

Haklarında Kamu Davası Açılanların Yasaklılık Durumları Hakkında Düzenleyici Kamu İhale Kurul Karar

2013/DK.D-7 sayı ve 11.01.2013 tarihli Kamu İhale Kurulu Düzenleyici Kararı ile yasaklamalar hakkında yasada yapılan değişikliklere paralel bir takım kararlar alınmıştır. 06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile her ne kadar bir takım düzenlemelere yer verilmiş ise de gerek ihaleye katılan gerçek ve tüzel kişilerce, gerekse kamu kurum ve kuruluşlarınca Kuruma yapılan başvurularda belirtilen itiraz ve tereddütler ile bu konuda açılan ve KİK Hukuk Danışmanlığı'nca takip edilen dava sayısındaki artışlar dikkate alındığında konunun tekrar değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca yakın zamanda 4734 sayılı yasada yasaklılık ile ilgili düzenlemeler de dikkate alınarak aşağıdaki şekilde bir düzenleyici karar yayınlamıştır. 2013/DK.D-7 sayılı kararın önemli noktalarını sizlerle paylaşmak isterim.

İhaleye katılma yasağı

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "İsteklilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 59.uncu maddesinin gerekçesinde; "17.nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan bazılarının Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil etmesi ve cezai müeyyidesi bulunması nedeniyle, bu fiil veya davranışta bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Kovuşturma sonunda hkmolunacak cezanın yanı sıra bu fiil veya davranışta bulunanlar ile o işteki ortak veya vekillerinin, geçici yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak üzere bir yıla üç yıl arasında kamu ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanmaları da gerekli görülmüştür.

Suçun sabit görülme ihtimali

Ayrıca, yargılama sonunda suçun sabit görülme olasılığı dikkate alınarak yeni ihtilaflara yol açılmaması için, yargılama sonuna kadar ilgililerin kamu ihalelerine katılmaları önlenmektedir. Suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin kamuya karşı mesleklerini gerektiği şekilde yapamayacakları gerekçesiyle de bu fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hkmolunanlar ile bunların şirketlerinin mahkeme kararıyla sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları hükme bağlanmıştır. Bu maddede düzenlenen hükümlerin uygulanmasının sağlıklı olarak yapılmasını sağlamak üzere de ilgili mercilere bildirim yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır” açıklamasına yer verilmiştir.

Kamu davası açılması

Anılan maddede yer alan düzenleme ve gerekçesi dikkate alındığında, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin hangi tarihe kadar ihalelere katılamayacağının tespiti için 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59.uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yargılama sonu” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin, bir başka ifade ile anılan madde gereğince ihalelere katılma yasağının ilk derece mahkemesinin verdiği hükümlerle mi, yoksa açılan davanın müracaat yolları tükendikten sonra kesinleşmesi ile mi sona ereceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

“soruşturma” veya “kovuşturma”

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda “soruşturma”

veya “kovuşturma” kavramlarının tanımlarına, keza “kovuşturma sonu” veya “yargılama sonu” gibi ifadelere yer verilmemiştir. Dolayısıyla anılan Kanuna göre kovuşturmanın veya yargılamanın hükmün kesinleşmesi ile mi, yoksa ilk derece mahkemesince verilen kararla mı sona ereceği hususunda bir belirleme bulunmamaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda da “soruşturma” veya “kovuşturma” kavramlarının tanımları yer almamaktadır.

Ancak, 04.03.2004 tarihli ve 5106 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanununa eklenen geçici 1 inci maddede yer alan; “31.12.1987 tarihinden evvel işlenmiş suçlarla ilgili olarak mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar sonucunda; haklarında Mahkumiyet kararı verilenlerden, bu Kanunun yayımı tarihinden önce bihakkın tahliye olanlar ile şartlı salıverilenlerin Türk Ceza Kanununun 122 ve 123 nc maddelerindeki sreler ve 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 17.nci maddesinin (2) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan koşullar aranmaksızın; talep halinde mahkemelerce memnu haklarının iadesine karar verilir.”şeklindeki hükümde “yargılamalar sonucunda” ifadesine yer verilmiş ve bu ifade ile ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet kararı kastedilmiştir.

Hkmolunacak ceza

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... Hkmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58.inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere  yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58.inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar” ifadesi ile dördüncü fıkrasında bulunan “Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hkmolunanlar...” ifadesinden davanın

görüldüğü ilk derece mahkemesince verilecek mahkûmiyet hükmüyle birlikte yasaklama kararı da verileceği açık bir şekilde kurala bağlanmıştır.

“Yargılama sonu”

Anılan hükümlerden de kanun koyucu tarafından “yargılama sonu” olarak davanın görüldüğü ilk derece mahkemesince verilecek hükmün kastedildiği, ceza verilmesine hükmolunduğu hallerde, bu hükümle birlikte ilk derece mahkemesince yasaklama kararı da verilerek yasaklama kararının devamının amaçlandığı anlaşılmaktadır. 4734 sayılı Kanununun 59 uncu maddesinin gerekçesi dikkate alındığında da; hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin ceza kovuşturması yapılması ve kovuşturma sonunda (ki Kanunda bu durum “yargılamanın sonu” olarak ifade edilmiştir) ise hükmolunacak cezanın yanı sıra bu fiil veya davranışta bulunanlar ile o işteki ortak veya vekillerinin, idarece konulan geçici yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak üzere bir yıla üç yıl arasında kamu ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanmalarının öngörüldüğü, dolayısıyla “kovuşturma sonu” veya “yargılama sonu” ifadeleriyle, ilk derece mahkemesince verilecek hükme kadar olan sürecin kastedildiği anlaşılmaktadır.

Kararın kesinleşmesi

Bir başka ifade ile, “kovuşturma sonu” veya “yargılama sonu” ifadeleriyle, yargılama sonucunda verilecek cezanın kesinleşmesinin anlaşılması halinde, kararın kesinleşmesinden sonra, karara ilaveten hüküm tesis edilmesi, dolayısıyla mahkemece hükmolunacak cezanın yanı sıra ayrıca, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesinin hukuken mümkün bulunmadığı açıktır. Hal böyle olmakla birlikte, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanarak yürürlüğe giren 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Tanımlar” başlıklı 2.nci maddesinde “Kovuşturma”nın iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar

geçen evreyi ifade edeceği hüküm altına alınmıştır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59.uncu maddesinde ve gerekçesinde yer alan “yargılama sonu”, “kovuşturma sonu” gibi ifadelerin bu Kanunun hazırlanma sürecinde ve yürürlüğe girdiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre mi, yoksa daha sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer verilen “kovuşturma” tanımı esas alınmak suretiyle mi yorumlanacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İtiraz veya temyiz

Öte yandan yargılamanın davanın açıldığı ilk derece mahkemesince yapıldığı ve bunun sonucunda hükmün verildiği, bu hükmün ancak itiraz veya temyiz mercilerince onanması veya bu yollara süresi içinde başvurulmaması halinde kesinleştiği açıktır. Bu durumda yargılamanın davanın açıldığı ilk derece mahkemesince hükmün verildiği tarihte sona erdiği, ancak yargılama sonucunda verilen kararın kesinleşmesinin ayrı bir usule tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin feshi

Bu çerçevede; 06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptaline, Haklarında kamu davası açılanların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılıp katılmaması hususunun ilk derece mahkemesince verilecek hükme göre değerlendirilmesine, Haklarında kamu davası açılan ve ilk derece mahkemesindeki yargılaması devam edenlerin, ihaleye katılmaları durumunda ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesine, bu sebeple haklarında ayrıca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesine, İlk derece mahkemesinde yargılaması devam ettiği halde yüklenicinin ihaleye katıldığıнын veya sözleşmesi imzalanan ihaleye ilişkin süreçte yüklenici hakkında kamu davası

açıldığının sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi durumunda, sözleşmenin feshedilmesi ile hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesine oyçokluğu ile karar verilmiştir.