

ihale Kanun maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırmak eylemi nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilmiş olanlarla sözleşme imzalanmış olması durumunda açık hata gerekçe gösterilerek sözleşmenin fesh edilmesi

734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırmak eylemi nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilmiş olanlarla sözleşme imzalanmış olması durumunda, kesin teminatın irat kaydedilmesi mümkün müdür?

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırmak eylemi nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilmiş olanlarla sözleşme imzalanmış olması durumunda, açık hata gerekçe gösterilerek sözleşmenin feshi mümkün müdür?

Danıştay Kararı – 13. D., E. 2013/1591 K. 2019/666 T. 5.3.2019

İSTEMİN_KONUSU :Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nin 15/03/2013 tarih ve E:2012/583, K:2013/190sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem:Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Garp

Linyitleri İşletmesi Müessesesi Müdürlüğü tarafından 08/03/2012 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "X1" ihalesi üzerinde kalan davacı şirket ile imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun **21. maddesi uyarınca feshedilmesine ve kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin 24/04/2012 tarih ve 930-1945 sayılı işleminin iptali istenilmiştir.**

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nce; davacı şirketin müdürü ve %49 oranında ortağı olan K1 hakkında "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" ve "ihaleye fesat karıştırmak" suçlarından Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı, ihalelere katılmaktan yasaklı olmasına rağmen 08/03/2012 tarihinde yapılan ihaleye davacı şirket adına şirket müdürü tarafından teklif verildiğinden bahisle 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca imzalanan sözleşmenin feshine ve kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işleminin tesis edildiği, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin 18/04/2012 tarihli sayısında yer alan ilana göre davacı şirketin müdürlüğüne K1 yerine K2'ın seçilmesine karar verildiği, davacı şirketin %49 ortağı olan bir gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması, **bu gerçek kişinin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaması karşısında, sermaye şirketinin yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu söz edilemeyeceği**, sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca feshine ve kesin teminatın irat kaydedilmesine karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin **iptaline** karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :Davalı idare tarafından, sözleşmenin imzalanmasından sonra davacının ihale sürecinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edildiği, ihaleye davacı şirketi temsilen katılan kişi hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan açılmış ceza davası bulunduğu, bu kişinin kendisi veya başkaları adına ihalelere katılamayacağı, sözleşmenin feshine

ve teminatın irat kaydına ilişkin işlemlerin hukuka uygun olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K3'NİN DÜŞÜNCESİ :Temyiz isteminin sözleşmenin feshi yönünden kısmen kabulü ile bu kısım yönünden Mahkeme kararının bozulması, teminatın irat kaydına ilişkin kısmının ise gerekçeli olarak onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY:

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Garp Linyitleri İşletmesi Müessesesi Müdürlüğü tarafından 08/03/2012 tarihinde gerçekleştirilen ihale üzerinde kalan davacı şirket ile sözleşme imzalandığı, idarece sonradan yapılan araştırma neticesinde, ihaleye davacı şirketi temsilen katılan ve şirketin % 49 hissesine sahip ortağı ve şirket müdürü K1 hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan açılmış kamu davası bulunduğu tespit edildiği, davacı şirketin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışta bulunduğundan bahisle imzalanan sözleşmenin feshi ve kesin teminatın irat kaydedilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" başlığını taşıyan 21. maddesinde, "Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda

bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşme feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği” kuralı yer almıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “Yasak fiil veya davranışlar” başlıklı 17. maddesinde, “İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka

yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. d) Alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek. e) 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanun'un Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.” kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un ihalelerde yasak fiil ve davranışlara ilişkin 17. maddesinin (e) bendiyle atıfta bulunulan aynı Kanun'un 11. maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar sayılmış, 01/11/2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine, “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 tarih 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.

Yine 4734 sayılı Kanun’un 59. maddesinde, “Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dâhi, 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 fıkra 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 Kurumuna bildirilir” kuralına yer verilmiştir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME:

Davacı şirketin yatırdığı kesin teminatın irat kaydedilmesi bakımından; 01/11/2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun ile, 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hâlinin 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 katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya

mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Dolayısıyla, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, teminatın gelir kaydedilmesi işleminin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması sebebiyle ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Dava konusu işlemin 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca tesis edildiği, söz konusu maddenin atıfta bulunduğu 4734 sayılı Kanun'un ihalede yasak fiil ve davranışlara ilişkin 17. maddesi ile bu maddenin yollama yaptığı aynı Kanun'un 11. maddesinde belli suçlardan hüküm giyenler hakkında düzenleme yapıldığı, ihaleye fesat karıştırmak veya başka bir suçlama nedeniyle hakkında kamu davası açılmış olanlarla ilgili herhangi bir kural öngörülmediği, bu durumda 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırmak eylemi nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin bu Kanun kapsamındaki ihalelere katılamayacakları açık olmakla birlikte, bu durumda olup da ihaleye katılanların yatırdıkları teminatların gelir kaydedileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, davacı şirketin yatırdığı kesin teminatın irat kaydedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Davacı şirket ile imzalanan sözleşmenin feshi bakımından ise, 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırmak eylemi nedeniyle hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin bu Kanun kapsamındaki ihalelere katılabilmeleri mümkün olmadığından, davacı şirketi temsilen ihaleye katılan şirket müdürü K1 hakkında ihale tarihinde söz konusu eylem nedeniyle devam eden bir kovuşturma bulunması nedeniyle, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekirken ihalenin davacı şirket üzerinde

bırakılarak sözleşme imzalandığı anlaşıldığından, davalı idare tarafından açık hataya dayalı olarak davacı şirket ile imzalanan sözleşmenin feshedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu işlemin sözleşmenin feshine ilişkin kısmının iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukîisabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1.Davalının temyiz isteminin kısmen reddine,

2.Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nin 15/03/2013 tarih ve E:2012/583, K:2013/190 sayılı kararının kesin teminatın irat kaydedilmesine ve 660,00-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından kararın bu kısmının yukarıda belirtilen **GEREKÇEYLEONANMASINA**,

3.Davalının temyiz isteminin kısmen kabulüne;

4. Temyize konu Mahkeme kararının, sözleşmenin feshine ve ilk derece yargılama gideri olan 249,60-TL'nin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, bu kısım yönünden **DAVANIN REDDİNE**,

5.Ayrıntısı aşağıda gösterilen 249,60-TL ilk derece yargılama giderinin yarısı olan 124,80-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, 124,80-TL'nin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

6.253,45-TL temyiz yargılama giderinin yarısı olan 126,73-TL'nin davalı üzerinde bırakılmasına, 126,72-TL'nin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

7. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.362,00-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

8. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine,

9. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

10.2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere),05/03/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.