumlu olur.

4734 sayılı KİK’in “ihaleden yasaklama” müessesesiyle ilgili olarak, vekilin Kanun’daki yasak fiil veya davranışlarından dolayı sorumluluğu doğabilir. Bu durumda vekil, ihaleye katılan istekli gibi sorumlu olacaktır<sup>254</sup>. Ancak bu sorumluluğun kapsamı konusunda ikili bir ayırım yapılmalıdır.

---

<sup>254</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhale Suçu Nedeniyle Hakkında Kamu Davası Açılan İsteklinin Vekaleten Başka Bir İstekli Adına İhaleye Teklif Veremeyeceği Hakkında**, Aralık-2003, s. 4.

İlk olarak, vekil ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunmuş ve bunun sonucunda ihaleden idare tarafından yasaklanmışsa, bundan şahsen mi sorumlu olacaktır; yoksa vekalet veren kişi de ihaleden yasaklanmış olur?

İkinci husus, vekilin yasak fiil veya davranışı, TCK'ya göre suç teşkil ediyorsa ve 4734 sayılı KİK'in 59'uncu maddesine göre hakkında kamu davası açılmışsa ve mahkemece ihalelerden yasaklanmışsa bu durum, vekalet verene de sirayet edecek midir?

Birinci olasılıkla ilgili olarak; vekil hakkında yasak fiil veya davranıştan dolayı idare tarafından ihaleden yasaklanmasına karar verilmişse, vekilin yasak süresince tüm ihalelere katılması imkansızdır. Ancak vekaleti veren kişinin de ihaleden yasaklanması, kanımızca hukuki değildir. Zira idare tarafından verilen yasaklama kararı, hukuki niteliği itibarıyla bir idari yaptırımdır. İdari yaptırımlar da idari ceza hukukunun bir parçası olarak, ceza hukukunun temel ilkelerine tabidir. Bu bağlamda, vekilin ihaleden yasaklanmasında "cezaların şahsiliği ilkesi" uygulanır. Yasak fiilden dolayı vekil, şahsen sorumlu olur. Dolayısıyla vekaleti veren kişinin de ihaleden yasaklanması söz konusu olamaz.

Vekilin yasak fiil veya davranışının, TCK'ya göre suç teşkil ettiği durumlarda mahkemenin hükmettiği cezanın yanında bu kişiye ihaleye katılmaktan yasaklama cezası verilmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda da cezaların şahsiliği ilkesi gereğince, hakkında cezaya hükmedilen vekil, tek başına bu cezanın ve yasaklılığın muhatabı olacaktır.

Vekalet veren kişinin, vekilin fiil ve davranışlarından sorumlu olması, ancak bir durumda mümkündür. Vekil, ihaledeki fiil ve davranışlarıyla idareyi veya diğer

ihale isteklilerini zarara uğratmışsa, vekalet veren kişi, bu zararlardan sorumlu tutulabilir. Zira böyle bir durumda vekalet verenin ve vekilin sorumluluğu, cezai değil; hukuki bir sorumluluktur. Vekalet veren kişinin, seçtiği vekilinin meydana getirdiği zarardan sorumlu olmasının temelinde yatan düşünce, vekalet veren kişinin, vekilini seçerken asgari dikkat ve özeni göstermesi gerektiğidir. Bu bağlamda, idare ya da diğer ihale isteklileri, ihaledeki işlemlerde bir zarara uğramışsa; vekalet veren ile vekili zararın tazmininden müteselsilen sorumlu olmalıdır<sup>255</sup>.

### **III. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU UYARINCA YASAKLAMA İŞLEMİNİN TESİSİ USULÜ VE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ**

Her işlemin tesisi gibi, ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanmasında da birtakım usullere uyulması gerekir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında ve 59'uncu maddede "yasaklama kararının verilmesi usulü" düzenlenmiştir.

#### **A. 58'inci Maddeye Göre Yasaklama Kararının Tesisi Usulü**

58'inci maddeye göre idare tarafından verilen ihaleye katılma yasağının uygulanabilmesi için öncelikle ihaleyi yapan idare tarafından "ilgili veya bağlı bulunduğu Bakanlığa bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. İhaleyi yapan idareye yüklenen bu yükümlülüğe göre, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmek zorundadır.

---

<sup>255</sup> KİK Hukuk Müşavirliği'nin mütalaasına göre; vekalet veren ile vekilin hukuki ve cezai sorumluluklarını ayırmadığı görülür. Kurum, ihale işlemlerinin neticesinden hem vekilin hem de vekalet verenin sorumlu olacağı sonucuna varmıştır. Bu durumda Kurum, ihaleden yasaklanan vekilin yasaklılığının, vekalet verene de sirayet ettiği görüşündedir. KİK, **İç Yazışma**, Aralık-2003, s. 1-3.

Söz konusu düzenlemeye göre, ihaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirir bir durumun olup olmadığını tespit edecek ve bu tespit sonucunda “yasaklamaya ilişkin şüpheli bir durum olduğunu” fark ederse, bu durumu ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlığa bildirecektir. Burada, kanunkoyucu tarafından idareye bildirim yükümlülüğünün verilmesi, ihaleyi düzenleyen idarenin “bağlı yetkisinin” olduğunu gösterir. Zira idare, ihalede yasaklanmayı gerektiren bir durumla karşılaştığı zaman, ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlığa bu durumu bildirmek zorundadır. Kanımızca, bu hususta idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır<sup>256</sup>.

4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin 4’üncü fıkrasına göre; ihaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştığı takdirde, bunu ilgili veya bağlı bulunduğu idareye bildirir. Bu bildirim alan Bakanlık, “yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç 45 gün içinde” yasaklama kararını verir. 45 günlük sürenin başlangıcıyla ilgili, çeşitli tartışmalar söz konusudur. Bu tartışmalara, sonraki başlıklarda değineceğiz.

Yasaklamaya ilişkin karar, Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar, Kamu İhale Kurumu’na izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillere kaydedilir.

Yasaklama kararı, R.G.’de yayım tarihinden itibaren yürürlüğe gireceğinden dolayı yürürlük tarihi ile yasak fiil veya davranışın tespiti arasındaki sürede, ihale isteklisinin başka ihalelere katılıp katılmayacağı hususu da değerlendirilmelidir.

---

<sup>256</sup> Aynı görüş için bkz: TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 310.

Kamu İhale Kurumu, ihale isteklisinin yasak fiil veya davranışının tespitinden itibaren, isteklinin hiçbir ihaleye katılmaması gerektiği görüşündedir. Buna ilişkin olarak Kurum, iki hususu dayanak olarak göstermektedir<sup>257</sup> :

- Medeni Kanun'un 2'inci maddesinde yer alan "dürüstlük kuralları",
- Basiretli tacir gibi davranmanın gerekleri.

Yasaklama kararları her ne kadar R.G.'de yayımlandığı tarihten itibaren yürürlüğe girse de, yasak fiil veya davranışın tespit tarihi ile yasaklama kararının R.G.'de yayım tarihi arasındaki sürede, isteklinin durumunun belirlenmesi, ihalelerde düzenin tam anlamıyla sağlanması açısından zorunludur. Bu sebeple, yasaklanmayı gerektiren fiil veya davranışın tespitinden itibaren, ihale isteklisinin diğer idarelerin ihalelerine katılması engellenmelidir. Aksi takdirde, bir ihale isteklisi örneğin; A İdaresi'nin ihalesine katılıp yasaklanırken, bu karar yürürlüğe girinceye kadar B İdaresi'nin ihalesine katılarak hukuka aykırı durumlara sebebiyet verir. Bu hususta, 4734 sayılı KİK'teki yasaklılıkla ilgili hükümlerin gözden geçirilerek, Kanun'da yer alan bu boşluk giderilmelidir.

İdare tarafından yasaklama kararının verildiği durumlarda, yasaklama süresi; 59'uncu maddeye göre verilen yasaklama kararına göre farklılık gösterir. 58'inci maddeye göre ihale isteklisi/isteklileri 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmuşlarsa, fiil veya davranışın özelliğine göre **1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar** yasaklama kararı verilir. Eğer ihale isteklisi/isteklileri üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep yokken, usulüne göre sözleşme yapmaya

---

<sup>257</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhalelere Katılmaktan Yasaklama**, Kasım-2003, s.1-4.

yanaşmıyorsa, ilgili veya bağılı bulunulan bakanlık, bu ihale isteklisi hakkında **6 aydan az olmamak şartı ile 1 yıla kadar** yasaklama kararı verir.

Görüldüğü üzere, idare tarafından verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararı, 17'nci maddedeki yasak fiil veya davranışlardan dolayı veriliyorsa yasaklama süresi daha fazla olmaktadır. En az 1 yıl, en fazla 2 yıl yasaklama süresi öngörülmüştür. Buna karşın, mücbir sebep yokken, ihaleyi aldığı halde sözleşme yapmayan ihale isteklisi için uygulanan yasaklama süresi 6 ay ila 1 yıl arasındadır. Bu konuda, yasaklama kararını veren Bakanlığın, fiilin özelliğine göre yasaklama süresi konusunda “yasal sürelerin içinde kalmak şartıyla,” takdir yetkisi olduğu açıktır.

### **1. Yasaklama Kararı Verilinceye Kadar Uygulanan Tedbir**

4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, ihalelere ilişkin bir idari tedbire yer verilmiştir. Buna göre, ihale sırasında veya sonrasında yasaklamayı gerektirir fiil veya davranışta bulunduğu tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

İhaleyi düzenleyen idare, yasaklamayı gerektirecek bir fiille karşılaştığı takdirde, o ihalenin ya da daha sonra aynı idare tarafından yapılacak ihalelerin, sağlıklı ve hukuka uygun olarak yürütülebilmesi için, yasak fiilde bulunduğu tespit edilen ihale isteklisi/isteklilerinin o ihaleye ya da daha sonraki ihalelere katılmamasına yönelik bir işlem tesis edebilir. Ancak bu işlem, ihale isteklilerinin ihaleden yasaklanması şeklinde düşünülmemelidir. Zira ihaleyi düzenleyen idarenin, ihaleden yasaklama kararı verme yetkisi yoktur. Bu yetki, münhasıran

ilgili/bağlı/ilişkili bakanlığa ya da herhangi bir bakanlıkla bağı bulunmayan idarelerin kendisine aittir.

58'inci maddenin 3'üncü fıkrasındaki durum, ihaleyi düzenleyen idarenin, ihale isteklisinin yasak fiilini tespit ettikten sonra, buna ilişkin bir "irade beyanı" olarak kabul edilmelidir. İdare, ihale isteklisinin yasak fiilini tespit etmiş ve bu fiilin işlendiğinden artık emin olmuştur. Bunun neticesinde ise idare, ihale düzeninin devamlılığı açısından bir önleme başvurmak zorundadır. Bu önlem ise, yasak fiili tespit edilen ihale isteklisinin, o ihaleye veya daha sonraki ihalelere iştirak etmesini engellemektir. İdare, bu tedbiri uygularken; arada geçen sürede ilgili/bağlı/ilişkili olduğu bakanlığı, yasaklama kararının alınması için durumdan haberdar eder. Ancak bu bildirim süreci içerisinde, yasak fiili tespit edilen isteklinin, ihaleden uzak tutulması için Kanun'da bahsi geçen tedbir yolu öngörülmüştür. Ancak bu tedbir, sadece ihaleyi düzenleyen idarenin açacağı sonraki ihalelerle sınırlı kalmaktadır. Dolayısıyla, hakkında yasaklama kararı verilmesi muhtemel olan kişinin, başka idarelerin ihalelerine katılmasının önü açıktır.

Öte yandan, ihaleyi düzenleyen idare tarafından yasak fiili bulunan ihale isteklisinin ihaleden uzak tutulmasına dair tedbir uygulanması, bir zorunluluktur. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin olduğu düşünülemez. Nitekim Kanun'un 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrası; *"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."* şeklindedir. Madde hükmünde yer alan **"iştirak ettirilmezler"** ifadesinin lafzi yorumu sonucunda,



idarenin bu konuda bağı yetkisi olduğunu ve her durumda yasak fiilde bulunan isteklileri ihale dışında tutacağını gösterir.

## **2. İhalden Yasaklama Kararının Verilmesi Gereken 45 Günlük Sürenin Başlangıcı Sorunu**

4734 sayılı KİK'e göre kamu ihalelerinden idare tarafından yasaklama kararının verilebilmesi için bir süre belirlenmiştir. Bu süre, 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinin ilk halinde 30 gün iken; idareler arasındaki bildirim ve yazışma sürelerinin uzunluğu dikkate alınarak 30.07.2003 tarihli 4964 sayılı Kanun'un 35'inci maddesiyle bu süre, 45 güne çıkarılmıştır. Ancak ihalden yasaklanmaya ilişkin uyuşmazlıklarda bu konu hakkında yargı kararlarında tartışmalar sürmektedir. Bu sebeple, 45 günlük sürenin başlangıcı hususunun netlik kazanması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu bağlamda öncelikle 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesi; Kamu İhale Genel Tebliği, Danıştay 13. Dairesi'nin çeşitli zamanlarda vermiş olduğu kararlar da dikkate alınarak incelenecektir.

Söz konusu incelemeye geçmeden önce, kamu ihalelerinden yasaklanmada süre kavramının ne olduğuna, niçin böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna ve bu sürenin hukuki niteliğine değinmek gerekir. Hukukta süre, herhangi bir alanda bir görevin yerine getirilmesi, bir işlemin gerçekleştirilmesi ya da bir dava konusu edilebilecek bir uyuşmazlık söz konusu ise, davanın açılması ve işlemlerin yapılması için gereken zaman dilimini ifade eder.

Kamu ihale hukukunda ise idareler tarafından ihalden yasaklama kararı verilebilmesi için 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında 45 günlük bir süre düzenlenmiştir. İlk bakışta düzenleyici bir süre olarak anlaşılrsa da,

madde metninin tamamı ve yasaklama müessesesinin ciddiliği dikkate alındığında bu sürenin, düzenleyici niteliği aşan bir özellik gösterdiği sonucuna varılabilir. Nitekim 58'inci maddenin dördüncü fıkrasında “*Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden, yasaklama kararını verecek olan idari makamın mutlaka 45 gün içerisinde karar vermesinin bir zorunluluk olduğu sonucu çıkar. Zira kanunkoyucu, “kırkbeş gün içinde verilebilir” biçiminde, takdir yetkisine imkan sağlayacak bir ifade kullanmamıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin<sup>258</sup> XV. Bölümü'nde yasaklama kararının verilebilmesi için gereken 45 günlük sürenin hukuki niteliğine açıklık getirilmiştir. Buna göre, 45 günlük süre disiplin niteliği aşan bir süredir. İdarenin, bu süre içerisinde yasaklama kararı vermesi zorunludur. Söz konusu yasaklama kararını vermeyen kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Yasaklama kararının verileceği sürenin başlangıcı ile ilgili olarak ilk incelenmesi gereken Kamu İhale Genel Tebliği'dir<sup>259</sup>. Genel Tebliğ'in XV'inci Bölümü'nün 3. Kısmı'nda yer alan “Yasaklama Kararının Verilmesi Gereken Sürenin Başlangıcı” başlığını taşıyan açıklamalara göre: “*Söz konusu maddelerde geçen kırkbeş günlük sürenin başlangıcı olarak, yasaklamaya esas bilgi ve belgelerin yasaklama kararını verecek mercie ulaştığı tarihin değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın, ihaleyi yapan idarenin yetkili makamı tarafından tespiti anlamına gelecek onayın veya bu anlama gelecek idari işlemin tesis edildiği tarihin*

---

<sup>258</sup> **Kamu İhale Genel Tebliği**, RG, 25.07.2005, Sayı: 25886.

esas alınması gerekmektedir.” . Genel Tebliğ’de, yasaklama süresinin başlangıcına esas teşkil eden iki husus üzerinde durulmuştur. Bunlarda birinin bulunması durumunda, 45 günlük süre başlamış kabul edilir:

-İhaleyi yapan idarenin yetkili makamı tarafından yasak fiilin tespiti anlamına gelecek onayın yapılmış olması.

-İhaleyi yapan idarenin yetkili makamı tarafından yasak fiilin tespiti anlamına gelecek idari işlemin tesisi.

Somut olayda, bu iki husustan birisi mevcut ise, yasaklama kararını vermek için 45 günlük sürenin işlemeye başladığı kabul edilecektir. Her iki durumda da, 45 günlük sürenin başlayabilmesi için, yasak fiilden dolayı istekli hakkında mutlaka yasaklama kararının verileceği, ihaleyi düzenleyen idarenin “bir irade açıklaması şeklinde” dışa yansımalıdır. Bir başka ifadeyle, ihaleyi düzenleyen idare, istekli hakkında yasaklama kararının verilmesinin bir zorunluluk olduğuna dair iradesini açık ve kesin bir şekilde beyan etmiş olmalıdır.

Yukarıda sayılanlardan ilk duruma göre, idarenin bu irade beyanı, yasak fiile ilişkin bir tespitten sonra bu tespit kararının idarenin yetkilisi tarafından onaylanması (bir tutanak tutulması ve yetkili makam tarafından onayı) biçiminde olabilir. İkinci durumda ise ihaleyi düzenleyen idare, isteklinin yasaklanmasının bir zorunluluk olduğuna dair irade beyanını, buna ilişkin bir idari işlem tesis ederek gerçekleştirebilir. Örneğin, A İdaresi, yasak fiili tespit eder. Daha sonra bu durum bir tutanak ile tespit edilir ve A İdaresi’nin amiri konumundaki kişiye durum bildirilir. Ancak bu bildirim ile idarenin irade açıklaması gerçekleşmiş olmaz. İdari amirin bu tutanağa dayanarak, ihale isteklisinin ihaleden uzak tutulmasına yönelik işlem tesis

etmesiyle, idarenin yasaklamaya ilişkin irade beyanı gerçekleşmiş olur. Bir diğer ifadeyle, idare, söz konusu isteklinin ihaleden yasaklanmasının bir zorunluluk olduğuna kesin bir şekilde kanaat getirmiş olur ve bu kararını dış dünyaya açıklar.

Sonuç olarak, Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre, ihaleyi düzenleyen idarenin yukarıda bahsettiğimiz irade açıklaması tarihinden itibaren 45 günlük sürenin başladığı kabul edilmiştir.

45 günlük sürenin başlangıcı ile ilgili olarak tezimizde yer vermemiz gereken yargı kararları da mevcuttur. İnceleyeceğimiz kararlar, Danıştay 13. Dairesi'ne aittir.

Danıştay 13. Dairesi'nin kararlarından ilki, 8.11.2005 tarihli<sup>260</sup>. Temyiz incelemesine konu olan olaya göre, hakkında yasaklama kararı verilen bir limited şirket, bu karara karşı, yasaklamanın 45 günlük sürenin aşılması iddiasına dayanarak iptal davası açmıştır. Somut olaya göre ihale sürecinin başından itibaren yapılan işlemler şöyledir:

06.06.2003: İhalenin yapıldığı gün.

31.07.2003: İhale sözleşmesinin imzalandığı gün.

21.10.2003: İhaleyi düzenleyen fakülte tarafından, yasak fiil ve davranışın tespiti ve tutanak düzenlenmesi.

27.10.2003: Fakülte tarafından, yasak fiili belirten tutanağın Üniversite Rektörlüğü'ne gönderilmesi.

09.02.2004: Üniversite Rektörlüğü'nün, yasaklama talebinin "ilgili bakanlık" olan Milli Eğitim Bakanlığı'na (MEB'e) gönderilmesi için YÖK'e yazı göndermesi.

---

<sup>260</sup> D.13.D., 08.11.2005 günlü, E. 2005/7182, K. 2005/5405 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

15.03.2004: MEB'in ihaleden yasaklama kararı vermesi.

08.04.2004: Yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanması.

Olayı inceleyen Ankara 5. İdare Mahkemesi, 29.11.2004 tarihli, E. 2004/1660; K. 2004/1887 sayılı kararında; yasaklama kararının süresi içerisinde verildiğinden hareketle davayı reddetmiştir. Temyiz incelemesini gerçekleştiren Danıştay 13. Dairesi ise incelemesinde şu sonuçlara varmıştır:

*“Söz konusu maddelerde geçen kırkbeş günlük sürenin başlangıcı olarak, yasaklamaya esas bilgi ve belgelerin yasaklama kararını verecek mercie ulaştığı tarihin değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihin esas alınması gerektiğinden, burada yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada sözleşmeyi yapan idarenin, yüklenicinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışa vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışa vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir.*

...

*Bu durumda, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği 09.02.2004 tarihinden itibaren, yasaklama kararının verildiği 15.03.2004 tarihine kadar Yasa'da belirtilen 45 günlük süre aşılmadığından, davacının, idarenin yasaklamaya esas fiil veya davranışı tespit ettiği tarih 21.10.2003, yasağın davalı idarece onay tarihinin ise 15.03.2005 olduğundan, 45 günlük sürenin aşıldığı yönündeki iddiasında isabet bulunmamaktadır.*

*Davanın, yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2004 tarihli, E:2004/1660; K:2004/1887 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 08.11.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi."*

Danıştay 13. Dairesi, 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, ihaleyi düzenleyen idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasına yönelik bildirildiği tarihi kabul etmiştir. Bir diğer ifadeyle Danıştay, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih ile ilgili/bağlı bakanlığa yasaklamayı gerektirecek durumun bildirim tarihini aynı kabul etmiştir. Danıştay'a göre, bu bildirim ile tespit yapılmış olacaktır. Danıştay, söz konusu sonuca dayanak olarak ise;

- İdare, yüklenicinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varmalı,
- İsteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli olduğuna kanaat getirmeli.

hususlarını birlikte değerlendirmiştir.

Bundan dolayı, üniversite rektörlüğünün, 09.02.2004 günü YÖK'e yazmış olduğu yazı ile MEB'in ihaleden yasaklama kararı vermesini talep ettiği tarihi Danıştay, 45 günlük sürenin başlangıcı olarak kabul etmiştir. Oysa ihaleyi düzenleyen fakülte, yasak fiili, 21.10.2003 günü tespit etmiştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin bu karardan başka, 20.03.2006 tarihli bir temyiz incelemesi kararı<sup>261</sup> ve bu temyiz incelemesinden sonra aynı karara karşı karar düzeltme isteminde bulunulmasından dolayı, 05.03.2007 tarihli bir diğer kararı<sup>262</sup> daha vardır.

Danıştay 13. Dairesi, temyiz incelemesinde 45 günlük sürenin başlangıcı ile ilgili olarak 8.11.2005 tarihli (yukarıda incelediğimiz karar) kararıyla benzer bir tespitte bulunmasına rağmen; karar düzeltmede, aynı Daire 45 günlük sürenin başlangıcı olarak daha farklı bir sonuca varmıştır.

Danıştay'ın incelediği temyiz başvurusuna konu olan olay, aşağıdaki gibi gelişmiştir:

29.03.2004: İdare (Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi) tarafından ihalenin düzenlenmesi ve yasak fiilin tespiti.

31.03.2004: Yasak fiile ilişkin, Üniversite Rektörlüğü'ne bildirim.

28.04.2004: Rektörlüğün, YÖK'e yasaklamaya ilişkin bildirim yazısı.

09.06.2004: YÖK'ün Milli Eğitim Bakanlığı'na yazdığı ihaleden yasaklamaya dair yazının ulaştığı tarih.

---

<sup>261</sup> D.13.D., 20.03.2006 günlü, E. 2005/7380, K. 2006/1443 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

<sup>262</sup> D.13.D., 05.03.2007 günlü, E. 2006/4272, K. 2007/1029 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

23.06.2004: MEB tarafından ihaleden yasaklama kararı verilmesi.

28.07.2004: Yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayımı.

Danıştay 13. Dairesi temyiz incelemesinde, ihaleden yasaklama kararının verilmesi gereken 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, YÖK tarafından MEB’e yasaklama işleminin yapılmasına dair talep yazısının gönderildiği gün olan 09.06.2004 tarihinin esas alınması gerektiğine karar vermiştir. Buna ilişkin dayanak ise Danıştay tarafından şöyle belirtilmiştir:

*“Söz konusu madde ile getirilen kırkbeş günlük süre yasaklama kararı verecek merciin, işi karara bağlamasına yönelik bir süre olup, fiilin işlendiği tarihten belli bir süre geçtikten sonra, karar verilmesini engelleyen bir zamanaşımı süresi niteliğinde bulunmamaktadır. Bu itibarla sürenin başlangıcını saptayabilmek için, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.*

*İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tesbiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu, ancak, ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır.*



*Aksi bir uygulama, ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararı verecek bakanlığın, teşkilatlanma farklılıkları nedeniyle, iletişimde gecikmeler olacağı göz önüne alındığında, bütün yasaklamalarda bu sürenin aşılması sonucunu beraberinde getirecektir.*

...

*Bu durumda, 09.06.2004 tarihinden itibaren, yasaklama kararının verildiği 23.06.2004 tarihine kadar Yasa'da belirtilen 45 günlük süre aşılmadığından, davacının, ihalenin yapıldığı 29.03.2004 tarihi itibarıyla 45 günlük sürenin aşıldığı yönündeki iddiasında isabet bulunmamaktadır.*

*Davanın, yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 08.12.2004 tarihli, E:2004/2644; K:2004/2238 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçenin ilavesi suretiyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 20.03.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”*

Danıştay, temyiz başvurusuna ilişkin incelemesinde, 08.11.2005 tarihinde verdiği kararındaki benzer bir şekilde, 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, fiilin yasaklama kararını verecek bakanlığa bildirim tarihi ile fiilin tespit tarihinin aynı olduğundan hareket etmiştir. Bundan dolayı, uyuşmazlığa ilişkin olarak 09.06.2004 tarihinde, YÖK tarafından MEB'e yapılan yasaklama başvurusunu esas alarak, 45 günlük süreyi başlatmıştır. MEB, 23.06.2004 günü yasaklama kararı verdiğinden

dolayı, Danıştay, 45 günlük sürenin aşılmadığından hareketle, temyiz başvurusunu reddetmiştir.

Temyiz talebinin reddinden sonra, hakkında yasaklama kararı verilen ihale isteklisi, karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Talebi inceleyen Danıştay 13. Dairesi, 20.03.2006 tarihli kararından oldukça farklı olarak nitelendirilebilecek başka bir karara hükmetmiştir. 05.03.2007 tarihli bu son kararda Danıştay, şöyle demektedir:

*“...İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tesbiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu, ancak, ihaleyi yapan idarenin isteklinin yasaklanmasının gerekli bulunduğu yönündeki iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır.*

...

*Bu durumda, ihaleyi yapan Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü ihale süreci ile ilgili nihan karar verme yetkisine sahip olduğu gibi, yasaklama kararı verilmesinin gerekli olup olmadığı konusundaki iradenin de sahibi olduğundan, Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü tarafından yasaklama kararının verilmesinin istenildiği*

28.04.2004 tarihinden itibaren, yasaklama kararının verildiği 23.06.2004 tarihine kadar Yasa'da belirtilen 45 günlük sürenin aşılması nedeniyle, dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmaması nedeniyle, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

*Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasa'nın 49.maddesine uygun bulunan temyiz isteminin kabulü ile Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 08.12.2004 tarihli, E:2004/2644; K:2004/2238 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 05.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”*

Danıştay 13. Dairesi, daha önce incelediği temyiz başvurusu sonucunda verdiği karardan oldukça farklı bir karara ulaşmıştır. Danıştay söz konusu kararı verirken, 45 günlük sürenin hesaplanmasında kullanılacak tarihin başlangıcı olarak 28.04.2004 gününü, yani üniversite rektörlüğü tarafından, yasaklamaya ilişkin YÖK'e yapılan yazılı bildirim tarihini esas almıştır. Oysa Danıştay, aynı olaya ilişkin temyiz incelemesinde, söz konusu tarihi, YÖK'ün MEB'e gönderdiği talep tarihi olan 09.06.2004 olarak belirlemiştir.

Yukarıda incelediğimiz üç kararı, birlikte düşünecek olursak; Danıştay 13. Dairesi'nin ihaleden yasaklama kararının verilmesi gereken 45 günlük sürenin başlangıcıyla ilgili çelişkili sonuçlara vardığını söyleyebiliriz. Nitekim Danıştay, yukarıda incelediğimiz ilk kararında (08.11.2005 tarihli), 45 günlük sürenin başlangıcı olarak ihaleden yasaklama kararının verilmesi için YÖK'ten MEB'e gönderilen yazının MEB'e ulaştığı 09.02.2004 tarihini esas almıştı. Benzer şekilde, ikinci kararda (20.03.2006 tarihli) Danıştay, YÖK'ten MEB'e ihaleden yasaklama kararının verilmesi talebini içeren yazının gönderildiği tarih olan, 09.06.2004 gününü

esas almıştır. Ancak Danıştay, 20.03.2006 tarihli temyiz incelemesine dair karara karşı başvuru karar düzeltme talebiyle ilgili üçüncü kararında, ilk iki karardan tamamen farklı bir tarihin, 45 günlük sürede başlangıç olarak esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre Danıştay, ihaleyi düzenleyen idare (üniversite rektörlüğü) tarafından, yasaklamaya ilişkin fiilin tespit edildiğine dair YÖK'e yapılan bildirim tarihini esas alarak, yasaklamaya ilişkin sürenin 28.04.2004 gününden itibaren hesaplanması gerektiğini söylemiştir. Danıştay, her üç kararında da yasaklamaya gerektiren fiilin tespit tarihiyle bu fiilin ilgili/bağlı bakanlığa bildirim tarihinin aynı kabul edilmesinden hareket etmiştir; fakat idareler arasındaki yazışma sürelerini de hesaba katarak, farklı sonuçlara ulaşmıştır.

Kanımızca, Danıştay'ın 45 günlük sürenin başlangıcında esas aldığı **“Fiilin tespit tarihi= Yasaklamaya ilişkin ilgili/bağlı bakanlığa bildirim tarihidir”** tespiti, her zaman kullanılabilecek bir ölçüt değildir. İncelediğimiz uyuşmazlıkları da göz önüne alacak olursak, bahsedilen ölçüt her zaman geçerli olmamakta, idareler arasındaki yazışma süreleri de göz önüne alındığında, 45 günlük sürenin başlangıcıyla ilgili farklı sonuçlar elde edilmektedir.

Yasaklama kararının verilmesi gereken 45 günlük sürenin başlangıcıyla ilgili olarak kanaatimizce, somut olaya göre şu çözümlerden birisine gidilebilir:

- **45 günlük sürenin, 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre ihaleyi düzenleyen idare tarafından tesis edilen ve ihale isteklisinin ihaleye, yasaklama kararı verinceye kadar, idari bir tedbir olarak iştirak ettirilmemesine yönelik işlem den itibaren başlaması.**

**- Yasak fiilin tespit tarihinin, ihaleyi düzenleyen idare tarafından ilgili/bağlı bakanlığa yasaklama işlemini tesis etmesi için bildirimde bulunulduğu tarih ile aynı kabul edilerek, 45 günlük sürenin bu bildirim tarihinden itibaren başlaması.**

Her iki yoldan birinin tercih edilmesiyle, Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan açıklamalarla paralellik sağlanmış olur. Çünkü Genel Tebliğ, 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, ihaleyi yapan idarenin yetkili makamı tarafından yasak fiilin tespiti anlamına gelecek onayın yapılmış olması veya ihaleyi yapan idarenin yetkili makamı tarafından yasak fiilin tespiti anlamına gelecek idari işlemin tesisini kabul etmiştir.

#### **B. 59'uncu Maddeye Göre Yasaklama Kararının Veriliş Usulü**

59'uncu maddeye göre ceza mahkemesi tarafından verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararı ise daha farklı bir usulle verilir.

Yasaklanmayı gerektiren fiil veya davranışın aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, bu davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulur.

Suç duyurusunu dikkate alan savcılık, yapacağı soruşturma sonucunda işlenen fiillin suç oluşturduğuna kanat getirirse, bir iddianame düzenler ve dosya, mahkemeye intikal eder. Mahkeme yapacağı yargılama sonucunda ihaleye katılan kişi/kişilerin 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlardan suç teşkil eden fiilleri tespit ederse, TCK'ya göre bu kişiler hakkında cezaya hükmeder. TCK'ya göre hükmolunan bu cezanın yanısıra, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinden dolayı, bu ihale katılımcıları hakkında "ihaleye

katılmaktan yasaklama kararı” da verecektir. Bu yasak süresi, 1 yıldan az olmayıp 3 yıla kadar olabilir. Ancak söz konusu kişi/kişiler hakkında daha önceden 58’inci maddeye göre idare tarafından verilmiş bir yasaklama kararı varsa, mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı, ilk yasaklamanın süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Mahkeme tarafından haklarında yasaklama kararı verilenler, Cumhuriyet Savcılıkları tarafından sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumu’na bildirilir. Ayrıca, bu yasaklama cezası alanların meslek sicillerine işlenmek üzere, ilgili meslek odalarına bildirilmesi de söz konusudur. Mahkeme tarafından verilen yasaklama cezası, idarenin verdiği yasaklama cezasındaki gibi Kamu İhale Kurumu’na bildirilir ve buradaki sicillere Kurum tarafından kaydedilir. Ancak buna ek olarak, mahkemenin hükmettiği yasaklama kararı, yasaklanan kişinin meslek siciline işlenmek üzere bağlı olduğu meslek odasına da bildirilir. Görüldüğü gibi, mahkeme tarafından verilen ihaleye katılmaktan yasaklama cezası, daha ağır sonuçlara sahiptir. Yasak süresi bakımında da, yasağın verilebileceği üst sınır, mahkemece yasaklamada “3 yıl” olarak belirlenmiştir. Bu durum da, mahkeme tarafından verilen yasağın daha ağır sonuçlara sahip olduğunu gösterir.

Mahkemece verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayımlanması şeklindeki bir usul, Kanun’da öngörülmemiştir. Resmi Gazete’de yayımı gerekli kılan tek durum, **“ihaleye katılmaktan sürekli yasaklanma durumudur.”**

59’uncu maddenin 4’üncü fıkrasında, ihaleye katılmaktan yasaklama ile ilgili “sürekli yasaklama” ve “geçici yasaklama” ayrımı örtülü bir şekilde yapılmıştır. Yasak fiil veya davranışları sebebiyle haklarında “mükerrer ceza hükmolunanlar” ile

“bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri”, mahkeme kararı ile “sürekli olarak” kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

59’uncu maddenin son fıkrasına göre ise sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumu tarafından, bildirim izleyen 15 gün içinde Resmi Gazete’de yayımlanır. Burada, idare tarafından verilen yasaklama kararının yayımı, kararı veren Bakanlık tarafından Resmi Gazete’ye bildirim ve yayımlatma şeklinde olmasına karşılık, mahkemece verilen sürekli yasaklama kararı, Resmi Gazete’de yayımlatılmak üzere, mahkemece Kamu İhale Kurumu’na bildirilir. Kurum, bu kararı Resmi Gazete’de yayımlar.

Mahkeme tarafından verilen yasaklama kararıyla ilgili olarak, yasaklananların yargılama süresince başka ihalelere katılmasını engellemeye yönelik olarak 4734 sayılı Kanun’un 59/2’nci maddesinde, bir tedbir düzenlenmiştir. Madde şöyle demektedir:

*“Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkraya gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.”*

Söz konusu hüküm, hem 58’inci maddeye göre idare tarafından ihaleden yasaklananları hem de hakkında ceza muhakemesi sürecinin başlatıldığı ihale isteklilerine yönelik bir tedbir hükmüdür. Zira ihaleye katılmaktan yasaklananlar ile

hakkında kamu davası açılmasına karar verilen ihale isteklileri, Kamu İhale Kurumu'na bildirilerek, bu kişilerin başka ihalelere katılması engellenir. Kamu İhale Kurumu'nun yasaklama ile ilgili sicilleri tutan birimi, hakkında kamu davası açılan ihale isteklilerinin de kaydını tutmaktadır<sup>263</sup>.

Bunun dışında, KİK'e göre yasak fiil veya davranışı tespit edilip haklarında henüz yasaklama kararı verilmeyen veya TCK'ya göre haklarında henüz cezaya hükmedilmeyen istekli/istekliler, karar verilinceye kadar hiçbir ihaleye katılmamalıdır. Zira 4734 sayılı Kanun'a göre, ihaleye katılan isteklilerin genel hükümlere uygun davranmaları, objektif iyiniyet kurallarına (MK m.2) uymaları, ayrıca basiretli bir tacir gibi davranmaları gerekir<sup>264</sup>. Kurum görüşüne göre, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir fiil veya davranış, tespit edilen bir isteklinin bu aşamadan sonra, yasaklamayla ilgili hakkında bir karar verilinceye kadar ihalelere katılması, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu şekilde hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Kamu İhale Kurumu, hakkında kamu davası açılan ihale isteklilerinin kaydını tutmakla birlikte, yasaklılar listesinde olduğu gibi internet yoluyla bu listeyi kamuoyuna duyurmamaktadır. Bkz: Kamu İhale Kurumu web sayfası, [http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar\\_hakkinda/kamu\\_davalilar.htm](http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakkinda/kamu_davalilar.htm) (erişim: 25.04.2009)

<sup>264</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhaleye Katılmaktan Yasaklama**, Aralık-2003, s. 1-2.

<sup>265</sup> KİK Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhaleye Katılmaktan Yasaklama**, Aralık-2003, s. 3.



## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **İHALEDEN YASAKLAMA KARARININ İDARİ YAPTIRIMLARA HÂKİM OLAN TEMEL İLKE VE KAVRAMLAR YÖNÜNDEN İNCELENMESİ**

Tezimizin bu bölümünde, öncelikle idari yaptırımlara kısaca değinilecek ve bunlara ilişkin temel ilke ve kuralların neler olduğu incelenecektir. Daha sonra, ihaleden idare tarafından yasaklanma kararı, idari yaptırımlara ilişkin ilkeler ve kurallar çerçevesinde yeniden değerlendirilecektir. Bu bağlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer alan “teşebbüs, içtima, iştirak” kavramları, ihaleden idare tarafından yasaklanma kararına uyarlanarak birtakım sonuçlar elde edilmeye çalışılacaktır.

#### **I. İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI VE BU YAPTIRIMLARDA UYGULANAN TEMEL İLKELER**

İdari yaptırım kavramı, hem ceza hukukunda hem de idare hukukunda oldukça tartışılan ve “idari ceza” kavramıyla aynı anlama gelip gelmediği konusunda fikir birliğinin oluşmadığı bir alanda varlığını sürdürür. Bu kavramla ilgili olarak ilk söyleyeceğimiz husus, idare hukuku ve ceza hukukunun kesişiminde yer aldığıdır. Ancak ceza hukukuna hakim olan ilkelerin, idari yaptırımlar rejiminde de geçerli olup olmayacağı hususu, bu bölümde ayrıca tartışılacaktır.

Kavram karmaşasına yer vermemek için, idari yaptırım veya idari ceza kavramlarından hangisini tercih edeceğimizi belirlemek gerekmektedir. Genel anlamıyla idari ceza, idari düzenin bozulmasının ardından uygulanan yaptırım olarak

tanımlanabilir<sup>266</sup>. İdari yaptırım ise, sınırları hukuk kuralları tarafından belirlenmiş olan idari emir ve yasakların ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan sonuçtur. ZANOBİNİ, idari yaptırımları idari makamlar tarafından uygulanan ve kanunlardan kaynaklanan yaptırımlar<sup>267</sup> olarak tanımlarken; ÖZAY, bu tanıma “yargı kararı olmaksızın uygulanma” ifadesini de eklemiştir<sup>268</sup>.

İdari yaptırımların amacı, idari faaliyetlerin güvence altına alınması için yaptırım unsurunun kullanılmasıdır<sup>269</sup>. Bu nedenle idari yaptırımlar, önleyicilik özelliği taşırlar<sup>270</sup>.

Bu tür yaptırımların bir başka özelliği ise “idari işlem” olmalarıdır. İdari makamlar tarafından tesis edilen ve hukuk dünyasında değişiklik meydana getiren işlemler, idari işlemlerdir. Önceki bölümde de bahsedildiği üzere, idari işlemler yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurlarından oluşur. İdari yaptırımlar da idari makamlar tarafından belli usuller izelenerek tesis edilen, sınırları yasalarla çizilmiş olan kurallara uyulmadığı takdirde; idari düzeni bozan kişilerin, bu fiilleri işlememelerine yönelik olarak uygulanan **yükümlendirici idari işlemlerdir**. İdari yaptırımlar, bir tür idari işlem olduğundan dolayı, “idari ceza” kavramının kullanılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira idari yaptırım kavramı, idari işlem teorisine ve idare hukuku terminolojisine daha uygun bir anlam içermektedir. Ayrıca

---

<sup>266</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)**, Ankara, Asil Yayın-Dağıtım, 2006, s. 19.

<sup>267</sup> ZANOBİNİ, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>268</sup> İl Han ÖZAY, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985, 25.

<sup>269</sup> Yücel OĞURLU, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, İkinci Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 38.

<sup>270</sup> OĞURLU, **a.g.e.**, s. 41.

idari yaptırım kavramı, idari ceza kavramına göre daha kapsayıcı, daha geniş bir anlam ifade etmektedir<sup>271</sup>.

Modern anlamda idari yaptırım kavramı ilk kez Almanya’da ortaya çıkmıştır<sup>272</sup>. İdari yaptırımlar, kamu gücü kullanılarak uygulanan, idari kurallara sıkı sıkıya bağlı, tek yanlı<sup>273</sup>, idari makamlarca uygulanıp yargı kararı gerektirmeyen<sup>274</sup> idari işlemdir. Geçmişte de bazı yazarlar, idare hukukunun da kendine özgü yaptırımlara sahip olduğunu ve bunun da “idari yaptırım” olarak adlandırılabileceğini ileri sürmüştür<sup>275</sup>.

İdari yaptırımların hukuki niteliğine yönelik bu belirlemeden sonra bu yaptırımların diğer özellikleri<sup>276</sup> şöyle sıralanabilir:

- İdare, bu yaptırımları mahkeme kararı olmaksızın, re’sen uygular.
- İdari yaptırımın uygulanması için cezai ehliyet aranmaz.
- İdari yaptırımların muhatabı, belli bir kişidir.
- Bu yaptırımlar, yargılama sonucunda uygulanmadıklarından dolayı, idari usullere uygun olarak tatbik edilirler.
- İdari yaptırımlar, yasal dayanağa sahip olmak zorundadır<sup>277</sup>.

---

<sup>271</sup> Cengiz OTACI, **Türk Kabahatler Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2006, s. 5.

<sup>272</sup> Ersan ŞEN, **Çevre Ceza Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 201’den akt: Yücel OĞURLU, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, İkinci Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 25.

<sup>273</sup> Turgut TAN, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler,” **Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 313.

<sup>274</sup> Anayasa Mahkemesi, 23.10.1996, E.1996/48, K. 1996/41, **AYMKD**, C.1, S. 33, s. 181.

<sup>275</sup> Guido ZANOBINI, **İdari Müeyyideler**, Çev: Yılmaz Günel, AÜSBF Yayınları No: 175, Sevinç Matbaası, 1967, s. 137.

<sup>276</sup> OĞURLU, **a.g.e.**, s. 41 vd; ÇAĞLAYAN, **a.g.e.**, s. 24.

<sup>277</sup> ÇAĞLAYAN, **a.g.e.**, s. 24.

## A. İdari Yaptırım Uygulamalarında Zorunlu Olan İlkeler

Ceza hukukundan oldukça farklı olan idari yaptırımlar hukukunda da ceza hukukuna hakim olan temel ilkeler geçerli olacak mıdır? Tezimizin bu başlığında, bu soruya yanıt arayacağız. Ancak bundan önce, ceza hukukundaki hangi ilkelerin “idari yaptırımlar rejimine” uygun olduğunu tespit etmeliyiz.

Her şeyden önce, ceza hukukuna hakim olan ilkeler; **kanunilik ilkesi**, *ne bis in idem ilkesi*, **şahsilik ilkesi** olarak sıralanabilir. Bu ilkelerin, idari yaptırımlara da uygulanıp uygulanmayacağını açıklığa kavuşturulması gerekir. Ayrıca, yaptırım uygulamalarında idareler tarafından dikkat edilmesi gerekenlerde **savunma alınması kuralı**, **gerekçe kuralı**, **geriye yürümeme kuralı** hususlarına da açıklık getirilecektir.

### 1. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi, ceza hukukunda kabul edilmiş en temel ilkelerden birisi olmakla birlikte; suçların ve cezaların sadece kanunkoyucu tarafından ihdas edilebileceğini zorunlu kılan bir ilkedir. Buna göre, kanuna dayanmayan suç veya ceza, hukuka aykırı olur.

Kanunilik ilkesi, “tipiklik” olarak da bilinmekle beraber; ortaya çıkan somut olayların, olay gerçekleşmeden önce konulmuş olan soyut hukuk kurallarına uygunluğunu ifade eder.

Türk Hukuku’nda da suç ve cezalarda kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Buna ilişkin düzenleme, 1982 Anayasası’nın 38’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alır. Buna göre; “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*”. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1’nci fıkrasında ise bu ilke şu

şekilde ifadesini bulur: “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*” Aynı maddenin 2’nci fıkrasına göre ise “*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*”

Hem Anayasa’da hem de TCK’da yer alan kanunilik ilkesi, aynı zamanda hukukun genel ilkeleri arasında yer alır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7’nci maddesinde de “Cezaların Yasallığı” başlığı altında bu ilkeye yer verildiği görülür.

Hem Türk Hukuku’nda hem de uluslararası hukukta yer verilen suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. İdari yaptırımlar da kanunkoyucu tarafından öngörülecek ve sınırları tespit edilecektir. Aksi halde idari makamlar, keyfi ve sınırsız bir takdir yetkisi kullanarak yaptırım yoluna gitmiş olurlar ki bu durum, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder.

Öte yandan, doktrinde idari yaptırımlara ilişkin kanunilik ilkesinin uygulanması açısından görüş birliği yoktur. GÖZÜBÜYÜK/TAN kanunilik ilkesinin idari yaptırımlarda çok katı uygulanmaması görüşündedir<sup>278</sup>. GÜNDAY ise idari cezaların düzenleyici işlemlerle de konulabileceğini fakat disiplin cezalarının mutlaka kanunla getirilmesi gerektiği düşüncesindedir<sup>279</sup>. İÇEL, idari yaptırımlarda kanunilik ilkesinin sert bir şekilde uygulanmaması gerektiği görüşündedir<sup>280</sup>. ÇAĞLAYAN’a göre idari yaptırımlarda da tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi

<sup>278</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, **a.g.e.**, s. 625.

<sup>279</sup> GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 214-215.

<sup>280</sup> Kayıhan İÇEL et. al., **Yaptırım Teorisi**, İstanbul, 2000, s. 5.

kanunilik ilkesinin geniş bir şekilde uygulanması gerekmektedir<sup>281</sup>. OTACI ise Türk doktrininde ağırlıklı görüşün, kanunilik ilkesinin idari yaptırımlarda cezalarda olduğu gibi sert uygulanmasının idarenin takdir yetkisine aykırılık teşkil edeceği yönünde olduğunu belirtmektedir<sup>282</sup>.

Kanımızca, idari yaptırımlarla bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale söz konusu olabileceğinden, idari yaptırımların türlerinin, süresinin ve ne şekilde uygulanacağını mutlaka kanunlarla belirlenmesi gerekir<sup>283</sup>. Aksi takdirde, idarenin takdir yetkisi devreye gireceğinden, yaptırımların uygulanmasında keyfilik söz konusu olacaktır. Bu durumda da hukuk devleti ilkesi zarar görecektir. Bu bağlamda, idari yaptırımlar açısından kanunilik ilkesinin yumuşatılarak uygulanması gerektiğini belirten görüşlere katılmamaktayız. Nitekim idari yaptırımlar açısından kanunilik ilkesinin geçerli olacağı, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre: *“Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”* Bu hükme göre yaptırım uygulanacak fiillerin neler olduğu, bunlara uygulanacak yaptırımların türleri, süresi ve miktarı mutlaka kanunla belirlenmek

---

<sup>281</sup> ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 41.

<sup>282</sup> OTACI, a.g.e., s. 25.

<sup>283</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin 16.12.2005 tarihli bir kararında, *“İdarenin yasal boşluk olduğu gerekçesiyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikte idari düzenleme yapamayacağı”* açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, Danıştay'ın da idari yaptırımlarda kanunilik ilkesinin mutlak olarak uygulanmasından yana olduğunu söyleyebiliriz. Bkz: D.10.D., 16.12.2005 tarihli, E. 2002/5890, K. 2005/7806 sayılı kararı, **DBB**,

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

zorundadır<sup>284</sup>. Bu konuda idareye takdir yetkisi verilmemiştir. Maddenin birinci fıkrasında idareye düzenleme yapma yetkisinin verildiği alanın sınırları da yine kanunla belirleneceğinden dolayı, idari yaptırımlarda kanunilik ilkesinin mutlak olarak uygulandığı sonucuna ulaşmaktayız.

## 2. Ne Bis In Idem İlkesi

“Aynı fiilden dolayı iki kez yargılama yapılamaz” ve “iki kez ceza verilemez” olarak bilinen bu ilke, idari yaptırımlar açısından da geçerli olabilir mi? Bu sorunun yanıtını, bu ilkenin tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş amacından hareket ederek bulabiliriz.

Öncelikle bu ilkenin getiriliş amacı, bir kişinin işlemiş olduğu bir fiilden dolayı tekrar tekrar ceza almasını önlemek ve bu kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar gelmemesini sağlamaktır. Genellikle cezalar açısından düşünülen bu ilke, idari yaptırımlar açısından ancak şu olasılıklara göre geçerli olacak veya olmayacaktır:

1. Olasılık: Bir fiil hem bir suç oluşturup ceza verilmesini gerektiriyor hem de idari yaptırım uygulanmasını gerektiriyorsa:

Bu durumda, *ne bis in idem* ilkesinin geçerli olmayacağı kanısındayız. Nitekim bir fiil, kanunlara göre suç teşkil ediyorsa, bu belirlemeyi bir yargılama sürecinde yapacak olan mahkemedir. Söz konusu belirleme yapıldıktan sonra ise mahkeme, kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde bu fiile uygun cezaya hükmeder. Diğer yandan bu fiil, bir idari makam tarafından tesis edilecek bir idari yaptırımı da gerektiriyorsa; bu yaptırımın uygulanmasını engelleyecek herhangi bir durum söz konusu olmamalıdır. Hatta fiille ilgili muhakeme sürecini yürüten ceza mahkemesi,

---

<sup>284</sup> Kabahatler bakımından bu ilkeyi ikiye ayırabiliriz: Kabahatlerde kanunilik ve yaptırımlarda kanunilik. Bkz: ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 41 vd. .

fiilde suç unsurlarına rastlamamış olsa da, idari yaptırım yine de uygulanmalıdır<sup>285</sup>. Sonuç olarak mahkeme, yaptığı yargılama sonucunda ihale isteklisi hakkında “beraat kararı” verdiyse, bu durum, kanaatimizce idare tarafından, idari yasaklama kararının verilmesini engellemez<sup>286</sup>.

Tüm bunlar göstermektedir ki, ceza ve idari yaptırımların bir arada olabileceği bir durumda, *ne bis in idem* ilkesi uygulanmaz. Şayet uygulanmış olsaydı, ceza ya da idari yaptırımdan sadece birisine başvurulabilecekti.

Bu durumu, ihaleye katılma yasağı ile ilgili olarak şöyle örneklendirebiliriz: A İdaresi tarafından bir kamu ihalesi açılmıştır. Bu ihaleye katılanlardan B ise 4734 sayılı KİK’in 17’nci maddesine göre yasak bir fiilde bulunmuştur. İdare tarafından tespit edilen bu fiil, aynı zamanda 5237 sayılı TCK’ya göre suç teşkil etmektedir. Bu durumda idare, bu hususu bağlı/ilgili bulunduğu bakanlığa bildirecektir. Bakanlık ise 4734 sayılı KİK’in 58’inci maddesindeki usule göre B’yi ihaleden yasaklayacaktır. Bakanlık tarafından verilen bu yasaklama kararı, idari makamlar tarafından tesis edilen tipik bir idari yasaklamadır ve bir idari yaptırımdır.

B’nin ihaleden yasaklanmasına sebep olan bu fiil, aynı zamanda TCK’ya göre bir suç oluşturduğundan dolayı durumun, Cumhuriyet Savcılığı’na intikal ettiğini varsayalım. Savcılık, soruşturma aşamasını tamamladıktan sonra kamu davası açılmasına karar verirse, bir iddianame düzenler ve artık dosya, ceza mahkemesine intikal eder. Bu nedenle ceza mahkemesi, sanık B hakkında daha önceden verilmiş olan ihaleye katılmaktan yasaklama kararından dolayı “*ne bis in idem* ilkesi

---

<sup>285</sup> ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 45.

<sup>286</sup> İsmail YALÇIN, **Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 86; Buna ilişkin Danıştay Kararı: D.6.D., 17.06.1997 tarihli, E.1996/3618, K.1997/3048 sayılı kararı, akt: Dinçer GÖNEN/Hikmet IŞIK, **Devlet İhale Kanunu İle İlgili Sayıştay, Yargıtay, Danıştay Kararları**, İkinci Bası, Ankara, TŞOF Plaka Matbaacılık, 2000, s. 1353.



gereğince yargılama yapamam” şeklinde bir sonuca varamaz. Çünkü daha önceden bakanlık tarafından B hakkında verilen ihaleye katılmaktan yasaklama kararı, bir idari yaptırımdır ve bir yargılama süreci geçirildikten sonra uygulanmamıştır. Bu nedenle, ceza mahkemesi, ceza muhakemesi kurallarına göre yargılama yapar ve suçun işlendiğine kanaat getirirse, B’yi kanuna uygun olarak belli bir cezaya mahkum eder. Bunun yanında, B hakkında 4734 sayılı KİK’in 59’uncu maddesinden dolayı, mahkeme de ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verebilir. Bir başka deyişle, B hakkında daha önceden idare tarafından ihaleden yasaklanma kararı verilse bile bu durum, B’nin ceza mahkemesi tarafından yargılanıp cezaya mahkum edilmesine ve mahkeme tarafından belli süreliğine ihaleye katılmaktan yasaklanmasına engel teşkil etmez.

Bütün bunlar gösteriyor ki, kamu ihalelerinde idari yaptırım ve ceza birlikteyken *ne bis in idem ilkesi* uygulanmayacaktır. Ancak Kabahatler Kanunu’nun 15’inci maddesi, bizim ulaştığımız bu sonucun tam tersini düzenlemiştir. Maddenin 3’üncü fıkrasında şu ifadeye yer verilmiştir: “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*”. Kabahatler Kanunu’nun 15’inci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, bir fiilden dolayı hem ceza hem de idari yaptırım uygulanamaz. Ancak bu madde, 4734 sayılı KİK’in 59’uncu maddesiyle çatışmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, 59’uncu madde, mahkeme kararı ile bir ihale isteklisinin cezaya mahkum edilmesini ve ayrıca ihaleden belli bir süre için yasaklanmasını düzenlemiştir. Bu durumda hukukta geçerli olan *lex specialis derogat legi generali* ilkesi kullanılmalıdır ve “özel kanun” niteliğinde olan KİK’in 59’uncu maddesine göre bir sonuca ulaşılmalıdır.

Sonuç olarak, Kamu ihaleleriyle ilgili işlenen yasak bir fiilden dolayı hem cezaya hükmedilebilir hem de istekli hakkında ihaleden yasaklanma kararı verilebilir.

2. Olasılık: Bir fiilden dolayı iki idari yaptırım uygulanması gerekiyorsa:

Bazı durumlarda bir fiilden dolayı iki ayrı idari yaptırım uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda kişiye sadece bir idari yaptırım uygulanabilir mi? Bu sorun, iki idari yaptırım arasında *ne bis in idem* ilkesinin uygulanabilirliği ile ilgilidir. Kanaatimizce, bir fiilin iki ayrı idari yaptırımı gerektirmesi halinde, sadece bir idari yaptırımın uygulanması en doğru çözüm olacaktır. Çünkü yaptırıma tabi fiilden dolayı, hukuki nitelikleri aynı olan iki yaptırımın uygulanması (idari yaptırım-idari yaptırım), “aynı fiilden dolayı iki kez ceza verilemez” ilkesinin çiğnenmesine sebep olur. İki ayrı idari yaptırım uygulanması yerine, en ağır olanın tercih edilerek, bunun uygulanması gerekmektedir<sup>287</sup>.

Sonuç olarak, bir fiil hem bir cezayı hem de bir idari yaptırımı gerektiriyorsa, hem ceza hem de idari yaptırım uygulanabilir. Bu durumdaki fiillerle ilgili olarak *ne bis in idem ilkesi* geçerli olmaz. Fakat bir fiilden dolayı iki ayrı idari yaptırımın uygulanması gerektiği durumlarda, *ne bis in idem ilkesi* geçerli olacak ve kişiye iki ayrı idari yaptırım uygulanmayarak, en ağır olan yaptırım tercih edilerek uygulanacaktır.

### 3. Şahsilik İlkesi

Cezaların şahsiliği, bir kişiye uygulanacak olan cezanın, o kişi dışında kalan diğer kişilere etki etmemesi anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak da bir kişiye

---

<sup>287</sup> ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 45.

uygulanacak olan ceza, o kişinin ölümüyle sona erer; mirasçuları o cezadan dolayı sorumlu olmaz<sup>288</sup>.

Bu ilke, idari yaptırımlar açısından da dikkate alınması zorunlu bir ilkedir. Nitekim idari yaptırım ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunulduğundan dolayı, cezaların şahsiliği ilkesine uygun hareket edilmesi bir zorunluluktur. Danıştay 6. Dairesi, imar para cezasının verilmesine ilişkin olarak “cezaların şahsiliği ilkesinin göz önüne alınması gerektiği” üzerine durmuştur<sup>289</sup>. İmar para cezası da bir tür idari yaptırım olduğundan dolayı, cezaların şahsiliği ilkesinin, Danıştay tarafından mutlak olarak uygulandığı sonucuna varılabilir.

Danıştay, bir başka kararında yapı sahibine verilen para cezasının mirasçılardan tahsil edilmeyeceğini, bu tahsilatın yapılmasının cezaların şahsiliği ilkesi gereğince imkansız olduğu yönünde karar vermiştir<sup>290</sup>.

İhalden yasaklanmaya ilişkin düzenlemelerde, cezaların şahsiliği ilkesine uygun davranılmış mıdır? İhalden idare tarafından yasaklanmayla ilgili KİK 58’inci maddesi incelendiğinde, 2’nci fıkrada, hakkında yasaklama kararı verilecek sermaye veya şahıs şirketlerinden bahsedildiği görülür. Burada dikkati çeken husus, şahıs şirketlerinde bir ortakla ilgili olarak ihalden yasaklama kararı verildiğinde, bu yasağın diğer ortaklara da sirayet etmesi durumudur. Acaba bu sirayet, cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil eder mi?

---

<sup>288</sup> ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 36.

<sup>289</sup> D.6.D., 15.11.2005 tarihli, E. 2004/2, K. 2005/5491 sayılı kararı; D.6.D., 22.12.2003 tarihli, E. 2002/3435, K.2003/7049 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.04.2009).

<sup>290</sup> D.6.D., 19.04.2005 tarihli, E. 2003/5615, K. 2005/2335 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.04.2009).

Şahıs şirketlerinin özelliklerini önceki bölümde incelemiştik. Ortaklar arasında “güven esası” söz konusuydu. Sadece bu güven ilişkisine dayanarak, ihale yasağı kararından diğer ortakların da etkilenmesi düşünülebilir mi? Kanımızca, şahıs şirketleri açısından, cezaların şahsiliği ilkesinden taviz verilmiştir. İhalede bir şahıs şirketi ortağının yasak fiili sebebiyle diğer ortakların da sorumlu tutularak hiçbir ihaleye katılamamaları, diğer ortakların da bu yaptırıma tabi olduğu anlamına gelmektedir. Oysa ihaleden idare tarafından yasaklanma da bir idari yaptırımdır ve cezaların şahsiliği ilkesinin mutlak olarak gözetilmesi gerekir. 4734 sayılı KİK’in 58’inci maddesinde, cezaların şahsiliği ilkesine uyulmadığı kanaatindeyiz. Bu madde hükmünün, kanunkoyucu tarafından değiştirilerek, cezaların şahsiliği ilkesine göre yeniden kaleme alınması uygun olacaktır. Aksi takdirde, şahıs şirketinde ortaklar, bir başka ortağın yasak fiilinden haberdar olmasa bile, ortakların tümünün ihalelerden yasaklanması gibi son derece ağır ve katı bir sonuç, sürekli olarak hukuk dünyasında yerini alacaktır.

## **B. İdari Yaptırım Uygulamalarında Zorunlu Olan Kurallar**

### **1. Savunma Alınması Kuralı**

Bir yaptırım veya ceza uygulanmadan önce hakkında aykırı fiil işlediği veya suç işlediği iddia edilen kişinin dinlenmesi, tüm hukuk düzenlerinde kabul edilmiş, genel bir hukuk kuralıdır. Adil yargılanma hakkı çerçevesinde düşünüldüğünde, savunmanın alınması hem bir kural hem de bir hak olarak karşımıza çıkar<sup>291</sup>.

Türk Hukuku’nda ceza uygulanmadan önce ilgilinin savunmasının alınması kuralı 1982 Anayasası’nın 129’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında yerini almıştır.

---

<sup>291</sup> ÇAĞLAYAN, a.g.e., s.46.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmasında, bu kişilere savunma hakkı tanınmadıkça haklarında disiplin cezası verilemez. Aynı kural, kamu ihalelerinde hakkında yasaklama kararı verilecek olan ihale isteklisi için de geçerli olur mu?

4734 sayılı KİK'in "ihale yasakları" ile ilgili 58'inci ve 59'uncu maddelerinde, hakkında ihaleden yasaklama kararı uygulanacak olan ihale isteklisinin savunmasının alınmasına dair herhangi bir usule yer verilmediği görülür. Oysa 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesine göre ilgiliye, rekabet yasağı verilmeden önce savunma hakkının tanınması ve kendilerinin yasak ihlalinde bulunmadığını ispatlayabilme yolu öngörölmüştür. Benzer bir yol, 4734 sayılı KİK'te öngörölmemiştir. Bu sebeple, haklarında yasak fiil tespit edilen ihale isteklileri, ilgili veya bağlı bakanlık tarafından ihaleden, kendilerine "herhangi bir söz hakkı tanınmayarak" yasaklanmaktadır. 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinde, hakkında yasaklama kararı verilecek olan isteklilerin savunmasının alınmaması, Kanun'da yer alan önemli bir eksikliktir. Bu maddenin de hukukun genel ilkeleri ve adil yargılanma hakkı göz önüne alınarak, gözden geçirilmesi ve gerekli değişikliklerin yapılması şarttır.

## **2. Gerekçe Kuralı**

İdari makamlar tarafından tesis edilen işlemler de mahkeme kararlarında uygulanan gerekçeli olma kuralına tabi midir? İdari işlemler, bireylerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getirdiğinden dolayı, idare tarafından işleme ilişkin gerekçenin gösterilmesi gerekir.

İdari yaptırımlar da bir tür idari işlem olduğundan dolayı, idari makamlar bu yaptırımı uygularken, gerekçe göstermek zorundadır<sup>292</sup>. Yaptırım, bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıdığından dolayı, idarenin bu yetkiyi kullanırken; hangi sebeplerden yola çıktığını, maddi veya hukuki olayların ne olduğunu yaptırım içeren işlemde gerekçe olarak göstermesi gerekir.

İhalden yasaklamayı içeren idari işlemde gerekçe gösterilip gösterilmeyeceğine dair 4734 sayılı KİK'in 58'inci maddesinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, idari işlemlerde gerekçe gösterilmesinin zorunlu olduğu kuralından hareketle, yasaklama kararını veren bakanlığın, bu işlemi tesis ederken hangi maddi veya hukuki sebeplere dayandığını açıkça belirtmesi gerekir.

### **3. Geçmişe Yürümezlik Kuralı**

Ceza hukukuna ait olan bu kural, 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alır. Buna göre, *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zamankanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”*

Bu ilkeye göre, daha önce kanunlarda yer almamasına rağmen yeni bir suç öngören veya suçu işlediği düşünülen kişinin durumunu daha da ağırlaştırıcı hukuk kuralları, geçmişe yürümez. Bu kural, idari yaptırımlara da uygulanabilir mi? Bir fiile idari yaptırım uygulanması kanunkoyucu tarafından düzenlenmemişken, bu fiil kanuni bir değişiklik ile idari yaptırıma tabi hale getirilirse, bu değişikliğin yapıldığı tarihten önce aynı fiili işleyenlere, söz konusu idari yaptırım uygulanmaz. Bir başka

---

<sup>292</sup> İdari yaptırımlarla ilgili tesis edilen işlemlerin gerekçeli olması gerektiği konusunda bkz: ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 48.

ifadeyle, ceza hukukunda yer alan geçmişe yürümezlik ilkesi, idari yaptırımlar için de geçerlidir.

Kamu ihalelerinden yasaklanma yaptırımı –idari yasaklama- için de geçmişe yürümezlik ilkesi geçerli olmalıdır. Nitekim 4734 sayılı KİK’ın 17’nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarla ilgili olarak, kanunkoyucu tarafından bir değişikliğe gidilse ve maddeye yeni yasak fiil ve davranışlar eklense, bu durumda daha önceden, ihalelerde bu yeni fiilleri işlemiş olanlar hakkında da yasaklama kararı uygulanacak mıdır? Bu soruya verilecek yanıt, ihalenin aşamalarına göre değişir. İhalenin en başında, ihale dokümanının satın alınmasına rağmen henüz tekliflerin verilmediği aşamada, yasal değişikliklerin yürürlüğe girdiğini düşünecek olursak; bu durumda ihale isteklilerinin yeni yasak fiil ve davranışlarda bulunup bulunmadığının kontrolü gerekir. Çünkü ihale aşaması henüz ilerlemiş değildir. Hatta teklifler sunulmamış ve ihale üzerinde kalacak olan kişi belirlenmemiştir.

Bu hususla ilgili olarak dikkati çeken bir diğer nokta, ihale isteklilerinin yasak fiil ve davranışlarının tespit edilmesinin, ihalenin herhangi bir aşamasında hatta sözleşme imzalanıp uygulanmış olsa bile mümkün olabilmesidir. Bir başka ifadeyle, idare ihale işlemlerinde ya da ihale sözleşmesinin imzalanıp uygulanması aşamalarında dahi, ihale isteklisi ya da ihale sözleşmecisi kişinin yasak fiilinin olup olmadığını kontrol edebilir. Böyle bir fiile rastlarsa, yasaklama işlemini uygulayabilir. Bu bağlamda, yasak fiillerin kapsamıyla ilgili Kanun’da yapılacak bir değişikliğin geriye yürümemesi düşünülebilir. Kural, idari yaptırımlarda geçmişe yürümezliktir. Ancak ihaleden yasaklama kararını içeren yaptırımda, geriye yürümeme gibi bir kuralın uygulanması zordur. Bu zorluğa sebep olan, idarenin ihalenin herhangi bir aşamasında –hatta 4735 sayılı KİSK’te yer alan hükümler

çerçevesinde- sözleşme aşamasında bile yasak fiillerin tespitinin mümkün olmasıdır. Her aşamada dikkate alınan yasak fiiller, sonradan değişse bile geçmişe yürümezlik kuralı işlerlik kazanmayacak ve idare, sonradan yasak fiil olarak kabul edilen bir fiilden dolayı ihale isteklisinin ihaleden yasaklanmasına karar verebilecektir.

Sonuç olarak, idari yaptırımlar açısından geçmişe yürümezlik ilkesinin geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak ihaleden idare tarafından yasaklanma konusunda, bu ilkenin uygulanmasının ihaleyle ilgili sorunlara yol açacağı görüşündeyiz. İhalelerde, her aşamada yasak fiillerin tespitinin mümkün olduğundan hareketle, ihale sürecinde yeni yasak fiil öngören kanun hükümlerinin, geçmişe yürümezlik ilkesinden muaf olduğunu düşünmek gerekir.

## II. 5326 SAYILI KABAHAHLER KANUNU AÇISINDAN İHALEYE KATILMA YASAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk düzeninde varolan düzeni bozucu özellikteki fiiller, ağırlıklarına göre **suç** veya **kabahat** olarak karşımıza çıkar. Kabahat ve suç ayırımını en iyi açıklayan unsur, işlenen fiilden ötürü ortaya çıkan sonuçtur. Nitekim işlenen suçtan dolayı kişiye ceza uygulanırken; kabahatten dolayı idari yaptırım uygulanır.

Suç kavramı ise toplum tarafından onaylanmayan fiillerin, kanunlarda düzenlenip belli yaptırımlara tabi tutulmasıdır<sup>293</sup>. Kabahat kavramı ise idari düzeni ihlal eden fiillere verilen addır<sup>294</sup>. Ancak suç olarak kabul edilen fiil, toplum açısından kesinlikle kabul edilmez, kamu menfaatini ağır bir şekilde ve önemli ölçüde zarara uğratar. Ancak kabahat olarak kabul edilen fiil, sadece idari düzeni

---

<sup>293</sup> Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 174.

<sup>294</sup> ÇAĞLAYAN, **a.g.e.**, s. 123.



ihlal eder ve toplumun tümünü değil sadece ihlal edilen idari düzen içerisinde bulunan kişilerin menfaatini zarara uğratar.

Roma Hukuku'ndan beri kullanılan suç ve kabahat ayrımına göre; suçlar, tabii hakları ihlal ederken; kabahatler, sonradan elde edilen hakları ihlal etmektedir<sup>295</sup>.

Türk Hukuku'nda 2004 yılına kadar kabahatler, TCK'da yer almaktaydı. Ancak 2004 yılında çıkarılan 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre cürüm-kabahat ayrımı kaldırılmış ve kabahatler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda toplanmıştır.

Kabahat kavramını tanımlayan 5326 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi, “*kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” ifadesine yer vermiştir<sup>296</sup>. İÇEL'e göre kabahat kavramında yer alan “haksızlık” sözcüğünü, “düzen bozucu fiil (Ordnungswidrigketien)” olarak yorumlamak gerekir<sup>297</sup>.

Tez konumuz olan ihaleden yasaklanma kararının verilmesini gerektiren yasak fiil ve davranışlar da kabahat olarak değerlendirilebilir mi? Bu sorunun yanıtı, bir fiile “kabahat” özelliği kazandıran unsurların belirlenmesiyle bulunabilir.

Öncelikle, bir fiile kabahat denilebilmesi için o fiilin ilgili olduğu alandaki var olan düzeni bozması gerekir. Burada düzenden kastedilen, elbette idari düzendir. Fiili kabahate dönüştüren bir diğer unsur, karşılığında idari yaptırım uygulanmasıdır. Kabahatler Kanunu'nun 16'ncı maddesine göre kabahatlere uygulanan yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir.

---

<sup>295</sup> Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım**, C. I, Onikinci Bası, Beta Yayın-Dağıtım, Ocak 1997, s. 355.

<sup>296</sup> Kanundaki bu tanımı yeterli görmeyen bazı yazarlara göre kabahat, toplum düzenini, genel ahlaki çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla idari yaptırıma bağlanan fiilleri açıklamak için kullanılmalıdır. Bkz: ÇAĞLAYAN, **a.g.e.**, s. 130.

<sup>297</sup> Kayıhan İÇEL, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 50, Sayı: 1-4, Yıl: 1984, Fakülteler Matbaası, s. 124.

4734 sayılı KİK'in 17'nci maddesinde düzenlenen, ihalede kabul edilmeyen yasak fiil ve davranışların yukarıda saydığımız unsurlara sahip midir? İhalelerde yasak olan fiil ve davranışlardan suç teşkil edecek nitelikte olmayıp sadece ihale düzeninin bozulmasına sebep olanlar, kabahat olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırmak (m.17/a) ve sahtecilik (m.17/c) fiilleri aynı zamanda birer suç teşkil ettiğinden dolayı, bunlar ceza yargılaması sonucunda TCK hükümlerine göre ihale isteklisi kişiyi etkileyecektir. Bir başka ifadeyle, bu fiiller suç unsuru taşıyorsa, istekli, 59'uncu maddeye göre hem TCK'ya göre cezaya mahkum edilecek hem de mahkeme tarafından ihaleden yasaklanacaktır. Bu durumda, isteklinin kabahatinden söz edilemeyecektir. Zira suç teşkil eden bir fiilin aynı zamanda bir kabahat olarak düşünülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bir ihale isteklisinin yasak fiilinden dolayı KİK'in 58'inci maddesine göre uygulanan idari yasaklama yaptırımıyla ilgili olarak kabahat kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Zira 58'inci maddeye göre ihaleden yasaklama kararı, idare tarafından uygulanan, idari yaptırımlardan birisidir.

İhalelerde işlenen bir yasak fiilin, kabahat oluşturmasıyla ilgili iki husus söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, 17'inci maddenin (b) bendinde yer alır. Bu yasak fiil, "İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak"tır. İhalede diğer ihale isteklilerinin katılımını engelleyerek ihale düzenini bozmak ve bundan dolayı ihaleden yasaklanma yaptırımıyla karşılaşmak, bu fiilin kabahat olarak kabul edilebilirliğini gösterir. Nitekim bu fiil, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun aradığı "idari yaptırım uygulanmasını öngören haksızlık" tanımına uygundur.

Kabahat olarak kabul edilebilir bir başka fiil ise, 17'inci maddenin (d) bendinde yer alan "Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek" fiili, ceza hukuku anlamında suç teşkil etmediğinden dolayı, kabahat olarak kabul edilebilir. Zira ihale sürecinin düzenini bozacak nitelikte bir fiildir. İhale isteklisi, ihalede alternatif teklif verebilme imkanı olmamasına rağmen, doğrudan veya dolaylı olarak alternatif teklif vererek, diğer isteklilere karşı ihale düzenini bozucu bir haksızlıkta bulunmuştur.

Öte yandan, kabahat olması için aradığımız bir diğer şart olan, "idari yaptırıma tabi olma" şartı da gerçekleşmiştir. Bu fiilden dolayı ihale isteklisine "idare tarafından ihaleden yasaklama yaptırımı" uygulanır. Tüm bunlar dikkate alınacak olursa, 17'inci maddenin (d) bendindeki yasak fiilin, kabahat olduğu söylenebilir.

17'inci maddenin son bendinde 11'inci maddeye yapılan atıf sebebiyle, 11'inci maddedeki fiil veya davranışların da kabahat oluşturup oluşturmadığı da incelenmelidir. Bu bağlamda, 11'nci maddenin tüm bentlerinde yer alan hususlar, ihaleye katılma şartları niteliğinde olduğundan dolayı, kabahat olarak nitelendirmek imkansız gibi görünmektedir. He ne kadar, maddede sayılan özellikteki kişi/kişiler, 58'inci maddede yer alan idari yasaklama yaptırımına tabi olacaksa da, maddedeki düzenlemeler, "haksızlık" niteliği taşımayıp sadece ihalede istekli olabilme hususunu ciddi şekilde etkileyeceğinden, bunların ihaleye katılım şartı olarak yorumlanması daha uygundur. Madde başlığı olan "ihaleye katılmayacak olanlar" ibaresi de maddede sayılanların kabahat olarak nitelendirilemeyeceğini doğrular niteliktedir.

Zira bir fiilin kabahat olarak kabulü için, 5326 sayılı Kanun'un aradığı şartlar, 4734 sayılı Kanun'un 11'nci maddesinde yer almamıştır.

Diğer taraftan, kamu ihalelerinde kabahat oluşturan fiiller açısından, uygulanacak kanun sorunu da incelenmelidir. 5326 sayılı KK'nın 3'üncü maddesinde, diğer kanunlarda yer alan kabahatlere göre KK'nın "genel kanun" niteliğinde olduğuna dair bir hüküm yer almaktadır. İhaleler açısından düşünüldüğünde, ihaleden yasaklama yaptırımının 4734 sayılı KİK'te düzenlendiği dikkate alınır, bu yaptırımın 5326 sayılı KK'ya tabi olmayacağı düşünülebilir. Ancak hukuktaki temel ilkelerden birisi *lex specialis derogat legi generali* ilkesidir. Buna göre, genel kanun ve özel kanun hükümleri çakıştığında, özel kanuna öncelik verilir ve o uygulanır. Bu nedenle, kamu ihalelerinden yasaklanma konusunda 4734 sayılı KİK'te yer alan hükümler, 5326 sayılı Kanun'a göre öncelikle uygulanacaktır. Ancak 5326 sayılı Kanun'da yer alan, idari yaptırımlara ilişkin genel hükümler, ihalelerdeki yasak fiillere ilişkin yaptırımlara uygulanabilecektir.

Sonuç olarak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer alan genel hükümlerden bazıları, ihaleden yasaklanma müessesesinde kullanılabilir. İnceleyebileceğimiz bu genel hükümler, Kabahatler Kanunu'nda yer alan "teşebbüs", "iştirak" ve "içtima"dır. Ancak öncelikle ihalelerden yasaklanmayı gerektiren fiillerin unsurlarının irdelenmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda, ihaleden yasaklanmayı gerektiren yasak fiillerin "maddi unsuru" ve "manevi unsuru" incelenecektir.

### III. İHALEDEN YASAKLANMAYI GEREKTİREN FİİLLERİN UNSURLARI<sup>298</sup>

İhaleye katılmaktan yasaklanmayı gerektiren fiiller, bir tür “kabahat” olarak nitelendirilirse, suçun unsurlarına benzeyen unsurlara sahip olmaları gerektiği düşünülebilir<sup>299</sup>.

Suçun unsurları, ALACAKAPTAN tarafından “suçun kanuni unsuru”, “suçun maddi unsuru”, “suçun manevi unsuru” ve “hukuka aykırılık” olarak belirtilmiştir<sup>300</sup>.

Suçun kanuni unsuru, bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için o fiilin daha önceden kanunda yer alan tanımlamaya uygun olması gerekmektedir. Tipiklik olarak da bilinir.

Suçun maddi unsuru, bir fiilin işlenebilmesi için yapılmış hareketi ifade etmek için kullanılır. Bu hareket, bir netice yaratmalı; ayrıca bu hareket ve netice arasında da bir illiyet bağı mevcut olmalıdır.

Suçun manevi unsuru, kusurlu bir iradeden dolayı ortaya çıkan fiili ifade etmek için kullanılır. Bu nedenle, kusurlu iradeye sahip olan kişinin, suçun işlendiğini anlama kabiliyetinin –isnat kabiliyetinin- olması gerekmektedir.

Suçun hukuka aykırılık unsuru ise, işlenen fiilin hukuk düzeni tarafından kabul edilemez nitelikte olduğunu ifade eder. Bir diğer ifadeyle hukuka aykırılık; meşru olmayan bir fiilin, hukuk düzeni tarafından kabul edilmemesidir.

---

<sup>298</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 298.

<sup>299</sup> Kabahat ve suç kavramları, birbirinden farklılık gösterir. Nitekim bu farklılık kendisini, kabahatlerde bir fiilden dolayı ceza olarak, ayrı bir “idari kararın alınmasında” gösterir. P.J. FITZGERALD, **Criminal Law and Punishment**, Clarendon Law Series, Oxford at the Clarendon Press, 1962, s. 11. Yazarın yaptığı bu belirlemeden çıkan sonuç, suçlarda yargılama süreci sonunda bir cezanın ortaya çıkmasıdır. Oysa kabahatlerde, yargılama süreci yoktur. Bunun yerine idari makam tarafından bir idari karar alma süresi söz konusudur.

<sup>300</sup> Uğur ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 8-9.

Suçlarda geçerli olan bu unsurlar, kabahatlerde de aranacak mıdır? Kabahatler açısından da bu unsurların geçerli olduğu söylenebilir. Ancak bu bağlamda kamu ihaleleri ve kabahatler ilişkisiyle ilgili olarak, sadece maddi unsur ve manevi unsurlar incelenecektir.

Bundan hareketle, ihaleye katılmaktan yasaklanmayı gerektiren fiillerin unsurlarını şöyle sıralayabiliriz:

- Maddi unsur

- Manevi unsur

Bu unsurların ayrıntılarını inceleyelim.

#### **A. Maddi Unsur**

Kabahatlerde maddi unsur, kabahatin kim tarafından ve hangi fiillerde bulunularak işlendiğini belirtir. Fiiller, icrai ya da ihmali olarak işlenebilir. Bu husus, 5326 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde belirtilmiştir.

İhalelerden yasaklanmayı gerektiren fiilin maddi unsuru, ihaleye fesat karıştırma, sahtecilik, ihalede iki farklı teklif verme, yasa gereği ihaleye katılmayacağı belirtilenlerin ihaleye katılması (KİK m.11) gibi belli başlı fiillerden oluşur.

İhale sürecinin bir sonraki aşaması olan, "**sözleşme hazırlığı**"ndaki fiiller ise, yasaklanmayı gerektiren kabahatin bir diğer **maddi unsurunu** oluşturur. Buna göre, bir ihale isteklisi ihale sözleşmesi yapmaya yanaşmıyorsa bu davranış, bir yasaklama yaptırımını doğurur. Bu tür bir davranış, ihmali bir davranıştır ve cezalandırılmayı gerektirir.

## B. Manevi Unsur

Suçlarda olduğu gibi, kabahatlerde de aranan unsurlardan ikincisi, **manevi unsur**dur.

5326 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine göre kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, bir kabahat hem kast ile hem de taksirle işlenebilir. Bir başka ifadeyle bir fiilin kabahat olarak nitelendirilebilmesinde aranılan asgari şart, o fiilin en azından taksirle işlenmiş olmasıdır.

İhaleye katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanabilmesi için aranan manevi unsur, ihale isteklisinin, yasak fiil veya davranışı bilerek ya da isteyerek gerçekleştirmesidir. Bu unsur, çeşitli fiillere göre değişiklik gösterir. Örneğin; bazı yazarlara göre, bir kişinin ihaleye fesat karıştırdığının kabulü için "ihale düzenini bozucu bir davranışta –rüşvet, hile, sahtecilik gibi- bulunması" ana unsurdur<sup>301</sup>.

Bunun yanında, rekabetin engellenmesi, ihale kararının etkilenmesi, sahte belge düzenlenmesi, sahte belge kullanılması, ihalede birden çok teklif sunulması, yasaklı olunmasına rağmen ihaleye girilmesi gibi fiillerin hepinde aranan manevi unsur, failin bu fiilleri işlerken ihale düzenini bozduğunu bilmesi ve fiilini isteyerek gerçekleştirmesidir.

İhalede, idare ile sözleşmenin imzalanacağı kişinin belli olmasından sonra ihale üzerinde kalan kişinin, sözleşme yapmaya yanaşmaması halinde aranacak manevi unsur "isteklinin bilerek ve isteyerek" sözleşme yapmaya yanaşmamasıdır. Bir başka olasılık ise isteklinin, isteyemeyerek sözleşme yapamaz hale gelmesidir<sup>302</sup>. İsteklinin sözleşme yapamaz hale gelmesinde iradesi dışında gelişen bir dış faktör

---

<sup>301</sup> TAŞDELEN, a.g.m., s. 304.

<sup>302</sup> TAŞDELEN, a.g.m., s. 305.

etkiliyse, bu durumda kusurluluk ortadan kalkacağından kişiye, ihaleye katılmaktan yasaklama uygulanmaz.

#### IV. İHALEDEN YASAKLANMADA TEŞEBBÜS, İŞTİRAK VE İÇTİMA<sup>303</sup>

##### A. İhaleden Yasaklanmada Teşebbüs

Ceza hukukunda teşebbüs, DÖNMEZER tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: *“Suç yolunda (iter criminis) ilerleyen fail, elinden gelenleri yaptığı halde, engeller dolayısıyla istediği amaca ulaşamazsa veya hareketlerini engeller sebebiyle bitiremezse, “teşebbüs” ortaya çıkar. Fail, hareketlerini bitirmesine rağmen amacına ulaşamazsa, “tam teşebbüs”; hareketlerini bitirememiş ise “eksik teşebbüs” oluşur<sup>304</sup>”.*

Sadece suçlar için geçerli olmayan teşebbüs müessesesi<sup>305</sup>, kabahatler için de söz konusu olabilir. Zira 5326 sayılı KK'nın 13'üncü maddesinde, kabahatlerde teşebbüsle ilgili şu düzenlemeye yer verilmiştir: *“Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.”* KK, kural olarak kabahate teşebbüsü cezaya tabi tutmamıştır. Ancak kabahati düzenleyen özel bir kanunda teşebbüsün cezalandırılacağına dair bir hükme yer verildiği takdirde, kanunkoyucu kabahate teşebbüsün cezaya tabi olacağına işaret etmiştir. Bu

<sup>303</sup> TAŞDELEN, a.g.m., s. 305-309.

<sup>304</sup> Sulhi DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2003, s. 120.

<sup>305</sup> Ceza hukukçuları tarafından, teşebbüs kavramı ile ilgili çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunlar; subjektif teori, objektif teori ve karma teori olarak üçe ayrılır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Devrim AYDIN, “Suça Teşebbüs,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S. 1, Yıl:2006, s. 89-91.



durumda KK'da yer alan bu hükme göre, ilgili kanunda kabahate teşebbüsün cezalandırılması söz konusu ise TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümleri devreye girer.

Bu bağlamda, ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımını gerektiren fiil veya davranış için de teşebbüs mümkündür. Zira 4734 sayılı KİK, ihaleye fesat karıştırma, sahte belge düzenleme veya kullanma fiillerine ihaleden yasaklama yaptırımının uygulanacağını düzenlemektedirken, bu fiillere teşebbüs durumunda da yasaklılığın söz konusu olacağını öngörmüştür. Bir başka ifadeyle, bu fiillerin teşebbüs aşmasında kalması durumunda da fiil, sanki tamamlanmış gibi kabul edilerek, ceza mahkemesi tarafından fail hakkında ihaleden yasaklama kararı uygulanmaktadır<sup>306</sup>.

### **B. İhaleden Yasaklanmada İştirak**

Genel anlamıyla iştirak, bir kişi tarafından işlenebilmesi olanaklı olan bir suçun, birden çok kişinin anlaşması sonucunda birlikte gerçekleştirilmesidir<sup>307</sup>.

İştirak, 5326 sayılı KK'nın 14'üncü maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*“(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.*

*(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.*

*(3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.*

---

<sup>306</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 306.

<sup>307</sup> DÖNMEZER, **a.g.e.**, s. 258.

*(4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır.”*

Kabahatlerde iştirak konusunda Kanun'da, “tek tip faillik” kabul edilmiş ve azmettiren, yardım eden gibi ayrımlara yer verilmemiştir<sup>308</sup>.

İhaleye katılmanın yasaklanmasında, yasaklanmayı gerektiren fiile iştirakin nasıl gerçekleşeceği konusunda 4734 sayılı KİK'te herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, ihaleden yasaklanmayı gerektiren fiillerde iştirakin açıkça kabahat sayılmaması sebebiyle, yasaklanmayı gerektiren fiile iştirak olsa dahi, yaptırım uygulanmayacaktır<sup>309</sup>. Bu bağlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'da yer alan iştirak hükümlerinin, ihaleye katılma yasağının uygulanmasında geçerli olup olmayacağı sorunu akla gelebilir. Ancak 5326 sayılı Kanun'daki iştirak hükümlerinin, 4734 sayılı Kanun'a göre verilecek ihaleden yasaklama müessesesine uygulanamayacağı görüşündeyiz. Zira suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin, kabahatlerde de geçerli olduğunu hatırlayacak olursak; 4734 sayılı Kanun'da öngörülme-yen iştirak müessesinin, 5326 sayılı Kanun'a dayanarak uygulanması mümkün gözükmemektedir.

### **C. İhaleden Yasaklanmada İçtima**

Bir başka husus, ihaleden yasaklanma sonucunu doğuracak fiile, ceza hukukundaki içtima kurallarının uygulanıp uygulanmayacağıdır.

---

<sup>308</sup> YALÇIN, a.g.e., s. 223.

<sup>309</sup> Yazar, kabahatlerde de kanunilik ilkesinin uygulanacağından hareketle, bu sonuca varmıştır. Bkz: TAŞDELEN, a.g.m., s. 307.

Ceza hukukuna göre bir fiil ile birden fazla ihlal veya birden çok fiil ile bir ihlal meydana geliyorsa, buna “suçların içtimaı” adı verilir<sup>310</sup>. Birden çok fiil ile birden çok ihlal ortaya çıkıyorsa, bu takdirde; “cezaların içtimaı” kavramı ile karşılaşılır<sup>311</sup>.

5326 sayılı KK’nın 15’inci maddesinde yer alan içtima hükümleri şöyledir:

*“(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.*

*(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.*

*(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”*

Bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak belirlendiği durumlarda, KK’ya göre sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacaktır. Dolayısıyla *ne bis in idem* ilkesinin KK’nın 15’inci maddesinde benimsendiği söylenebilir.

İhale rejiminde ortaya çıkan düzen bozucu fiiller açısından her iki tür içtima söz konusu olabilir. Örneğin; ihale işlemleri sırasında bir istekli, hileli davranışları sonucunda hem ihale düzenini bozmuş hem de bu davranışı, ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut vermiş olabilir. Bu durumda, bir fiil ile hem bir kabahat hem de bir suç

---

<sup>310</sup> DÖNMEZER, a.g.e., s. 244.

<sup>311</sup> Bu kavrama, “gerçek içtima” da denir. DÖNMEZER, a.g.e., s. 244.

işlenmiştir. Bu bağlamda, bir ceza ile bir idari yaptırımın –ihaleye katılmaktan yasaklama- içtima ettirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Bir diğer ifadeyle ihaleden yasaklanma durumunda 5326 sayılı KK'nın kabul ettiği *ne bis idem* ilkesi uygulanmayacaktır<sup>312</sup>. Bu nedenle, ihaleden yasaklanma kararının yanında -TCK'ya göre suç teşkil eden yasak fiil işlenmişse- buna ilişkin cezaya mahkemece hükmedilebilecektir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve 4734 sayılı KİK'in yasaklama ile ilgili hükümler arasında bir çatışma olduğu görülür. Şöyle ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, bir fiilin hem suça hem de bir kabahate vücut verdiği durumlarda sadece suçun cezası uygulanır. Bir başka ifadeyle, ceza hukukundaki "*ne bis in idem*" ilkesi burada kabul edilmiştir.

Buna karşılık, 4734 sayılı KİK'in 59'uncu maddesine göre, ihalelerde işlenen yasak fiil veya davranışların TCK'ya göre suç oluşturduğu durumlarda, 59'uncu maddeye göre "*... mahkemece hükmedilecek cezanın yanısıra... bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58'inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.*" Maddenin açık hükmüne göre, ihale isteklisi gerçek kişiye mahkeme tarafından verilen cezanın yanında, ihaleye katılmaktan yasaklama uygulanmaktadır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki kural ile 4734 sayılı KİK'in 59'uncu maddesindeki hüküm çatışmaktadır. Bazı yazarlara göre, Kabahatler Kanunu'ndaki kural dikkate alınarak, ihale isteklisine sadece TCK'ya göre işlediği suçun cezası

---

<sup>312</sup> Aksi görüş için bkz: TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 307; Kayıhan İÇEL, **Suçların İçtimaı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 76.

verilmelidir<sup>313</sup>. Zira bu durum, ceza hukukunun temel bir prensibi olan, “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama yapılamaz (*ne bis in idem*)” kuralının doğal bir sonucudur.

Bizim görüşümüze göre, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, hukuk sistemimizde tüm kabahatlerle ilgili düzenlemeler getiren “genel bir kanun”dur. İhalelerdeki düzen bozucu fiillerle ilgili olarak ise özel bir kanun olan 4734 sayılı KİK’in ilgili hükümleri öncelikle uygulanacaktır. Zira bu çözüm, hukukta “*lex specialis derogat legi generalis*” ilkesine dayanır. Bu nedenle, 5326 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun arasındaki, yaptırıma ilişkin çatışmanın çözümü, özel kanunun uygulanması sebebiyle, 4734 sayılı KİK’in 59’uncu maddesine öncelik verilmesi şeklindedir. Böylece, bir fiilin hem bir suç hem de ihaleye katılmaktan yasaklamayı gerektirecek özellik göstermesi durumunda içtima kuralları uygulanmayarak, hem suça ilişkin ceza yargılaması yapılarak cezaya hükmedilecek hem de yasaklama kararı tatbik edilecektir<sup>314</sup>.

Bu çözüm, “*ne bis in idem kuralına*” da aykırı değildir. Nitekim mahkeme tarafından verilen cezanın yanında uygulanan ihaleye katılmaktan yasaklama, TCK’ya göre bir “ceza” olmayıp mahkeme tarafından öngörülen bir “güvenlik tedbiridir”<sup>315</sup>. Bu sebeple, bir fiilden dolayı iki kez yargılama yapılamaz kuralının burada uygulanması söz konusu olamaz.

## V. İHALEDEN YASAKLANMANIN SONUÇLARI

Bireylere uygulanan her türlü yaptırım ve cezada olduğu gibi, kamu ihalelerine özgü “yasaklama kararında” da birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>313</sup> TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 308.

<sup>314</sup> Aksi görüş için bkz: TAŞDELEN, **a.g.m.**, s. 308.

<sup>315</sup> Bkz. *supra*.

İlk olarak kamu ihalelerinden yasaklanan kişiler, bu yaptırımın niteliğinden kaynaklanan bir sonuçla karşılaşır. Çünkü ihaleden yasaklanan gerçek veya tüzel kişiler, fiillerinin ağırlığına göre tayin edilen yasaklama süreleri boyunca, sadece ihaleyi yapan idarenin ihalelerinden değil; diğer idarelerce yapılan ya da yapılacak olan tüm ihalelerden yasaklanırlar. Söz konusu sonuç, **ihaleye katılmaktan yasaklama kararının genelliği ilkesini** meydana getirir. Yasaklılığın genelliği, yasaklanan ihale isteklilerinin diğer idareler tarafından yapılacak ihalelere de katılamayacağı anlamına gelmektedir<sup>316</sup>. Diğer yandan, idari yasaklama ve yargısal yasaklama kararları arasında, kararın genelliğiyle ilgili olarak herhangi bir fark mevcut değildir. Her iki tür yasaklamada da, kişi/kişiler tüm idarelerin ihalelerine katılamaz.

Bu yaptırıma ilişkin ikinci sonuç, yasaklı kişinin aynı idarenin ya da başka idarenin düzenlediği bir başka ihaleye katılması durumunda ihale dışı bırakılmasıdır. Eğer hakkında önceden ihaleye katılma yasağı bulunan bir kişi, yasaklı olduğu süre dolmadan, herhangi bir idarenin açtığı ihaleye katılırsa, 4734 sayılı KİK'in 10'uncu maddesi gereğince, ihale dışı bırakılır<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> DOĞANYİĞİT, **a.g.m.**, 1999, s. 4.

<sup>317</sup> Bkz: *supra*; Tezimizin birinci bölümünde de belirtildiği üzere, 4734 sayılı KİK, 10'uncu maddesinde "ihaleye katılımı yeterlik kuralları" başlığı altında, bazı durumlarda kişilerin ihale dışı bırakılabileceğinden söz etmiştir. Zira 10'uncu maddenin 4'üncü fıkrasının (j) bendine göre, "17'nci maddede belirtilen yasak fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilen" kişiler, ihale dışı bırakılır. Bu düzenlemeden anlaşılması gereken husus, 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışları işleyen ve hakkında yasaklama kararı verilen kişi, başka bir ihaleye katıldığı takdirde, hakkında "ihale dışı bırakma" kararı verilir. Söz konusu durumun, ihalenin bütününe etkilemediğine dikkat etmek gerekir. Nitekim diğer ihale isteklilerinin menfaatleri, bu şekilde korunmaktadır. Kanaatimizce, ihale dışı bırakma kararı; ihale dışı bırakılan kişi bakımından yenilik doğuran bir işlem olmayıp sadece bir tespit işleminden ibarettir. Yani ihale dışı bırakmaya ilişkin idari işlem, belirleyici bir idari işlem türüdür. Bu özelliğiyle, ihale dışı bırakma ve ihaleden yasaklama –idare tarafından yasaklama-kavramları birbirinden ayrılır. Zira yasaklama kararı, ihale isteklisinin mevcut durumunu değiştiren; onu yeni bir hukuki durum içerisine sokan, "yenilik doğuran, inşai bir işlemdir".

Yasaklama ile ilgili olarak üçüncü bir sonuç, yasaklanan kişilerin Kamu İhale Kurumu'nun görevleri arasında sayılan, "yasaklılara ilişkin sicilin tutulması" ile ilgilidir. 4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin (b) bendinin beşinci cümlesine göre, Kamu İhale Kurumu, "*Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak*" la görevlendirilmiştir. Kurum içerisinde yer alan ve sadece yasaklama ile ilgili işlemlerden sorumlu olan daire tarafından, ihaleden yasaklananların sicili tutulur. Sicil tutma işlemi, Resmi Gazete'de ilan edilen yasaklıların kimliklerinin, Kurum'a intikaliyle başlar. Uygulamada Kamu İhale Kurumu'nun yasaklama ile ilgili dairesine, Resmi Gazete'de ilan edilen yasaklılardan gerçek kişilerin adları ve T.C. kimlik numaraları; tüzel kişilerin ise vergi kimlik numaraları aktarılır. Daha sonra ise bu daire tarafından, yasaklanan gerçek veya tüzel kişiler, "Yasaklılar Listesi"ne yazılır ve bunlar kamuoyuna duyurulur.

Kamu İhale Kurumu'nun ihaleden yasaklanmaya kararı verme konusunda herhangi bir yetkiye sahip olmaması ise gözden kaçmamalıdır. Nitekim Kurum, kamu ihalelerinden yasaklanan kişilerin sadece sicillerini tutmakla görevlidir. Bundan başka, hakkında ihaleden idari yasaklanma kararı verilen istekliler, doğrudan idari yargı mercilerine başvurmakta; Kurum'a **itirazın şikayet başvurusu** yapamamaktadır. Oysa ihaleden yasaklama kararları da 4734 sayılı KİK'in 56'ncı maddesinde yer alan "itirazın şikayet" başvurularına konu olabilmelidir. Bu hususla ilgili olarak 58'inci maddeye bir ekleme yapılmalı ve 56'ncı maddedeki itirazın şikayet başvurusunun ihaleden yasaklama kararlarında da geçerli olması sağlanmalıdır.

Kısacası, Kamu İhale Kurumu'nun ihaleden yasaklamalara ilişkin uyuşmazlık çözme yetkisi ve yasaklama kararı verme yetkileri bulunmamaktadır. Söz konusu yetkilerin olmayışı, birer “eksiklik” olarak kabul edilirse; Kamu İhale Kurumu'nun ihaleden yasaklanma hususunda regülasyon işlevini kullanamadığı sonucuna varılabilir. Oysa Kurum, tipik bir bağımsız idari otorite olarak, yasaklamalar konusunda da düzenleme, denetleme ve yönlendirme işlevlerini kullanabilmelidir. Ancak şu an mevcut olan düzenlemelere göre Kurum, ihaleden yasaklanmalar konusunda pasif bir konumda bulunmaktadır. Kanaatimizce, Kamu İhale Kurumu'nun ihaleden yasaklamalarla ilgili uyuşmazlık çözme yetkisi olmak zorundadır. Bu yetkinin Kurum'a verilmesiyle, idari yargıda ihaleden yasaklanmalara ilişkin uyuşmazlık sayısında ciddi bir düşüş söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, KİK'in 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında göre, yasak fiilinden ötürü hakkında kamu davası açılmış olan kişi/kişilerin, isimlerinin KİK tarafından sicile kaydedilmesine rağmen, uygulamada kamuoyuyla paylaşılmaması söz konusudur. Nitekim bu kişiler hakkında mahkeme tarafından verilecek hüküm, henüz belli olmadığından, bu kişilerin kimliklerinin kamuoyuna duyurulmaması, yerinde bir uygulamadır<sup>318</sup>.

Yasaklamayla ilgili bir başka sonuç ise yasaklamanın sürekli olması ya da geçici olmasına ilişkindir. 4734 sayılı Kanun'daki yasaklılıkla ilgili hükümlerde “geçici yasaklanma” ya da “sürekli yasaklanma” ile ilgili açık bir ayırım yer

---

<sup>318</sup> Bu yerinde uygulama, hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'daki hükümlere uygundur. Nitekim hakkında kamu davası açılmış olan kişinin, henüz suçunun sabit olmaması sebebiyle “suçluymuş gibi isminin kamuoyuna duyurulması” kişinin tüm menfaatleri zedeler. Bu bakımdan, Anayasa'nın maddesinde yer alan, “suçsuzluk karinesi”ne uygun hareket edilmelidir. Çünkü bu karine, kişinin suç işlediği açık ve sabit olmasına kadar, herkesin suçsuz olduğunu kabul eder. Ayrıca bu karine, hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır. Bahsi geçen uygulama, yasaklanan kişinin, ticari itibarının da sarsılmamasını sağlar.



almamaktadır. Bunun yerine, 59'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında, sadece "sürekli yasaklama" ifadesinin kullanıldığı görülür. Bundan yola çıkarak, ihaleden yasaklama müessesesinin, sürekli veya geçici olabileceği sonucuna ulaşılır. İhaleden sürekli yasaklanma, Kanun'daki ifadesine göre; " *Bu Kanun'da belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararıyla sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, ihaleden sürekli yasaklanma ancak, bir ihale isteklisi hakkında "mükerrer cezaya hükmedilmesi" durumunda mümkün olmaktadır. İhaleden sürekli yasaklanmanın koşullarını şu şekilde sayabiliriz:

- Kanun'da belirtilen yasak fiil veya davranışların işlenmiş olması,
- İhale isteklisi hakkında önceden verilmiş bir yasaklama kararının olması,
- Sonraki bir ihale dolayısıyla, istekli hakkında ikinci bir yasaklama kararının verilmesi,
- Sürekli yasaklama kararının mahkeme tarafından verilmesi.

Kamu ihalelerinden sürekli olarak yasaklanabilmek için yukarıda sayılan koşulların bir arada olması gerekir. Ayrıca sürekli yasaklanma durumunun, yargısal yasaklamayla ilgili bir husus olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Ayrıca, hakkında sürekli olarak ihaleden yasaklama kararı verilen kişi/kişilere ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumu tarafından, Kurum'a Savcılık tarafından yapılan bildirim izleyen 15 gün içerisinde, Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulur.

Yasaklamayla ilgili bir diğere sonuç, yargısal yasaklama kararlarıyla ilgili olarak Cumhuriyet Savcılarına verilen görevle ilgilidir. Buna göre, 59'uncu maddeye göre verilen yargısal yasaklama kararlarında yasaklananlar ve hakkında cezaya hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıkların tarafından sicillerine işlenmek üzere, Kamu İhale Kurumu'na bildirilir. Bundan başka, bahsi geçen yasaklı kişiler, yasaklılık durumlarının meslek sicillerine işlenmesi için de Cumhuriyet Savcılıkları tarafından ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sonuç olarak, kamu ihalelerine katılma yasağı idari ve cezai boyutu olan bir müessese olmakla birlikte, bu yasaklamanın oldukça katı olarak mı uygulanacağı ayrı bir tartışma konusudur. Nitekim somut olayda gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar ihale mevzuatında düzenlenen yasak fiil ve davranışlar dikkate alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu değerlendirme sonucunda, acaba idari makamlar veya yargı mercileri, bu yasak fiil ve davranışlara göre yasaklama kararı verirken oldukça katı bir tutum içerisinde mi olmalıdır? Eğer yasaklama kararı verecek olan idareler veya ceza mahkemeleri, yasaklamalar konusunda katı bir tutum sergilerlerse; bunun sonucunda ihale isteklisi gerçek veya tüzel kişilerin menfaatleri korunmuş olur mu? Kanımızca, bu değerlendirmenin yapılabilmesi, Kanun'da yer alan yasaklama sebeplerinin yasaklama kararı verecek olan makam tarafından objektif bir şekilde yorumlanmasına bağlıdır. Eğer yasaklama kararı verecek olan makam, somut olayda gerçekleşen sebebin **“ciddi şekilde ihalenin düzenini bozucu nitelikte”** olduğu kanaatine ulaşırsa; o istekli mutlaka ihaleden yasaklanmalıdır. Bir başka ifadeyle, hakkında yasaklama kararı verilmesi muhtemel olan kişi/kişilerin işlemiş olduğu fiil, **ihalenin hukuka uygun şekilde sonuçlanmasını engeller nitelikteyse** ve bu engel, **ciddi bir engel** ise idareler veya yargı mercileri, ihale

isteklisinin ihaleden belli bir süre yasaklanmasına mutlaka hükmetmelidir. İhalenin hukuka uygun şekilde sonuçlanmasını engellemek ve bu engelin ciddiliği, ihaleden yasaklanma kararının verilmesinde hem idarenin hem de ceza mahkemesinin başvurusu gereken önemli bir ölçüt olmalıdır. Tabii ki bu makamlar, ihale mevzuatında yer alan yasaklama sebeplerinin dışına çıkamazlar. Aksi halde hem yasaklama kararı hem de ihalenin kendisi hukuka aykırı hale gelecektir.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kamu ihalelerinin, bir devletin ekonomik yapısında meydana getirdiği etkiyi tahmin etmek zor değildir. Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin sağlanmasında idarelerin titizlik gösterme zorunluluğu, ihalelerin söz konusu ekonomik ve hizmetsel özelliklerinden kaynaklanır. Bu nedenle kamu ihalelerine ilişkin ayrı bir idare hukuku alt dalı olan **kamu ihale hukuku** oluşmuştur.

Türkiye’de bir düzen içerisinde gelişen kamu ihalesi sisteminin etkin ve verimli işleyebilmesi ana hedeftir. Bu sebeple tezimizde, kamu ihale sisteminin temel özellikleri, ihalelere hakim olan ilkeler ve yaptırımlar, özellikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu esas alınmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. İhale konusunu düzenleyen kanunlardan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise sadece “ihaleden yasaklama müessesesiyle” sınırlı tutulmak suretiyle incelenmiştir. Tüm bu Kanunlarda bahsi geçen ilke ve yaptırımların etkili olması; ihalelerde düzenin sağlanması ve nihai olarak kamu yararının sağlanması gerçekleştirir.

İhalede düzenin sağlanması için ihtiyaç duyulan faktörlerden en önemlisinin, 4734 sayılı KİK’in Dördüncü Kısmı’nda yer verilen “Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu” hükümlerinin olduğu açıktır. Bu hükümler içerisinde, tez konumuzu oluşturan “**ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımı**” ile ilgili incelememizde hem idarelere hem de ihale isteklilerine yönelik birçok sonuca ulaşılmıştır.

Bu sonuçlardan ilki, kamu ihalelerinde uygulanan kuralların idari sözleşmelerin yapımı usulünde de kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. Tezimizde bu hususta doktrinde bir görüş birliğinin olmadığına dikkat çekmiştik.

Bazı yazarlara göre idari sözleşmelerde de kamu ihalesi usul ve kuralları uygulanabilirken; diğerlerine göre bu usul ve kurallar münhasıran, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak adlandırılan “kamu ihalelerinde” uygulanabilir. Bu görüşlerden ilkinin kamu ihalesine ilişkin kuralların konuluş amacına daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Nitekim, idare özel kişilerde sadece özel hukuk sözleşmesi yapmamakta, aynı zamanda idari sözleşmeler de imzalamaktadır. Zaten idarenin “üstün ve ayrıcalıklı yetkilerinin” olduğu idari sözleşmelerin yapılış usulünü, belirsiz kurallara bağlamak, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan özel kişilerin “hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine” olan bağlılığını zedeleyecektir. Bundan dolayı, kanımızca idari sözleşmelerin imzalanmasında da kamu ihalesi usullerinin ve kurallarının uygulanması oldukça yerinde bir uygulama olacaktır.

Ulaştığımız sonuçlardan ikincisi, genel olarak ihaleye katılmaktan yasaklama kararının “*sui generis* karakterli” olduğuna ilişkindir. Ancak bu kararın hukuki niteliğinin, kararı veren makama göre değişeceği de muhakkaktır. Tezimizde esas alınan 4734 sayılı Kanun, yasaklamaya ilişkin iki türe yer vermiş olup bunlardan 58’inci maddede düzenlenen yasaklama türü, “**idari yasaklama**”; 59’uncu maddede düzenlenen ise “**yargısal yasaklama**” olarak adlandırılmıştır. Hukuki açıdan yapılacak nitelendirmeye göre, idare tarafından verilen yasaklama kararının, bir idari yaptırım olduğu sonucuna varmaktayız. Mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı ise, yasağa sebep olan fiilin TCK’ya göre suç teşkil etmesi ve bir yargılama süreci sonunda yargı makamlarınca tesis edilmesi sebebiyle, idari yaptırım olmayıp bir çeşit güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilir. Tüm açıklamalarımız ışığında, genel olarak ihaleden yasaklanma müessesesinin, kendine özgü bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

Üçüncü olarak ulaştığımız sonuç, kamu ihalelerinde uygulanan ilkelerle kamu ihalelerinde uygulanan yaptırımların, birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrı düşünülemeyen kavramlar olduğuna ilişkindir. Zira uygulamada, ilkelerle yaptırımların uyumlu olmaları, hem ihale düzeninin sağlanmasını hem de genel anlamda kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlar.

Dördüncü olarak, ihaleye katılmaktan yasaklama kararının, idarenin kolluk faaliyeti olup olmadığı hususunda; ihaleyle hedeflenenin, “ekonomik kamu düzeninin” korunması olduğu ve bundan dolayı da idarenin gerçekleştirdiği ihaleden yasaklama işleminin, bir kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebileceği söylenebilir.

Ulaştığımız beşinci sonuca göre, Kamu İhale Kurumu’nun ihaleden yasaklamalarla ilgili uyuşmazlık çözme yetkisi olmak zorundadır. Bu yetkinin Kurum’a verilmesiyle, idari yargıda ihaleden yasaklanmalara ilişkin uyuşmazlık sayısında ciddi bir düşüş söz konusu olabilir. Hakkında ihaleden idari yasaklama kararı verilen istekliler, doğrudan idari yargı mercilerine başvurmakta; Kurum’a **itirazen şikayet başvurusu** yapamamaktadır. Oysa ihaleden yasaklama kararları da 4734 sayılı KİK’in 56’ncı maddesinde yer alan “itirazen şikayet” başvurularına konu olabilmelidir. Bu hususla ilgili olarak 58’inci maddeye bir ekleme yapılmalı ve 56’ncı maddedeki itirazen şikayet başvurusunun ihaleden yasaklama kararlarında da geçerli olması sağlanmalıdır.

Ulaştığımız altıncı sonuç, ihaleye katılmaktan yasaklama müessesesinin birçok hukuk disipliniyle bağlantılı olduğudur. İhaleye katılmaktan yasaklama, idari yaptırım olarak uygulandığında, bir idari işlemin tesis edilmesinden dolayı **idare hukuku kurallarıyla** ilişkilidir. Yargısal yasaklama kararı ise, ceza mahkemesi tarafından verildiğinden dolayı hem **ceza hukuku** hem de **ceza muhakemesi**

**hukuku kurallarıyla** ilişkili hale gelmektedir. Bu sebeple tezimizde, ihaleye katılmaktan yasaklama müessesesi, ceza hukuku boyutu ile özellikle “suçun unsurları”na benzeyen bir kavramsal incelemeye tabi tutulmuştur.

Öte yandan, bu müessese, **rekabet hukukuyla** da ilgilidir. Zira yasaklamayı gerektiren fiillerden bazıları rekabeti engellemeye yönelik ise yaptırım veya cezayı uygulayacak merci açısından, rekabet kurallarının da dikkate alınması kaçınılmazdır.

İhaleden yasaklama müessesesinin ilişkili olduğu bir başka disiplin ise medeni hukuktur. Nitekim kamu ihalelerinin konularından birisini oluşturan mal kavramı – özellikle taşınır, taşınmaz ve hak- medeni hukuka ilişkin kural ve düzenlemeler ışığında açıklanabilmektedir.

Bu disiplinler dışında, kamu ihalelerinin ulusal ve uluslararası ekonomiyi etkileyen önemli faktörlerden birisi olmasından dolayı uluslararası düzenlemelerin konusunu oluşturduğunu görmekteyiz. Bu bağlamda, kamu ihaleleri hem ulusal hukukların hem de uluslararası hukukun düzenleme alanlarından birisi haline gelmiştir. Bu sebeple, kamu ihalelerinin **uluslararası hukuk** ile ilişkili olduğu sonucuna da varılabilir. Gerçekten de Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması, BM UNCITRAL Kamu İhalelerine İlişkin Model Kanun ve Avrupa Birliği'nin kamu ihalelerine ilişkin Teşebbüs Direktifi ile Klasik Direktif, küresel alanda **yeknesak bir kamu ihale sisteminin kurulmaya çalışıldığını göstermektedir.**

Tezimizde ulaştığımız yedinci sonuç ise ihaleye katılmaktan yasaklama kararını veren makamlarla ilgilidir. Bu konuda dikkat çekmek istediğimiz husus, idari yasaklamayı veren makama ilişkindir. İncelendiği üzere, ihaleye katılma yasağı,

bizzat ihaleyi düzenleyen idare tarafından verilmemekte; bu idarenin “ilgili veya bağılı bulunduğu bakanlık” tarafından verilmektedir. Ancak 4734 sayılı Kanun, ilgili veya bağılı bulunulan bakanlık kavramlarını ve yerel yönetimlerden il özel idareleri ve belediyelerin yasak kararını verecek makamın İçişleri Bakanlığı olduğunu özel olarak düzenlemesine rağmen; son yıllarda sayıları oldukça artan “bağımsız idari otoriteler”le ilgili herhangi bir kurala yer vermemiştir.

Kanaatimizce bağımsız idari otoritelerle ilgili olarak 4734 sayılı Kanun’da, ihale yasağı kararını verecek makamın açıkça belirtilmesi, uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıkları önleyebilir. Bundan dolayı, 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin birinci fıkrasında, ihale yasağı kararını verecek makamlar arasında, **“bağımsız idari otoritelerin düzenledikleri ihalelerde, ihaleye katılmaktan yasaklama kararı, bu kurumların kendi mevzuatlarında belirlenmiş bulunan ilişkili bakanlık (bazı bağımsız idari otoritelerde Başbakanlık) tarafından verilir.”** ibaresinin eklenmesinin bir zorunluluk olduğu görüşündeyiz. Zira böyle bir açıklama, ilerde doğabilecek yetki sorunlarını da önlemiş olacaktır.

İncelemelerimiz sonucunda ulaştığımız sekizinci sonuç, ihaleye katılmaktan yasaklamanın uygulandığı tüzel kişilerle ilgilidir. 4734 sayılı Kanun, 58’inci maddenin ikinci fıkrası, yasaklama yaptırımının tüzel kişilere uygulanması konusunu düzenlemiştir. Ancak ihaleye katılan isteklilerin şahıs şirketi veya sermaye şirketi olup olmamasına göre bu yasağın kapsamının değışeceği ayrıca düzenlenmiştir. Bu fıkra, oldukça yerinde bir düzenlemedir. Fakat yasaklanan kişilerin başka sermaye şirketlerine de ortak olması durumuyla ilgili olarak, bu fıkra da boşluk bulunmaktadır. Zira uygulamada birçok ihale isteklisi, ihaleden yasaklandıkları takdirde; bu yasağın, ortak oldukları diğerk sermaye şirketine de sirayet etmesini engellemek amacıyla,



sermaye paylarını %50'nin altında göstermek gibi bir yol izlemektedirler. Kanımızca bu tür fiiller, **“kanuna karşı hile”** olarak nitelendirilebilir. Bu tür fiilleri önlemek için, 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 2'nci fıkrasında en kısa zamanda değişikliğe gidilmelidir. Bu yasal değişiklik, hakkında yasaklama kararı verilen kişi/kişilerin “ayrıca bir sermaye şirketinde %50'den fazla hisseye sahip olmaları” şartından bağımsız olarak, ayrı bir fıkra ile **“bu kişilerin sermaye paylarına bakılmaksızın şirket yönetiminde etkin pozisyonda olmaları dolayısıyla tüm ihalelerden yasaklanması”** hükmünün eklenmesinin uygun olacağı görüşüdeyiz. Böylece, bir ihaleden yasaklanan kişi, sermaye ortağı olduğu fakat sermaye payının yüzde ellinin altında kaldığı diğer şirket adına başka ihalelere katılmasının yolu kapanmış olacaktır.

Şirket yönetiminde etkin durumda olma kriteri dikkate alınmadığında ise, şu an uygulamada olduğu gibi kişiler, kolaylıkla sermaye paylarını %49 olarak göstererek, “yasaklı olmalarına rağmen, %49 hisseye sahip oldukları diğer şirketleri vasıtasıyla” kolaylıkla kamu ihalelerine girebilmektedir.

İhaleye katılmaktan yasaklamayla ilgili ulaştığımız dokuzuncu sonuç, bu kararın idare tarafından tesis edildiği gün ile yürürlüğe girdiği gün arasındaki zaman diliminde, ihaleden yasaklanıp yasaklanmayacağı belirsiz olan kişinin, başka ihalelere katılıp katılmayacağına ilişkindir. Kanun'a göre yasaklama kararının verileceği 45 günlük süre, buna ilişkin yasak fiilin idare tarafından tespit edildiği tarihten itibaren başlar. Ancak yasak fiilin tespitinden sonra idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakanlığa bu durumu bildirmesi, bakanlığın 45 gün içerisinde ihale isteklisi hakkında yasaklama kararı vermesi ve bu kararın 15 gün içinde Resmi

Gazete’de yayımlanması sürecinde yasaklanan kişinin, başka ihalelere katılması durumunda ne yapılacağı, belirsizliğini korumaktadır.

Ayrıca yasak fiilin tespit tarihi ile yasaklama kararının verilmesi tarihi arasında ihale isteklisinin, başka ihalelere katılıp katılmayacağı hususu da belirsizliğini korumaktadır. Bu bağlamda Kamu İhale Kurumu’na bir yetki verilerek, hakkında yasak fiil tespit edilen isteklinin idarece Kurum’a bildirilmesi ve Kurum tarafından, yasaklanması muhtemel olan kişi hakkında “ genel nitelikli bir tedbir uygulanması”, 4734 sayılı Kanun’un yasaklılık hükümlerine eklenebilecek önerilerden birisidir. 4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında “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.” düzenlemesine yer verilmiş olmasına rağmen; bu hüküm, hakkında yasaklama kararı verilmesi muhtemel olan kişi/kişileri, sadece ihaleyi yapan idarenin diğer ihalelerinden uzak tutma işlevini yerine getirir. Oysa bu kişi/kişiler, yasaklama kararı verilip kesinleşinceye kadar, başka idarelerin ihalelerine katılabilirler. Buna bir engel yoktur. Bu sebeple, söz konusu tedbir hükmünün, “genelliği” sağlanarak, tüm idarelerin ihaleleri açısından ihaleden uzak tutulma hususu düzenlenmelidir.

Bu şekilde, “hakkında yasaklama kararı verilmesi muhtemel olan kişi/kişiler” kavramı ortaya çıkacak ve bu kişilerin haklarındaki yasaklama kararı kesin olarak verildiği durumda, aradaki belirsiz süreçte kamu ihalelerine katılmaları konusu askıda kalacaktır. Böylece ilerde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı durumlar da en baştan engellenmiş olacaktır.

İhaleden yasaklamaya ilişkin işlemin hukuki niteliği konusunda ise ikili bir ayrım yapılabildiğini söyleyebiliriz. Nitekim idare tarafından verilen yasaklama kararı, idari işlem teorisi içerisinde düşünülebilirken; mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı, idari yaptırım ve idari işlem olarak kabul edilemez. Çünkü mahkeme tarafından verilen yasaklama kararı, ihale isteklisi hakkında uygulanan, esas cezanın yanında yer alan “güvenlik tedbiri” niteliğindedir.

İhaleden yasaklanmaya ilişkin işlemin idari yaptırımlar açısından değerlendirilmesinde ise; bu kararın alınmasında idari yaptırımlara hakim olan ilkelerin –kanunilik, şahsilik, *ne bis in idem* gibi- ve kuralların dikkate alınması gerekmektedir.

Tezimiz boyunca yaptığımız inceleme sonucunda ulaştığımız onuncu sonuç, kamu ihalelerine katılma yasağına ilişkin kuralların katı bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bu bağlamda, kanımızca ihale mevzuatında yer alan yasak fiil ve davranışların somut olaya göre objektif olarak değerlendirilmesi en doğrusudur. Bu değerlendirmede ise kullanılacak ölçüt somut olayda gerçekleşen sebebin “**ciddi şekilde ihalenin düzenini bozucu nitelikte**” olması ve bu engelin **ciddi** olmasıdır. Yasaklamayı gerektiren fiilin değerlendirilmesi bu şekilde yapıldığı takdirde, ihaleye katılma yasağı çok katı bir şekilde uygulanmayacaktır.

Ulaştığımız sonuçlardan sonuncusu ise kamu ihalelerinden yasaklanmalarda yasaklanan kişinin savunmasının alınmasının zorunlu hale getirilmesidir. Özellikle idari yaptırımlardan birisi olarak kabul edilen ihaleden idare tarafından yasaklanma kararı verilmeden önce, yasaklanacak kişinin savunması alınmak zorundadır. Memurlara verilen disiplin cezaları konusunda bir zorunluluk olarak uygulanan “savunma alınması kuralı”, yasaklamanın doğuracağı sonuçlar göz önüne alınacak

olursa, yasaklanacak kişi için de geçerli olmalıdır. Ancak ihale mevzuatımızda ihaleden yasaklanacak kişinin savunmasının alınmasına yönelik herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu eksikliğin, 4734 sayılı ve 4735 sayılı Kanunlarda yapılacak bir değişlikle, en kısa sürede giderilmesi gerektiğini önermekteyiz. Yasak fiili tespit eden idare, bu fiili ilgili/bağlı bakanlığa ya da yasaklama kararını verecek merciye bildirdikten sonra, bu makamlar yasaklama kararını vermeden önce, hakkında yasaklama kararı verilecek olan kişiyi çağırmalı ve savunmasını almalıdır.

Kamu ihaleleriyle ilgili olarak Türkiye'nin, birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeye göre "ihaleye katılma yasağı" konusunda oldukça ayrıntılı düzenlemelere sahip olduğu açıktır. Ancak temennimiz, bir an önce tezimiz boyunca dikkat çekmeye çalıştığımız kanun boşluklarının giderilmesidir. Unutulmaması gerektiği üzere, kamu ihaleleri, Türk ekonomisinin lokomotiflerinden birisidir. Bu müessesede ortaya çıkan bir aksaklık önce idarelere ve ihale isteklisi şirketlere, sonra ise tüm ülke çapında her Türk vatandaşına etki edecektir. Bu olumsuz sonuçlara yer vermemek amacıyla, kamu ihalesi ve buna ilişkin yasaklama müessesesinin önemi, hukuk sisteminde en çok gözetilmesi gereken hususlar arasında olmalıdır.

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR:

AKYILMAZ Bahtiyar; **İdare Hukuku**, Konya, Sayram Yayınları, 2003.

ALACAKAPTAN, Uğur; **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967.

ANSAY, Tuğrul; YONGALIK, Aynur; **Bankacılar İçin Şirketler Hukuku Bilgisi**,  
Yirminci Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma  
Enstitüsü, Bankacılar Serisi, Yayın No: 412, 2004.

ASLAN, Yılmaz; **Rekabet Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006.

ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

BALTA, Tahsin Bekir; **İdare Hukuku-I Genel Konular**, Ankara Üniversitesi  
Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara Üniversitesi  
Basımevi, 1972.

BUZ, Vedat; **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**,  
Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu  
Yorumu)**, Ankara, Asil Yayın-Dağıtım, 2006.

ÇEKER, Mustafa; **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Banka ve  
Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Sözkese Matbaası,  
2000.

ÇOLAK, Haluk, ALTUN, Uğur; **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, Ankara, Bilge  
Yayınevi, Temmuz 2007.

DEMİRBAŞ, Timur; **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Dış Ticaret Müsteşarlığı AB Genel Müdürlüğü, **AB ve Türkiye**, Altıncı Baskı, Ankara, Eylül 2007.

DOĞANYİĞİT, Sadettin; **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Altıncı Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım**, C. 1, Onikinci Bası, Beta Yayın-Dağıtım, Ocak 1997.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir; **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 2., onbirinci bası, İstanbul, Beta Yayın-Dağıtım, 1997.

DÖNMEZER, Sulhi; **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2003.

DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 648, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DURMUŞ, Alper; **Memur Disiplin Hukuku**, İkinci Baskı, Ankara, Tek Ağaç Yayınları, 2004.

DÜREN, Akın; **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 447, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.

FITZGERALD, P.J.; **Criminal Law and Punishment**, Clarendon Law Series, Oxford at the Clarendon Press, 1962.

GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun; **İdare Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2008.

GÖNEN, Dinçer, IŞIK, Hikmet; **Devlet İhale Kanunu İle İlgili Sayıştay, Yargıtay, Danıştay Kararları**, İkinci Bası, Ankara, TŞOF Plaka Matbaacılık, 2000.

GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2000.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, Altıncı Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Ekim-2007.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, C. 1, Üçüncü Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Dokuzuncu Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2004.

GÜNEY AKDAĞ, Necla; **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

GÜRİZ, Adnan; **Hukuk Başlangıcı**, Sekizinci Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001.

HAKERİ Hakan; **Ceza Hukuku**, Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

HASANOĞLU, Mürteza, ALİYEV, Ziya; **Yönetimde Yolsuzluk ve Mücadele Stratejileri**, Ankara, Nobel Yayın-Dağıtım, Ocak 2007.

HEINRITZ, Stuart F.; **Purchasing Principles and Applications**, Third Edition, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1961.

İÇEL, Kayıhan et. al.; **Yaptırım Teorisi**, İstanbul, 2000.

İÇEL, Kayıhan; **Suçların İctimai**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

- JESCHECK, Hans-Heinrich; **Alman Ceza Hukuku'na Giriş**, Çev: YENİSEY, Feridun, İstanbul, Beta Yayım-Dağıtım, 2007.
- KAZANCI EKER, Behiye; **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat-2007.
- KUTLU, Meltem; **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, İzmir, 1997.
- MCKINNEY, Jerome B., JOHNSTON, Michael; **Fraud, Waste and Abuse in Government**, Institute for the Study of Human Issues, ISHI Publications, 1986.
- OĞURLU, Yücel; **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, İkinci Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, ÖZDEMİR OKTAY Saibe, **Eşya Hukuku**, Onuncu Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları** , C. II, Üçüncü Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- OTACI, Cengiz; **Türk Kabahatler Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2006.
- ÖZAY, İl Han; **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil; **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1966.



PULAŞLI, Hasan; **Şirketler Hukuku**, Adana, Karahan Kitabevi, 2004.

SAYIN, İsmail Hakkı; **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara, İlksan Matbaacılık, Mart 2008.

SİRMEN, Lale; **Eşya Hukuku Ders Notları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2004-2005.

ŞEN, Ersan; **Çevre Ceza Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.

ŞİMŞEK, Arif; **İdare ve İhale İsteklileri İçin Adım Adım İhale**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, Ekim 2006.

TAN, Turgut; **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1984.

TAŞKIN, Ahmet; **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

**Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları-Sayı: 293, Beşinci Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Basımevi, 1969.

ULUSOY, Ali; **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.

UZ, Abdullah; **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

YALÇIN, İsmail; **Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

YILDIRIM, Ramazan; **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Konya, Mimoza Yayınları, Kasım 2006.

YILMAZ, Bekir Mustafa; **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ZANOBINI, Guido; **İdari Müeyyideler**, Çev: Yılmaz Günel, AÜSBF Yayınları No: 175, Sevinç Matbaası, 1967.

ZEVKLİLER Aydın, HAVUTÇU, Ayşe; **Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, İkinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

#### **MAKALELER:**

ACAR, Abdurrahman; “Belediyelerin Kurdukları veya Ortak Oldukları Şirketlerin Bu İdarelerin İhalelerine Katılıp Katılamayacakları,” **Belediye Dünyası**, C. 4, S. 10, (Ekim-2003), s.13-23.

ALTUNDİŞ, Mehmet; “Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukuku’nda Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Etkileri,”

[http://www.danistay.gov.tr/makale\\_mehmet\\_altundis113.htm#\\_ftn76](http://www.danistay.gov.tr/makale_mehmet_altundis113.htm#_ftn76)

ALYANAK, Servet; “An Overview of The Legal Rules Governing Public Procurement In Turkey,” **Public Procurement Law Review**, 2007, 2, s. 125-143. [www.ebscohost.com](http://www.ebscohost.com) (erişim: 12.12.2008)

ARNOULD, Joel; “The Reform of The Reform of French Public Procurement Law Postponed Again,” **Public Procurement Law Review**, 2000, 3, CS78-84, s. 1-9. <http://international.westlaw.com> (erişim: 16.04.2009).

AYDIN, Devrim; “Suça Teşebbüs,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S. 1, Yıl:2006, s. 85-113.

BETH, Elodie; **Integrity In Public Procurement (Good Practice From A to Z)**,  
OECD Publishing, 2007. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987026>  
(19.06.2009).

BİLGİN, Aslı; “Türk İhale Mevzuatı ile 2004/18/EC sayılı Direktif Arasındaki  
Temel Farklar,” [www.e-kutuphane.imo.org.tr/index.php](http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/index.php) (erişim:  
05.01.2009).

ÇELİK, Kadir; “Kamu İhale Kanunu Üzerine,” **Yerel Yönetim ve Denetim**, C.8, S.  
1, (Ocak-2003), s. 3-8.

DERREUX, M.G.; “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı  
Düşünceler,” Çev: Jale Güral, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**Dergisi**, C.2, S.4, Yıl:1945, s. 192-233.

DOĞANYİĞİT, Sadettin; “ Kamu İhalelerine Katılma Yasağının Hüküm ve  
Sonuçları ile Birlikte İncelenmesi,” **Belediye Dergisi**, C. 5, S. 8,  
(Şubat-1999), s. 4-8.

DOĞANYİĞİT, Sadettin; “İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen  
Tutum ve Davranış Uygulamaları,” **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 1, S.  
1, (Eylül-2006), s. 77-79.

DUNOFF, Jeffry; “Linking International Markets and Global Justice,” **Michigan**  
**Law Review**, 2009, 107 Mich. L. Rev. 1039.  
[www.international.westlaw.com](http://www.international.westlaw.com) . (16.04.2009).

FIRAT, Serap; “Kamu İhale Yasası ve Belediyelerde Uygulanması,” **Yerel Yönetim**  
**ve Denetim**, C. 8, S. 1, (Ocak-2003), s. 28-31.

GRBO, Zinca; “Regulation of Public Procurement of Bosnia and Herzegovina,” **Public Procurement Law Review**, 2007, 5, NA139-141 <http://international.westlaw.com> (erişim: 16.04.2009).

HARRIS Lisa, PARKER, David, COX, Andrew; “UK Privatization: Its Impact on Procurement,” **British Journal of Management**, Vol. 9, Special Issue, S13–S26 (September 1998) <http://international.westlaw.com> (erişim:16.04.2009).

İÇEL, Kayıhan; “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi,” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 50, Sayı: 1-4, Yıl: 1984, Fakülteler Matbaası.

KARABULUT, Mustafa; “İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesi’nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı,” **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 1, S. 3, (Kasım-2006).

KARAHANOĞULLARI, Onur; “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale,” **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 7, S. 1, 1998, s. 102-110.

KUTLU, Muammer; “Disiplin Suç ve Cezaları ve Danıştay’ın Tutumu,” **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 61, Sayı: 385 (Aralık- 1989), s. 65.

LINARELLI, John; “The WTO Agreement On Government Procurement and The UNCITRAL Model Procurement Law: A View From Outside the Region,” **Asian Journal of WTO and Health Law and Policy**, Vol. 1, s. 317, 2006. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=933709> (erişim:19.06.2009).

MYERS, James J.; “The New UNCITRAL Model Law on Procurement,” **Public Contract Law Journal**, HeinOnline -- 23 Pub. Cont. L.J. 276 1993-1994,s. 268-276. [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org) (erişim:16.04.2009)

ÖZKÖK, Fikret; “Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması,” **Yerel Yönetim ve Denetim**, C. 8, S. 1, (Ocak- 2003), s. 9- 22.

SİDAK, Joseph Gregory; “Antitrust Preliminary Injunctions in Hostile Tender Offers,” **Kansas Law Review**, Vol. 30, No.4, Summer 1982, s. 492-514. <http://ssrn.com/abstract=310159> (19.06.2009)

TAN Turgut; “Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurullar,” **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S.2, (Haziran-2002), s. 11- 37.

TAN, Turgut; “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Perşembe Konferansları-4**, Rekabet Kurumu Yayını No:55.

TAN, Turgut; “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler,” **Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

TAŞDELEN, Aziz; “ Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 1, Yıl: 2006, s. 293-320.

TEKİNSOY, Ayhan; “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Yıl: 2006, s. 181-227.

TEPE Kemal; “Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Dışı Bırakılma ve İhalelere Katılamayacak Olanlar,” **Belediye Dünyası**, C. 3, S. 12, (Aralık-2002), s. 25-27.

WITTIG, Wayne A. ; “A Framework For Balancing Business and Accountability Within A Public Procurement System (Approaches and Practices of the United States),” **International Trade Center**, s. 1-30.  
[www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/wkshop\\_tanz-jan03/itcdemo2\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/wkshop_tanz-jan03/itcdemo2_e.pdf) (erişim: 12.12.2008).

YORDAM, Arif Yordam; “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda İlan, İlan Süreleri ve Kuralları,” **Yerel Yönetim ve Denetim**, C. 8, S. 1, (Ocak-2003), s. 23-27.

YUKINS, Christopher R. and SCHWARTZ, Joshua; “Katrina’s Continuing Impact on Procurement—Emergency Procurement Powers in H.R. 3766,” **The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Paper**, No. 162, published in **The Government Contractor**, Vol. 42, No. 35, 21 September 2005, Social Science Research Network at: <http://ssrn.com/abstract=811265> (19.06.2009).

#### **DİĞER KAYNAKLAR:**

Ankara 1. İdare Mahkemesi, 12.11.2008 günlü, E.2008/699, K.2008/1881 sayılı kararı.

Ankara 8. İdare Mahkemesi, 25.11.2004 günlü, E. 2004/2142, K. 2004/1711 sayılı kararı.

ATAD Kararı; Acoset SpA v. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO ‘Ambito Territoriale Ottimale, Case C-196/08, Opinion, 02.06.2009, <http://curia.europa.eu> (erişim: 22.06.2009).

ATAD Kararı; Commission v. Greece, C-250/07, Judgement, 04.06.2009, <http://curia.europa.eu> (erişim: 22.06.2009).

Danıştay 1. Dairesi., 24.10.2002, E. 2002/156, K. 2002/167 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi, 11.03.1991, E. 1988/607, K. 1991/871 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi, 16.12.2003, E. 2001/4312, K. 2003/5197 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

Danıştay 10. Dairesi, 16.12.2005, E. 2002/5890, K. 2005/7806 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

Danıştay 10. Dairesi, 30.09.1992, E.1991/616, K.1992/4208 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 14.04.2009).

Danıştay 13. Dairesi, 03.03.2008, E. 2007/1167, K. 2008/3006 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 14.04.2009).

Danıştay 13. Dairesi, 05.03.2007, E. 2006/4272, K. 2007/1029 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

Danıştay 13. Dairesi, 08.11.2005, E. 2005/7182, K. 2005/5405 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesi, 20.03.2006, E. 2005/7380, K. 2006/1443 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

Danıştay 6. Dairesi, 15.11.2005, E. 2004/2, K. 2005/5491 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.04.2009).

Danıştay 6. Dairesi, 17.06.1997, E. 1996/3618, K. 1997/3048 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.01.2009).

Danıştay 6. Dairesi., 22.12.2003, E. 2002/3435, K.2003/7049 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.04.2009).

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.06.2006 günlü, E.2005/1846, K. 2006/746 sayılı kararı, **DBB**, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim: 10.04.2009).

Directive 2004/17/EC of The European Parliament and The Council of 31 March 2004 Coordinating The Procurement Procedures of Entities Operating In the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors, **Official Journal of The European Union**, 30.04.2004, L. 131/1.

Directive 2004/18/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004 On The Coordination of Procedures For The Award of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and The Public Service Contracts, **Official Journal of The European Union**, 30.04.2004, L. 134/114.

Green Paper, "Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward", COM(96) 583 final of 27.11.1996 <http://aei.pitt.edu/view/instauthor/IAD001.html> (erişim: 07.12.2008).

İçişleri Bakanlığı'nın Mahalli İdarelerdeki Harcama Yetkililerini Belirlemeye Yönelik Genelgesi, Sayı: 2006/45181, Tarih: 24.02.2006.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhaleye Katılmaktan Yasaklama**, Aralık-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **İç Yazışma**, Kasım-2003.



Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **İç Yazışma**, Mayıs-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı Kanun'un 10. ve 17. maddeleri**, Ağustos -2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı Kanun m. 11**, Haziran-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: 4734 sayılı Kanun m. 11**, Temmuz-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhale suçu nedeniyle hakkında kamu davası açılan isteklinin vekaleten başka bir istekli adına ihaleye teklif veremeyeceği hakkında**, Aralık-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhalelere Katılmaktan Yasaklama**, Ağustos- 2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhalelere Katılmaktan Yasaklama**, Kasım-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **Konu: İhaleye Fesat Karıştırmak**, Nisan-2003.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği'nin, Kamu İhale Kurumu Uluslararası İlişkiler ve AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'na hitaben yazdığı cevap, Haziran-2003.

Kamu İhale Kurulu'nun 16.04.2003 tarihli ve 2003/UK-Z.-31 sayılı kararı.

Kamu İhale Kurumu, 2003/DK.D-129 sayılı ve 22.04.2003 tarihli kararı.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği, **İç Yazışma**, Aralık-2003.

Kamu İhale Kurulu'nun 8.12.2003 tarih ve 2003/UK.Z-810 sayılı.

Kamu İhale Kurulu'nun 05.09.2005 tarih ve 2005/UM.Z-1674 sayılı kararı.

Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşavirliği Mütalaası, **İç Yazışma**, Ekim-2003.

**AB İhalelerinde Başarılı Olmanın Yolları**, İstanbul Sanayi Odası, Mayıs 2006, s. 9  
[www.aia-istanbul.org/tr/content](http://www.aia-istanbul.org/tr/content) (erişim: 12.05.2009).

Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı,

<http://www.ihale.gov.tr/duyurular/duyuruabturkce.htm>

[http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar\\_hakkinda/kamu\\_davalilar.htm](http://www.ihale.gov.tr/yasaklilar_hakkinda/kamu_davalilar.htm) (erişim: 25.04.2009)

[http://www.kamuyonetimi.org/belgeler/duzenleyici\\_denetleyici\\_kurullar\\_tasarisi.php](http://www.kamuyonetimi.org/belgeler/duzenleyici_denetleyici_kurullar_tasarisi.php)

UNCITRAL Mal, Yapım ve Hizmet İhaleleri ile Sözleşmenin Akdedilmesine İlişkin

Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services with Guide to Enactment*)

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure.pdf> (erişim: 12.12.2008)

UNDP's technical assistance in public procurement in the Pasific Islands

[www.undp.org/fj/gold/tech-assist-public.html](http://www.undp.org/fj/gold/tech-assist-public.html).

[www.medikalforum.net/showthread.php/ihalelerde-alternatif-teklif-verilebilir-mig-3550.html](http://www.medikalforum.net/showthread.php/ihalelerde-alternatif-teklif-verilebilir-mig-3550.html) (erişim: 04.03.2009)

## KAMU İHALELERİNE KATILMA YASAĞI

### ÖZET

Kökeni Roma Hukuku'na kadar dayanan kamu ihaleleri, devletlerin ekonomiyle doğrudan bağlantılı olarak gördükleri ve bu nedenle düzenleme ihtiyacı duydukları alanlar arasında yer almıştır. Bu nedenle, ihaleleri düzenleyen kurallarda sıkça değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikler, ulusal veya uluslararası nitelikli olmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması, Birleşmiş Milletler UNCITRAL Kamu İhalelerine İlişkin Model Kanunu ve Avrupa Birliği'nin kamu ihalelerine ilişkin 2004/17/EC sayılı Teşebbüs Direktifi ile 2004/18/EC Klasik Direktifi, uluslararası alanda yeknesak bir kamu ihale sisteminin kurulmaya çalışıldığını göstermektedir.

Türk Hukuku'nda da yakın zamanda yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, ihale kurallarındaki reform sürecini doğrular niteliktedir.

Ekonomiyle doğrudan bağlantısı bulunan kamu ihalelerinin, kurallara uygun, düzenli ve sorunsuz işleyebilmesi; kanunkoyucunun çeşitli denetim mekanizmalarını öngörmesiyle gerçekleşmiştir. Bu mekanizmalar, ihalelere uygulanan ilkeler ve yaptırımlardan ibarettir. Tezimizde, bu yaptırımlardan “ihaleye katılmaktan yasaklama” müessesesi ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ulaşılan sonuç, genel olarak ihaleye katılmaktan yasaklama kararının “*sui generis* karakterli” olduğuna ilişkindir. Bundan başka, ihaleye katılmaktan yasaklama kararının türleri, kararı veren makama göre **idari yasaklama** ve **yargısal yasaklama** şeklinde

sınıflandırılarak incelenmiştir. Ayrıca, idari yasaklama kararı, idari işlem teorisi bakımından da değerlendirilmiştir.

Öte yandan, ihaleye katılmaktan yasaklama kararının idare tarafından verildiği durumlarda, bu kararın idari yaptırımlar açısından değerlendirilmesi yapılmış ve bu kararın bir idari yaptırım olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bundan dolayı, ihaleden idare tarafından yasaklanma konusu, idari yaptırımlara hâkim olan temel ilkeler -kanunilik, şahsilik, *ne bis in idem*- açısından da değerlendirilmiştir.

Bu tez, kamu ihalelerine katılma yasağıyla ilgili olarak, kanunlardaki boşluklara ve uygulamadaki sorunlara dikkat çekmek ve çözüm önerileri getirmek amacıyla hazırlanmıştır.

## **INTERDICTION OF PARTICIPATION IN PUBLIC PROCUREMENTS**

### **ABSTRACT**

Public procurements, the roots of which date back to Roman Law, been among fields that the states view directly related with the economy, thus feel the need to regulate. Therefore, the rules regulating the procurements gone frequent amendments, nationally and internationally. Government Purchase Agreement, United Nations UNCITRAL Model Law On Public Procurements, 2004/17/EC Utilities Directive and 2004/18/EC Classical Directive of European Union indicate there are efforts to establish a holistic system of procurement internationally.

The recently enacted Public Procurements Law numbered 4734 and Public Procurement Contracts Law numbered 4735 are indications of these reform process in Turkish Law.

The smooth, non-problematic execution of procurements, realized through the lawmaker's anticipation of mechanisms. These mechanisms comprise of principles and sanctions implemented during procurement processes. In our study, "interdiction of participation in procurements" is examined in detail. The result obtained is the decision to ban the participation is of a "*sui generis*" character. Apart from this, the types of interdiction of participation examined, classified as administrative and judicial interdiction. Besides, administrative interdiction is assessed in administrative transaction theory.

On the other hand, in cases the decision to ban the participation assessed in terms of administrative sanctions. Due to this, administrative interdiction in public procurements is evaluated in terms of fundamental principles -legality, individuality, *ne bis in idem*-.

This thesis is prepared with an aim to attract attention to the gaps in laws and deficits in implementation of laws regarding interdiction of participation in procurements, and come up with some solutions.