

ihalede şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı başka bir ihalede edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkûmiyetinin kesinleştiği, tacir olarak ticari faaliyetlerde bulunan şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı işlemiş olduğu edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mesleki faaliyeti kapsamında olduğu, bu nedenle şirket ortağı ve yönetim kurulu başkanı hakkında ihale tarihinden önceki 5 yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararı mevcut iken ihaleye

katıldığı ve ihalenin
üzerinde bırakılması
sonrasında sözleşme
imzaladığı, bu durumun ihale
kararını etkileyecek yasak
fiil ve davranış olduğu
dikkate alındığında, ihale
sürecinde gerçekleşen yasak
fiil ve davranışın sözleşme
imzalandıktan sonra tespit
edilmesi nedeniyle tesis
edilen dava konusu işlemin
kesin teminatın gelir
kaydedilmesine yönelik
kısımında hukuka aykırılık,
dava konusu işlemin bu
kısımının iptali yönündeki
İdare Mahkemesi kararında ise

hukukî isabet görülmemesi hk(Danıştay K6)

ihalede şirket ortağının hükümlü olması

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/1042 K.**

2022/2429 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/2429

Karar No:2023/1042

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : .. Bakanlığı

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Adalet Bakanlığı İzmir Açık Ceza İnfaz Kurumu’nca 04/11/2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “12 Kalem Donuk Gıda” mal alımı ihalesi üzerinde bırakılan ve 25/12/2019 tarihinde sözleşme imzalanan davacı şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı ...’nin kesinleşmiş mahkumiyet kararı olduğundan bahisle

sözleşmenin feshine, ihalenin iptaline ve kesin teminatın irat kaydına ilişkin ... tarih ve ... sayılı ihale iptali komisyon kararının, 61.000,00-TL kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce Dairemizin 04/11/2021 tarih ve E:2020/3294, K:2021/3684 sayılı bozma kararı üzerine verilen kararda; davacı şirket ortaklarından ...'nin ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırıldığı, hapis cezasının Yargıtay ... Ceza Dairesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararıyla onanarak 20/12/2018 tarihinde kesinleştiği, davacı şirketin uhdesinde kalan ihalenin 04/11/2019 tarihinde yapıldığı, davacı şirket ortağı ...'nin ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 29/05/2013 tarihinde verdiği karar ile hapis cezasına çarptırıldığı, başka bir anlatımla davacı şirket ortağı ...'nin ihale tarihinden önceki beş yıldan daha önceki bir tarihte hüküm giydiği, davalı idare tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin 4. fıkrasının (e) bendinde düzenlenen, "ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyenler ihale dışı bırakılır" hükmü uygulanırken davacı şirket ortağının hüküm giydiği tarih olan 29/05/2013 tarihinin değil anılan hükmün kesinleşme tarihi olan 20/12/2018 tarihinin esas alındığı, ancak davacı şirket ortağının ihale tarihinden önceki beş yıldan daha önceki bir tarihte Mahkeme kararıyla hüküm giymiş olması nedeniyle "ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyenler ihale dışı bırakılır" kuralının şirket yönünden uygulanmasına hukuken imkân bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen durumunda olmadığına dair

yönetim kurulu üyelerinin tamamının ihale tarihi itibarıyla adli sicil belgesi sunulması gerekirken yönetim kurulu başkanı ...'ye ait bu belgenin sunulmadığı, şirket yetkililerinin 20/12/2018 tarihinde kesinleşen Mahkeme kararından dolayı 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (e) bendine aykırı durumları sebebiyle ihaleye katılamayacaklarını bilmelerine rağmen ihaleye katıldıkları, yönetim kurulu başkanı ...'nin adli sicil belgesinin bilerek sunulmadığı, idarenin yanıltılarak sözleşme imzalanmasına sebep olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü 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:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Adalet Bakanlığı İzmir Açık Ceza İnfaz Kurumu'nca 04/11/2019 tarihinde açık ihale usulü ile "12 Kalem Donuk Gıda" mal alımı ihalesi gerçekleştirilmiş, 15/11/2019 tarihli ihale komisyonu kararıyla ihalenin davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmiş, davacı ile 25/12/2019 tarihinde sözleşme imzalanmıştır.

Menemen R/Açık Ceza İnfaz Kurumu'nun ... tarih ve ... sayılı yazısı ile davacı şirketin ortaklarından ...'nin 20/12/2018 tarihinde kesinleşen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hapis cezası aldığıının bildirilmesi üzerine ... Asliye Ceza Mahkemesi'nden konu ile ilgili Mahkeme kararı istenilmiş, davacı şirketin ortağı ...'nin edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezası aldığı ve bu cezanın 20/12/2018 tarihinde kesinleştiği

öğrenilmiştir.

Bunun üzerine ... tarih ve ... sayılı dava konusu işlemle, sözleşmenin feshine, ihalenin iptaline ve kesin teminatın irat kaydına karar verilmiştir.

Anılan işlemin kesin teminatın irat kaydına ilişkin kısmının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinde, "... Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

(...)

e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen (...); "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinde, "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

(...)

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak. ..." kurallarına yer verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" başlıklı 21. maddesinde, "Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. ..." kuralı yer almıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "İsteklilerden 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddenin dördüncü fıkrasına göre istenecek belgeler" başlıklı 17. maddesinde, "... 17.5. 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendine ilişkin olarak, 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendinde ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki

faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, ... hüküm altına alınmıştır. ...

17.5.2. Süre:

17.5.2.1. İdarelerce isteklilerin haklarında mesleki faaliyetlerinden dolayı kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunduğu tespit edilmesi hâlinde, son başvuru ve/veya ihale tarihinden önceki beş yıllık sürenin başlangıcı olarak Mahkemece verilen hükmün kesinleştiği tarih esas alınacaktır.

17.5.2.2. 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalelerde istekliler hakkında son başvuru ve/veya ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı mercilerince verilmiş mahkûmiyet kararı bulunması hâlinde, bu durumdaki isteklilerin 10'uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale dışı bırakılmaları gerekmektedir. ... kuralları yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kurallardan, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, idarelerce isteklilerin haklarında mesleki faaliyetlerinden dolayı kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunduğu tespit edilmesi hâlinde, son başvuru ve/veya ihale tarihinden önceki beş yıllık sürenin başlangıcı olarak Mahkemece verilen hükmün kesinleştiği tarihin esas alınacağı, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek genel hükümlere göre tasfiye edileceği, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmanın ise yasak fiil ve davranışlar arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

Mezkûr ihalenin davacı şirketin uhdesinde bırakıldığı ve 25/12/2019 tarihinde sözleşme imzalandığı, sözleşmenin ifası aşamasında Menemen R/Açık Ceza İnfaz Kurumu'nun 28/01/2020 tarih ve 2020/1600 sayılı yazısı ile davacı şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı ...'nin 20/12/2018 tarihinde kesinleşen

hapis cezasının bulunduğu bildirildiği, anılan bildirim üzerine ihaleyi gerçekleştiren idarece yapılan araştırma neticesinde davacı şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı ...'nin 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı tespit edilmiştir.

Davacı şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı olan ...'nin bir ihaleye ilişkin olarak sanık sıfatıyla yargılandığı davada ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararıyla, "... Silivri açık ceza infaz kurumuna yapılan ihale sonucunda teslim ettiği sütlerin bozuk çıkması neticesinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlendiğinin iddia edildiği, ... Sanığın süt üreticisi olduğu firmanın almış olduğu ihale neticesinde yapılan sözleşme gereğince teslim edilen ürünlerin sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesinde sorumlu olduğu, edimin hizmet niteliğinde bir edim olduğu, sipariş edilen sütlerin belirlenen niteliklere uygun olması için sanık tarafından gereken özen ve dikkatin gösterilmediği, sanığın üzerine atılı hizmet niteliğindeki edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlediği sabit olduğundan..." gerekçesiyle edimin ifasına fesat karıştırmak suçundan hapis cezasına mahkûm edildiği, mezkûr karara karşı yapılan temyiz başvurusunun Yargıtay ... Ceza Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararıyla reddedildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmıştır.

Bu itibarla, davacı şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı ...'nin başka bir ihalede edimin ifasına fesat karıştırma suçundan mahkûmiyetinin 20/12/2018 tarihinde kesinleştiği, tacir olarak ticari faaliyetlerde bulunan şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı olan ...'nin işlemiş olduğu edimin ifasına fesat karıştırma suçunun mesleki faaliyeti kapsamında olduğu, bu nedenle şirket ortağı ve yönetim kurulu başkanı ... hakkında ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararı mevcut iken ihaleye katıldığı ve ihalenin üzerinde bırakılması sonrasında sözleşme imzaladığı, bu durumun ihale kararını etkileyecek yasak fiil ve davranış olduğu dikkate alındığında, ihale sürecinde gerçekleşen yasak fiil ve davranışın sözleşme imzalandıktan

sonra tespit edilmesi nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemin kesin teminatın gelir kaydedilmesine yönelik kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu kısmının iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. DAVANIN REDDİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama gideri ile ...TL 1. temyiz yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Toplam ...-TL 2. temyiz yargılama giderleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
6. Davalı idare harçtan muaf kurumlar arasında yer aldığından, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesi uyarınca temyiz aşamasında tahsil edilmeyen toplam ...-TL (...-TL+...-TL) harcın davacıdan tahsil edilerek Hazine'ye irat kaydedilmesine, gereği için Mahkemece ilgili vergi dairesine müzekkere yazılmasına,
7. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara 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), 08/03/2023 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihâl
e