

İhaleye katılan ortak girişimin teklifi değerlendirme dışı bırakılıp geçici teminatı gelir kaydedilmiştir. Bu duruma sebep gösterilen husus Ortak girişim ortağı gerçek kişi hakkında ihaleye fesat karıştırma suçu

Danıştay 13. Dairesi, Esas: 2012/2192, Karar: 2013/105 İçtihat

Üyemizin Özeti

Dava Konusu İşlem: İhaleye katılan ortak girişimin teklifi değerlendirme dışı bırakılıp geçici teminatı gelir kaydedilmiştir. Bu duruma sebep gösterilen husus: Ortak girişim ortağı gerçek kişi hakkında "ihaleye fesat karıştırma suçu"ndan dolayı kamu davası açılmış olmasıdır.

Danıştay:

İhale tarihinde gerçek kişi ortak hakkında "ihalelere katılmaktan yasaklanması"na dair mahkeme ve/veya idare kararı bulunmadığından ortak girişim hakkında:

* 4734 S.K.'un 11. maddesinin uygulanamayacağına ve böylece geçici teminatının gelir kaydedilemeyeceğine,

* 4734 S.K.'un 59. maddesi uygulaması ile teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının ise doğru olduğuna, karar vermiştir.

(Karar Tarihi : 23.01.2013)

“Dava; Erzincan İl Özel İdaresi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından 11.04.2011 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan “Erzurum Çayırılı 10 Yataklı Entegre Devlet Hastanesi İhalesi”ne katılan, ancak teklifi değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatı gelir kaydedilen davacı ortak girişimin, yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 20.06.2011 tarih ve 2011/____ sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi’nce; hakkında kamu davası açılan kişilerin kamu davasının açıldığı tarihten yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacağı, hüküm kesinleşinceye kadar ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanmış sayılacakları, bu kişilerin belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmaları halinde tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceğinin açık olduğu, davacı ortak girişimin ortağı olan N____ T____ hakkında Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nde ihaleye fesat karıştırmak suçundan kamu davası açıldığının anlaması karşısında, davacı ortak girişimin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine verilmiş, bu karar davacı ortak girişim tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 59. maddesinde, “Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu’na 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. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58. 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. 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 Kurumu'na bildirilir." kuralına yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, "11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak" yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış; 11. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde, "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 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 ihalelere katılamayacakları" kurala bağlanmışken, 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; bu bentte yer alan "olarak" ibaresinden sonra gelmek üzere "idarelerce veya mahkeme kararıyla" ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendi ; "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 tarihli ve 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 bulunanlar" şeklini almıştır.

4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin son fıkrasında ise, maddede belirtilen yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği; ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği kuralına yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma halinin idari bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş, böylece; haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin kapsamı dışına çıkmıştır. Bu itibarla, 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan kişilerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin 11. maddenin son fıkrasının, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanamayacağı açıktır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin yukarına aktarılan ikinci fıkrasında hakkında kamu davası açılmış kişilerin ihalelere katılamayacağı belirtilmiştir.

Aktarılan düzenlemelerin birlikte irdelenmesinden, haklarında kamu davası açılmış olan kişiler 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılmayacak, ihalelere katılmaları durumunda teklifleri değerlendirme dışı bırakılacak, ancak Kanun'un 11. maddesinin son fıkrası gereğince geçici teminatları gelir kaydedilemeyecektir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı T_____ Yapı İnşaat Taahhüt İletişim Petrol Gıda Sanayi Ticaret Limited Şirketi & N_____ T_____ Ortak Girişimi'nin % 51 pay ile pilot ortağı olan N_____ T_____ hakkında Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde ihaleye fesat karıştırmak suçundan kamu davası açıldığından kamu ihalelerine katılamayacak durumda olmasına karşın, Erzincan İl Özel İdaresi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından 11.04.2011 tarihinde yapılan "Erzurum Çayırılı 10 Yataklı Entegre Devlet Hastanesi İhalesi"ne katıldığı, bu nedenle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (a) bendi kapsamındaki kişilerden olması nedeniyle davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedildiği Kamu İhale Kurumu'na yapmış oldukları itirazın şikâyet başvurusunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

6359 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması sebebiyle ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda, davacı ortak girişimin pilot ortağı olan N_____ T_____ hakkında açılan kamu davası devam ederken, davacıların Erzincan İl Özel İdaresi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından yapılan ihaleye katılması nedeniyle, davacıların ihaleye katılım aşamasında sunmuş oldukları geçici teminat gelir kaydedilemeyeceğinden, davacıların geçici teminatının gelir kaydedilmesi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmadığından İdare Mahkemesi kararının Kurul kararının bu kısmının iptali isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması gerekmektedir.

Dava konusu Kurul kararının davacı şirketin teklifinin

değerlendirme dışı bırakılmasının yerinde olduğuna ilişkin kısmına gelince;

Haklarında kamu davası açılmış kişilerin Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılması mümkün olmadığından, davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında ve Kurul kararının bu kısmına yönelik verilen davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz istemini kısmen kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 06.03.2012 tarih ve E:2011/1441, K:2012/341 sayılı kararının, dava konusu işlemin davacı ortak girişimin geçici teminatının gelir kaydedilmesiyle ilgili kısmının iptali isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına; davacı ortak girişimin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasıyla ilgili kısmının iptali isteminin reddine ilişkin kısmının ise onanmasına; bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine" karar verilmiştir.

İlgili Mevzuat Hükmü : Kamu İhale Kanunu MADDE 11 :Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

20. a) (Değişik: 5812 – 20.11.2008 /m.4/ Yürürlük /m.35) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak (Ek ibare : 6359 – 1.11.2012 /m.1) "idarelerce veya mahkeme kararıyla" kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 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 bulunanlar.

1. b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
1. c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurallarda görevli kişiler.
1. d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
1. e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
1. f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik 3. fıkra: 4964 – 30.7.2003 / m.8) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 07.03.2011 T., E: 2009/6244, K: 2011/1331: "Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili ile davalı vekili geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak talebine ilişkin olup mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı Mersin İl Özel Dairesi'ne izafeten Mersin Valiliği dava dilekçesinde davalı yüklenicinin 5.12.2007 tarihli ihale ile ilköğretim okulu inşaatı işinin yapımını üstlendiğini, ihale sırasında geçici teminat olarak 21.000,00 TL'lik geçici teminat mektubu verdiğini, sonradan davalı şirket adına teklif

verenin hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçu isnadı ile kamu davası açıldığının öğrenildiğini iddia ederek davalıya iade edilen geçici teminat mektubu bedeli 21.000,00 TL'nin yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde geçici teminatın irat kaydedilebilmesi için ihaleye teklif veren kişinin ihalelere girmekten men edildiğine ilişkin karar verilmiş olması gerektiği açıklanmıştır. Somut olayda ihale tarihi 5.12.2007 tarihli olup Kamu İhale Kurumu'nun 5.3.2009 tarihli yazısında davalı şirket hakkında herhangi bir yasaklılık kaydına rastlanmadığı bildirilmiştir. Bu durumda sadece iddianamenin düzenlenmiş olması kanunda tanımlanan yasaklanmış olma koşulunu sağlayamayacağından davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru olmamış hükümün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle hükümün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, 825,00 TL duruşma vekillik ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay duruşmasında vekille temsil olunan davalıya verilmesine, fazla alınan temyiz peşin harcının istenmesi halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 7.3.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi."