

İhaleye katılamayacak durumda olmasına rağmen katılan ve sözleşme imzalanan, ancak bu durumun işin yürütümü sırasında anlaşılması üzerine 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca sözleşmesinin feshedilmesi hk.

İhaleye katılamayacak durumda olmasına rağmen katılan ve sözleşme imzalanan, ancak bu durumun işin yürütümü sırasında anlaşılması üzerine 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca sözleşmesinin feshedilmesi hk.

Danıştay Kararı – İDDK., E. 2016/3645 K. 2018/2004 T. 26.4.2018

İstemlerin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 31/03/2016 günlü, E:2016/1050, K:2016/1016 sayılı ısrar kararına karşı davacı esas, davalı idare vekalet ücreti yönünden temyiz isteminde bulunmaktadır.

Savunmaların Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : K1

Düşüncesi : Temyize konu ısrar kararının vekalet ücretine ilişkin kısım yönünden bozulması, esas yönünden gerekçeli onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın

tekemmül ettiği anlaşıldığından davacının yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeyerek dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından 03/11/2009'da açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "X1" ihalesine ilişkin olarak 14/12/2009'da imzalanan hizmet alımı sözleşmesinin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca tek taraflı olarak feshine ilişkin 26/06/2010 günlü, 2857 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 03/03/2011 günlü, E:2010/1197, K:2011/324 sayılı kararıyla; ihale üzerinde bırakılan davacı şirket ile sözleşme imzalanarak işe başlanılmasının ardından davalı idare tarafından yapılan inceleme sonucunda davacı şirketin %90 oranında hissesine sahip ortağı olan K2 hakkında "suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve ihaleye fesat karıştırmak" suçlarından dolayı 22/06/2006 tarihinde Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığığının tespit edilmesi üzerine 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca davacı şirket ile imzalanan hizmet alım sözleşmesinin feshine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği; her ne kadar davacı tarafından ihale tarihinden önce K2'nın hisselerini devrettiği ileri sürülmekte ise de, adı geçen şahıs hakkında kamu davası açıldığı tarihte şirketin %90 hissesine sahip olduğu, hakkında kamu davası açılmasıyla birlikte hem K2'nın hem de davacı şirketin yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacakları açık olduğu hâlde davacı şirketin ihaleye katıldığı, dolayısıyla Kamu İhale Kanunu'na göre yasaklanan bir eylemde bulunduğu, buna göre, davacı şirketin davalı idare ile imzalamış olduğu sözleşmenin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Anılan karar, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 15/12/2014 günlü, E:2011/2851, K:2014/4265 sayılı kararıyla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, dördüncü fıkrası, 17. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi, 59. maddesi, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesine değinilerek; ihaleye

katılamayacak ortak/ortaklıklar belirlenirken kamu davasının açıldığı tarihin esas alınacağı, kamu davasının açıldığı tarihten sonra şirkette pay devri gerçekleştirilerek hisse oranlarının değiştirilmesinin, şirketin hukuki durumunda bu yönüyle bir değişiklik oluşturmayacağı; uyuşmazlığın çözümünün, 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında ifade edilen "(ceza) yargılama(sı) sonu" kavramının yorumlanmasına bağlı olduğu, anılan fıkradaki "haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler" ibaresinde yer verilen "kovuşturma" kavramının 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde tanımlanan "soruşturma" kavramı yerine kullanıldığı, ceza yargılamasının birbirini takip eden usul evrelerinden oluştuğu, "ceza kovuşturması" kavramından sonra gelen "yargılama sonuna kadar" ibaresiyle; suçun bir yargılama makamı önünde sübuta ermesi ya da sanığın beraatine yahut yargılamayı sona erdiren düşme nedenlerinden birinin tespit edilmesi anına kadar olan bir dönemin ifade edildiği, ceza davalarının kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen ortalama süreler dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin 14/01/2010 günlü, Esas:2007/68, Karar:2010/2 sayılı kararı uyarınca idari bir önlem niteliğinde kabul edilen kural nedeniyle hakkındaki suç şüphesi nedeniyle bazı kişiler yıllarca kamu ihalelerine katılamayacağı, "yargılama sonu" kavramını uzun tutukluluk süreleri bağlamında ele alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarından, "yargılama sonu" kavramı ile hüküm mahkemesince verilen kararın kastedilmiş olduğu, ilk derece mahkemesince gerçek kişi hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuş olsa dahi, mahkemece ilgili kişi hakkında yasaklama kararı verilmedikçe ihalelere katılmasına hukuki bir engel bulunmadığı; davacı şirketin hakim ortağı hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ise de, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu ve 58'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca şirket hakkında ihalelerden yasaklama hükmü tesis edilmediği, dosyanın temyiz aşamasında olduğu, kararın henüz kesinleşmediği, dolayısıyla yargılamanın devam ettiği, mahkûmiyet hükmünden sonraki bir tarih olan 14/12/2009'da sözleşmesi imzalanan ihale dolayısı ile,

davacının 4735 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi uyarınca, Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edildiğinden bahisle sözleşmenin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuşsa da İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiş, ancak yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine karar vermiştir.

Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 31/03/2016 günlü, E:2016/1050, K:2016/1016 sayılı ısrar kararını davacı esas, davalı idare vekalet ücreti yönündentemyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/04/1991 sayılı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların, doğrudan veya dolaylı yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları, dördüncü fıkrasında, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatının gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği belirtilmiş, "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, "11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmanın" ihalelerde yasaklanan bir davranış olduğu; aynı maddenin ikinci fıkrasında "bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümlerin uygulanacağı" kurala bağlanmıştır.

Anılan Kanun'un "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı

Dördüncü Kısımındaki 59. maddesinde "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci 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 yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar anılan Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamazlar" kuralına 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 hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilerek, sözleşmenin feshedileceği belirtilmiştir.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin %90 hissesine sahip ortağı K2 hakkında 22/06/2006'da Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve ihaleye fesat karıştırma" suçlamasıyla kamu davası açıldığı, 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Cumhuriyet Savcılığınca bu durumun Kamu İhale Kurumu tarafından sicillere işlenmesi için bildirilmesi gerekirken bunun yapılmadığı, 17/06/2009 tarihinde Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesince ceza davasının karara bağlandığı, şirketin hakim hissedarı K2 hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi

uyarınca "ihaleye fesat karıştırma" fiilinden dolayı 4 yıl 2 ay hapis cezasına hükmolunduğu, söz konusu kararın sanıklar, katılan idareler ve Cumhuriyet Savcısı tarafından temyiz edildiği ve hâlen Yargıtay'da temyiz incelemesi için beklediği, kamu davasının devam ettiği ve Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nce kararın verildiği bir tarihten sonra, 03/11/2009 tarihinde ihaleye teklif veremeyecek durumda bulunan davacı şirketin, ihaleye katılması sonucunda ihalenin üzerinde kaldığı ve 14/12/2009 tarihinde sözleşme imzalandığı, bu durumun işin yürütümü sırasında anlaşılması üzerine, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca sözleşmesinin feshine dair dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında, belirtilen kişiler hakkında kamu davası açılması, ihaleye katılımı engelleyen yeterli bir sebep olarak belirlenmiştir. Davacı şirketin ihaleye katıldığı tarih itibarıyla, dava açılmasından daha ağır bir aşama olan yargılamanın karara bağlandığı ve şirketin %90 hissesine sahip ortağı K2 hakkında açılan ceza davası sonunda, "ihaleye fesat karıştırma" fiilinden dolayı 4 yıl 2 ay hapis cezasına hükmolunduğu, söz konusu mahkumiyet hükmünün temyiz incelemesinin devam ettiği, ilk derece yargılamasında mahkumiyet hükmü verilmiş olmasına karşın, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu ve 58'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca şirket hakkında ihalelerden yasaklama hükmü tesis edilmemesinin ve dosyanın temyiz aşamasında olmasının, şirketin ihaleye katılabilmesini mümkün kılacağı şeklindeki yorumun, idareyi, fiili sübut bulan sözleşme tarafıyla sözleşmeyi devam ettirmeye zorlamak anlamına geleceği, bu durumun kamu davası açılmasını dahi ihaleye katılmaya engel bir husus olarak gören Kanun'un amacına aykırı olduğu anlaşıldığından, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca sözleşmenin feshine dair dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; temyize konu edilen Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 31/03/2016 günlü, E:2016/1050, K:2016/1016 sayılı ısrar kararında davanın reddine hükmedilmekle birlikte, vekalet ücretinin davalı idare üzerinde bırakılmasına karar

verildiği gör÷lmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Yargılama giderlerinden sorumluluk" başlıklı 326. maddesinde, Kanun'da yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği kuralı yer almaktadır.

Bu itibarla; vekalet ücretini davalı idareye yükleyen Mahkeme kararında bu yönüyle hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz istemlerinin reddine, Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 31/03/2016 günlü, E:2016/1050, K:2016/1016 sayılı ısrar kararının, esas yönünden yukarıda yer alan gerekçe ile ONANMASINA, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile kararın vekalet ücreti yönünden BOZULMASINA, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmediğinden 48,10 TL harcın istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 26/04/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.