

**ihaleye teklif veren Şirket vekilinin kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağı teklifinin idarece değerlendirme dışı bırakılması ve geçici teminatının gelir kaydı işlemlerinin mevzuata uygun olduğu hk**

Toplantı No	: 2022/054
Gündem No	: 47
Karar Tarihi	: 23.11.2022
Karar No	: 2022/UY.I-1462

BAŞVURU SAHİBİ:

Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

T.C. Devlet Demiryolları 3. Bölge Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2022/440763 İhale Kayıt Numaralı "Torbalı – Ödemiş, Çatal – Tire Hattı Boru ve Izgara Menfezlerin Yenilenmesi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

T.C. Devlet Demiryolları 3. Bölge Müdürlüğü tarafından 10.06.2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Torbalı-Ödemiş, Çatal-Tire Hattı Boru ve Izgara Menfezlerin Yenilenmesi" ihalesine ilişkin olarak Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.nin 11.10.2022 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, 14.10.2022 idarenin tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibine 24.10.2022 tarih ve 56922 sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan 24.10.2022 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2022/1193 sayılı itirazın şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazın şikâyet dilekçesinde özetle, ihalenin İş Ortaklıklarının üzerinde bıraktığı, ancak İş Ortaklıklarının pilot ortağı olan Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.nin müdürü Faruk Efe'nin birden fazla adli sicil kaydı olduğu gerekçeyle, idarece 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 ve 17'nci maddeleri gereğince ihale iptal edilerek geçici teminatın gelir kaydedildiği ve Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile anılan şirketin hâkim ortağı Faruk Efe'nin bir yıl kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği,

4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin (a) bendinde "Kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanın, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılmayacakları" hükmü getirildiği, anılan maddede Kanun koyucunun kamu görevlilerine rüşvet verme suçunun oluşumuna şart koştuğu, dolayısıyla kamu görevlisine rüşvet vermekten mahkûm olan kişilerin ihalelere katılmayacağı,

İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2018/338 Esas 2019/329 Karar sayılı ilamında Faruk Efe'nin rüşvet vermeye teşebbüsün mahkûm olduğu, bu nedenle anılan madde hükmünün şikâyete konu olayda uygulanamayacağı, anılan kişinin esasen rüşvet vermeye teşebbüs etmediği ancak 2010 yılında trafikte, trafik polisi ile olan diyalogo sırasında, polislerin kendilerini kurtarmak amacıyla vermiş oldukları yanlı ifade ile sanki rüşvet vermeye teşebbüs etti şeklinde gösterildiği, 4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin (a) bendinde çok açık bir biçimde rüşvet verme suçunun maddi anlamda oluşmasında bahsedildiği, bu nedenle bahse konu kişinin rüşvet verme suçundan mahkûm olmaması nedeniyle idarenin bu kararının yasa hükümlerine aykırı olduğu, ayrıca suç 2010 yılında olmuş aradan 12 yıl geçmiş olduğu, bu açıdan da idarenin kararının hatalı olduğu, sonuç olarak idarenin yasaklama ve teminat gelir kaydedilmesi kararının kaldırılmasına ilişkin gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılmayacak olanlar" başlıklı 11'inci maddesinde "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları:

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak 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.

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

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Suça teşebbüs" başlıklı 35'inci maddesinde "(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir." hükmü,

Anılan Kanun'un suçun gerçekleştirildiği 27.02.2010 tarihinde yürürlükte bulunan "Rüşvet" başlıklı 252'nci maddesinde "(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükümlenir.

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yemini mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar arttırılır.

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurum niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devam sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlaması hâlinde de uygulanır." hükmü yer almaktadır.

İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.06.2019 tarih ve E: 2018/338 K: 2019/329 sayılı kararında "Sanık Faruk Efe'nin denetim süresi içerisinde kalan 17/11/2014 tarihinde Çat Aslye Ceza Mahkemesi'nin 2016/277 E 2017/540 K sayılı kararına konu olan Özel Belgeyi Yok Etme, İzlemek kasıtlı suçunu işlediği anlaşıldığından mahkememizin 27/02/2010 tarih ve 2010/151-171 sayılı hükmünün CMK'nun 231/11 maddesi gereğince açıklanmasına;

1- Sanığın üzerine atılı Rüşvet Vermeye Teşebbüs suçundan eylemine uyan TCK'nın 252/1. maddesi gereğince (02/07/2012 tarih ve 6352/87. madde ile yapılan değişiklikten önceki madde metnine göre) suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri ile sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı göz önünde bulundurulacak takdirde 4 YIL HAPIS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kalması sebebiyle TCK'nın 35/1-2. maddesi gereğince teşebbüsün ulaştığı aşama nazara alınarak cezasının takdiren 3/4 oranında indirilerek 1 YIL HAPIS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanığın duruşmada gözlemlenen iyi halli tutum ve davranışları, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkiler göz önünde bulundurulacak cezasının TCK'nın 62/1. maddesi gereğince takdiren 1/6 oranında indirilerek 10 AY HAPIS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanık hakkında başkaca arttırım ve indirim hükümlerinin uygulanmasına takdire yer olmadığına,

24.11.2015 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 08/10/2015 tarih 2014/140 esas ve 2015/85 sayılı kararı ile iptal edilen bölümleri nazara alınarak, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 53/1-2-3. maddelerinin uygulanmasına." karar verildiği anlaşılmıştır.

İdarenin 01.10.2022 tarih ve E-16436398-030.99-284749 sayılı kararında "Bölge Müdürlüğümüze 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 19. Maddesine göre Açık İhale Usulü Yöntemi ile 2022/440763 ihale kayıt numaralı "Torbalı – Ödemiş, Çatal – Tire Hattı Boru ve Izgara Menfezlerin Yenilenmesi" ihalesi 10.06.2022 tarihinde gerçekleşmiş olup ihale iş ortaklığınızda katılmıştır. Sözleşme öncesi 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığınızda dair belgeler istenmiş olup PANAMA İNŞ. TAHA. TUR. SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.'nin müdürü FARUK EFE'nin birden fazla adli sicil kaydının bulunduğu farkedilip adı geçen şahsın "özel belgeyi yok etme, bozma, gizleme" ve "kamu görevlilerine rüşvet vermek (teşebbüs) ve hakaret" suçlarından hüküm giydiği tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11. maddesi (a) bendinde, "Kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları; 11. maddesi son fıkrasında ise, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istektilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedileceği ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilmesi ihalenin iptal edileceğinin hüküm altına alındığı gibi, Kamu İhale Kanunu 11/a uyarınca ihalelere katılması yasak olan bir isteklinin söz konusu olduğu ve bu nedenle Kanunun 17. maddesindeki yasak fail ve davranışlar kapsamında değerlendirilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58. maddesi hükümleri çerçevesinde PANAMA İnş. Taah. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile EMF Yapı Malmemeleri İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının sunmuş olduğu ve geçici teminat gelir kaydedilecek ve Panama İnş. Taah. Tur. San. Tic. Ltd. Şti. firmasının ve şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan Faruk EFE'nin Kamu Kurum ve Kuruluşları ihalelerine katılmaktan 1 (bir) yıl süre ile yasaklanması işleme başlanacaktır." denildiği görülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesinde kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacağı kuralı getirilmiştir.

Suçun gerçekleştirildiği 27.02.2010 tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Kanun'un "Rüşvet" başlıklı 252'nci maddesinin 1'inci fıkrasında rüşvet alan kamu görevlisinin, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, rüşvet veren kişinin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı ve rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükümlenacağı hükmü yer almaktadır.

Anılan Kanun'un 35'inci maddesinin birinci fıkrasında kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı ve aldığı ceza süresinin ne şekilde indirileceği hüküm altına alınmıştır.

Başvuru sahibi tarafından İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.06.2019 tarih ve 2018/338 Esas 2019/329 Karar sayılı kararında Faruk Efe'nin rüşvet vermeye teşebbüsün mahkûm olduğu, bu nedenle 4734 sayılı 11'inci maddesinin (a) bendine göre rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunmuş kişi işlem yapılamayacağına ilişkin iddia edildiği anlaşılmıştır.

Ancak, İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinin yukarıda yer alan kararından Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şirketi'nin teklifi imzalayan şirket müdürü ve bahse konu şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan şirket ortağı Faruk Efe'nin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Rüşvet" başlıklı 252'nci maddesinin birinci fıkrasına göre anılan Mahkemece suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri ile sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulacak, takdiren 4 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, anılan Kanun'un 35'inci maddesine göre bahse konu kişinin ceza süresinde indirim uygulandığı görülmüştür.

Bu itibarla, İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bahse konu kararından Faruk Efe'nin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Rüşvet" başlıklı 252'nci maddesinin birinci fıkrasına göre rüşvet verme suçundan hüküm giydiği ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılmayacak olanlar" başlıklı 11'inci maddesinin (a) bendi hükmü çerçevesinde doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacağı anlaşılmış olup, Faruk Efe'nin şirket müdürü sıfatıyla şirket adına teklifi imzaladığı ve hâkim ortağı olduğu Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şirketi'nin pilot ortağı olduğu Panama İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şirketi-EMF Yapı Malmemeleri İnş. San. ve Ticaret Ltd. Şirketi İş Ortaklığı'nın teklifinin idarece değerlendirilme dışı bırakılması ve geçici teminatının gelir kaydı işlemlerinin mevzuata uygun olduğu,

Diğer taraftan başvuru sahibinin Panama İnşaat Taahhüt Turizm San. ve Ticaret Ltd. Şti. ile anılan şirketin hâkim ortağı Faruk Efe'nin hakkında idarece tesis edilen bir yıl süre ile kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanması kararının kaldırılması gerektiği iddiasına ilişkin olarak; 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi kapsamında tesis edilen bir işlem olarak yasaklama kararının niteliği ve bu işlem denetiminin Kanun'un 53'üncü maddesinde Kurum'un görev alanında sayılmadığı dikkate alındığında, başvuru sahibinin söz konusu iddiasının incelenmesi bakımından Kurumun görev ve yetkisinin bulunmadığı, anılan karara karşı İdare Mahkemesinde dava açılması gerektiği anlaşıldığından, başvuru sahibinin anılan iddiasının görev yönünden reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.