

ihaleye katılan isteklinin kamu görevlerinden emekli olarak ayrılmasının üzerinden 3 yıl geçmeden şirket ortağı olarak ihaleye katılmalarının Kanun maddesine aykırılık teşkil etmesinden ötürü değerlendirme dışı bırakılması

Karar: Danıştay 13. Dairesinin 22.12.2010 tarih ve E:2010/1056, K:2010/8708 sayılı kararı.

Özet: Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tesisler Dairesi Başkanlığı tarafından 28.11.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Erzurum 1000 Seyircili Curling Salonu Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak Arıkan İnşaat Taah. Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin 02.03.2009 tarih ve 5739 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 02.03.2009 tarihli dilekçe ile itirazın şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 23.03.2009 tarih ve 2009/UY.II-1154 sayılı Kararı ile, "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikayet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Arıkan İnşaat Taah. Tic. ve San. Ltd. Şti. Vekili Av. Mahmut Kaçmaz tarafından anılan Kurul Kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesinin 22.12.2010 tarih ve E:2010/1056, K:2010/8708 sayılı kararında,

“Dava, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tesisler Dairesi Başkanlığı tarafından 28.11.2008 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan “Erzurum 1000 Seyircili Curling Salonu Yapımı” ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin 23.03.2009 tarih ve 2009/UY.II-1154 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi’nce, 28.11.2008 tarihinde gerçekleştirilen ihaleye 12 isteklinin katıldığı, ihale komisyonunca isteklilerin belgelerinin değerlendirilmesi neticesinde, davacı firmanın ortakları arasında ihaleyi yapan idarenin Tesisler Daire Başkanlığı’nda inşaat mühendisi olarak görev yapmakta iken 18.04.2007 tarihinde emekliye ayrılan Nafiz Ayhan ile aynı birimde makine mühendisi olarak görev yapmakta iken 21.01.2008 tarihinde emekliye ayrılan Sadi Dehneli’nin bulunduğunun tespit edildiği ve adı geçen kişilerin 2531 sayılı Yasa uyarınca ihaleyi yapan idaredeki görevlerinden ayrılmalılarının üzerinden üç yıl geçmeden şirket ortağı olarak ihaleye katılmamaları gerekirken katıldıklarının tespit edildiği gerekçesiyle davacı şirketin ihale dışı bırakıldığı, davacının 17.02.2009 tarihli şikayet başvurusunun reddi üzerine 02.03.2009 tarih ve 5739 sayısı ile kurum kaydına giren itirazın şikayet başvurusunun, 2531 sayılı Yasa’nın 2. maddesi uyarınca ihaleye katılması yasak olan kişilerin katılması nedeniyle 4734 sayılı Yasa’nın 11. maddesi ve Kamu İhale Genel Tebliği’nde bulunan düzenleme uyarınca değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırılık teşkil etmediği gerekçesiyle reddine ilişkin dava konusu 23.03.2009 tarih ve 2009/UY.II-1154 sayılı Kamu İhale Kurulu işleminin tesis edildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, ihaleye katılan davacı şirketin %2 hisseli ortağı olan Nafiz Ayhan ile Sadi Dehneli’nin emekliye ayrıldığı tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde bulunduğu kuruma karşı, üç yıl geçmeden şirket ortağı olarak 2531 sayılı Yasa’nın 2. maddesinde yer alan düzenlemeye aykırı bir şekilde ihaleye katıldığı, 4734 sayılı Yasa’nın 11. maddesinde de, yasaklı olduğu halde ihaleye katılanların ihale dışı bırakılacağı açıkça hükme bağlandığından, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı

bırakılmasına ilişkin işleme karşı yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olup, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

İhale tarihinde yürürlükte bulunan haliyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde, doğrudan ya da dolaylı veya ait yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılmayacak olanlar sayılmış, (a) bendinde, bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar sayılırken, maddenin son fıkrasında bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği hükme bağlanmıştır.

2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanunun, genel bütçeye dâhil daire, kurum ve kuruluşlar ile katma bütçeli idarelerde, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan fonlarda, belediyelerde, özel idarelerde 12 Mart 1964 tarih ve 440 sayılı ve 12 Mayıs 1964 tarih ve 468 sayılı Kanunlar kapsamına giren kuruluşlarda, sermayesinin yarısından fazlası ayrı ayrı veya birlikte Hazinece veya yukarıdaki daire, idare, kurum ve kuruluşlarca karşılanan yerlerde aylık, ücret veya ödenek almak suretiyle görev yapmış olanlar hakkında uygulanacağı belirtilmiş, 2. maddesinde birinci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanların, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamayacağı, taahhüde giremeyeceği, komisyonculuk ve

temsilcilik yapamayacağı, özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümlerin saklı olduğu öngörülmüştür.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin birinci bölümünün IX. maddesinin (G) bendinin 3. maddesinin 4. fıkrasında, 2531 sayılı Kanun'un 2. maddesinde getirilmiş olan yasaklama kapsamında sayılmanın ana koşulunun, alınacak görev ve işin, girilecek taahhüdün ya da yapılacak komisyonculuk veya temsilciliğin daha önce hizmetinde bulunulan daire, idare, kurum ve kuruluşa " karşı" doğrudan doğruya veya dolaylı bir görev ve iş, taahhüt, komisyonculuk veya temsilcilik niteliğinde bulunması olduğu, ancak bu faaliyetin ilgilinin daha önceki görev ve faaliyet alanı ile ilgili olmasının gerektiği, dolayısıyla anılan Kanun kapsamında belirtilen görevlerinden ayrıldıktan sonra özel sektörde faaliyet gösteren kamu görevlilerinin, Kanun'un 2. maddesinde belirtilen süre boyunca, yine maddede belirtilen faaliyetlerde bulunamayacakları, ancak bu kişilerin, özel sektörde istekli sıfatını taşıyabilecek bir işletmede personel olarak istihdam edilmesi ve bu işletmenin de personelinin ayrıldığı daire, kurum ve kuruluşun ihalesine girmesi durumunda, anılan personelin çalışmakta olduğu işletmede bir ortaklığının ya da sermaye bağının bulunmaması durumunda, söz konusu faaliyetin 2531 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen "doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alma, taahhüde girme, komisyonculuk ve temsilcilik yapma" olarak sayılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 28.11.2008 tarihinde Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından açık ihale usulü ile yapılan "Erzurum 1000 Seyircili Curling Salonu Yapımı" ihalesine 12 isteklinin katıldığı, ihalenin en avantajlı teklif sahibi olan Serkan İnş. Taah. Tic. ve San. Ltd. Şti. üzerinde bırakıldığı, davacı şirketin, ortakları arasında yer alan Nafiz Ayhan ve Sadi Dehneli'nin ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları Genel Müdürlük Tesisler Dairesi Başkanlığı'ndaki görevlerinden emekli olarak ayrılmasının üzerinden üç yıl geçmeden şirket ortağı olarak ihaleye

katılmalarının 2531 sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırılık teşkil etmesinden ötürü değerlendirme dışı bırakıldığı, davacı şirketin şikayet başvurusunun reddedildiği, itirazın şikayet başvurusunun da 23.03.2009 tarih ve 2009/UY.II-1154 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile reddedilmesi üzerine davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nde, görevlerinden ayrıldıktan sonra özel sektörde faaliyet gösteren kamu görevlilerinin ihaleye giren şirkette ortaklığının ya da sermaye payının bulunması halinde 2531 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki yasak kapsamında bulunduğu şeklinde düzenleme bulunmakta ise de, 4734 sayılı Kanun'da ve 2531 sayılı Kanun'da anılan yönde bir hüküm bulunmadığı, 4734 sayılı Kanun'un ihaleye katılmaktan yasaklamayı düzenleyen hükümlerinde dahi yasaklamanın sermaye şirketine sirayet edebilmesi için gerçek kişinin sermaye payının %50'sinden fazla olma şartının arandığı, olayda, %2'şer hisse sahibi olan gerçek kişilerin şirketin yetkili temsilcisi olduğu ya da ihaleye katılırken teklifi bu kişilerin sunduğu yönünde herhangi bir saptamanın yapılmadığı, bu kişilerin iş deneyim belgelerinin kullanılmadığı, anılan kişilerin %2'lik sermaye payına sahip olmalarının 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinde belirtilen, yasak kapsamındaki kişilerin ihaleye dolaylı katılımı niteliğinde de kabul edilemeyeceği dikkate alındığında, anılan şirketin teklifinin bu gerekçeyle değerlendirme dışı bırakılmasının hem bu kişilerin hem de ortağı oldukları şirketin çalışma özgürlüğünü engelleyeceği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacı şirketin %2'şer hissesine sahip ortaklarından Nafiz Ayhan ve Sadi Dehneli isimli şahısların ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl boyunca hizmetinde buldukları idarenin ihalelerine 3 yıl süreyle giremeyecekleri gerekçesiyle davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması hukuka aykırı olduğundan, davacı şirketin başvurusunu reddeden Kamu İhale Kurulu kararının iptali gerekirken aksi yönde verilen İdare Mahkemesi

kararında hukuki isabet görülmemiştir.” şeklinde gerekçe belirtilerek Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 02.02.2010 tarih ve E:2009/593, K:2010/213 sayılı kararının bozulmasına karar verilmiştir.