

**davacı şirketin ortağı ve
müdürü olan ... hakkında açılan
kamu davası devam ederken,
davacı şirketin Belediye
Başkanlığı tarafından yapılan
ihaleye katılması nedeniyle,
davacılar hakkında 4734
sayılı Kanun'un 11.
maddesinin (a) bendi, 17.
maddesinin (e) bendi ve 58.
maddesi uyarınca ihalelere
katılmaktan yasaklama
yaptırımını
uygulanamayacağından,
davacıların kamu ihalelerine
katılmaktan yasaklanmasına
ilişkin dava konusu İçişleri
Bakanlığı işlemine karşı**

açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir

13. Daire 2011/4274 E. , 2012/4033 K.

- LEHE DÜZENLEME
- İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLAMA YAPTIRIMI

“İçtihat Metni”

Özeti: 6359 sayılı Kanun’la yapılan düzenleme ile, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, “idarî yaptırım” niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği; buna göre, davacı şirketin ortağı ve müdürü olan ... hakkında açılan kamu davası devam ederken, davacı şirketin Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan ihaleye katılması nedeniyle, davacılar hakkında 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin (a) bendi, 17. maddesinin (e) bendi ve 58. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanamayacağından, davacıların kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işleme karşı açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : 1-... Taahhüt Hizmetleri Dış

Ticaret Ltd. Şti.

2-...

Karşı Taraf (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

Hukuk Müşaviri : ...

İstemın Özeti : Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 07.10.2011 tarih ve E:2011/1423, K:2011/1386 sayılı kararının; ihaleye katılırken herhangi bir kısıtlayıcı kararın bulunmadığı, Kamu İhale Kurumu'ndan sözleşmenin imzalanması için yasaklılık teyit belgesi alındığı, bu belgeye göre haklarında bir yasaklama kararı olmadığı, Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 24.01.2011 tarih ve E:2010/60, K:2011/18 sayılı kararı ile haklarında açılan kamu davasından beraat ettikleri, işlemin hukukî dayanaktan yoksun ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; davacı şirket ile %51 ortağının, 4734 sayılı Kamu İhale

Kanunu'nun 17. maddesinin (e) bendi ve 58. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle kamu ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin 22.06.2011 tarih ve 27972 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, 4734 sayılı Kanun'un 11/1-a maddesinde, "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar"ın ihalelere katılamayacaklar arasında sayıldığı, 59. maddesindeki, "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler... yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamazlar" kuralı gereğince, 59. madde kapsamında ihalelere katılamayacak olanların, 11/1-a maddesi kapsamında değerlendirileceğinin açık olduğu, aksi takdirde 59. maddede yer alan kuralın uygulama kabiliyeti kalmayacağı, bu durumda, hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçlaması ile kamu davası açılan ...'nin, dava devam ederken ihaleye katılması üzerine tesis olunan dava konusu yasaklama işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinde, "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na 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. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

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

Aynı Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, "11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak" yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış, 11. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde, "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların ihalelere katılamayacakları" kurala bağlanmışken, 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; bu bentte yer alan "olarak" ibaresinden sonra gelmek üzere "idarelerce veya mahkeme kararıyla" ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendi ; "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar" şeklini almıştır.

Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma halinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş, böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında

yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla, "11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılma"yı yasaklayan 17. maddenin (e) bendinin ve bu fiile ihaleden yasaklama yaptırımını uygulanmasını öngören 58. maddenin, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanamayacağı açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin %51 ortağı ve aynı zamanda şirket müdürü olan davacı ... hakkında Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde ihaleye fesat karıştırma suçundan 11.02.2010 tarih ve E:2010/842, İ:46 sayılı iddianame ile açılan kamu davasının anılan Mahkemenin 24.01.2011 tarih ve E:2010/60, K:2011/18 sayılı kararı ile beraatle sonuçlandığı, şirket hakkında da TCK 242 ve Kabahatler Kanunu'nun 43. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verildiği, ancak davacı ...'nin ihaleye fesat karıştırma suçlaması ile yargılandığı süre içinde ihalelere katılmayacak durumda olmasına karşın Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan 08.04.2010 tarih ve 2010/38873 sayılı "Huzurevi Şube Müdürlüğü Binaları ve Barınma Evinin Binalarının Genel **Temizlik** ve Bakımı, Yaşlı Genel Bakım Hizmetlerinin Yaptırılması İşi" ihalesine katıldığı, bu nedenle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (a) bendi kapsamındaki kişilerden olması nedeniyle, 17. maddesinin (e) bendi ve 58. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, bu kararın 22.06.2011 tarih ve 27972 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanması üzerine dava açıldığı anlaşılmaktadır.

6359 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna

kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin

1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, "idarî yaptırım" niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda, davacı şirketin ortağı ve müdürü olan ... hakkında açılan kamu davası devam ederken, davacı şirketin Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından yapılan ihaleye katılması nedeniyle, davacılar hakkında 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (a) bendi, 17. maddesinin (e) bendi ve 58. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanamayacağından, davacıların kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu İçişleri Bakanlığı işlemine karşı açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 07.10.2011 tarih ve E:2011/1423, K:2011/1386 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 25.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.