

Sermayesinin yarısından fazlası Hazineye ait olan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 4734 sayılı Kanun'un 2/d maddesi kapsamında olduğu, – Bu nedenle davacının kapsamda olduğuna, yaptığı bütün ihalelerle ilgili olarak 22.10.2002 – 22.06.2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tabi sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22.06.2002 tarihinde sonra imzalanacak sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin imzalanmasından

nce yüklenici tarafından Kurumun banka hesaplarına yatırılması gerektiğine, bu yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamanın ihaleyi yapan idarenin sorumluluğunda olduğuna ilişkin 2002/DK-15 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı'nda hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

T.C.

D A N I Ő T A Y
Onüçüncü Daire

Esas No : 2005/77
Karar No : 2005/3315

Davacı

Vekili

Davalı

Davanın Özeti

Özeti : – Sermayesinin yarısından fazlası Hazineye ait olan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 4734 sayılı

Kanun'un 2/d maddesi kapsamında olduğu,

– Bu nedenle davacının kapsamda olduğuna, yaptığı

bütün ihalelerle ilgili olarak 22.10.2002 –

22.06.2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tabi sözleşmelerin sözleşme bedelinin

onbinde üçü, 22.06.2002 tarihinde sonra imzalanacak sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin imzalanmasından önce yüklenici tarafından

Kurumun banka hesaplarına yatırılması

gerektiğine, bu yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamanın ihaleyi yapan idarenin

sorumluluğunda olduğuna ilişkin 2002/DK-15 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı'nda hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

: Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü

: Av. ...

: Kamu İhale Kurumu – ANKARA

: Davalı Kurum tarafından düzenlenen ve 25.12.2002

tarihli, 24974 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/DK-15 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı ile bu kararın geri alınması, değiştirilmesi veya iptali

istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 01.04.2003 tarih ve 110-1458 sayılı davalı kurum işleminin; davacı kurumun kamu iktisadi kuruluşu iken 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda, 4502 ve 4673 sayılı sayılı Kanunlar ile yapılan düzenlemeler sonucu, statüsü değiştirilerek, münhasıran 406 sayılı Kanun ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket statüsüne kavuşturulduğu, bu nedenle davacı kuruma, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuatın uygulanmadığı, anılan Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği üzere, stratejik önemi olan ve ülke güvenliği ile çok yakından ilgili bulunan bir kamu hizmeti olan telekomünikasyon hizmetlerini yürütme ve alt yapısını işletmeye yetkili olan davacı şirketin hisselerinin devri yoluyla özelleştirilmesi hususunda özel mevzuat oluşturulduğu, davacı şirketin tüm telekomünikasyon alt yapısının kurulması ve işletilmesi konusundaki tekel hakkınının 31.12.2003 tarihinde kalkması, bu tarihe kadar telekomünikasyon sektöründeki özel kuruluşlarla rekabet edecek bir yapıya kavuşturulmasının söz konusu olduğu, 4734 sayılı Kanun'da yer alan, süreler, yetki limitleri, istisnalar, ilanlar, teminat olarak kabul edilebilecek değerler, teklifler, tekliflerin değerlendirilmesi, inceleme talebinde bulunulması ve Kamu İhale Kurumu tarafından şikâyetlerin incelenmesi, sözleşmelerin, tescil ve vize edilmesi ve diğer bir çok hükmün ihale sürecini uzatacak zaman dilimlerini ihtiva ettiği, bu durumda özellikle milli güvenlik ve kamu düzeni yönünden stratejik önemi olan davacı şirket hizmetlerinin gerektirdiği acil ve özellik

arz eden alımların yapılamamasının, 406 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin

370

kanunlara ve kanunların düzenlenme amaç ve gerekçelerine aykırı olarak hizmetlerin diğer özel şirketlerle rekabet içerisinde yürütülememesi sonucunu doğurarak, davacı şirketin 406 sayılı Kanun'da öngörülen yapıya kavuşamaması nedeniyle hem kendisinin hem de devletin zararına sebebiyet vereceği, davacı şirketin, yukarıda belirtilen statüsü karşısında sermayesinin çoğunluğu kamuya ait bulursa dahi, 406 sayılı Kanun ve telekomünikasyon sektöründeki diğer işletmeciler gibi özel hukuk hükümlerine tâbi olması ve rekâbet ortamında faaliyet göstermesi nedeniyle, dava konusu kararda yer alan yükümlülöklere uymasının maddeten mümkün olmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (d) bendindeki hükmün, 406 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan hüküm ile konuya ilişkin diğer hükümlerini yürürlükten kaldırmasının söz konusu olamayacağı, anılan

maddenin 9. fıkrasındaki hükmün, 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin 5. fıkrası anlamında, davacı şirket yönünden özel kanun niteliğinde olduğu, 4734 sayılı Kanunun yürürlük tarihi 01.01.2003 olduğu halde, dava konusu karar ile uygulamanın başlangıç tarihinin 22.01.2002 olarak belirlenmesi suretiyle geçmişe dönük uygulama yapılmasının hukuka aykırı olduğu öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Sözleşme bedeli üzerinden belli bir oranda alınacak tutarın mükellefinin, davacı kurum veya genel idare içinde yer alan herhangi bir idari birim değil, ihalenin üzerinde kaldığı yükleniciler olduğu, bu nedenle davacı ile iptali istenilen idari işlem arasında kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilgisi bulunmadığından, davanın öncelikle ve esasına girilmeksizin ehliyet yönünden reddi gerektiği, dava konusu karar ile, 2002/1 ve 2002/3 sayılı tebliğlerin yürürlükten kaldırıldığı, ancak 2002/3 sayılı tebliğin içeriği değiştirilmeksizin, yabancı para birimi üzerinden yapılan sözleşmelerin onbinde beşi kadar tutarın, Merkez Bankası efektif satış kuru esas alınarak hesaplanacağı ve söz konusu bedellerin 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edileceği hususlarının düzenlendiği, özel hukuk hükümlerine tâbi anonim şirket statüsünün, davacı şirketin, 4734 sayılı Kanun'un kapsamını belirleyen 2. maddesi hükmüne dahil olmasını engelleyici bir unsur olmadığı gibi, sermayesinin yarısından fazlasının genel veya katma bütçeli bir kuruluşa ait olmasının, Kanun kapsamına alınması için yeterli bulunduğu, dava konusu kararın yürürlüğe

girdiği tarih itibarıyla hisselerinin tamamı Hazine Müsteşarlığı'na ait olan davacı kurumun anılan Kanun'un 2. maddesinin kapsamında bulunduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Muammer TOPAL'ın Düşüncesi: Dava, 25.12.2002 günlü, 24974 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/DK-15 sayılı Kamu İhale Kararı'nın iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, Resmi Gazete'de yayımlandığı 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 53. maddesinde, bu Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulduğu belirtilerek, Kurumun, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu hükme bağlandıktan sonra; (b) fıkrasında, bu Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak kurumun görev ve yetkileri, (j) fıkrasında da kurumun gelirleri belirlenmiş olup; bu fıkranın 1. bendinde, "Vize ve tescile tâbi sözleşmelerin, sözleşme bedelinin yükleniciden tahsil edilecek onbinde üçü", Kamu İhale Kurumu'nun gelirleri arasında sayılmıştır.

22.06.2002 günlü, 24793 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4761 sayılı Kanun'un

15. maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin sözü edilen bendi; "Bu Kanun kapsamındaki idarelerce yapılan ihalelere ilişkin düzenlenecek sözleşmeler için yükleniciden tahsil edilecek sözleşme bedelinin onbinde beşi (idareler ve noterler bu tutarın

yüklenici tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorundadır.)” şeklinde değiştirilmiş ve bu madde anılan Kanun’un yayımlandığı

22.06.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

371

Kanun’daki anılan değişiklikten sonra 25.12.2002 tarih ve 24974 sayılı Resmi

Gazete’de yayımlanan, Kamu İhale Kurulu’nun davaya konu 2002/DK-15 sayılı Kararı ile “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 01.01.2003 tarihinde tümüyle yürürlüğe gireceğinden, Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinin uygulanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki karar alınmıştır.

1-Kanun kapsamına giren;

a-Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler,

b-Eneji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösterenler dahil, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri,

c-Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,

d-Yukarıda sayılan bu idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler,

tarafından yapılan tüm ihaleler,

e-4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların sadece yapım ihaleleri,

ile ilgili olarak, 22/01/2002-22/06/2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile

tâbi sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22/06/2002 tarihinden sonra

imzalanacak sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin

imzalanmasından önce yüklenici tarafından, Kurumun aşağıda belirtilen banka hesaplarına

yatırılması gerekmektedir." denilmek suretiyle, Kanun kapsamındaki ihalelerle ilgili olarak

22/01/2002-22/06/2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tâbi sözleşmelerin

sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22.06.2002 tarihinden sonra imzalanacak sözleşmelerin

sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin imzalanmasından önce

yüklenici tarafından, Kurumun banka hesaplarına yatırılması gerektiği, idareler ve noterlerin,

bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesaplarına

yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorunda oldukları, bu nedenle, imzalanacak tüm mal ve hizmet satın alımları ve yapım işlerine ilişkin sözleşme tutarları üzerinden hesaplanacak bedellerin yükleniciler tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığı belgelendirilmeden, idarece sözleşmelerin imzalanması ve noterler tarafından tescil edilmesinin mümkün bulunmadığı, Kanun'da öngörülen bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamanın ihaleyi yapan idarenin ve noterlerin sorumluluğunda olduğu, anılan ek mali yükümlülüğün mükellefinin yüklenici, sorumlusunun idareler ve noterler, vadesinin sözleşme tarihi olduğu, mükellef ve sorumlusundan herhangi bir nedenle tahsil edilememesi halinde aynı Kanunun 53. maddesinin (j) fıkrası uyarınca 6183 sayılı Kanun kapsamında takip ve tahsil edileceği belirtilmiş, Kurumun 2002/1 ve 2002/3 sayılı Tebliğleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Dava konusu karar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 22.06.2002 tarihinde değişikliğe uğrayan 53. maddesinin j/1 bendinin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılmış olduğuna göre, bu Karar hükümlerinin, uygulama tarihinin başlangıcı olarak anılan maddenin yürürlüğe girdiği 22.01.2002 tarihi ile Kanun'daki anılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 22.06.2002 tarihini esas alması kaçınılmazdır. Dava konusu Karar ile 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 22.06.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4761 sayılı Yasa'yla değiştirilen 53. maddenin yürürlük tarihinin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yeni bir ihale sistemi getiren hükümlerinin

yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihi olarak değiştirilmesine yasal açıdan imkan bulunmadığı da açıktır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun'un 4761 sayılı Kanun'la değişik 2/d maddesinde, "(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler" in, (a) fıkrasında ise, "Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli

372

daireler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler" in kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümlerine göre, anılan Kanun'un 2. maddesinin, dava konusu Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte

bulunan (d) fıkrasında belirtilen kuruluşların bu Kanun kapsamında bulunması kuraldır. Kanun'un yukarıda belirtilen 53.

maddesinin j/1 bendinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerce yapılan ihalelere ilişkin düzenlenecek sözleşmeler için yükleniciden tahsil edilecek sözleşme bedelinin onbinde üçü ve onbinde beşi davalı kurumun gelirleri arasında sayıldığına göre, Kanun kapsamındaki idarelerin, sözleşme bedelinin yükleniciden tahsil edilecek söz konusu payların davalı kurum hesabına yatırıldığını aramaları zorunludur.

Bu durumda, davacı kurum tarafından, 22.01.2002-22.06.2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tâbi sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22.06.2002 tarihinden sonra imzalanacak sözleşmelerin, sözleşme bedeli üzerinden hesaplanacak onbinde beş oranındaki tutarlarının sözleşmenin imzalanmasından önce yüklenici tarafından, kurumun banka hesaplarına yatırılması gerektiği, idarelerin, bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorunda oldukları yolundaki dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, dava konusu Kararın anılan Kanun hükümlerine ve hukuka aykırı bir

yönü bulunmadığından, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem ATICI'nın Düşüncesi : Dava, davacının 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinin uygulanmasına yönelik olarak alınan Kamu İhale Kurulunun 20.12.2002 gün ve 2002/DK-15 sayılı kararının geri alınması, değiştirilmesi veya iptal edilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin

1.4.2003 tarih ve 1458 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı 20.12.2002 gün ve 2002/DK-15 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule ilişkin itirazları yerinde görülmemiştir.

25.12.2002 tarih ve 24974 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Kurulunun 20.12.2002 tarih ve 2002/DK-15 sayılı Kararı ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinin uygulanması ile ilgili olarak düzenleme yapılarak, kanun kapsamına giren idareler tarafından yapılan tüm ihaleler ile ilgili olarak 22/1/2002-22/6/2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tabi sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22.6.2002 tarihinden sonra imzalanacak sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin imzalanmasından önce yüklenici tarafından Kurumun banka hesaplarına yatırılması gerektiği, idareler ve noterlerin, bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesabına yatırıldığını sözleşmenin imzalanması aşamasında aramak zorunda oldukları, bu nedenle, imzalanacak tüm mal ve hizmet satın alımları ve yapım işlerine ilişkin sözleşme tutarları üzerinden hesaplanacak bedellerin yükleniciler tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığı belgelendirilmeden, idarece sözleşme imzalanması ve noter tarafından tescil edilmesinin mümkün bulunmadığı, anılan ek mali yükümlülüğün mükellefinin yüklenici, sorumlusunun idare ve noterler, vadesinin sözleşme tarihi olduğu, mükellef ve sorumlusundan herhangi bir nedenle tahsil edilememesi halinde

aynı Kanunun 53. maddesinin (j) fıkrası uyarınca 6183 sayılı Kanun kapsamında takip ve tahsil edileceği öngörölmüş, Kurumun 2002/1 ve 2002/3 sayılı Tebliğleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Öncelikle davacının, dava tarihi itibariyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesinin 4673 sayılı Yasa ile eklenen

9. fıkrasında "Tük Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir.

Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, Kamu İktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat

373

Türk Telekom'a uygulanmaz. Sermayesinin yarısından fazlası kamuda kaldığı sürece, Türkiye

Büyük Millet Meclisinin denetimine ilişkin 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır. " denilmiş, 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 1. maddesinde, bu Kanunun amacının, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiş, 2. maddesinin (a) bendinde, "Genel Bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler" (d) bendinin ilk şeklinde, "(a), (b), (c) bentlerinde belirtilenlerin ortak oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler" (d) bendinin 12.6.2002 tarih ve 4761 sayılı Kanun ile değişik şeklinde "(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler" kanun kapsamında gösterilmiş, 68. maddesinin (b) bendinde, diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kapsam başlıklı 2.maddesinin 2. fıkrası

30.7.2003 tarih ve 4964 sayılı Kanunun 1.maddesi ile değiştirilerek, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun

kapsamı dışında tutulmuş, Geçici 4. maddesine aynı Yasa ile getirilen ek fıkra ile, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar bu Kanunun 3. maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise Kanunun diğer hükümlerine tabi olacakları öngörülmüştür.

Sermayesinin tamamı Hazine Müsteşarlığına ait olduğu anlaşılan davacı şirketin, davanın açıldığı tarihte 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunduğu açık olup anılan yasanın

68. maddesinin (b) bendi ile diğer kanunların bu Kanuna uymayan hükümlerinin kaldırılması karşısında, 406 sayılı Kanunun 1. maddesine 4673 sayılı Yasa ile getirilen 9. fıkrasında yer alan, Türk Telekom hakkında kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuatın uygulanamayacağına ilişkin hükmün Kamu İhale Kanunu yönünden uygulanması olanağı kalmamıştır.

Davacı, dava konusu kararın 1.1.2003 tarihinden önce uygulanamayacağını öne sürdüğünden Kamu İhale Kanununun 53.maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinde öngörülen düzenlemelerin uygulama tarihinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

22.1.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Kanununun 69. maddesinde, bu Kanunun 53. maddesi ile geçici 1 ve geçici 5. maddelerinin yayımı tarihinde, diğer maddelerinin 1.1.2003 tarihinde

yürürlüğe gireceği öngörülmüş, 53.

maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinde, “vize ve tescile tabi sözleşmelerin, sözleşme bedelinin yükleniciden tahsil edilecek onbinde üçü” aynı bendin 22.6.2002 tarih ve 24793

sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 4761 sayılı Kanunun 15.

maddesi ile değişik şeklinde “Bu kanun kapsamındaki idarelerce yapılan ihalelere ilişkin

düzenlenecek sözleşmeler için yükleniciden tahsil edilecek sözleşme bedelinin onbinde beşi”

Kurumun gelirleri arasında sayılmış, anılan bent 30.7.2003 tarih ve 4964 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinin 22.1.2002, 4761 sayılı yasa ile değişik halinin 22.6.2002 tarihinde yürürlüğe girdiği açık olduğundan dava konusu karar ile yasa hükümlerinin yürürlüğe giriş tarihleri esas alınarak düzenleme yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, dava konusu işlemlerin, davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan yasa hükümlerine aykırılığı görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle yasal daynağı bulunmayan davanın reddi gerektiği düşünölmektedir.

TÖRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 28.06.2005 tarihinde davacı kurum vekili Av. Ayşe Şeker'in, davalı Kamu İhale Kurumu temsilcisi Hukuk Danışmanı F. Meltem Zorba'nın geldiği, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görölmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü;

Dava, 25.12.2002 tarihli, 24974 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/DK-15 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı'nın ve bu kararın geri alınması, değiştirilmesi veya iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 01.04.2003 tarih ve 110/1458 sayılı davalı kurum işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin ehliyet yönünden itirazı yerinde görölmemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 22.01.2002 günlü, 24648 sayılı Resmi Gazete'de

yayımlanmış olup, Kanun'un yürürlüğüne ilişkin 69. maddesinde, Kanunun 53. maddesi ile

geçici 1. ve geçici 5. maddelerinin yayımı tarihinde, diğer maddelerinin ise 01.01.2003

tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanunun, Resmi Gazete'de yayımlandığı 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 53. maddesinde, bu Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulduğu belirtilerek, Kurumun, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu hükme bağlandıktan sonra; (b) fıkrasında, bu Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak kurumun görev ve yetkileri, (j) fıkrasında da kurumun gelirleri belirlenmiş olup; bu fıkranın 1. bendinde, "Vize ve tescile tâbi sözleşmelerin, sözleşme bedelinin yükleniciden tahsil edilecek onbinde üçü", Kamu İhale Kurumu'nun gelirleri arasında sayılmıştır.

Aynı Kanunun yine 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren geçici 5. maddesinin son fıkrasında ise, kurumun her türlü giderlerinin, gelirleri ile karşılanacak aşamaya gelinceye kadar, genel bütçeden sağlanacak yardımlardan finanse edileceği öngörülmüştür.

Böylelikle kanun koyucu, Kamu İhale Kurumu'nun teşkilâtlanmasını tamamlamasına bağlı olmaksızın ve kurum tarafından doğrudan verilecek bir hizmetin karşılığı olarak düşünülmeksizin, kurumun Kanun'da sayılan gelirlerinin 22.01.2002 tarihinden itibaren toplanmaya başlanması esasını benimsemiş bulunmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun anılan 53. maddesinin j/1 bendi; 22.06.2002 günlü, 24793 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4761 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile "Bu Kanun kapsamındaki idarelerce yapılan ihalelere ilişkin

düzenlenecek sözleşmeler için yükleniciden tahsil edilecek sözleşme bedelinin onbinde beşi (idareler ve noterler bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorundadır.)” şeklinde değiştirilmiş ve bu madde anılan Kanun’un yayımlandığı

22.06.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu değişiklikten sonra, 25.12.2002 tarihli, 24974 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Kurulu’nun dava konusu 2002/DK-15 sayılı Kararı’nda; “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 01.01.2003 tarihinde tümüyle yürürlüğe gireceğinden, Kanununun 53. maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinin uygulanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki karar alınmıştır.

1-Kanun kapsamına giren;

a-Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler,

b-Eneji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösterenler dahil, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri,

c-Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,

d-Yukarıda sayılan bu idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler,

tarafından yapılan tüm ihaleler,

e-4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların sadece yapım ihaleleri,

ile ilgili olarak, 22/01/2002-22/06/2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tâbi sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22/06/2002 tarihinden sonra imzalanacak sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin imzalanmasından önce yüklenici tarafından, Kurumun aşağıda belirtilen banka hesaplarına yatırılması gerekmektedir.

2-İdareler ve noterler, bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorundadırlar. Bu nedenle, imzalanacak tüm mal ve hizmet satın alımları ve yapım işlerine ilişkin sözleşme tutarları üzerinden

hesaplanacak bedellerin yükleniciler tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığı belgelendirilmeden, idarelerce sözleşmelerin imzalanması ve noterler tarafından tescil edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kanunda öngörülen bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ihaleyi yapan idarenin ve noterlerin sorumluluğundadır.

3-Sözleşme bedeli üzerinden hesaplanacak tutarın Kamu İhale Kurumunun hesaplarına yatırıldığına ilişkin banka makbuzlarınının aslı ihale dosyasında saklanacak, sözleşme tutarı ile Kurumun banka hesaplarına yatırılan tutar, üçer aylık dönemlerde izleyen ayın onbeşine kadar ilgili idarece bir yazıyla ve Karar eki form doldurulmak suretiyle Kamu İhale Kurumu'na bildirilecektir.

4-Yabancı para birimi üzerinden düzenlenen sözleşmelerde onbinde beş oranındaki tutarların hesaplanmasında söz konusu bedellerin banka hesaplarına yatırılacağı tarihteki T.C. Merkez Bankası efektif satış kurunun esas alınması gerekmektedir.

5-4734 sayılı Kanunla getirilen "sözleşme bedelinin onbinde beşi" oranındaki ek mali yükümlülüğün mükellefi yüklenici, sorumlusu idareler ve noterler, vadesi sözleşme tarihi olup, mükellef veya sorumlusundan herhangi bir nedenle tahsil edilememesi halinde aynı Kanununun 53. maddesinin (j) fıkrası uyarınca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında takip ve tahsil edilecektir.

6-6183 sayılı Kanununun 106. maddesi ve bu madde uyarınca tahsilinden vazgeçilerek kamu alacaklarını belirleyen Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen miktarı aşmayan tutarlara kadar olan Kurum gelirlerinin tahsilinde anılan Bakanlar

Kurulu Kararı hükmü uygulanacaktır.

7-Kurumumuzun 15.05.2002 tarih ve 24756 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2002/1 sayılı Tebliği ve 27.06.2002 tarih ve 24798 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2002/3 sayılı Tebliği yürürlükten kaldırılmıştır." hükümlerine yer verilmiştir.

Dava konusu, 2002/DK-15 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı, 4734 sayılı Kamu İhale

Kanunu'nun 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 22.06.2002 tarihinde değişikliğe

uğrayan 53. maddesinin j/1 bendinin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılmış olduğuna göre,

bu Karar hükümlerinin, uygulama tarihinin başlangıcı olarak, 4734 sayılı Kanun'un 53.

maddesinin yürürlüğe girdiği 22.01.2002 tarihini ve bu bentde söz konusu değişikliğin

yapılmasına ilişkin 4761 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 22.06.2002 tarihini esas alması

kaçınılmazdır. Dava konusu Karar ile, anılan Kanun'un 53. maddesinin, değişiklikten önce ve

sonraki yürürlük tarihlerinin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yeni bir ihale sistemi

getiren hükümlerinin yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihi olarak değiştirilmesine yasal açıdan

imkan bulunmadığı da açıktır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun'un 2/d fıkrasında yer alan, "(a), (b) ve (c)

bentlerinde belirtilenlerin ortak oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve

şirketler” hükmü, 4761 sayılı Kanun’la değiştirilerek, “(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler”in kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin, bu Kanun kapsamında yürütüleceği, (a) fıkrasında ise, “Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler” hükümlerine yer verilmiştir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1. maddesinde, “Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğünce (P.İ.), telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Şirket) tarafından yürütülür.

Şirketteki kamu payı %50’nin altına düşünceye kadar ana sözleşmede yapılacak değişikliklerde Ulaştırma Bakanının görüşü alınır.

2813 sayılı Telsiz Kanunu ile radyo ve televizyona ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve telekomünikasyon alt yapısı tesisi ve işletilmesi bu Kanuna tabidir.

Türk Telekom, bu Kanun çerçevesinde her türlü telekomünikasyon hizmetlerini yürütmeye ve telekomünikasyon altyapısı işletmeye yetkilidir.

Türk Telekom'un söz konusu yetkiye ilişkin hak ve yükümlülükleri Bakanlık ile imzalanacak görev sözleşmesi ve/veya görev sözleşmeleri ile belirlenir. Türk Telekom, görev sözleşmelerinde belirlenen asgarî hizmetleri sunmakla yükümlüdür.

Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirkettir. Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat Türk Telekomu uygulanmaz. Sermayesinin yarısından fazlası kamuda kaldığı sürece, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır." hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen hükümlere göre, 4734 sayılı Kanun'un 2/d fıkrasında belirtilen

kuruluşların bu Kanun kapsamında bulunması kuraldır. Kanun'un yukarıda belirtilen 53.

maddesinin j/1 bendinde 4761 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, vize ve tescile tâbi sözleşmelerin, sözleşme bedelinin yükleniciden tahsil edilecek onbinde üçünün, anılan

Kanun'la yapılan değişiklikten sonra ise, bu Kanun kapsamındaki idarelerce yapılan ihalelere

ilişkin düzenlenecek sözleşmeler için yükleniciden tahsil edilecek sözleşme bedelinin onbinde

beşi davalı kurumun gelirleri arasında sayıldığına göre, Kanun kapsamındaki idarelerin,

sözleşme bedeli üzerinden, yükleniciden tahsil edilecek

payın davalı kurum hesabına yatırıldığını aramaları zorunludur.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanunun geçici 4. maddesine 4964 sayılı Yasayla eklenen “Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise Kanunun diğer hükümlerine tâbi olurlar” hükmünde yer alan “özel kanun” tabirinin davacı şirket açısından, 406 sayılı Kanun olduğu, bu nedenle davacı şirketin 4734 sayılı Kanuna tâbi olmaması gerektiği ileri sürülmekte ise de, anılan hükümle, 4734 sayılı Kanun’un 3/g bendi kapsamındaki mal ve hizmetlerin ilgili kuruluşların talebi üzerine Kurum tarafından belirlenmesi öngörülmekte; enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler tarafından yürütülecek yapım işleri ile mal veya hizmet alımları için Avrupa Birliği normlarına uyumlu özel bir kanun çıkarılacağından, bu kuruluşların kendi özel kanunları çıkıncaya kadar bu Kanun hükümlerine tâbi olmaya devam etmesi sağlanarak uygulamada doğacak boşluk giderilmektedir. 406 sayılı Kanunun, davacı şirketin yapım işleri ile mal veya hizmet alımları için çıkarılmış, özel bir Kanun olduğundan söz edilemeyeceğinden, söz konusu iddia yerinde bulunmamıştır.

Bu durumda, sermayesinin yarısından fazlası Hazine'ye ait olduğu hususunda çekişme bulunmayan davacı kurum tarafından, 22.01.2002-22.06.2002 tarihleri arasında imzalanan vize ve tescile tâbi sözleşmelerin sözleşme bedelinin onbinde üçü, 22.06.2002 tarihinden sonra imzalanacak sözleşmelerin, sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarların sözleşmenin imzalanmasından önce yüklenici tarafından, kurumun banka hesaplarına yatırılması gerektiği, idarelerin, bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorunda oldukları yolundaki dava konusu düzenlemede ve bu düzenlemenin geri alınması, değiştirilmesi veya iptali isteğiyle yapılan başvurunun reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 28.06.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.