

İhalelerde geçici teminatın gelir kaydedilemeyeceği durumlar

Kamu İhale Kanununa tabi idareler tarafından, ihale sürecinde geçici teminatın gelir kaydedileceği hâllerle ilgili mevzuatın tam olarak anlaşılmasından kaynaklanan farklı uygulamalar yapıldığı görülmektedir. Özellikle geçici teminatın gelir olarak kaydedilmemesi gereken hâllerde bazı idareler herhangi bir kamu zararı bulunmadığı düşüncesiyle geçici teminatı hatalı olarak irat kaydetmektedir. Mevzuatın tam olarak uygulanmaması sonucu hatayı yapan idareler bazen yanlışlarından dönmekte, bazen ise ortaya çıkan hukuki anlaşmazlıklar mahkemeler marifetiyle giderilmekte, bazen de istekli, idarenin doğru yaptığını düşünerek geçici teminatının gelir kaydedilmesini kabullenmektedir.

Bahsedilen durumlara maruz kalmamak, hukuki ihtilaflara sebebiyet vermemek ve isteklilerin de hakkının korunması amacıyla konunun ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir.

Kanun'un 17'nci Maddesinde Belirtilen Yasak Fiil veya Davranışlarda Bulunulması

4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (j) bendinde yasak fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenlerin ihale dışı bırakılması gerektiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinde ihalelerde;

- Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,
- İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik

etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak,

- Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek,
- Alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek,
- 11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak,

gibi fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Fiil ve davranışın 17'nci madde kapsamında olup olmadığı yönünde gerekli değerlendirmenin ihale komisyonu tarafından yapılması gerekmektedir.

Maddenin son fıkrasında, bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında 4734 sayılı Kanun'un dördüncü kısmında belirtilen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanun'un dördüncü kısmında ise "Yasaklar ve ceza sorumluluğu" konusuna ilişkin hükümler yer almakta olup, 17'nci madde kapsamında belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği(1), 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı(2) ve ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti hâlinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı ve ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacağı(3) belirtilmiştir.

Teklif geçerlilik süresinin dolmasından sonra sözleşme yapılması durumunda, sözleşmeyi imzalamayan istekliler hakkında geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Yukarıda yer verilen maddelerde, Kanun'un 17'nci maddesindeki yasak fiil ve davranışta bulunan isteklilerin;

- İhale dışı bırakılabileceği,
- Haklarında yasaklama yaptırımını uygulanabileceği,
- Fiil ve davranışlarının suç teşkil etmesi durumunda haklarında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı,

belirtilmiştir. Ancak isteklinin geçici teminatının (17/e dışında) gelir kaydedilmesi mümkün değildir.

Kamu İhale Kanunu'na tabi idarelerden bazılarının, Kanun'da açıkça öngörülmemesine rağmen 17'nci maddedeki yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklilerin geçici teminatlarını gelir kaydettikleri, isteklilerden bazılarının idarenin bu işlemine sessiz kaldıkları, bazılarının ise bu haksız durumun giderilmesi amacıyla mahkemelere başvurdukları görülmektedir.

Teklif Geçerlilik Süresi Dolduktan Sonra En Avantajlı Teklif Sahibi ile En Avantajlı İkinci Teklif Sahibinin Sözleşmeyi İmzalamaması

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 16.7'nci maddesine göre, teklif geçerlilik süresinin dolmasından sonra sözleşme yapılması durumunda, sözleşmeyi imzalamayan istekliler hakkında geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Şöyle ki kesinleşen ihale kararı bildirildikten sonra şikâyet başvurusunda bulunulması veya dava açılması ve benzeri nedenlerle ihale sürecinin uzaması sonucunda, teklif geçerlilik süresinin ihale dokümanında öngörülen süre kadar uzatıldığı ve bu sürenin de dolduğu, buna rağmen sözleşmenin imzalanamadığı durumlarda, ihale uygulama yönetmeliklerinde

yer alan sözleşmenin imzalanması ile ilgili hükümlere göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi ile kabul etmeleri şartıyla sözleşme imzalanabilir.

İdarece bu durumda, ihale üzerinde kalan istekliye sözleşme imzalayıp imzalamayacağı hususu sorulmaksızın sadece teklif geçerlilik süresinin dolduğu gerekçe gösterilerek ihalenin iptal edilmemesi gerekmektedir. Ancak tekliflerin geçerlilik süresinin dolmuş olması nedeniyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin sözleşmeyi imzalama zorunluluğu bulunmadığından, sözleşmeyi imzalamayan istekliler hakkında geçici teminatın irat kaydedilmesine ve yasaklamaya ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

İsteklinin, İhale Tarihinden Önceki 5 Yıl İçinde, İhaleyi Yapan İdareye Gerçekleştirilen İşin İfası Sırasında İş veya Meslek Ahlakına Aykırı Faaliyetlerde Bulunduğunun Tespiti

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendinde, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye karşı ifa ettiği işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu, bu idare tarafından ispat edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı hükmü yer almaktadır.

Ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılacaktır.

Anılan Kanun maddesinin uygulanmasına ilişkin Kamu İhale Genel Tebliği'nin "4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendinin uygulamasına ilişkin olarak" başlıklı 17.8'inci maddesinde, "17.8.1. İdareye karşı yüklenilen işin

yapımı sırasında gerçekleşen yasak fiil ve davranışlar dolayısıyla iş ve meslek ahlakına aykırı davranışların 4734 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinde belirtilen fiil ve davranışların dışında değerlendirilmesi gerekmektedir.

- 4735 sayılı Kanun'un 25 inci maddesinde sayılmış olan yasak fiil ve davranışlar ile bu fiil veya davranışlar içine girmemekle birlikte, sözleşme hükümlerine aykırı veya idareye zarar verecek fiil ve davranışlar ya da yüklenicilerin iş veya mesleklerinden dolayı yürürlükteki kanunların yüklediği mükellefiyetlere aykırı davranışlar iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyet kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, 4735 sayılı Ka nu nun 25 inci maddesinin (f) bendinde yer alan "mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme" fiilinden ötürü hakkında yasaklama kararı verilmiş bir isteklinin yasaklama kararını veren idarenin ihalesine katılması halinde;

- 4734 sayılı Ka nu nun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendi uyarınca ihale dışı bırakılabilmesi için, bu isteklinin davranışının iş ve meslek ahlakına aykırı bir davranış olup olmadığının her olayın kendi özgün koşulları içinde değerlendirilmesi gerekmekte ve bu hususta takdir idareye ait bulunmaktadır.

-Yine bu isteklinin 10 uncu maddenin (f) bendi uyarınca ihale dışı bırakılabilmesi, ancak ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilebilmesi halinde mümkün olabilecektir." açıklaması yer almaktadır.

Gerek Kamu İhale Ka nu nu 'ndaki hüküm gerekse Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendinin uygulamasına ilişkin açıklamada, geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin hüküm yer almadığından isteklinin, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye karşı ifa ettiği işler

sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu aynı idare tarafından ispat edilmesi hâlinde geçici teminat gelir kaydedilmeyecek, sadece ilgili istekli ihale dışı bırakılacaktır.

Kanun'un 10'uncu Maddesinde Belirtilen Bilgi ve Belgelerin Verilmemesi veya Yanıltıcı Bilgi ve/veya Sahte Belge Verilmesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (h) bendinde, ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinin (c) bendinde, sahte belge veya sahte teminat düzenlemenin, kullanmanın veya bunlara teşebbüs etmenin yasak fiil veya davranışlar arasında bulunduğu ve bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında söz konusu Kanun'un dördüncü kısmında yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanun Koyucu, Kanun'un 17'nci maddesi kapsamında belirtilen fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceğini, 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağını ve ihale sürecinde görev alan kamu görevlilerinin 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti hâlinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağını, ayrıca fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacağını belirterek, bilgi ve

belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu fiil ve davranışlar için ise yukarıda da açıklanan Kanun'un dördüncü kısmında yer alan yasaklar ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

İhale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin her ikisinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilecektir.

Aday ve İstekliler Hakkında İhale Takvimi İçerisinde Başka İdareler Tarafından Yasaklama Kararı Verilmesi

İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda, yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten önce teklif vermiş olan istekliler açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.

Bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir. Ancak 4734 sayılı Kanun'un 5812 sayılı Kanun'la değişik 40'ıncı maddesinin son fıkrası gereğince, ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin her ikisinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilecektir.

Kanun Kapsamında Haklarında Kamu Davası Açılan Aday veya İsteklilerin Yasağa Rağmen İhaleye Katılması

Kamu İhale Kanunu'nun 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında

birinci fıkraya gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci 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." hükmü yer almaktadır.

Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, Kanun'un 59'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılamayacakları hüküm altına alınmış olup haklarında kamu davası açılmış olanların kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılması veyahut ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin ihaleye katılması mümkün değildir.

Ayrıca, haklarında kamu davası açılan sermaye şirketi ortaklarının hisseleri toplamının şirketin sermayesinin yarısından fazlasını teşkil etmesi hâlinde de sermaye şirketi yine ihalelere katılamayacak, katılması durumunda ise değerlendirme dışı bırakılacak ancak geçici teminatı gelir kaydedilmeyecek ve idarece hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmeyecektir.

Hakkında kamu davası açılanlar, 6359 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun gereğince 4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çıkarıldığından, yapılan teyit sonucunda hakkında kamu davası açılan aday veya istekli durumunda olanların, Kanun'un 59'uncu maddesinde belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış olduklarının tespiti hâlinde değerlendirme dışı bırakılması, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi ve idarece haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.

Tüzel Kişilik Tarafından İş Deneyim Belgesi Kullanılan Ortağın İhale Süreci Devam Ederken Ölmesi veya İflası

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "İş deneyim belgelerine ilişkin diğer hususlar" başlıklı 42.4'üncü maddesinde, tüzel kişilik tarafından iş deneyim belgesi kullanılan ortağın ihale süreci devam ederken ölmesi veya iflası durumunda bu tüzel kişiliğin teklifinin değerlendirme dışı bırakılacağı, ancak geçici teminatının gelir kaydedilmeyeceği ve gerek tüzel kişilik gerekse ortak hakkında yasaklama işlemi uygulanmayacağı belirtilmiştir.