

**açık ihale usulü ile yapılan
“Muhtelif Cinslerde Sürücülü
Araç Kiralanması” ihalesine
katılan davacı şirketin
teklif mektubunun hakkında
kamu davası açılmış bulunan
şirket yetkilisi aracından
imzalandığı dikkate
alındığında, yukarıda
aktarılan 4734 sayılı Kamu
İhale Kanunu’nun 11/a, 17/e,
58, 59.maddeleri ile kurul
kararı uyarınca, hakkında
kamu davası açılan kişinin
kamu ihalelerinden yasaklı
duruma düşeceği anlamına
gelmeyeceğinden teklif
değerlendirme dışı bırakılsa**

bile geçici teminatların irat kaydedilemeyeceği, yapılan değişiklikle yasaklama için idare veya mahkeme kararının gerektiği dikkate alınarak hakkında idare veya mahkeme kararıyla yasaklama verilen gerçek kişi ile birlikte bu gerçek kişinin %50'sinden fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketlerinin de yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacağı, bunların ihalelere katılmasının, 4734 sayılı Kanun'un 17/e maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğu,

bu yasak fiil ve davranışın karşılığı olarak sermaye şirketi ile birlikte bu şirketin % 50'den fazla hissesine malik olan ortağı hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanacağı açık ise de; şahıs hakkında sadece kamu davasının açıldığı ve hakkında idare veya mahkeme tarafında verilmiş bir yasaklama kararı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, anılan şahsın % 50'den fazla hissesine malik olduğu davacı şirketin davalı idare tarafından yapılan ihaleye

katılması nedeniyle, davacı şirket hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ve geçici teminatın irad kaydedilmesi uygulamasında hukuka ve mevzuata uyarlılık görülmemiştir.

Toplantı No	: 2013/048
Gündem No	: 84
Karar Tarihi	: 17.07.2013
Karar No	: 2013/MK-230

<u>Sikayetçi:</u>
Tureks Turizm Taşımacılık İnşaat Akaryakıt İstasyon Temizlik Hizmetleri İşletmeciliği Tic. ve San. A.Ş
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü
<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
Kamu İhale Kurulunun 12.12.2012 tarih ve 2012/UH.II-4711 sayılı kararı hakkında Ankara Bölge İdare Mahkemesince verilen, daha önceki yürütmenin durdurulması kararına ilişkin kısmen iptal kararının uygulanmasına ilişkin Kurul kararı alınması.
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
<u>Karar:</u>

İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nce 17.09.2012 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan 2012/108070 İKN'li Muhtelif Cinslerde Sürücülü Araç Kiralanması ihalesine ilişkin olarak,

Tureks Turizm Taşımacılık İnşaat Akaryakıt İstasyon Temizlik Hizmetleri İşletmeciliği Tic. ve San. A.Ş.nin 12.10.2012 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 19.10.2012 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 30.10.2012 tarih ve 35667 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 30.10.2012 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 12.12.2012 tarihli ve 2012/UH.II-4711 sayılı karar ile; "1) 4734 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

1. Hakkında kamu davası açılmış olmasına rağmen Tureks Turizm Taşımacılık İnşaat Akaryakıt İstasyon Temizlik Hizmetleri İşletmeciliği Tic. ve San. A.Ş. adına teklif sunan Özgür Kalkan ile yasaklı temsilcisi vasıtasıyla ihaleye katılan Tureks Turizm Taşımacılık İnşaat Akaryakıt İstasyon Temizlik Hizmetleri İşletmeciliği Tic. ve San. A.Ş. haklarında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58'inci maddesi gereğince yasaklılık işlemlerinin başlatılması hususunun İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne bildirilmesine," karar verilmiştir.

Davacı Tureks Turizm Taşımacılık İnşaat Akaryakıt İstasyon Temizlik Hizmetleri İşletmeciliği Tic. ve San. A. Ş. tarafından anılan Kurul Kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 22.03.2013 tarihli E:2013/121 sayılı kararda, "… Bakılan uyumsuzlukta; İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 17.09.2012 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Muhtelif Cinslerde Sürücülü Araç Kiralanması" ihalesine katılan davacı şirketin teklif mektubunun hakkında kamu davası açılmış bulunan şirket yetkilisi Özgür Kalkan tarafından imzalandığı dikkate alındığında, yukarıda aktarılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yukarıda aktarılan 11/a, 17/e, 58, 59.maddeleri ile kurul kararı uyarınca, hakkında kamu davası açılan kişinin kamu ihalelerinden yasaklı duruma düşeceği anlamına gelmeyeceğinden teklif değerlendirme dışı bırakılsa bile geçici teminatların irat kaydedilemeyeceği, yapılan değişikliklikle yasaklama için idare veya mahkeme kararının gerektiği dikkate alınarak hakkında idare veya mahkeme kararıyla yasaklama verilen gerçek kişi ile birlikte bu gerçek kişinin %50'sinden fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketlerinin de yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacağı, bunların ihalelere katılmasının, 4734 sayılı Kanun'un 17/e maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğu, bu yasak fiil ve davranışın karşılığı olarak sermaye şirketi ile birlikte bu şirketin % 50'den fazla hissesine malik olan ortağı hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanacağı açık ise de; Özgür Kalkan hakkında sadece kamu davasının açıldığı ve hakkında idare veya mahkeme tarafında verilmiş bir yasaklama kararı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, anılan şahsın % 50'den fazla hissesine malik olduğu davacı şirketin davalı idare tarafından yapılan ihaleye katılması nedeniyle, davacı şirket hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ve geçici teminatın irad kaydedilmesi uygulanmasında hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu genel olarak irdelendiğinde, yasak olan fiil ve davranışların kimler için yasak olduğu açık bir biçimde ifade edildiği gibi, yasak olan fiil ve davranışların gerçekleştirilmesi durumunda kimler hakkında hangi yaptırımların uygulanacağı açıkça ifade edilmiş bulunmakta olup; ihaleye katılması yasak olanların başka bir gerçek veya tüzel kişiyi temsil etmeleri durumunda; kendileri için kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinden yasaklama yönünden yapılacak işlemlerin, bu kişilerin bu kişilerin temsil edecekleri şirketler hakkında da yapılacağı hususunda 4734 sayılı Yasa'da bir hükme yer verilmediğinden uyumsuzluk konusu olayda, davacı şirketin ihalelerden geçici olarak yasaklanması konusunda verilmiş bir karar bulunmadığından, bu şirketin İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 17.09.2012 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Muhtelif Cinslerde Sürücülü Araç Kiralanması" ihalesine şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmayan Özgür Kalkan aracılığıyla katılması nedeniyle Kamu İhale Kurulu kararının davacı şirket hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin kısmında yine hukuka uyarlık bulunmamaktadır. …"gereğinceyle verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar üzerine,

Kamu İhale Kurulu'nun 13.05.2013 tarih ve 2013/MK-135 sayılı Kararı ile, "1- Kamu İhale Kurulunun 12.12.2012 tarihli ve 2012/UH.II-4711 sayılı Kararının iptaline,

2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

Ankara 3'üncü İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararına Kurumca itiraz edilmesi üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 08.05.2013 tarihli ve Y.D. İtiraz No:2013/2189 sayılı kararında; "Dava konusu işlem davacı şirkette ihaleye verilen teklifin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatın irat kaydedilmesi ve davacı şirketin ihalelerden yasaklılık işlemlerinin başlatılması hususunun ihaleyi yapan idareye bildirilmesi kısımlarından oluşmakta olup, işlemin tesisi sürecinde işleme dayanak alınan 4734 sayılı Yasanın ilgili hükümlerinin bir kısmında değişiklik yapıldığından işlemin davacı şirket teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatın irat kaydedilmesi kısmının ayrı, davacı şirketin ihalelerden yasaklılık işlemlerinin başlatılması hususunun ihaleyi yapan idareye bildirilmesi kısmının ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

İhalenin yapıldığı 17.09.2012 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 4734 sayılı Yasanın yukarıya alıntısı yapılan hükümlerine göre, ihale tarihinden önce hakkında Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesinde açılmış olup ihalenin yapıldığı tarih itibarıyla devam etmekte olan dava bulunan Özgür Kalkan adlı kişinin doğrudan ya da dolaylı olarak kendisi ya da başkaları adına hiç bir şekilde kamu ihalelerine olanak bulunmadığı, dava konusu olayda ise bu yasağa rağmen Özgür Kalkan'ın davacı şirket adına ihaleye katıldığı ve teklif verdiği ihtilaflı olduğundan ihale komisyonunca ihaleye teklif veren isteklilerin tekliflerinin ihale tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerektiğinden, ihale tarihi itibarıyla yürürlükte olan mevzuata göre yasaklı durumda bulunan adı geçen kişinin imzasıyla ihaleye teklif veren davacı şirket teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatın irat kaydedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamıştır.

Dava konusu işlemin davacı şirketin ihalelerden yasaklanması işlemlerinin başlatılması hususunun ihaleyi yapan idareye bildirilmesi kısmına gelince; her ne kadar ihalenin yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca hakkında devam etmekte olan dava olduğu için ihalelere katılmaktan yasaklı durumda olan Özgür KALKAN vasıtasıyla ihaleye katılan davacı şirket hakkında 4734 sayılı Yasanın 58. Maddesi uyarınca yasaklılık işlemlerinin başlatılması hususunun ihaleyi yapan idareye bildirilmesi kararı verilmiş ise de; dava konusu işlemin tesis edildiği 12.12.2012 tarihinden önce 10.11.2012 tarihli, 28463 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6359 sayılı Yasanın 1.maddesi ile 4734 sayılı Yasanın 11. maddesinin birinci fıkrası (a) bendine "idarelerce veya mahkeme kararıyla" ibaresinin eklenmesinden sonra, ihalelerden yasaklı olmak için idarelerce veya mahkeme kararıyla bu yönde alınmış bir yasaklama kararının bulunması gerektiği, hakkında dava açılmış olmasının bir kişinin ihalelerden yasaklı olması sonucunu doğurmadığı, buna göre; her ne kadar, ihalenin yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre hakkında devam eden dava bulunan kişinin ihalelere herhangi bir şekilde katılması halinde ihaleye katılan ve adına ihaleye katılmanın ihalelerden yasaklanması mümkün bulunmakta idiyse de ihaleyi yapan idarece belirtilen dönemde davacı şirket ve şirket adına ihaleye teklif veren Özgür Kalkan hakkında bu yönde bir işlem başlatılmadığı, davalı idare tarafından ise 4734 sayılı Yasanın mezkur hükmünde yapılan değişiklik ile yasaklılığın idarelerce veya mahkeme kararıyla bu yönde bir karar alınmış olması koşuluna bağlanmasından sonra tesis edilmiş olan dava konusu kararla alındığı dikkate alındığında dava konusu işlemlerle yasaklılık işlemlerinin başlatıldığı tarihte davacıya atfedilen fiilin yasaklanma nedeni olmaktan çıktığı ve yasaklanma işleminin tesis edildiği tarihten itibaren ileriye yönelik olarak uygulanan bir ceza niteliğinde olduğu, ceza hukukunun genel prensiplerine göre ise kişilerin lehine olan yasal düzenlemelerden ilgililerin yararlandırılması gerektiği hususları birlikte dikkate alındığında dava konusu işlemin davacı şirket hakkında ihalelerden yasaklılık işlemlerinin başlatılması ipin ihaleyi yapan idareye bildirimde bulunulması kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle; davalı itirazının kısmen KABULÜNE; yürütmenin durdurulması talebinin kabulüne yönelik olarak Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 22/03/2013 gün ve E:2013/121 sayılı kararın davacı şirket teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve gepici teminatın irat kaydedilmesi kısmının KALDIRILMASINA; dava konusu işlemin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığından bu kısma yönelik yürütmenin durdurulması isteminin REDDİNE, itirazı konu kararın davacı şirketin kamu ihalelerinden yasaklanması işlemlerinin başlatılmasına ilişkin kısmına yönelik itirazın REDDİNE,"şeklinde gerekçe belirtilerek Ankara 3'üncü İdare Mahkemesinin 22.03.2013 tarihli ve E:2013/121 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin kararın kısmen kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasanın 27 nci maddesi 2 nci fıkrası uyarınca yürütmenin durdurulması isteminin kısmen reddine, 08.05.2013 tarihinde Oybirliği ile karar vermiştir.

Anayasanın 138/4'üncü maddesinde, 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.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/1'inci maddesinde; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin 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 günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

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

Açıklanan nedenlerle;

1- Kamu İhale Kurulunun 13.05.2013 tarih ve 2013/MK-135 sayılı Kararının, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmının iptaline,

2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve geçici teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmına yönelik başvurunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.

Mahmut GÜRSERİ Başkan			
Kazım ÖZKAN II. Başkan	Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi		Ahmet ÖZBAKIR Kurul Üyesi
Mehmet Zeki ADLI Kurul Üyesi	Hasan KOCAĞÖZ Kurul Üyesi		Hamdi GÜLEÇ Kurul Üyesi
Mehmet AKSOY Kurul Üyesi			