

Davacı Şirketin ortağı olan gerçek kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması

Davacı Şirketin ortağı olan gerçek kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması –

Danıştay 13. Dairesi'nin 19.06.2009 Tarihli, 2009/16068 E. ve 2009/6830 K. Sayılı Kararı

İstem Özetİ: Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2007 tarih ve E:2007/176, K:2007/1367 sayılı kararının; davacı Şirketin ortağı ve aynı zamanda mÜdÜrÜ olan kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle Kamu İhale Genel Tebliği nin XV/H maddesi esas alınarak tesis edilen iŐlemdede hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürÜlerek bozulması istenilmektedir. Savunmanın Özetİ: Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır. Danıştay Tetkik Hakimi Fikret Erkan'ın DÜŞüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği dÜŞünÜlmektedir. Danıştay Savcısı Mehmet Karaoğlu'nun DÜŞüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama UsulÜ Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir. Temyiz dilekçesinde öne sürÜlen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı dÜŞünÜlmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü: Dava, davacı şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına...

İstemin Özeti: Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2007 tarih ve E:2007/176, K:2007/1367 sayılı kararının; davacı şirketin ortağı ve aynı zamanda müdürü olan kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle Kamu İhale Genel Tebliği nin XV/H maddesi esas alınarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Fikret Erkan'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet Karaoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 16.02.2007 tarihli Resmî

Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin ikinci fıkrasına atıfta bulunan 59. maddesinin ikinci fıkrasına göre haklarında kamu davası açılmasına karar verilen gerçek kişiler ile birlikte bu gerçek kişinin % 50'sinden fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketlerinin yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacakları hüküm altına alındığı, bakılan davada hakkında kamu davası açılan şirket ortağının hissesinin % 25 olduğu, dolayısıyla davacı şirketin anılan Kanun hükümleri uyarınca ihalelere katılması yönünde herhangi bir engeli bulunmadığı anlaşıldığından yasaklı olmasına karşın Çorum Belediye Başkanlığı tarafından yapılan ihaleye katıldığından bahisle 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluş ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına yönelik dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun <İhaleye Katılamayacak Olanlar> başlığını taşıyan 11. maddesinin birinci fıkrasında, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacaklar sayılmış; (a) bendinde, Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihalelere katılamayacakları belirtilmiş, aynı Yasa'nın başlıklı 17. maddesinin (e) bendinde, <11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak

Anılan Yasanın Yasaklar ve Ceza Sorumluluğunu düzenleyen Dördüncü kısmında bulunan <İhalelere katılmaktan Yasaklanma> başlıklı 58. maddesinin birinci fıkrasında, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, kuralı yer almış, 59. maddesinde ise;

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.> hükmü yer almaktadır.

Bu hükümler ile hakkında yasaklama kararı verilen gerçek kişi ile bu kişilerin bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde o şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketine ortak olmaları halinde ise, ancak şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları koşuluyla sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verileceği, ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ile bunların yarısından fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketi ile bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketlerinin yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacakları açıkça düzenlenmiştir.

İşlem tarihinde yürürlükte olan Kamu İhale Genel Tebliği nin XV İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar Bölümünün H-Haklarında Yasaklama Kararı Verilen Şirket Ortak veya Ortaklarının Durumuna ilişkin Bölümde; 4734 sayılı Kanununun 17. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması sebebiyle aynı Kanununun 58. maddesinin 1. ve 2.fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının; sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmamakla birlikte idare ve temsile yetkili yönetim kurulu üyesi veya müdürü olması koşuluyla ortağı olduğu sermaye şirketinin ortak

hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılmayacakları, Kamu İhale Genel Tebliği nin XV Haklarında Kamu Davası Açılmasına Karar Verilenlere İlişkin I) Bölümünde de <...Kanunun 59. maddesinin 1. fıkrasında; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı, hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanacakları, 2. fıkrasında ise; bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58.maddenin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacakları, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirileceği, 4734 sayılı Kanunun 17. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunması sebebi ile aynı kanunun 59. maddesi 2. fıkrası gereğince haklarında kamu davası açılmasına karar verilen; a) Gerçek kişiler, b) Tüzel kişiler, c) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki ortakları, d) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki vekillerinin, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmayacakları,4734 sayılı Kanunun 59.maddesinin 2. fıkrasında yapılan gönderme dolayısıyla; 3 – 4734 sayılı Kanunun 59.maddesinin 2. fıkrası gereğince bu Kanun kapsamında yapılan bir ihaleden dolayı haklarında kamu davası

açılanların, kamu davası açıldığı tarihte 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla birlikte ihalelere katılmayacakları, 58. maddenin 2. fıkrasında sayılan ve ihalelere katılmayacak olan ortak/ortaklıklar belirlenirken, kamu davasının açıldığı tarihteki durumun dikkate alınacağı yolunda düzenleme getirildiği görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58. maddesinde yasaklamanın kimlere münhasır olduğunun açıkça belirlenmesi, nin de yasaklanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmemesine karşın Kanunla düzenlenmeyen bu tür yasaklamanın Kamu İhale Genel Tebliğindeki anılan hüküm ile getirilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla bu tebliğ hükümleri uyarınca tesis edilen bir yasaklama kararının kanuna aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; Eminönü Belediyesince yapılan ihalesi nedeniyle davacı şirketin müdürü ve aynı zamanda % 25 oranında ortağı olan ... hakkında suçundan 27.09.2006 tarihinde İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi nde kamu davası açıldığının anlaşıldığı, ihalelere katılmaktan yasaklı olmasına rağmen Çorum Belediyesince yapılan <12 Adet Mahallenin Çöplerinin Toplanması ve Yıkılması Temizlik Hizmet Alımı> ihalesine teklif verildiğinden bahisle 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca davacı şirket hakkında bir yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verildiği anlaşılmakta olup, davacı şirketin % 25 ortağı olan bir gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması, bu gerçek kişinin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaması karşısında, şirket müdürü olduğundan bahisle şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2007 tarih ve E:2007/176, K:2007/1367 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 de eklenmesi suretiyle onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 19.06.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.