

# Haklarında Kamu Davası Açılan Ortaklar

Danıştay 13. Dairesi de 19.06.2009 tarih, 2007/16079 E. Ve 2009/6831 K. Sayılı kararında, ''...davacı şirketin %50 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 müdür olmasından bahisle şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır...'' ifadeleriyle aynı görüşü benimsemiştir.

## Haklarında Kamu Davası Açılan Ortaklar

Haklarında kamu davası açılanların ihalelere katılıp katılmayacağı hususunun 01.11.2012 tarihli 6359 sayılı yasadan önce ve sonra olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Yasa yürürlüğe girmeden önce haklarında kamu davası açılanların ve bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerin ihalelere katılması mümkün olmamakta, katılmaları halinde ise değerlendirme dışı bırakılma, teminatın irat kaydedilme ve haklarında yasaklama kararı verilmesi yaptırımları uygulanmaktaydı. 6359 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle yasanın 11 inci maddesinin (a) bendinde idarelerce ve mahkeme kararı ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihalelere katılmayacağı düzenlemesi getirilmiştir. Burada yasa koyucu kişiler hakkında sadece dava açılmış olmasını değil, idarelerce veya mahkemeye haklarında yasaklama kararı verilmiş olmasını ihaleye katılmaya engel bir şart olarak koymuştur. Ancak burada bakılması gereken diğer bir hüküm yasanın 59 uncu maddesidir.

İlgili hüküm açık ve net bir şekilde haklarında kamu davası açılanların bu kanun kapsamındaki ihalelere katılmayacağını belirtmektedir. Bu nedenle 11 inci maddede yapılan düzenlemenin sadece geçici teminatın gelir kaydedilmemesi amacıyla yapılmış bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Danıştay 13. Dairesi de bu konuda görüşünü 23.01.2013 tarih, 2012/2192 E. Ve 2013/105 K. sayılı kararıyla net bir şekilde ortaya koymuştur. Söz konusu karar şu ifadelerle yer verilmiştir: ‘‘..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, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması sebebiyle ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda, davacı ortak girişimin pilot ortağı olan N.T. hakkında açılan kamu davası devam ederken E. Tarafından yapılan ihaleye katılması nedeniyle, davacıların ihaleye katılım aşamasında sunmuş oldukları geçici teminat gelir kaydedilemeyeceğinden davacıların geçici teminatının gelir kaydedilmesi üzerine yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararının bu kısmının iptali isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması gerekmektedir.

Dava konusu kurul kararının davacı şirketin değerlendirme dışı bırakılmasının yerinde olduğuna ilişkin kısmına gelince;

Haklarında kamu davası açılmış kişilerin Kanun’un 59. Maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılması mümkün olmadığından, davacıların teklifinin değerlendirme dışı

bırakılması üzerine yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında ve Kurul kararının bu kısmına yönelik verilen davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararından hukuka aykırılık bulunmamaktadır...''.

Bu karar ile yasa değişikliğinden sonra haklarında kamu davası açılmış olanların ihaleye katılmaları halinde ihale dışı bırakılacakları, ancak teminatlarının gelir kaydedilmeyeceği açıklık kazanmıştır.

## Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda açıklanan durumlar ortakları hakkında yasaklama kararı verilen veya kamu davası açılan şirketlerin ihalelere katılıp katılmayacağı ile ilgilidir. Bu durumların değerlendirilmesi için ön koşul şirket ortak veya ortakları hakkında yasaklama kararı verilmiş veya kamu davası açılmış olmasıdır. Bir ortak hakkında açılmış bir kamu davası veya yasaklama kararı mevcut değilse ortağı bulunduğu şirketlerdeki hisse oranı ne olursa olsun o şirketler hakkında yasaklama kararı verilemeyeceği gibi ihalelere katılmalarının önünde bir engel de bulunmayacaktır. Tekraren belirtmek gerekirse ortak hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için ortağın hisse oranının %50'den fazla olması gerekir. Yasaklama kararının cezai nitelik içeren bir idari yaptırım olduğu dikkate alındığında bu hükmün yorum veya kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Uygulama ve içtihatlarında da böyle bir genişletmeye gidilmemektedir. İdare Mahkemelerince verilen birçok kararda şirket ortağının %50'den fazla hissesinin olmaması nedeniyle ortak hakkında yasaklama kararı verilemeyeceği belirtilmektedir. Örneğin Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 2008 tarihli bir kararında aynen şu ifadelerle yer verilmektedir: ''...sermaye şirketinin yasaklanması üzerine

ortaklarının da yasaklanabilmesi için, ortaklarının şirket sermayesinin %50'den fazlasına sahip olmaları gerekmektedir. Bu durumda, davacı her ne kadar ... Limited Şirketi'nin müdürü ise de, şirket sermayesinin %50'den fazlasına sahip olmadığı anlaşıldığından, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi işleminde anılan mevzuat hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır...''.

Bu durumda Kamu İhale Genel Tebliği madde 28.9.1.4.'de belirtilen hükmün hangi haller için öngörülmüş olabileceği sorusu akıllara gelebilir. Yine örnek vermek suretiyle açıklamak gerekirse: Bir sermaye şirketinin ortakları farklı tüzel kişilerde çeşitli hisse oranlarıyla ortaklığa sahip olabilir. Örneğin (A) limited şirketinin, (B), (C) ve (D) olmak üzere eşit hisse oranına sahip üç ortağı olduğunu varsayalım. Bu ortaklardan (B)'nin (X) şirketinde %60 ortak, (C)'nin (Y) şirketinde %40 ortak ve müdür, (D)'nin ise (Z) şahıs şirketinde %20 ortak olduğunu düşünelim. (B), herhangi bir ihale nedeniyle (X) şirketi hakkında yasaklama kararı verilmesi halinde %50'den fazla hisseye sahip olduğu için hakkında yasaklama kararı verilecektir. (C) ise (Y) şirketinde sadece %40 ortak olmasına rağmen şirket müdürü olarak kanunun 11 ve 17 inci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışları bizzat işlemesi nedeniyle hakkında yasaklama kararı verilebilir. (D) ise şahıs şirketine ortak olduğu için şahıs şirketi hakkında verilen yasaklama kararı hisse oranına bakılmaksızın hakkında da uygulanacaktır. Bu durumda, (A) şirketini oluşturan üç ortak da farklı şirketler ve hukuki nedenler ile yasaklı konumuna gelmiş durumdadır. Her biri (A) şirketinin %33'lük ortağı olmasına rağmen, haklarında yasaklama kararı verilmiş olması nedeniyle tebliğin ilgili hükmü gereğince hisse toplamı %50'yi aştığı için şirket hakkında da yasaklama kararı verilecektir. Burada önemli olan husus ortaklar hakkında yasaklama kararı verilmiş olmasıdır. Bu karar farklı ihaleler ve nedenlerden verilmiş olabilir.

Tebliđ ile yapılan hisse toplamının esas alınacağı yönündeki düzenlemenin amacı budur.