

ihaleye katılan şirketin
yönetim kurulu başkan
vekilinin ihaleye fesat
karıştırma suçundan
mahkûmiyetinin kesinleştiği
tacir olarak ticari
faaliyetlerde bulunan
şirketin yönetim kurulu
başkan vekilinin işlemiş
olduğu ihaleye fesat
karıştırma suçunun mesleki
faaliyeti kapsamında olduğu,
bu nedenle yönetim kurulu
başkan vekili hakkında ihale
tarihinden önceki beş yıl
içinde mesleki
faaliyetlerinden dolayı yargı
kararı mevcut iken ihaleye

katılması nedeniyle
teklifinin değerlendirme dışı
bırakılarak teklif tutarının
%3'üne karşılık gelen geçici
teminatının gelir
kaydedilmesine yönelik idare
kararında ve itirazın şikâyet
başvurusunun reddine dair
dava konusu işlemde hukuka
aykırılık, dava konusu
işlemin iptali yönündeki
İdare Mahkemesi kararında ise
hukukî isabet bulunmamaktadır
gerekçesiyle anılan Mahkeme
kararının bozulması (Danıştay
kararlı)

Toplantı No	: 2022/035
Gündem No	: 39
Karar Tarihi	: 07.07.2022
Karar No	: 2022/MK-222

BAŞVURU SAHİBİ:

ÇAĞLAR YOL YAPI SAN. VE TİC. A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Toplu Konut İdaresi Başkanlığı

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2021/434448 İhale Kayıt Numaralı "Bingöl İli Merkez İlçesi Çapakçur Vadisi Millet Bahçesi ve Millet Bahçesine Ait Sosyal Donatılar İnşaatları ile Altyapı ve Çevre Düzenlemesi İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan 2021/434448 ihale kayıt numaralı "Bingöl İli Merkez İlçesi Çapakçur Vadisi Millet Bahçesi ve Millet Bahçesine Ait Sosyal Donatılar İnşaatları İle Altyapı ve Çevre Düzenlemesi İşi" ihalesine ilişkin olarak, Çağlar Yol Yapı San. ve Tic. A.Ş. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 05.01.2022 tarihli ve 2022/UY.I-33 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Çağlar Yol Yapı San. ve Tic. A.Ş. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesince 09.02.2022 tarihli ve E:2022/165, K:2022/232 sayılı kararı ile "dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının gereklerinin yerine getirilmesini teminen Kamu İhale Kurulu tarafından 02.03.2022 tarihli ve 2022/MK-62 sayılı karar ile "1-Kamu İhale Kurulunun 05.01.2022 tarihli ve 2022/UY.I-33 sayılı kararının iptaline, 2-Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının temyiz incelemesi neticesinde, Danıştay Onüçüncü Dairesi tarafından 09.05.2022 tarihli ve E:2022/1271, K:2022/1963 sayılı kararında "Aktarılan kurallardan, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giymesi durumunda tüzel kişiliğin ihale dışı bırakılacağı, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere idareye sunulan bilgi ve/veya belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi hâlinde, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği anlaşılmaktadır.

Mezkûr ihale davacı şirket uhdesinde bırakılmış, sözleşme imzalamaya davet edilmiştir. Davacı şirket tarafından sözleşme imzalamak için sunulan belgelerde tüzel kişiliğin yönetim kurulu başkan vekili E.K.'nın adli sicil kaydı bulunduğu görüldüğünden, davacı 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (e) bendi kapsamında ihale dışı bırakılmış, ayrıca teklif tutarının %3'üne karşılık gelen geçici teminat tutarının gelir kaydedilmesine karar verilmiştir.

Adli sicil kaydına konu davada, davacı şirket yönetim kurulu başkan vekili olan E.K.'nın bir ihaleye ilişkin olarak sanık sıfatıyla yargılandığı, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 17/10/2016 tarih ve E.2014/171, K:2016/243 sayılı kararında, "... 10- İddianamede Olay 10 olarak adlandırılan ihale ile ilgili olarak; ... Karayolları 4. Bölge Müdürlüğü'nün Beypazarı-Nallıhan-Mihalıççık Sathi Kaplama Yapılmasına ilişkin 29/04/2008 tarihli ihaleye ilişkin ilandan sonra Çağlar İnşaat Firması yetkilisi olan sanık E.K.'nın ihaleyi almak amacıyla ... Dosyada yer alan iletişimin tespit tutanakları nazara alındığında; ihalenin önceden yapılan anlaşma doğrultusunda sanık E.K.'nın yetkilisi olduğu Çağlar İnşaat üzerinde bırakıldığı, bunun karşılığında ihale öncesinde anlaşılan çıkma tabir edilen paraların ödenmesi ile ilgili olarak sanıklar arasında telefon görüşmelerinin yapıldığı, bu şekilde sanıklar E.K., ... ihale öncesi anlaşarak hileli davranışlarla ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını engelleyip 5237 sayılı TCK'nın 235/2-d maddesi kapsamında ihaleye fesat karıştırmak suçunu işledikleri anlaşılmıştır. ..." gerekçesine yer verilmiştir. Sonuç olarak davacı şirketin yönetim kurulu başkan vekili E.K. başka bir ihalede ihaleye fesat karıştırmak suçundan hapis cezasına mahkûm edilmiş, hapis cezasıyla mahkûmiyetinin yasal sonucu olarak bazı haklardan yoksun bırakılmıştır. Mezkûr karara karşı yapılan istinaf başvurusu, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi'nin 22/12/2020 tarih ve E:2017/800, K:2020/1694 sayılı kararıyla kesin olarak esastan reddedilmiştir.

Bu itibarla, davacı şirketin yönetim kurulu başkan vekili E.K.'nın ihaleye fesat karıştırmak suçundan mahkûmiyetinin 22/12/2020 tarihinde kesinleştiği, tacir olarak ticari faaliyetlerde bulunan şirketin yönetim kurulu başkan vekilinin işlemiş olduğu ihaleye fesat karıştırmak suçunun mesleki faaliyeti kapsamında olduğu, bu nedenle yönetim kurulu başkan vekili hakkında ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararı mevcut iken ihaleye katılması nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak teklif tutarının %3'üne karşılık gelen geçici teminatının gelir kaydedilmesine yönelik idare kararında ve itirazen şikâyet başvurusunun reddine dair dava konusu işlemden hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle anılan Mahkeme kararının bozulmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1-Kamu İhale Kurulunun 02.03.2022 tarihli ve 2022/MK-62 sayılı kararının iptaline,

2-Anılan Danıştay Onüçüncü Dairesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 05.01.2022 tarihli ve 2022/UY.I-33 sayılı kararının hukuken geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.