

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Öngörülen Yasak Fiiller ve Uygulanacak Yaptırımlar

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Öngörülen Yasak Fiiller ve Uygulanacak Yaptırımlar

KİK çerçevesinde yürütülen ihalelerde gerçekleştirilmesi yasaklanan fiiller, kanunun 17. maddesinde⁴²¹ hüküm altına alınmıştır. KİK m. 17/a gereğince, hile, tehdit gibi hukuka aykırı hareketlere başvurmak suretiyle ihalelere fesat karıştırılması ya da bu yönde teşebbüste bulunulması yasaktır. Benden sonunda “başka yollarla” ibaresine yer verilmiştir.

Bu ibareden hareketle, “a” bendinde belirtilmeyen ancak sürecin Kanun’a uygun şekilde neticelendirilmesine engel teşkil eden

başkaca fiiller de bu kapsama dahil edilebilecektir.

KİK m. 17/b hükmünde de sürecin güvenilirliğini ve katılımcılar arası rekabeti etkileyecek nitelikteki bazı fiillerin icrası yasaklanmıştır.

Anılan hükümde, diğer isteklilerin fiyat tekliflerini etkilemeye yönelik girişimler de yasaklanmıştır. Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, sürece dahil olan isteklilerin ihale öncesinde ortak hareket ettikleri tespit edilmiş, ilgililerin fiilleri KİK m. 17/b çerçevesinde değerlendirilmiştir.

EMSAL KARAR : Danıştay 13.D, E: 2008/10796, K: 2010/4769, T: 07.06.2010

“...ihaleye katılan dört şirkete ait teklifleri oluşturan imalat kalemlerine ait miktarların ve bunlara ait birim fiyatlarının birbirinin aynı olduğu, beyannamelerin aynı yazı tipinde ve düzeninde ortak bir elden oluşturulduğu ve ihaleye teklif veren bütün isteklilerin fiyatlarının yaklaşık maliyete göre yüksek ve birbirine çok yakın olduğu hususlarının tespit edildiği ve dosyada bulunan bilgi ve belgelerle, sunulan hukukî delillerden de firmaların ihale öncesi ortak hareket ederek ihalede rekabeti engelleyici davranışlarda bulundukları anlaşılmaktadır. Bu durumda, sözü edilen ihale öncesinde istekliler arasında ortak hareket etmek suretiyle kanunda öngörülen yasak fiil ve davranışta bulunma fiilinin gerçekleştiği...”

Bent kapsamında yer verilen fiiller, katılımcılar ya da onlar adına işlem tesis eden kimselerce veyahut süreç içinde görevlendirilen personeller tarafından gerçekleştirilebilecektir.

KİK m. 17/c’de ise süreç içinde kullanılan ya da düzenlenen belgelerde veyahut teminata ilişkin belgede sahtecilik yapılması ya da bu yönde teşebbüste bulunulması yasaklanmıştır.

Söz konusu fiiller esas itibarıyla, yeterliğe ilişkin belgeler üzerinde gerçekleştirilir. Hükme ilişkin Danıştay kararında da açıklandığı üzere, ihale dokümanında gösterilen yeterlik belgesinin, usulüne uygun hazırlanmaksızın sunulmuş olması, doğrudan bu yasak fiile yol açmaz. Bu yönde değerlendirme yapılabilmesi için yasak fiile yönelik iradenin mutlak şekilde ortaya konulması gerekir.

EMSAL KARAR : Danıştay İDDGK, E: 2021/503, K: 2021/1093, T: 27.05.2021

“Bu noktada, bahse konu iş deneyim belgesi ile ilgili olarak

tespit edilen eksiklik ve/veya aykırılıkların, anılan belgenin ''geçersiz'' ya da ''sahte'' olarak nitelendirilmesine etkisini irdelemek gerekmektedir. (...) Bu bağlamda, isteklinin sunduğu iş deneyim belgesinin usulüne uygun olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle, geçerli bir belge olarak kabul edilmeyerek 4734 Sayılı Kanun'un 37. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca teklifinin değerlendirme dışı bırakılması mümkün olmakla birlikte; ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi tesis edilebilmesi için, yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğu hususunun hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak tespit edilmesi gerekmektedir."

KİK m. 17/d hükmü gereğince, aynı isteklinin birden fazla teklif vermesi yasaktır. Buna karşın, ihale dokümanında açıkça belirtilmesi koşuluyla alternatif teklif sunulması mümkündür.KİK m. 17/e'de ise kanunun 11. maddesinde sayılan kimselerin sürece dahil olması yasaklanmıştır.

Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, "yasaklı vekil aracılığıyla dolaylı olarak" teklif verilmesi de KİK m. 17/e çerçevesinde değerlendirilmiştir.

EMSAL KARAR: Danıştay İDDGK, E: 2017/2537, K: 2019/1406, T: 28.03.2019

Bu durumda, davacı şirket adına teklif mektubunu vekaleten imzalayan şahsın uyuşmazlık konusu ihale tarihi itibarıyla ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu sabit olduğundan ve aktarılan mevzuat hükümlerine göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar doğrudan veya dolaylı olarak yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağından; yasaklı vekil aracılığı ile dolaylı olarak ihaleye teklif veren davacı şirketin Kanun'da öngörülen yasak fiil ve davranışta bulunduğu anlaşıldığından, davacı şirketin 1 yıl süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır."

Yasak eylemlere başvuran ilgililer hakkında, KİK m. 58 hükmü uyarınca yasaklanma yaptırımını uygulanmaktadır.⁴³¹ KİK m. 58/1 çerçevesinde uygulanacak yasaklanma, idari makamların kararına dayandığından, “idari yaptırım” olduğu kabul edilir.⁴³² Söz konusu yaptırımın süresi, KİK m. 58’de öngörülen sürelerle bağlı kalmak kaydıyla, icra edilen fiilin ağırlığı dikkate alınarak belirlenir.

KİK m. 59/1’e göre de istekliler tarafından icra edilen yasak fiillerin, TCK’da öngörülen suç tanımlarından biri ile örtüşmesi halinde, ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulur. Bu halde, TCK uyarınca verilecek cezanın yanı sıra mahkemece yasaklanma yaptırımını da uygulanır. Yargı makamlarınca uygulanan yasaklanmanın “güvenlik tedbiri” olduğu kabul edilir.

Görevlilerin cezai sorumlulukları, KİK m. 60’ da ayrı olarak hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, kanunda sayılan yasak fiillerden birini icra eden görevliler hakkında disiplin cezası uygulanır. Görevli tarafından icra edilen yasak fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde ceza mahkumiyetinin yanı sıra tarafların uğradıkları zararların da tazmini gerekir (KİK m. 60).

KİSK m. 25’te ise ihale sözleşmelerinin uygulanması aşamasında icrası yasak olan fiiller sayılmıştır. Bu fiillere karşılık olarak, KİSK m. 26’da idari makamların kararına dayanan yasaklanma hali hüküm altına alınmıştır. Yüklenicilerin cezai sorumluluğu KİSK m. 27’de açıklanırken,

“KİK madde 27: İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa 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 yanı sıra, idarece 26 ncı maddeye göre verilen

yasaklama kararının bitiş tarihinden 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 26 ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir. Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildirimi izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

görevlilerin cezai sorumluluğu KİSK m. 28’de açıklanmıştır.

“KİSK madde 28: Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır.

Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturulması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. (Değişik son cümle: 30/7/2003-4964/48 m.) Bu Kanuna aykırı fiil veya

davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.

Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanlar, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamaz ve görev alamazlar.