



www.mevzuattakip.com.tr

İhaleye Katılamayacak Olanlar ve İdarelerce Uyulması Gereken Esaslar

UYARI: Makale'nin tamamına, sitemize üye girişi yaptıktan sonra ulaşabilirsiniz. Siteye üye değilseniz, lütfen ÜYE OL butonuna tıklayarak üye olunuz. Üyelik esnasında, girilen bilgilerin şüpheli olması halinde, üyeliğiniz silinecektir.

İHALEYE KATILMAYACAK OLANLAR VE İDARELERCE UYULMASI GEREKLİ ESASLAR

Ercüment AKIŞ

İçişleri Bakanlığı

E. Mahalli İdareler Başkontrolörü

1. İhalelere Katılma Yasağı ve Kapsamı

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ihaleye katılamayacak olanları 11. maddesinde belirlemiştir. Buna göre; aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar.

2886 sayılı Kanunun 6. maddesine benzer bir düzenlemeyi içeren 11. maddeye göre; geçici veya sürekli kamu ihalelerine katılmaları yasaklananlar, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren terör suçluları, hileli iflas suçundan mahkum olanlar, ihaleyi yapan idarenin ihale ile ilgili işlemlerini hazırlayan, yürüten, sonuçlandıran ve onaylayanların eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları, evlatlıkları ve evlat edinenler, sayılanların ortaklıkları ve şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında bulunmadıkları veya sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç), ihale konusu işin danışmanlığını yapanlar da ihaleye katılamazlar.

Görüldüğü gibi hileli iflas, terör suçları ve organize suçlardan hükümlü bulunanlar da artık ihalelere katılamayacaklardır. Söz konusu ilave yasaklar, 2886 sayılı Kanun kapsamında yürütülecek olan satım, kiraya verme ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ihaleleri için geçerli değildir. Bu ihaleler için yine 2886 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan yasaklama hükümleri uygulanacaktır. 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının 2. maddesi hükmünde ihaleler de uygulanacak ilkeler belirlenmiş, 6. maddesinde ise bu ilkelerin gereği olarak, ihaleyi yapan kuruluş ile ihale sonucunu etkileyebilecek bir görev ilişkisi bulunanların ihalelere katılmaları yasaklanmıştır. 6. maddeyle getirilen yasaklama hükmü esas itibarıyla, ihaleye katılacak olanların ihaleyi yapan kuruluş ile görev ilişkilerinin bulunması halinde ortaya çıkması olası sakıncaları önleme amacı taşımaktadır. İhale işlemlerinde getirilen sınırlama ve yasaklama; ihalenin açıklık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak gerçekleştirileceği konusunda kuşuklara yol açılmasını önlemek, eşit rekabet koşullarını uyulmadığı şeklindeki doğabilecek kuşukların ortadan kaldırılmasına yöneliktir.

2886 sayılı Kanunun 6. maddesinde ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sıhri hısımların katılımı yasaklanırken, yeni düzenleme ile yasaklamanın kapsamı,

* Kan hısımlarında üçüncü dereceye kadar,

* Sıhri hısımlarda ikinci dereceye kadar, genişletilmiş bulunmaktadır.

Düzenlemenin bu şekilde yürürlüğe girmesiyle birlikte, özellikle akraba evliliklerinin yoğun olduğu, belediye statüsündeki, küçük yerleşim birimlerinde yapılacak ihalelerin, ancak dışarıdan katılımcı bulunması halinde sonuçlandırılabilmesi gibi durumlar ortaya çıkacaktır ki bu da yerel düzeyde başka bir takım sorunların yaşanmasına neden olabilecektir.

Bilindiği gibi hısımlık deyimi, birbirine kan, evlenme ya da evlatlık mukavelesi gibi tabii veya akdi bir bağla bağlanmış olanlar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Kan hısımlığı derece ile ifade edilmekte olup; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 17. maddesindeki kan hısımlığına ilişkin düzenlemeler, söz konusu hısımlık derecesinin nasıl belirleneceğini göstermiştir:

“Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur, Biri diğerinden gelen kişiler arasında üst- soy, alt- soy hısımlığı, biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yan- soy hısımlığı vardır”

Buna göre örneğin baba/ana ile evlatları arasında birinci derece, kardeşler arasında ikinci derece hısımlık söz konusudur. Baba/ana ile torunları arasındaki ya da kardeşler ile yeğenleri arasındaki hısımlık ise üçüncü derece kan hısımlığıdır.

Maddede geçen kayın hısımlığı ise sıhri hısımlığı ifade etmekte olup, sıhri hısımlık Medeni Kanununun 18. maddesinde; “Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve

dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz” denilmek suretiyle tanımlanmıştır. Buna göre 11. maddenin (c) ve (d) bentlerinde sayılanların boşanmış oldukları eşleri de ihalelere katılmayacaklardır.

Bununla birlikte önceki düzenlemelerden farklı olarak, kan hısımları için üçüncü derece dahil, sıhri hısımları için ikinci derece dahil şeklinde bir ifadenin kullanılmadığı görülmektedir. Halbuki 2886 sayılı Kanunda ikinci dereceye kadar olan kan ve sıhri hısımlarının katılımı yasaklanırken, ikinci dereceye kadar ifadesinin doğuracağı tereddütleri gidermek için parantez içinde (ikinci derece dahil) ifadesi kullanılmıştır.

Kanunda üçüncü dereceye kadar denildiğinden, üçüncü dereceyi değil, birinci ve ikinci derece anlatılmak istediği anlaşılmıştır. Ancak bu durumda da yeni düzenlemenin (kan hısımları açısından) öncekinden farklı olmayacağı gibi, sıhri hısımlarda da önceki düzenlemenin gerisinde bir yasaklama söz konusu olacaktır.

Amaç, kan ve sıhri hısımların daha geniş anlamda ihalelere katılımını engellemek ise, madde metninin, ikinci dereceye kadar ifadesinin ikinci derece dahil, üçüncü dereceye kadar ifadesinin ise üçüncü derece dahil şeklinde anlaşılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesinde yarar vardır. 11. maddenin (c-ihale yetkilisi ile bu yetkiye sahip kurullarda görev alanlar) ve (d- İhale konusunda her türlü işlemi hazırlayan, onaylayan kişiler) bentlerinde sayılanların eşleri üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenlerine ilişkin katılma yasağı aşağıdaki şekilde belirtilebilir.

A) Üçüncü dereceye kadar kan hısımları;

Üstsoy: Anne-baba, Büyük anne-büyük baba, anne ve babanın büyük anne ve büyük babası.

Altsoy: Çocuk, Torun, Çocuğun torunu.

Yansoy: Kardeş, Kardeş çocukları (yeğenler), Amca-dayı-hala-teyze.

B) İkinci dereceye kadar kayın hısımları;

Eşin anne ve babası (kayın peder, kayın valide)

Eşin kardeşleri (kayın birader, baldız)

Eşin büyük anne ve büyük babası.

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). ihalelere katılmayacaklardır.

Kanunun 11/g maddesine yapılan eklemeye göre; (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değişik: 2/1/2017-KHK-684/3 md.)Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler. 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.

11. maddeye eklenen başka bir düzenlemeyle de; (Ek fıkra: 31/10/2016-KHK-678/30 md.) Birinci fıkranın (g) bendi kapsamındaki bildirimlere ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca belirlenir. Söz konusu bent kapsamında olduğu tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılır, ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkrada yer alan hüküm uygulanmaz. (Ek cümleler: 2/1/2017-KHK-680/65 md.) Aynı bent kapsamındaki işlemlerin yürütülmesinde görev alan kamu görevlilerinin, yaptıkları iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz. Söz konusu bent hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen bilgi ve kayıtları, hukuka aykırı olarak kullanan, bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır.

2. Taşeron/Alt Yüklenici Açısından İhalelere Katılma Yasağı

Alt yüklenici kavramı 4734 sayılı Kanunda tanımlanarak düzenlenmiş ve belli esaslara bağlanmıştır. Kanunun 15. maddesinde, ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalanmadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmalarının istenebileceği hükmü yer almıştır. Dolayısıyla 11. maddede sayılanlar, yani ihaleye katılamayacak olanlar bir ihalenin müteahhidine alt yüklenici dahi olamayacaktır.

Bu Kanun ve diğer Kanunlardaki hükümler gereğince geçici ve sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanan şunlardır.

a- 4734 sayılı Kanunun 58. maddesi uyarınca hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenler,

b- 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanunun 1-4. maddelerinde sayılanlar,

c- 5393 sayılı Belediye Kanununun 28. maddesinde sayılanlar,

d- 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi,

e- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 108. maddesi,

f- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 11. maddesi,

Maddenin (c) bendinde geçen ihale yetkilisi, Kanununun 4. maddesinde "idarenin, ihale ve harcama yetkisi ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları" şeklinde tanımlanmıştır. İhale yetkilisi, belediye ve il özel idarelerinde ita amirini/atamaya yetkili amiri işaret etmektedir.

Konunun, ihaleye katılamayacak olanları düzenleyen 11. maddesinin (d) bendinde;

İhale işlemlerini hazırlamakla görevli olanlar: İhale öncesi aşamada yer alan ihale dokümanı, yaklaşık maliyet tespiti, avan, kesin ve uygulama projeleri ile ihtiyaç programlarını idari ve teknik şartnameleri hazırlayanlar ile bilirkişi veya uzman olarak yazılı görüşüne başvurulmuş gerçek ve tüzel kişileri,

İhale işlemlerini yürütmekle görevli olanlar: İhale komisyonlarını, doğrudan temin usulünde ihale yetkilisi tarafından görevlendirilen kişileri,

İhale işlemlerini sonuçlandırmakla görevli olanlar: Muayene ve kabul heyeti üyeleri ile kontrollük hizmetlerini yürütenleri,

İhale işlemlerini onaylamakla görevli olanlar: Onay makamı sıfatıyla ihale onay belgesini, ihale komisyonu kararını, ihale konusu işe ilişkin ödeme, avans, fiyat farkı, süre uzatımı vb. konulara ilişkin belgeleri imzalayan görevlileri, ifade etmektedir.

Yeni düzenleme ile belediye ve özel idarelerde, encümenin ihale komisyonu sıfatıyla karar verme yetkisi kaldırılmış olmakla birlikte, 11/d maddesi gereğince (ihale işlemlerini yürütmekle görevli olanlar kapsamında) encümenin seçilmiş üyeleri de ihalelere katılamayacaklardır. 657 sayılı Kanuna tabi atanmış üyeler için zaten yasaklama mevcuttur. Çünkü 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ihale komisyonu üyelerinin idare personeli arasından görevlendirilmesi öngörülmüştür.

Maddenin son iki fıkrası ile (2886 sayılı Kanununun 6. maddesinde yer alan yasaklara ilave olarak) iki yeni yasaklamanın getirildiği görülmektedir.

- 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.

- İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşları ile bunların kurmuş oldukları veya ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Kanununun 48. maddesi ile idarelere "ÇED raporu hazırlanması, etüt ve proje, harita ve kadaströ, ..." konularında, bu Kanuna göre danışmanlık hizmeti satın alma imkanı tanındığından; bu hizmetleri yerine getiren kuruluşların bilahare söz konusu yapım işinin ihalesine katılmalarının haksız rekabete yol açacağı tabidir.

Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanmış Olanlar Doğrudan Dolaylı veya Alt Yüklenici Olarak Kendileri veya Başkaları Adına Hiçbir Şekilde İhalelere Katılamazlar.

Danıştay 13. Daire, E. 2015/6312, K. 2016/547, T. 2.3.2016;"4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/04/1991 tarihli ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların, doğrudan veya dolaylı yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları, dördüncü fıkrasında, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi sebebiyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği belirtilmiş, "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, "11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmanın" ihalelerde yasaklanan bir davranış olduğu; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümlerin uygulanacağı" kurala bağlanmıştır. Anılan Kanun'un "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı Dördüncü Kısmında yer alan 58. maddesinin birinci fıkrasında, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanacağı, katılma yasaklarının, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceği kuralına yer verilmiştir. Dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin, İller Bankası A.Ş. Yatırım Koordinasyon Dairesi Başkanlığı tarafından 30.01.2015 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan "Ulus (Bartın) Kanalizasyon İnşaatı Yapım İşİ" ihalesine katıldığı, anılan ihalede davacı şirket adına teklif mektubunun vekâleten tarafından imzalandığı, davalı idarece anılan şahsın 09.07.2014 - 09.07.2015 tarihleri arasında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olduğunun tespiti üzerine, ihalelere katılmaktan yasaklı olan 'i vekil tayin etmek

suretiyle ihaleye katılan davacı şirket hakkında 4734 Sayılı Kanun'un 11., 17. ve 58. maddeleri uyarınca 1 yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verildiği, anılan kararın iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; aktarılan Kanun hükümlerine göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı olarak yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağından, yasaklı vekil aracılığı ile dolaylı olarak ihaleye teklif veren davacı şirketin, Kanun'da öngörülen yasak fiil ve davranışta bulunduğu anlaşıldığından, davacı şirketin 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına dair davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.”

Kamu İhale Kurulunun 07.06.2010 tarih ve 2010/MK-75 sayılı kararında ihaleye katılımında yasaklılık kavramı tartışılarak; “İncelemeye konu ihaleye ait idarece onaylanmış olarak Kuruma gönderilen ihale dosyası kapsamı incelendiğinde; Park ve Bahçeler Müdürlüğüne kendilerine ait parkların 2007-2008-2009 yıllarına ait toplam 30 aylık bakım ve güvenlik ihalelerinin yapılması ihtiyacının tespit edildiği, adı geçen birim tarafından bu ihtiyacın giderilmesi için ihale yapılması, harcama yetkisi Müdürlükte kalmak kaydıyla ihale yetkisinin İdari ve Mali İşler Müdürlüğüne devri talebinin Belediye Meclisince uygun görüldüğü, Belediye Başkanı ve Park ve Bahçeler Müdürlüğüne bağlı bulunduğu Başkan Yardımcısı K.Y. tarafından onaylandığı, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre, belediye başkanlarının harcama yetkisinin olmadığı, anılan Kanununun Harcama yetkisi ve yetkilisi başlıklı 31 inci maddesinin birinci fıkrasında yer verilen; “Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir.” hükmüne göre, bu yetkinin Park ve Bahçeler Müdürlüğü ve bağlı bulunduğu başkan yardımcılığında olduğu, Y. Belediye Başkanlığının 17.05.2007 tarihli yazısı içeriğinde; İhale üzerinde bırakılan istekli olan ÖZ-EL Güvenlik Ltd Şti. nin ortaklarından N. Ö.’ in eşi olan Y. Eski Belediye Başkan Yardımcısı Y. Ö’ in 23.01.2007 tarihinde emekli olduğu, çalıştığı dönem içerisinde Park ve Bahçeler Müdürlüğüne üst yönetici olarak görev yapmadığı, bu birimin personelinin sicil ve disiplin amiri olmadığı, idari bağlılık açısından Park ve Bahçeler Müdürlüğü ile yöneticilik bağının bulunmadığı, harcama ve ihale yetkilisi olarak birim yetkilisi ve sorumlusu olarak görev yapmadığı hususları açıkça ifade edilmiştir.” Böylece ilgilinin park ve bahçeler müdürlüğüne “ihale yetkilisi” olmadığına vurgu yapılmış ve bu nokta-i nazardan bir sakınca görülmemiştir. Öte yandan ihale süreci açısından yapılan incelemede; “İnceleme konusunun 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinin (d) bendi (ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar) kapsamına girip girmediğine ilişkin olarak yapılan incelemede;4734 sayılı Kanununun 42 nci maddesinin 1 inci fıkrasında, “41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin

yapıldığıının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. " hükümü yer almaktadır.

01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak Maliye Bakanlığınca çıkarılan ikincil mevzuat ile genel bütçe kapsamında bulunan idarelerin mali hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. 5018 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde, "İç kontrol; idarenin amaçlarına, belirlenmiş politikalara ve mevzuata uygun olarak faaliyetlerin etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde yürütülmesini, varlık ve kaynakların korunmasını, muhasebe kayıtlarının doğru ve tam olarak tutulmasını, mali bilgi ve yönetim bilgisinin zamanında ve güvenilir olarak üretilmesini sağlamak üzere idare tarafından oluşturulan organizasyon, yöntem ve süreçle iç denetimi kapsayan mali ve kontrol bütünüdür. "57 inci maddesinde, "Kamu idarelerinin mali yönetim ve kontrol sistemleri; harcama birimleri, muhasebe ve mali hizmetler ile ön mali kontrol ve iç denetimden oluşur. "Hükümleri yer almaktadır. 5018 sayılı Kanun ile sözleşme tasarılarının Maliye Bakanlığınca vize edilmesi uygulaması yerine idarenin mali hizmetler birimince gerçekleştirilecek ön mali kontrol uygulaması öngörülmüştür. İç Kontrol ve ön Malî Kontrole ilişkin Usul ve Esaslar'ın "Taahhüt evrakı ve sözleşme tasarıları" başlıklı 17 inci maddesinde, "idarelerin, ihale kanunlarına tâbi olsun veya olmasın, harcamayı gerektirecek taahhüt evrakı ve sözleşme tasarılarından tutarı mal ve hizmet alımları için bir milyon Yeni Türk Lirasını, yapım işleri için ikimilyon Yeni Türk Lirasını aşanların kontrole tabi olduğu, 27 nci maddesinde, Usul ve Esaslarda belirlenen malî karar ve işlemlerin dışında kalan malî karar ve işlemlerin de aynı şekilde malî hizmetler birimine kontrol ettirilmesine yönelik düzenleme yapılabileceği" düzenlemesi ile, anılan Esasların "İdarelerce yapılacak düzenlemeler" başlıklı 27 nci maddesinde; "Usul ve Esaslarda belirlenen malî karar ve işlemlerin dışında kalan malî karar ve işlemlerin de aynı şekilde malî hizmetler birimine kontrol ettirilmesine yönelik düzenleme yapılabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler üst yöneticinin onayıyla yürürlüğe konulur. Bu düzenlemelerde, malî hizmetler biriminin ön malî kontrolüne tâbi tutulacak malî karar ve işlemler, riskli alanlar dikkate alınmak suretiyle tür, tutar ve konu itibarıyla belirlenir ve yılda bir kez değerlendirilir. İç kontrol ve ön malî kontrole ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, üst yöneticinin onayını izleyen on işgünü içinde Bakanlığa bildirilir, "düzenlemesi yer almaktadır.Y.Ö.in 11.05.2005 tarihinden 23.01.2007 tarihine kadar Y. Belediye Başkanlığında görev yaptığı, Hesap İşleri Müdürlüğünün idarenin 2005/3 sayılı genelgesinden anlaşıldığı üzere Başkan Yardımcısı Y. Ö.' ye bağlı birimlerden olduğu, adı geçen bu birimi 13.05.2005 tarihi ile emekli olduğu tarih olan 23.01.2007 tarihleri arasında üst yönetici olarak sevk ve idare ettiği, İncelemeye konu ihalede, ihale onay belgesinin 22.01.2007 tarih ve 119 sayılı olduğu, Park ve Bahçeler Müdürlüğünden Hesap İşleri Müdürlüğüne "ön Mali Kontrol" için görüş talebinin 11.01.2007 tarihinde ulaştığı, Hesap İşleri Müdürlüğünün

25.01.2007 tarih ve 01373 sayılı yazısında, “....ait parkların 2007-2008-2009 yıllarına ait toplam 30 (30) aylık Bakım ve Güvenlik İşinin 2007 yılı için yeterli ödeneğinin ayrıldığı ve ihale dosyasında (idari ve teknik şartnamesi) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun mevzuat hükümlerine aykırılığın bulunmadığı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu İç Kontrol ve Ön Mali Kontrole ilişkin Usul ve Esaslar Yönetmeliğinin 17 nci maddesi ile diğer hükümlere istinaden ihalenin yapılmasında sakınca bulunmadığına” dair görüşün verildiği, bu işlemin “Usul ve Esaslarda belirlenen malî karar ve işlemlerin dışında kalan malî karar ve işlemlerin de aynı şekilde malî hizmetler birimine kontrol ettirilmesine yönelik düzenleme yapılabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler üst yöneticinin onayıyla yürürlüğe konulur.” hususunun yer aldığı yukarıda yazılı bulunan esasların 27 nci maddesi uyarınca yapıldığı, adı geçen birimin incelemenin idare kayıtlarına alınıp incelenmeye başlandığı tarihte Y. Eski Belediye Başkan Yardımcısı Y. Ö.ye bağlı olduğunun idarenin yukarıda yer alan Genelgesinden anlaşıldığı, Söz konusu idari işlemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinin(d)bendi (“İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işlemlerle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.”) kapsamında sayılan işlerden olduğu ve Y. Eski Belediye Başkan Yardımcısı Y. Ö. nün de üst yönetici olarak (d) bendi kapsamında olduğu, dolayısıyla adı geçen işin (e) bendi kapsamına girdiği, işin ortağı olduğu ve ihale üzerinde bırakılan şirketin de (f) bendi kapsamına girdiği değerlendirilmesi sonucunda, kamu ihalelerinde şeffaflığın ve tarafsızlığın sağlanabilmesi amacıyla; ihale dokümanı hazırlığı, yaklaşık maliyet tespiti gibi ihale öncesi hazırlık işlemleri yapanlar, ihaleyi yürüten ve sonuçlandıran ihale komisyonları, ihale öncesi ve sonrası onay makamı olan ihale yetkilileri ve ihale işlemlerine ilişkin aşamalarda bilgi sahibi olanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına herhangi bir şekilde kamu ihalelerine katılmalarının anılan mevzuat hükümleri gereğince önlenmediği halde, idarece 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (d), (e) ve (f) bentlerine aykırı işlem yapılarak ihalenin ÖZ-EL Güvenlik Limited Şirketi üzerinde bırakılmasının anılan Kanun hükmünün son fıkrasında yer alan “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” hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Öte yandan 4734 sayılı Yasaya göre yapılacak ihalelerde, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği sağlamakla sorumlu idarenin Eski Başkan Yardımcısı tarafından, ihalenin yapıldığı tarihteki mevzuata göre tekliflerin değerlendirildiği aşamaya kadar gizli kalması gereken yaklaşık maliyetin öğrenilmesi olanağı ve bu ihaleye anılan Başkan Yardımcısının işin ortaklarından olan firmanın teklif verip ihale üzerinde kalması, anılan Yasanın temel ilkelerine de aykırılık oluşturduğundan bu ihalenin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine olanak bulunmamaktadır. “ denilerek hatanın 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (d), (e) ve (f) bentlerine aykırı işlem yapılması nedeniyle hatanın olduğu değerlendirilmiş ve ihale sürecine olumsuz etkisi olacağı

düşüncesiyle firma teklifi değerlendirme dışı bırakılarak Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararı, Ankara İdare Mahkemesince kurul kararı iptal edilmiş ve kurulca bu kez karar yukarıda alıntılındığı üzere "4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (d), (e) ve (f) bentlerine" aykırılık açısından neticeye bağlanmıştır." Denilerek, belediyede bir başkan yardımcısına bağlı olmayan diğer başkan yardımcısına bağlı olan müdürlüklerce yapılan ihalelere başkan yardımcılarının eşlerinin katılımında bir engel görülmemiştir.

Kamu İhale Kurulunun 10.06.2008 tarih ve 2008/UY.Z-2464 sayılı kararında;

"İhaleyi Yapan İdarede İhale Yetkilisi Olan Bölge Müdür Yardımcısının Yeğenin İhale Yetkilisinin (Bölge Müdürü) Bağlılığında Yürütülen İhaleye Katılmasının ihale yetkilisi açısından yapılan incelemede Bölge Müdürünün izin v.s. durumlarda yerine vekalet edebildiği bununla beraber başvuru sahibi şirketin %60 hissesine sahip A. Y.'in ihaleyi yapan idarede bölge müdür yardımcılığı görevinde bulunan yeğeni M.Y.'in ihale sürecine ilişkin herhangi bir belgede (yaklaşık maliyet hesabı, ihale komisyon kararı gibi) imzasının bulunmadığı tespit edilmiştir.4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde ihale yetkilisi, idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri olarak tanımlanmış, 31.12.2005 tarih ve 26040 4. mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ(Seri No:1)'in "Diğer Hususlar" başlıklı bölümünde ise; "Harcama yetkilisinin kanuni izin, hastalık, geçici görev, disiplin cezası uygulaması, görevden uzaklaştırma ve benzeri nedenlerle geçici olarak görevinden ayrılması halinde ilgili harcama biriminin harcama yetkilisinin, vekaleten görevlendirilen kişi" olduğu açıklamasına yer verilmiştir. Bu noktada, açıklığa kavuşturulması gereken husus; ihale yetkilisine vekalet etme ihtimali bulunan görevlilerin üçüncü dereceye kadar olan kan hısımlarının ortağı oldukları şirketlerin, ihale yetkilisine vekalet etme ihtimali bulunan görevlilerin çalıştığı idarelerin ihalesine katılmasının yasak olup olmadığıdır.4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesine göre yasaklama kararının istekliler açısından ciddi sonuçları olan bir yaptırım olduğu ifade eden kararda, "ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri kavramının geniş yorumlanmaması gerektiği, aksi yorumun idari yaptırımlar için de söz konusu olan kanunilik ilkesini zedeleyeceği, anılan idarede bölge müdür yardımcılığı görevinde bulunan Mehmet Yanık'ın ihale sürecine ilişkin herhangi bir belgede imzasının da bulunmadığı hususları bir arada değerlendirildiğinde, ihale yetkilisine vekalet etme ihtimali bulunan bölge müdür yardımcısının üçüncü derece kan hısımları olan A.Y.'in ortağı olduğu şirketin anılan idarenin ihalelerine katılamayacaklar arasında değerlendirilmesi hukuka uygun bulunmamaktadır."

3. İdarenin Ortağı Olduğu Şirketler

4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, 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 şirketlerin, bu idarelerin ihalelerine katılamayacakları hüküm altına alınmıştır. Ancak uygulamada anılan maddenin uygulanmasında tereddütler olduğu anlaşıldığından idarelerin kurucusu ve ortağı olduğu şirketlerin o idarelerin yapacakları ihalelere katılıp katılamayacakları hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmiştir.

4734 sayılı Kanununun 11. maddesinin üçüncü fıkrasında, “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.” hükmü yer almaktadır. 4964 sayılı Kanununun 8 inci maddesiyle 4734 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına getirilen değişikliğin gerekçesinde; bazı şirketlerin salt kurucusunun statüsünden dolayı sonsuza kadar sürecek bir yasaklama ile karşı karşıya kalmalarının doğuracağı haksızlığın giderilmesi açısından “vakıf, dernek, birlik, sandık gibi” kuruluşlar tarafından kurulduğu halde daha sonra bu kuruluşların bünyesinde buldukları veya ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılabilmelerine imkan tanındığı, katılma yasağının yalnız “ortaklık ilişkisinin” varlığı ile sınırlandırıldığı, “bunların” sözcüğü yerine “bu kuruluşların” ifadesi konularak, söz konusu yasaklamanın “vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar” tarafından ortak olunan şirketleri kapsadığı hususunun açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiştir.

4964 sayılı Kanunla getirilen hüküm, idarelerin kurdukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine girebileceği biçimde açık düzenleme içermemekle birlikte; bu değişiklik daha önceki yasağın kaldırılmasını amaçlamaktadır.

4734 sayılı Kanunda yapılan söz konusu değişikliğe paralel olarak İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ilgili maddeleri, “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” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin ortak oldukları şirketlerin, sermaye paylarına bakılmaksızın idarelerin ihalelerine katılması mümkündür. Ancak, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin bünyelerinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar, bünyelerinde buldukları veya her ne amaçla kurulmuş olursa olsun ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılamayacakları gibi, bu statüdeki vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ortak oldukları şirketler de söz konusu idarelerin ihalelerine katılamayacaktır. Örneğin, Ege-Zav. Tüzav gibi zabıta memurlarını bünyesinde toplayan vakıflar ve bu vakfın şirketi, üniversite ile memur yardımlaşma sandıkları veya bu sandığın ortak olduğu şirket de ihaleye katılamayacaktır. Bu madde hükmüne göre, ihale komisyonunda görev alan ve ihaleyi onaylayan ihale yetkilisinin yönetim kurullarında görev aldığı belediye şirketleri, belediyelerce yapılan ihalelere katılmayacaklardır. (Bu hüküm 2886 sayılı Kanunun benzer maddesi olan 6.maddeye

ilişkin olarak alınan Sayıştay Genel Kurulu'nun 26.04.2001 gün ve Esas:2001/1, Karar:4985/1 sayılı Kararı değerlendirilerek düzenlenmiş denilebilir.)

Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanunun 4964 sayılı Kanunla değişik 11 inci maddesinin (c), (d), (e), (f) bentlerinde belirtilen haller dışında, idarelerin kurdukları veya ortak oldukları şirketler o idarelerin ihalelerine katılabilecektir. Ancak, bu durumda, idareler ihale konusu işin niteliğini dikkate alarak ihaleyi kısmi teklife açmak, yeterlik kriterlerini ihaleye katılımı artıracak şekilde belirlemek ve rekabeti artırıcı düzenlemeler yapmak zorundadır.

4. İdarede Görev Yapanlar

4734 sayılı Kanunun 11. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ihaleyi yapan idarelerin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler, ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar, (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenler ve (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketlerinin görev yaptıkları idarelerin ihalelerine katılamayacakları hükme bağlanmıştır. Ancak, (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler bu idarelerin ihalelerine katılabileceklerdir.

4734 sayılı Kanunun 11. maddesinde;

“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 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
- b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine 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 edinenleri.

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

g) (Ek bent: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değişik bent: 2/1/2017-KHK-684/3 md.; aynen kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler.

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.

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

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

(Ek fıkra: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; aynen kabul:1/2/2018-7071/29 md.) Birinci fıkranın (g) bendi kapsamındaki bildirimlere ilişkin usul ve esaslar (Değişik ibare: 2/7/2018-KHK-703/171 md.) Cumhurbaşkanınca belirlenir. Söz konusu bent kapsamında olduğu tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılır, ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkrada yer alan hüküm uygulanmaz. (Ek cümleler: 2/1/2017-KHK-680/65 md. aynen kabul:1/2/2018-7071/29 md.) Aynı bent kapsamındaki işlemlerin yürütülmesinde görev alan kamu görevlilerinin, yaptıkları iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz. Söz konusu bent hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen bilgi ve kayıtları, hukuka aykırı olarak kullanan, bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır. 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." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümler uyarınca bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar

ihalelere katılamayacaklardır.

2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanunun "Yasak ve Süresi" başlıklı 2. maddesinde; "Birinci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluşdaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar. Özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümler saklıdır." hükmü yer almaktadır.

Bu maddede getirilmiş olan yasaklama kapsamında sayılmanın ana koşulu, alınacak görev ve işin, girişilecek taahhüdün ya da yapılacak komisyonculuk veya temsilciliğin daha önce hizmetinde bulunulan daire, idare, kurum ve kuruluşa "karşı" doğrudan doğruya veya dolaylı bir görev ve iş, taahhüt, komisyonculuk veya temsilcilik niteliğinde bulunmasıdır. Ancak bu faaliyetin ilgilinin daha önceki görev ve faaliyet alanı ile ilgili olması gereklidir. Dolayısıyla, anılan Kanun kapsamında belirtilen görevlerinden ayrıldıktan sonra özel sektörde faaliyet gösteren kamu görevlileri, Kanunun 2. maddesinde belirtilen süre boyunca, yine maddede belirtilen faaliyetlerde bulunamayacaklardır.

Ancak bu kişilerin, özel sektörde istekli sıfatını taşıyabilecek bir işletmede personel olarak istihdam edilmesi ve bu işletmenin de personelinin ayrıldığı daire, kurum ve kuruluşun ihalesine girmesi durumunda, anılan personelin, çalışmakta olduğu işletmede bir ortaklığının ya da sermaye bağının bulunmaması durumunda, söz konusu faaliyetin 2531 sayılı Kanunun 2. maddesinde belirtilen "doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alma, taahhüde girme, komisyonculuk ve temsilcilik yapma" olarak sayılmaması gerekmektedir.

Maddenin (f) bendine göre; ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanların ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) o idarenin ihalesine katılamayacaklardır. Anılan düzenleme, söz konusu kişilerin ihaleye girecek şirketlerin yönetim kurullarında görevli bulunmalarının ihaleye katılımı engelleyici bir husus olduğunu öngörmüş ve bu durumu doğrudan şirket ortağı olmak koşuluyla ilişkilendirmemiştir. Bu nedenle, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinin (c), (d), (e) ve (f) bentlerine göre, ihaleyi yapan idarelerin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin ve ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanların ve bunların (yani 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinin (c) ve (d) bentlerinde belirtilenlerin) eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye

kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerin, aynı zamanda ihaleye katılacak isteklinin yönetim kurullarında görevli olmaları durumunda, bu tüzel kişiliğin söz konusu idarenin yapacağı ihalelere doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde katılmaları mümkün bulunmamaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 28. maddesiyle 1580 sayılı Kanunun 29. maddesine benzer bir düzenlemede bulunulmuştur. Başkan ve meclis üyelerinin yükümlülükleri 28. madde de yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre; Belediye başkanı görevi süresince veya görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz. (Taahhüt: Kendi nam ve hesabına gerçek veya özel veyahut kamu kuruluşuna karşı sözleşmeli veya sözleşmesiz, bir işin yapılması, bir malın teslimi veya tüzel kişiler tarafından yüklenilmesidir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise taahhüt; Bir şey yapmayı üstüne alma, üstlenme olarak açıklanmıştır. Temsilci: Başkası adına hukuki işlem yapabilme yetkisine sahip olan kimsedir. Komisyoncu: Kendi adına veya başkası hesabına ücret karşılığı ticari işlem yapan ve bunu kendine meslek edinen kişidir.)

5. Belediye Şirketlerinin Belediye İhalesine Katılması

Kamu İhale Kurulunun 31.01.2013 Gün ve 2013/UH.II-658 Sayılı Kararı;

“Belediyenin kurucusu ve ortağı olduğu şirket, Belediyenin 4734 sayılı Kanuna göre yaptığı ihaleye katılabilir.”29.11.2012 tarihli ihale komisyonu kararı ile ihalenin Ye-Pa Yenimahalle Gıda Yay. Tem. Çev. Düz. İnş. Turz. San. ve Tic. Ltd. Şti. üzerinde bırakıldığı, başvuru sahibi Dorate Grup Bilişim Eğitim Sağ. Nak. Tem. Tic. Ltd. Şti.nin ise ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli olarak belirlendiği görülmektedir. İhale üzerinde bırakılan isteklinin ortaklık yapısına ilişkin olarak Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi nezdinde yapılan inceleme neticesinde; 20 Temmuz 1990 tarihli ve 2570 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde anılan şirketin Yenimahalle Gıda Maddeleri Tanzim Satış San. ve Tic. Ltd. Şti. ticaret unvanı ile kurulduğuna ilişkin tescilin ilan olunduğu, adı geçen şirketin kurucularının Yenimahalle Belediyesi ile Keçiören Belediyesi olduğu, şirketin kuruluş sermayesinin %99'unun Yenimahalle Belediyesine, %1'inin Keçiören Belediyesine ait olduğu; şirketin son ortaklık durumunu gösteren 04.06.2012 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ise ortaklık yapısının korunduğu görülmektedir. Konuyla ilgili olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “İhaleye katılamayacak olanlar” başlıklı 11.maddesinde “Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar: a) (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü

suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine 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 edinenleri.

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).

...

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir." hükmü, Kamu İhale Genel Tebliği'nin "İsteklilerden 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasına göre istenecek belgeler" başlıklı 17'inci maddesinin "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 7'nci fıkrasında "17.7.1. İdarenin ortağı olduğu şirketler:17.7.1.1. 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, 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 şirketlerin, bu idarelerin ihalelerine katılamayacakları hüküm altına alınmıştır. Ancak uygulamada anılan maddenin uygulanmasında tereddütler olduğu anlaşıldığından idarelerin kurucusu ve ortağı olduğu şirketlerin o idarelerin yapacakları ihalelere katılıp katılamayacakları hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmiştir. 17.7.1.1.1. 4734 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, "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." hükmü yer almaktadır. 4964 sayılı Kanununun 8 inci maddesiyle 4734 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına getirilen değişikliğin gerekçesinde; bazı şirketlerin salt kurucusunun statüsünden dolayı sonsuza kadar sürecek bir yasaklama ile karşı

karşıya kalmalarının doğuracağı haksızlığın giderilmesi açısından “vakıf, dernek, birlik, sandık gibi” kuruluşlar tarafından kurulduğu halde daha sonra bu kuruluşların bünyesinde buldukları veya ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılabilmelerine imkan tanındığı, katılma yasağının yalnız “ortaklık ilişkisinin” varlığı ile sınırlandırıldığı, “bunların” sözcüğü yerine “bu kuruluşların” ifadesi konularak, söz konusu yasaklamanın “vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar” tarafından ortak olunan şirketleri kapsadığı hususunun açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiştir.17.7.1.1.2. 4964 sayılı Kanunla getirilen hüküm, idarelerin kurdukları şirketlerin o idarelerin ihalelerine girebileceği biçimde açık düzenleme içermemekle birlikte; bu değişiklik daha önceki yasağın kaldırılmasını amaçlamaktadır. 17.7.1.1.3. 4734 sayılı Kanunda yapılan söz konusu değişikliğe paralel olarak İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ilgili maddeleri, “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” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin ortak oldukları şirketlerin, sermaye paylarına bakılmaksızın idarelerin ihalelerine katılması mümkündür. Ancak, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin bünyelerinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşlar, bünyelerinde buldukları veya her ne amaçla kurulmuş olursa olsun ilgili oldukları idarelerin ihalelerine katılamayacakları gibi, bu statüdeki vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ortak oldukları şirketler de söz konusu idarelerin ihalelerine katılamayacaktır.17.7.1.1.4. Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanunun 4964 sayılı Kanunla değişik 11 inci maddesinin (c), (d), (e), (f) bentlerinde belirtilen haller dışında, idarelerin kurdukları veya ortak oldukları şirketler o idarelerin ihalelerine katılabilecektir. Ancak, bu durumda, idareler ihale konusu işin niteliğini dikkate alarak ihaleyi kısmi teklife açmak, yeterlik kriterlerini ihaleye katılımı artıracak şekilde belirlemek ve rekabeti artırıcı düzenlemeler yapmak zorundadır....” açıklaması yer almaktadır. Yukarıda aktarılan mevzuat hüküm ve açıklamaları gereği, idarelerin kurdukları veya ortak oldukları şirketlerin, söz konusu idare tarafından gerçekleştirilen ihalelere katılabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, başvuru konusu ihalede, idarenin kurucusu ve ortağı olduğu şirketin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenerek ihalenin söz konusu şirket üzerinde bırakılmasında kamu ihale mevzuatına aykırılık bulunmadığı tespit edilmiştir.”

Kamu İhale Kurulunun 07.01.2015 Gün ve 2015/UH.III-56 Sayılı Kararı;

..... Büyükşehir Belediyesince gerçekleştirilen katı atık aktarma istasyonlarının işletilmesi ve atıkların aktarma sahasına nakliyesi ihalesinde, ihale üzerinde bırakılan şirketin, İdarenin, İ..... İ.....Çevre Yönetimi San. ve Tic. A.Ş. nin %96 hissesine sahip en büyük ortağı olduğu, ayrıcaBüyükşehir Çevre Koruma ve Kontrol daire başkanının etkili ve yetkili bir yönetim kurulu üyesi olduğu dikkate alındığında, eşit muamele ilkesi ve fırsat eşitliğinin anılan istekli lehine bozulduğu, iddia edilmişse de,

.....Çevre Koruma ve Kontrol daire başkanınınİ.....Çevre Yönetimi San. ve Tic. A.Ş.nin yönetim kurulu üyesi olmadığı gibi ihale yetkilisi de olmadığı, ayrıca ihale yetkilisi ile ihale komisyonu üyelerinin ve yaklaşık maliyet cetvelinin üzerinde imzası bulunan kişilerin de anılan şirkette yönetim kurulu üyesi olmadıkları tespit edildiğinden, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.....Yukarıdaki mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik ve sandık gibi kuruluşların ve bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin söz konusu idarelerin ihalelerine katılamayacağı anlaşılmaktadır. Öte yandan anılan Kanun'un 11'inci maddesinin (c), (d), (e), (f) bentlerinde belirtilen haller dışında, Kanun kapsamındaki idarelerin ortak oldukları şirketlerin, sermaye paylarına bakılmaksızın idarelerin ihalelerine katılmasının ise mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır Yapılan incelemede, İ..... Büyükşehir Belediyesi'nin İ....İ..... Çevre Yönetimi San. ve Tic. A.Ş.'nin % 96,98 hissesine sahip olduğu tespit edilmiş olmakla birlikte, yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre bu durumun anılan isteklinin İ..... Büyükşehir Belediyesi'nin ihalesine katılmasına engel teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca başvuru sahibi tarafından Büyükşehir Belediyesi'nin Çevre Koruma ve Daire başkanının İ.... İ..... Çevre Yönetimi San. ve Tic. A.Ş.de etkili ve yetkili bir yönetim kurulu üyesi olduğu iddia edilmiş olmakla birlikte, Büyükşehir Belediyesi'nin Çevre Koruma ve Kontrol daire başkanının İ..... İ..... Çevre Yönetimi San. ve Tic. A.Ş.nin yönetim kurulu üyesi olmadığı gibi ihale yetkilisi de olmadığı, ayrıca ihale yetkilisi ile ihale komisyonu üyelerinin ve yaklaşık maliyet cetvelinin üzerinde imzası bulunan kişilerin de anılan şirkette yönetim kurulu üyesi olmadıkları tespit edildiğinden, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.”

Sayıştay 6.Dairesinin 24.03.2015 gün ve 218 sayılı Kararı; “Belediye şirketinin yönetim ve denetim kurullarında belediye başkanı, belediye genel sekreteri ve belediye genel sekreter yardımcısının bulunduğu durumda, ortağı olduğu belediyenin 4734 sayılı Kanun uyarınca yaptığı ihaleye katılamaz.”

6. Kanunun 17. Maddesinde Düzenlenen Yasak Fiil veya Davranışlar

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.

Danıştay 10. D, 2004/6709 sayılı Kararı; “Birkaç firmanın teklif mektubunun aynı kalemle yazılmasının ihaleyi sakatlayacağı, teklif mektuplarının tamamının aynı kalemle yazılmasının gerekmediği”

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. **(İdare sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü değildir. Danıştay 6.D, 1997/ 3048 nolu kararı)**

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.

- Teklif mektubu farklı kişiler tarafından imzalanmakla birlikte temsil ve ilzama yetkili kişiler aynı ise alternatif teklif olarak değerlendirilir. **(2006/UY.Z-21)**

- İki isteklinin, aynı firmanın yetkili satıcısı olarak ihaleye teklif vermesi mümkündür **(2005/UM.Z-1558)**

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

17. (e bendi hariç) maddeye göre yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında yasaklama kararı alınacak, ancak geçici teminatları gelir kaydedilmeyecektir.

11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belli olan bir kişinin ihaleye katılması halinde (17-e bendi) hakkında yasaklılık kararı alınacak ve geçici teminatları gelir kaydedilecektir.

Danıştay 13. Daire, E. 2013/1279,K. 2013/2292,T. 19.9.2013; “Dava, ihaleden yasaklama kararının iptali istemiyle açılmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 3/g maddesi kapsamında yapılan ve uyuşmazlığa konu yasaklama işleminin tesis edildiği ihaleyle ilgili olarak, ihale aşamasında davacı şirketin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu yönünde herhangi bir tespit bulunmadığı ve 4734 sayılı Kanun'a göre yasaklama işlemi tesis edilmediği; diğer yandan, sözleşmenin imzalanmasından sonra tespit edilen fiil ve davranışların ise, yapılan ihale sonucu imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun kapsamı dışında olması sebebiyle, anılan Kanun hükümleri uyarınca yasaklama işlemi tesis edilmesine olanak bulunmadığı; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca da, idari yaptırımın kanuniliği ilkesinin sağlandığının kabulüne imkân bulunmadığından, 4735 sayılı Kanun'da açıkça çerçevesi çizilen kapsamın dışında kalan ihale sonrası imzalanan sözleşmedeki taahhütlere aykırı edim nedeniyle yasaklama işlemi tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğu dikkate alındığında, davaya konu edilen yasaklama işleminde hukuka uygunluk ve davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”

Danıştay 13. Daire, E. 2016/968K. 2016/1374T. 28.4.2016; “Dava; 07.08.2015 tarihinde yapılan 2015/84838 kayıt numaralı Karayolları ... Bölge Müdürlüğü ... Arasındaki Otoyollar ve Bağlantı Yollarında Bakım Onarım ve Peyzaj işlerinin yapılması ihalesinin iptaline yönelik tesis edilen 10.08.2015 tarihli ihale komisyonu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; ihale komisyonu gerekçe raporunda; Karayolları ... Bölge Müdürlüğü'ne mahkeme kararı ile işçi olarak girmeye hak kazanan personelin kasım ayı içerisinde işe başlayacağı, bahse konu 400 personelden bir kısmının bakım, onarım ve peyzaj ile ilgili işler kapsamında çalıştırılacağı, dolayısıyla ihalenin yaklaşık maliyetinin azalan yönde revize edileceği ya da ihalenin günün şartlarına göre bir daha yapılmayacağı belirtiltiği, Mahkeme'nin 06.11.2015 tarihli ara kararıyla gerekçe raporunda belirtilen hususları ortaya koyan bilgi ve belgelerin istenilmesi ve Karayolları ... Bölge Müdürlüğü sorumluluk alanındaki görevine dair hizmetlerin ne kadarlık kısmının kurum bünyesindeki işçiler eliyle yürütüldüğünün sorulması üzerine gönderilen belgelerde; Türkiye Yol İş Sendikası tarafından Ankara İş Mahkemeleri nezdinde açılan davalarla birlikte, ... Bölge Müdürlüğü'nde Kasım 2015 ayı itibarıyla 411 personelin (düz işçi pozisyonunda) işe başladığı, anılan personelden 68 personelin ihalesi iptal edilen kesimde çalışmaya başladığı ve işlerin esasen kendi personeli eliyle yürütülmesi, yeterli personelin olmaması halinde hizmetin bir kısmının hizmet alımıyla yapılmasının asıl olduğunun belirtildiği, bu itibarla, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ihaleyi yapan idarenin, anılan Kanun'un 5. maddesinde belirtilen rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerini gözetmek zorunda olduğu; gelişen maddi ve hukuki süreçle beraber ihale konusu işin bir kısmının idarenin kendi bünyesindeki personeli eliyle yürütülmesi söz konusu olduğundan, ihalenin yaklaşık maliyet ve maliyete esas metrajın değişebileceği nedeniyle, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde ihalenin iptali için geçerli ve makul sebebin oluştuğu sonucuna varıldığından, davaya konu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu İstanbul 12. İdare Mahkemesi'nin 26.01.2016 tarih ve E:2015/201, K:2016/155 Sayılı kararında, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, davacının temyiz istemi yerinde görülmemekle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA”

7. İhalelere Katılmaktan Yasaklanma Tarihinin Başlangıcı

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, dışı vurumu da gereklidir. Ancak bu

durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışı vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı 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.

4735 sayılı Yasa'nın 25/c maddesinde, "Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak" fiilinin yasak olduğu hükmüne yer verilmiş, Yasa'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında "25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir." hükmü; 4964 sayılı Yasa'nın 47. maddesiyle değişik 4. fıkrasında, "Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur." hükmü; 5. fıkrasında ise, "İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür." hükmü yer almıştır.

4735 sayılı Yasa'nın 4964 sayılı Yasa ile değişik 26. maddesinin gerekçesinde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle sürenin dolması halinde ceza verilemeyeceği göz önünde bulundurularak azami otuz günlük sürenin kırkbeş güne çıkarıldığı belirtilmiştir.

Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4735 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 26. maddenin 4. fıkrasında yer alan sürelerin disiplinler niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışların tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır. İdarelerin yasaklama kararı verilmesini gerektiren bir fiil veya davranış tespit ettikleri tarihten itibaren en geç kırkbeş gün içinde yetkili merci

tarafından yasaklama kararı verilebilmesi için gerekli düzenleme ve işlemleri yapmaları ve yasaklama kararı almaları gerekmektedir. Yasaklama işlemlerinin kırkbeş günlük sürede tamamlanamaması ve yürürlüğe girmemesi halinde ilgili ve görevli kamu görevlileri hakkında disiplin ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği tabiidir. 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 gerekmektedir. İhaleye katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunan bakanlıklar tarafından verildiği durumlar göz önüne alınarak azami otuz günlük sürenin kırkbeş güne çıkarılması da tespit tarihinin esas alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Danıştay 13. Dairesi Esas: 2005/7182 Karar: 2005/5405 ,08.11.2005 tarihli kararında, “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 bulunmadığını” belirtmiştir.

8. İdarelerce Uyulması Gereken Diğer Kurallar

Kanunun 62. maddesinde Kanun kapsamındaki idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce zorunlu olarak uyulması gerekli hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunlar;

a) Yatırım projelerinin plânlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibariyle ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunludur. İlk yıl için öngörülen ödenek, yılı merkezî yönetim bütçe kanununda belirlenen stratejik öneme sahip yatırımlar veya projeler hariç olmak üzere, proje maliyetinin % 10'undan az olamaz ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamaz.(16/11/2016 tarihli ve 6761 sayılı Kanunun 6. maddesiyle, bu bende 1/1/2017 tarihinden geçerli olmak üzere “İlk yıl için öngörülen ödenek” ibaresinden sonra gelmek üzere “, yılı merkezî yönetim bütçe kanununda belirlenen stratejik öneme sahip yatırımlar veya projeler hariç olmak üzere,” ibaresi eklenmiştir.)

b) Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkan verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılması esastır. (Ek ibare: 30/7/2003-4964/38 md.) Ancak ertesi malî yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir

önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir.

c) (Değişik: 18/4/2007-5625/5 md.) Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir. Arsa temini, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, baraj ve büyük sulama, içmesuyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğalgaz boru hattı projelerinde aranmaz.

d) (Değişik: 30/7/2003-4964/38 md.) İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz.

e) (Değişik: 20/11/2017-KHK-696/83 md. Aynen kabul: 1/2/2018-7079/78 md.- 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 136. maddesiyle, bu değişikliğin 2/1/2018 tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır) 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler; merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü, mahalli idare ve şirket bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkân sağlayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz.

2) Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel

sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder. Mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilir. Hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirme her hizmet türü için ayrı ayrı yapılır. Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmez.

3) Kurum, hizmet alımının personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda (2) numaralı alt bentte sayılan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir.

f) İhale dokümanı hazırlanmadan ilân yapılamaz. İlân sürelerinin hesaplanmasında ilânın yayımlandığı gün dikkate alınır, ihale günü veya son başvuru günü dikkate alınmaz. 13 üncü maddede belirtilen ilân sürelerine uyulmak üzere, ilân yapılmasına kadar geçecek süre de gözönüne alınarak ilân yapılacak yerlere yeterli süre öncesinde ilân metinlerinin gönderilmesi zorunludur.

g) İhale için tespit olunan tarih tatil gününe rastlamışsa ihale, tekrar ilâna gerek kalmaksızın tatili takip eden ilk iş gününde aynı yer ve saatte yapılır ve bu saate kadar verilen teklifler kabul edilir. İhale saati çalışma saati dikkate alınarak tespit edilir. İlândan sonra çalışma saati değişse de ihale ilân edilen saatte yapılır.

h) (Değişik: 20/11/2008-5812/24 md.) İş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitime uygun yapım işi ihalelerine başvurularında, toplam süresi onbeş yılı geçmemek kaydıyla mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl, Türk Lirası olarak hesaplanmak üzere 10. madde kapsamındaki benzer iş deneyimi olarak dikkate alınır. Bu süre iş deneyimi bulunan mimar ve mühendisler için uygulanmaz. Bu bent kapsamında elde edilen deneyim mühendis ve mimarın beş yıldır en az % 51 hissesine sahip olduğu (*) tüzel kişiler tarafından da kullanılabilir. (*) Bu bentte yer alan "...veya her iki ortağın da mühendis olup % 50-% 50 ortak olduğu..." ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E. 2012/104, K.2013/87 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

ı)(Ek: 30/7/2003-4964/38 md.) Bu Kanunun 21 ve 22 nci maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu

amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz.

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA