

Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacakları hakkında

şirketin ortaklarını belediye iştiraklerinin oluşturduğu şirketlerin bünyesinde ve yönetiminde belediye yöneticilerin bulunmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı, belediye şirketi olarak verilen hizmetin kâr amacıyla değil kamu hizmeti amacıyla verildiği, şirketin yönetim kurulu başkanı ile genel müdür ve genel müdür yardımcısının belediye ihale komisyonunda ve encümeninde görev almadıkları öne sürülerek iptali istenilmektedir.

T.C.

DANIŞTAY

10. DAİRE

11. 2001/4312

12. 2003/5197

13. 16.12.2003

ÖZET: Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere

katılamayacakları hakkında.

İstemın Özetı: Beledıyelerın kurdukları ve yönetımından belediye başkanı ve diğerk belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, beledıyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacaklarına ilişkin İçişleri Bakanlığının 12/12/2000 tarih ve 47539 sayılı Genelgesi ile bu genelge esas alınarak davacı şirketin belediye ihalelerine alınmamasına ilişkin işlemin; anonim şirketlerin Türk Ticaret Kanununun 321'inci maddesine göre temsil ve idare olunduğu dolayısıyla ortaklarını belediye iştiraklerinin oluşturduğu şirketlerin bünyesinde ve yönetiminde belediye yöneticilerin bulunmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı, belediye şirketi olarak verilen hizmetin kâr amacıyla değil kamu hizmeti amacıyla verildiği, şirketin yönetim kurulu başkanı ile genel müdür ve genel müdür yardımcısının belediye ihale komisyonunda ve encümeninde görev almadıkları öne sürölerek iptali istenilmektedir.

Davalı İçişleri Bakanlığı Savunmasının Özetı: Genelgenin 2886 sayılı Yasanın 6'ncı maddesi gereğince yayınlandığını, belediye şirketlerinin belediye ihalelerine katılmasının haksız rekabete yol açtığını, rekabette iştirakçilerin eşit şartlarda ihaleye katılmalarının sağlanmasının amaçlandığı, genelgenin ihalelerin açık olması, güven ortamında yapılması ve ihaleye katılanların hiç bir şekilde kuşku duymamalarının sağlanması amacıyla çıkarıldığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı ... Büyükşehir Belediyesi Savunmasının Özetı: Davacı şirketin İçişleri Bakanlığının dava konusu genelgesi gereğince ihalelere alınmadığı ileri sürölerek davanın reddi gerektiği belirtilmektedir.

D.Tetkik Hâkimi Ergün Özcan'ın Düşüncesi: 2886 sayılı Yasanın 2'nci maddesinde öngörülen ihale ilkeleri doğrultusunda aynı Yasanın 6'ncı maddesi gereğince belediye şirketlerinin belediye ihalelerine katılmamaları gerektiğini açıklayan ve katılmaları halinde doğabilecek sakıncaları düzenleyen dava konusu genelge 2886 sayılı Yasanın 2 ve 6'ncı madde hükümlerine aykırılık taşımamaktadır. Dava konusu genelge uyarınca, davacı şirketin ... Büyükşehir Belediyesince yapılan konser organizasyonu işi ihalesine alınmamasına ilişkin uygulama işleminde de hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Nevzat Özgür'ün Düşüncesi: Dava, belediyelerin ortak oldukları şirketlerin belediye ihalelerine giremeyeceklerine ilişkin 12/12/2000 günlü ve 47539 sayılı İçişleri Bakanlığı genelgesinin ve bu genelge hükmünden dolayı davacı anonim şirketin ... Büyükşehir Belediyesince yapılan 16/1/2001 tarihli ihaleye alınmamasına ilişkin işlemin ve ihalenin iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1'nci maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin, bu kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 6'ncı maddesinde "Aşağıdaki şahıslar doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar;

1- İhaleyi yapan idarenin;

1. a) İta amirleri;

2. b) İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar;

3. c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dâhil) kan ve sihri hısımları;
4. d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortakları hariç)

2- Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar;" kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, Türk Ticaret Kanununun 312'nci maddesinde anonim şirketlerin yönetim kurullarının, pay sahibi olan ortaklardan oluşacağı, tüzel kişilerin temsilcisi olan gerçek kişilerin de yönetim kurulu üyesi olabileceği belirtilmiş, 275'inci maddesinde ise, Devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişilerinin şirket yönetim kurulu ve denetim kurullarındaki temsilcilerinin, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve yetkilerine sahip oldukları, ancak bu temsilcilerin, pay senedi verme yükümlülüğü bulunmadığına değinilmiştir.

Aktarılan yasa hükümlerinin birlikte incelenmesinden, pay sahibi olmanın anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olabilmenin genel şartı olduğu, ancak şirket ortağının kamu tüzel kişisi olması halinde, kamu tüzel kişisinin temsilcilerinin yönetim ve denetim kurullarında yer alabilmelerine karşın, pay sahibi olma, bir başka deyişle "ortak" olma mecburiyeti bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, anonim şirket ortağı olan belediyelerin ortağı bulundukları şirket yönetim kurullarındaki temsilcilerinin "ortak" statüsünü kazanmadıkları kuşkusuzdur.

Belediyelerin ortağı oldukları anonim şirketlerdeki kamu sermayesini temsil etme görevini üstlenen temsilciler "ortak" olarak nitelendirilemeyeceklerinden, 2886 sayılı yasanın 6'ncı maddesinde yer alan "İhaleye katılamayacak olanlar" arasında değerlendirilmelerinin mümkün olmadığı konusunda duraksamaya yer yoktur.

Bu itibarla, anılan yasal düzenlemeler uyarınca belediyelerin ortak oldukları anonim şirketlerin belediye ihalelerine katılmalarının önünde yasal bir engel bulunmadığından, idari kararlarla, yasal düzenlemelerde yer almayan bir kısıtlamanın getirilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle hukuka aykırı bulunan dava konusu genelgenin ve sözü edilen genelgeye dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemlerin iptalinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

KARAR: Dava, Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacaklarına ilişkin İçişleri Bakanlığının 12/12/2000 tarih ve 47539 sayılı Genelgesi ile bu genelge esas alınarak davacı şirketin belediye ihalelerine alınmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 1'inci maddesi birinci fıkrasında, Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiş olup aynı Yasanın 2'nci maddesi birinci fıkrasında, bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan Yasanın "İhalelere katılamayacak olanları" başlıklı

6'ncı maddesinde, "Aşağıdaki şahıslar doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar:

1- İhaleyi yapan idarenin;

1. a) İta amirleri,
2. b) İhale işlemleri hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar,
3. c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dâhil) kan ve sıhri hısımları,
4. d) (a), (b), (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç),

2- Bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar." hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu Genelge, belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketler ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine aykırı şekilde alım-satım ilişkilerine girdikleri ve ihalelerini bu şirketlere verdiklerinin Sayıştay Başkanlığının 26/10/2000 tarih ve 614 sayılı yazısından anlaşılması üzerine davalı idarelerden İçişleri Başkanlığınca 2886 sayılı Yasanın 6'ncı maddesi hükmü doğrultusunda yapılması gerekenleri açıklamak üzere yürürlüğe konulmuştur. İptali istenilen Genelgede Belediyelerin ihale konusu iş ve işlemlerinde 2886 sayılı Yasaya tabi oldukları belirtilerek, yapacakları her türlü alım, satım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlemlerini bu yasa hükümlerine göre yürütmek zorunda oldukları, Kanunda belirtilen kural ve ilkelere aykırı her türlü işlemin ilgili görevliler açısından hukuki ve mali sorumluluk doğuracağı açıklanmış ve 2886 sayılı Yasanın 2 ve 6'ncı maddeleri doğrultusunda nasıl hareket edilmesi gerektiği belirlendikten sonra ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanarak en uygun bedelle ihalenin gerçekleştirilmesi ve

sonuçlarının denetlenmesi bakımından il özel idareleri belediye personelinin yönetim ve denetiminde yer aldığı şirketlerin, bu idareler tarafından açılan ihalelere katılamayacakları düzenlenmiştir.

2886 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen 2'nci maddesi hükmünde ihalelerde uygulanacak ilkeler belirlenmiş, 6'ncı maddede ise bu ilkelerin gereği olarak, ihaleyi yapan kuruluş ile ihale sonucunu etkileyebilecek bir görev ilişkisi bulunanların ihalelere katılmaları yasaklanmıştır.

Bu durumda, ita amiri sıfatıyla ihaleleri onaylama veya iptal etme yetkisine sahip bulunan belediye başkanlarının ya da belediye ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, bunların eşlerinin ve (ikinci derece dâhil) kan ve sihri kısımlarının ve bu şahısların ortaklarının (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) yönetim ve denetim kurullarında bulundukları belediye şirketlerinin, aynı belediyelerin açtıkları ihalelere girmeleri 2886 sayılı Yasanın 2'nci maddesinde belirlenen ilkelerle bağdaşmadığı gibi 6'ncı madde hükmüne de uygun bulunmamaktadır.

Her ne kadar belediyelere ait şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alan belediye personeli, belediye ihalelerine kendi adlarına katılmamakta iseler de, bu kişilerin görevli oldukları şirketlerin ihalelere katılmaları 2886 sayılı Yasanın 6'ncı maddesi hükmünün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla 6'ncı maddeyle getirilen yasaklama hükmü esas itibarıyla, ihaleye katılacak olanların ihaleyi yapan kuruluş ile görev ilişkilerinin bulunması halinde ortaya çıkması olası sakıncaları önleme amacı taşımaktadır. İhale işlemlerinde yetkili belediye görevlilerinin yönetim ve denetim kurulunda bulundukları bir şirketin, belediyece açılan ihaleye katılması ise, görev ilişkisinin de ötesinde ihaleyi yapan ile ihaleye katılanın aynı olması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, ihalenin açıklık ve tarafsızlık ilkelerine

uygun olarak gerçekleştirileceği konusunda kuşkulara yol açabileceği gibi, eşit rekabet koşullarını da ortadan kaldıracak niteliktedir.

Bu itibarla, belediyelerin kurdukları veya iştirak ettikleri ve 2886 sayılı Devlet ihale Kanununun 6'ncı maddesinin 1'inci bendinde sayılan kişilerin yönetim ve denetim kurullarında görev aldıkları şirketlerini, aynı belediyeler tarafından açılan ihalelere katılmalarının, anılan Yasanın 2 ve 6'ncı maddelerine aykırılık teşkil ettiğini belirleyen ve bu konuda nasıl hareket edilmesi gerektiğini açıklayan dava konusu Genelgede kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, ... Büyükşehir Belediyesince yapılan konser organizasyonu işine ilişkin ihalede davacı şirketin anılan Genelge hükümleri gereğince, teklif mektubunun açılmayarak ihale dışı bırakılmasına ilişkin uygulama işleminde de yukarıda yapılan açıklamalar ve ilkeler doğrultusunda hukuka aykırı bir yön görölmemektedir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, takdiren 67.500.000. TL. avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelerden ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekiline verilmesine 16/12/2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.