

**ihale Kanununun 11. maddesi
kapsamında olduğu için
sözleşmesi fesih edilen
yüklenicinin kesin
teminatının gelir
kaydedilmesi**

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2018/3945

Karar No:2019/1880

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ...

VEKİLİ : ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ...

VEKİLİ : ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... kayıt numaralı ihale sonucu davalı idareyle davacı şirket arasında akdedilen, Genel Müdürlüğü Binasının Genel Temizlik Hizmeti, Evrak Takibi ve Büro İşleri, Çay Ocaklarının İşletmesi, Garsoniye ve Mutfak Hizmetleri

Alımına Ait Sözleşme'nin feshi ile 127.860,00-TL tutarındaki teminat bedelinin gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirket ve ortağı ... 'nın ... Bank'ta bulunan hesaplarının aktif olarak kullanıldığı, ciddi tutar girdi ve çıktılarının bulunduğu, 01/01/1996 – 22/07/2016 tarihleri arasında 1933 adet hesap hareketinin bulunduğu, ... hakkında (...) Silahlı Terör Örgütüne üye olma suçundan kamu davası açıldığı ve anılan suç nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konularak adli kontrol altına alınma koruma tedbiri uygulandığı dosyadaki belgelerle ortaya konulmuş olduğundan, **mevzuat gereği davacı şirketle imzalanan ihale sözleşmesinin terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğundan bahisle feshedilmesi ve 127.860,00-TL teminat bedelinin gelir olarak kaydedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.**

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, şirketlerinin terör örgütüyle bağlantısının bulunmadığı ve ortağı hakkında herhangi bir adli soruşturmanın mevcut olmadığı, yalnızca geçmiş yıllarda Bank ...ile teminat senedi alışverişinin olduğu, bunun da terör örgütlerine yardım olarak değerlendirilemeyeceği, diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesine 678 sayılı KHK ile eklenen (g) bendi kapsamında yapılacak bildirimle ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulu'nca hâlen belirlenmediği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacı şirketin ortağı ... isimli şahsın ...Bank'ta bulunan hesaplarının aktif olarak kullanıldığı, 01/01/1996-22/07/2016 tarihleri arasında 1933 adet hesap hareketinin bulunduğu, hakkında yurt dışına çıkış yasağı kararı verildiği, anılan şahıs hakkında ... Silahlı Terör Örgütüne Üye Olmak suçundan kamu davası

açıldığıının tespiti üzerine, davacı şirketin terör örgütü ile iltisaklı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin mevzuata uygun olarak tesis edildiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... 'NİN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kısmen kabulü, kısmen de reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler ile Dairemizin 06/02/2019 tarih ve E:2018/3945 sayılı ara karar cevabı incelendikten sonra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek ve dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY:

Davalı idarece gerçekleştirilen "01/05/2017 – 30/04/2018 tarihleri arasında 12 ay süreyle davalı idareye ait genel müdürlük binasının temizlik işlerinin yapılması, çay ocaklarının işletilmesi, mutfak hizmetleri, evrak takibi ve büro hizmetlerinin ifası" konulu hizmet alımı ihalesinin davacı şirket uhdesinde kaldığı ve davacı şirketle davalı idare arasında sözleşme imzalandığı, ihaleye istinaden davacı şirketten 127.860,00-TL değerinde kesin teminat mektubu alındığı, hizmet alımı ihalesi kapsamında davacı şirkete 12 aylık hakedişinin 10 ayının ödendiği, ... Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün davalı idareye göndermiş olduğu davacı şirket ortaklarından ...'nın Bank ...hesap kayıtlarının olabileceği konulu 04/04/2018 tarih ve ... sayılı yazısına istinaden 06/04/2018 tarih ve 10 sayılı davalı idare işlemiyle terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğundan bahisle davacı şirketle imzalanan ihale sözleşmesinin

feshedilmesi ve 127.860,00-TL teminat bedelinin gelir olarak kaydedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılmayacak olanlar" başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrasında, "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmazlar" kuralına yer verilmiştir. 22/11/2016 tarih ve 29896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 678 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 30. maddesiyle, Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasına, "g) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu, Millî İstihbarat Teşkilâtı veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler." şeklinde bent ve aynı maddeye, "Birinci fıkranın (g) bendi kapsamındaki bildirimlere ilişkin usûl ve esaslar Bakanlar Kurulunca belirlenir. Söz konusu bent kapsamında olduğu tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılır, ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkra da yer alan hüküm uygulanmaz." şeklinde fıkra eklenmiş; 11. maddenin atıfta bulunulan dördüncü fıkrasında ise, "Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir." kuralı yer almıştır.

Bilâhare 23/01/2017 tarih ve 29957 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 684 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesiyle, Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi, "Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı tarafından bildirilen

yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler.” şeklinde değiştirilmiştir.

4734 sayılı Kanun’un 17. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, “11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak.” ihalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar arasında sayılmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 21. maddesinde, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu’na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespiti hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği kurala bağlanmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan mevzuattan, ... ile irtibatı ya da iltisakı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü ya da MIT tarafından bildirilen tüzel kişilerin ihalelere katılmasının yasak olduğu, bu yasağa rağmen ihaleye katıldığı tespit edilenlerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasından sonra bu durumun tespiti hâlinde ise ihalenin iptal edileceği, ihalenin iptalinin doğal bir sonucu olarak da varsa imzalanmış kamu ihale sözleşmesinin feshi gerektiği anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na göre ise, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu’na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespiti hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilerek sözleşme feshedilir.

Uyuşmazlık, davacı şirketin terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olup olmadığına ve bundan dolayı kamu ihalelerine katılıp katılamayacağına, katıldığı bir kamu ihalesinin iptali nedeniyle teminatının irat kaydedilmesinin mümkün bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin (678 sayılı KHK ile eklenen) beşinci fıkrasında, birinci fıkranın (g) bendi kapsamında olduğu tespit edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkrada yer alan hükmün uygulanmayacağı açıkça belirtildiğinden, ... ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü ya da MİT tarafından bildirilen tüzel kişiler üzerinde bırakılan kamu ihalelerinin iptal edilerek imzalanmışsa sözleşmenin feshi gerektiği, ancak geçici veya kesin teminatın irat kaydedilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı şirketin ortaklarından ...hakkında Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma (...) suçundan kamu davası açıldığı ve anılan suç nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konularak adli kontrol altına alınma koruma tedbiri uygulandığı, dolayısıyla davacı tüzel kişinin ... ile irtibatlı ya da iltisaklı olması nedeniyle Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında kamu ihalelerine (dolaylı olarak da olsa) katılmasının yasak olduğu, bundan dolayı da davacı şirket üzerinde bırakılan ihalenin iptal edilerek imzalanmış kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi gerektiği, ancak kesin teminatın irat kaydedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu işlemin, ... Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nce ... ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğu bildirilen davacı şirket üzerinde bırakılan ihalenin iptal edilerek kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesine yönelik kısmında hukuka aykırılık, kesin teminatın irat kaydedilmesine yönelik kısmında ise hukuka uygunluk görülmediğinden, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararının teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,

2. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının, sözleşmenin feshedilmesine ilişkin kısmında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmının ONANMASINA,
3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne;
4. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının, teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
5. Bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE,
6. Dava kısmen iptal, kısmen ret ile sonuçlandığından, davacı tarafından ilk derece ve temyiz aşamalarında yapılan ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ..-TL yargılama giderinin yarısı olan ...-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, kalan ...-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine;
7. Posta giderleri avansından artan tutarın ve istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...TL yürütmeyi durdurma harcının davacıya iadesine,
8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 28/05/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.