

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU – KAMU İHALESİNDEN YASAKLILIK – MAHKEME TARAFINDAN SADECE YASAKLILIK İNCELEMESİ DEĞİL ADLİ MAKAMLAR NEZDİNDE DETAYLI ARAŞTIRMA YAPILMASI GEREKTİĞİ

Özet: Davacının, ... Şti.'nin ortaklıkları ve pay hisseleri incelenerek haklarında kamu davası açılıp açılmadığının sorgulanmasının gerektiği, anılan şirketin sunduğu iş deneyim belgesinin sahibi olan firmanın (şirketin %60 hissesine sahip olan ...Şti.) yetki verdiği ve %65 payına sahip olan şirketin haklarında ihaleye fesat karıştırmaktan dolayı kamu davası açılmış olduğu ve davaların derdest olduğu iddialarıyla Kurum'a itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu, Kurul'un yasaklılık sorgulama sistemi üzerinden yapılan sorgulamada ... Şti.'nin, bu şirketin %60 hissesine sahip olan ...Şti. ve yarısından fazla hissesine sahip ortağı ...'in ve birim fiyat teklif mektubunu imzalayan... 'in kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmadıkları ve haklarında açılmış kamu davası bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar verdiği görülmektedir. Kurul tarafından, davacının başvurusunda belirttiği şirketler ve ortakları hakkında kamu davası açılmış olup olmadığına ilişkin olarak gerekirse adli makamlarla yazışma yapılmak suretiyle kapsamlı bir inceleme yapılması gerekirken, sadece söz konusu şirketler ve mevcut ortakları için yasaklılık sorgulaması yapılarak eksik inceleme ile karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemin davacının 4. iddiasına yönelik kısmında hukuka uygunluk, bu iddia yönünden davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

T.C.

Danıştay

13. Daire

E: 2016/3339 K: 2017/13 K.T.: 03.01.2017

“İçtihat Metni”

Temyiz İsteminde Bulunan ve

Karşı Taraf (Davalı) : ...

Vekili : ...

Temyiz İsteminde Bulunan ve

Karşı Taraf (Davacı) :

Vekili : ...

İstemın Özeti : Ankara 15. İdare Mahkemesi’nin 11.03.2016 tarih ve E:2016/289, K:2016/907 sayılı kararının; dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı davalı idare tarafından; ...Şti.’nin yarısından fazla hissesine sahip olan ...Şti.’nin yetki verdiği ... ve %65 hissesine sahip olan ...’in haklarında ihalelere fesat karıştırmaktan dolayı kamu davası açıldığı ve davaların derdest olduğu, bu nedenle ihaleye katılamayacakları, davanın reddine yönelik kısmı davacı tarafından; sunulan iş deneyim belgesine konu işin benzer iş tanımına uygun olduğunun açık olduğu ve ayrıştırılmasına gerek olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Davacının temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Davacının Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkim...’un Düşüncesi : Temyiz istemlerinin reddi ile Mahkeme kararının, davacının 1. iddiası yönünden dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı ile 2. ve 3. iddiaları yönünden davanın reddine yönelik kısmının onanmasına; temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının, davacının 4. iddiası yönünden davanın reddine yönelik kısmının bozulmasına ve bu kısım yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

Dava; ... İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından, ... tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen “...-... Mali Yılları 36 Aylık Veri Girişi ve Hazırlık Hizmetleri

Alımı" ihalesine ilişkin olarak davacı tarafından yapılan itirâzen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun ... tarih ve ...sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olan davacının, ihale üzerinde bırakılan ...Şti.'nin; (1) sunmuş olduğu iş bitirme belgesinin... Şti. ve ... Şti.'ne ait olduğu, ayrıca İdari Şartname'nin 7.6. maddesinde tanımlanan benzer işe uygun olmadığı, (2) sunmuş olduğu ortaklık durum belgesinin incelenerek ilgili belgenin düzenlenme tarihinin ve ortaklık oranının mevzuata uygun olup olmadığının incelenmesi gerektiği, (3) teklifinin yaklaşık maliyetin altında olduğu, İdari Şartname'nin 32. maddesi gereği açıklama istenilmesi gerektiği, (4) ortakları ve pay hisseleri incelenerek haklarında kamu davası açılıp açılmadığının sorgulanması gerektiği iddialarıyla itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, başvurunun dava konusu Kurul kararıyla reddedilmesi üzerine açılan davada; (1) İdari Şartname'nin "İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri" başlıklı 7. maddesinde isteklilerden teklif edilen bedelin % 20'sinden az olmamak üzere, ihale konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimini gösteren belgelerin sunulmasının istenildiği, 7.6. maddesinde ise benzer işin "Kamu veya Özel Sektörde Gerçekleştirilmiş Veri Girişi ve Hazırlık Hizmetleri İşleri benzer iş olarak kabul edilecektir." şeklinde belirlendiği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 3. maddesinde; benzer iş, "İhale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işler" olarak tanımlandığı, 48. maddesinde, isteklilerin iş deneyimleri ile ilgili yeterliklerinin tespitine yönelik olarak ihale konusu iş veya benzer işlerle ilgili tek sözleşmeye dayalı olarak iş deneyimini gösteren belgelerin değerlendirmeye alınacağı, iş deneyimini gösteren belgelerde yer alan ancak ihale konusu iş veya benzer iş kapsamında bulunmayan işlerin tutarlarının iş deneyiminde değerlendirmeye alınamayacağına kurala bağlandığı, dava konusu iş deneyim belgesi incelendiğinde, ... Üniversitesi tarafından ...Şti. ve ... Şti. adına düzenlendiği, işin adının "... Üniversitesi Hastanesi'nin 12 Aylık (2013-2014

Yılları) İhtiyacı Olan 448 Personel ile Bilgi İşlem Hizmeti, Sekreterlik ve Büro Hizmeti ile Malzemeli Temizlik Alımı", işin tanımının "...Üniversitesi Hastanesi'nin 12 aylık (2013-2014 yılları) ihtiyacı olan 448 personel ile (6 personel ile bilgi işlem hizmeti, 182 personel ile büro ve sekreterlik hizmeti, 3 personel ile temizlik şefi hizmeti ve 257 personel ile malzemeli temizlik hizmeti" olarak belirtildiği, olayda, ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından sunulan iş bitirme belgesine konu işin içerisinde, benzer iş tanımına uyan 6 personel ile bilgi işlem hizmeti, 182 personel ile büro ve sekreterlik hizmeti işleri yanında benzer iş tanımına uygun olmayan 3 personel ile temizlik şefi hizmeti ve 257 personel ile malzemeli temizlik hizmeti gibi hizmetlerin de yer aldığı, buna göre söz konusu iş bitirme belgesine konu iş kapsamında bulunan ihale konusu işe benzer veya benzer iş tanımına uygun işlerin tutarının teklif edilen bedelin %20'sini sağlayıp sağlamadığının tespiti için söz konusu belgenin ayrıştırılması gerektiği, bu husus göz önüne alındığında, dava konusu işlemin davacının bu iddiasının reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı, (2) uyuşmazlık konusu ... tarihli ortaklık durum belgesi incelendiğinde, belgenin SMMM Yılmaz Karahanoğlu tarafından düzenlenerek kaşelendiği ve imzalandığı, söz konusu belgede ... Şti.'nin % 60 hissesinin sahibinin ...Şti. olduğu ve düzenlenme tarihinden önceki bir yıl boyunca kesintisiz olarak % 50'den fazla hissesine sahip ortağı olduğunun tespit edildiği ibarelerine yer verildiği, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenlendiği, (3) ...Şti.'nin teklifinin yaklaşık maliyetin altında olduğu iddiasına yönelik olarak, ihalenin 3. kısmına 2 geçerli teklif verildiği, ilgili kısım için sınır değerın kâr hariç yaklaşık maliyet tutarı olan 3.282.808,83-TL olarak hesap edildiği, anılan şirketin sınır değere eşit teklif verdiği, sınır değerin altında kalmadığı gerekçesiyle aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulmasına gerek olmadığı, (4) anılan şirketin ortakları ve pay hisseleri incelenerek haklarında kamu davası açılıp açılmadığının sorgulanması gerektiği iddiasına yönelik olarak, Kamu İhale Kurumu'nun yasaklılık sorgulama sistemi üzerinden yapılan sorgulamada şirketin, %60 hissesine sahip ortağı ...Şti.'nin ve birim fiyat teklif mektubunu imzalayan... 'in kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmadıkları ve ihaleye katılımlarını engelleyecek haklarında açılmış kamu davası bulunmadığı,

ayrıca ... Şti.'nin yarısından fazla hissesine sahip ortağı olan ...'in kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmadığı ve ihaleye katılımını engelleyecek hakkında açılmış kamu davası bulunmadığı hususlarının tespit edildiği gerekçesiyle davacının 1. iddiası yönünden dava konusu işlemin iptaline, davacının 2., 3. ve 4. iddiaları yönünden ise davanın reddine karar verilmiş, bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Temyize konu Mahkeme kararının; davacının, 1. iddiası yönünden dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı ile 2. ve 3. iddiaları yönünden davanın reddine yönelik kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Mahkeme kararının, davacının 4. iddiası yönünden davanın reddine ilişkin kısmına gelince;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İsteklilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 59. maddesinde; "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 yanısıra, 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 katılmaktan

yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir." hükmü yer almıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasında Kurumun itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.2.1.2. maddesinde; " 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunması sebebi ile aynı Kanunun 59. maddesinin 1. fıkrası gereğince haklarında kamu davası açılmasına karar verilen; a) Gerçek kişiler, b) Tüzel kişiler, c) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki ortakları, ç) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki vekilleri, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamayacaktır." düzenlemesi yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı... 'un, ... Şti.'nin ortaklıkları ve pay hisseleri incelenerek, haklarında kamu davası açılıp açılmadığının sorgulanmasının gerektiği, anılan şirketin sunduğu iş deneyim belgesinin sahibi olan firmanın (şirketin %60 hissesine sahip olan ...Şti.) yetki verdiği ...ve %65 payına sahip olan ...n haklarında ihaleye fesat karıştırmaktan dolayı kamu davası açılmış olduğu ve davaların derdest olduğu iddialarıyla Kurum'a itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, Kurul'un yasaklılık sorgulama sistemi üzerinden yapılan sorgulamada ... Şti.'nin, bu şirketin %60 hissesine sahip olan ...Şti. ve yarısından fazla hissesine sahip ortağı ...'in ve birim fiyat teklif mektubunu imzalayan... 'in kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmadıkları ve haklarında açılmış kamu davası bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar verdiği görülmektedir.

Kurul tarafından, davacının başvurusunda belirttiği şirketler ve ortakları hakkında kamu davası açılmış olup olmadığına ilişkin olarak gerekirse adli makamlarla yazışma yapılmak suretiyle kapsamlı bir inceleme yapılması gerekirken, sadece söz konusu şirketler ve mevcut ortakları için yasaklılık

sorgulaması yapılarak eksik inceleme ile karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemin davacının 4. iddiasına yönelik kısmında hukuka uygunluk, bu iddia yönünden davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davalı idarenin temyiz isteminin reddi ve davacının temyiz isteminin kısmen reddi ile temyize konu Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 11.03.2016 tarih ve E:2016/289, K:2016/907 sayılı kararında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan mahkeme kararının, davacının 1. iddiası yönünden dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı ile 2. ve 3. iddialar yönünden davanın reddine yönelik kısmının ve ilk derece yargılama giderleri ve vekalet ücreti kısmının ONANMASINA; anılan mahkeme kararının davacının 4. iddiası yönünden davanın reddine yönelik kısmının BOZULMASINA ve bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE, dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, aşağıda dökümü yapılan toplam ...TL davacı temyiz yargılama giderlerinin yarısı olan ...TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, kalan ...-TL'sinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, aşağıda dökümü yapılan toplam ...-TL davalı idare temyiz yargılama giderlerinin davalı idare üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin taraflara iadesine, kullanılmayan...-TL temyiz aşamasındaki yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 03.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.