

Devlet ihale kanununda ihaleye fesat karıştırma suçu

İhalenin tabi olduğu mevzuata ve buna dayalı olarak hazırlanan ihale dokümanlarına istinaden ihaleye katılmasında herhangi bir engel bulunmayan isteklinin veya adayın, ihaleye veya ihale sürecinin herhangi bir aşamasında yapılacak işlemlere katılmasının fail tarafından hileli davranışlarla engellenmesi hâlinde, TCK madde 235/2-a-1 bendi gereğince ihaleye fesat karıştırma suçu meydana gelir.

İhale kapsamındaki işlemlere katılımın engellenmesi, aday veya isteklinin ihaleye iştirakinin engellenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iştirak edildikten sonra sürecin devamına ilişkin yapılan engellemeler şeklinde de ortaya çıkabilir

Bu kapsamda hileli davranışlarla ihaleye katılma yeterliği ve şartlarını taşıyan isteklinin, teklifinin değerlendirmeye alınmaması veya ihale kendi üzerinde bırakılmasına karşın yine hileli hareketlerle sözleşmenin imza sürecine engel olunması da ihaleye fesat karıştırma olarak değerlendirilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmenin yapılmasından ve ihale sürecinin bitmesinden sonra yapılan hileli davranışlar bu suçu oluşturmaz

Engelleme fiiline ilişkin maddede herhangi bir sınırlama yapılmadığından, engellemeye yönelik tüm hileli hareketler bu madde şümulünde değerlendirilebilir. Bununla birlikte, burada bahsedilen fiil, uygulamada çoğunlukla kamu görevlisi olan ihale yetkilisinin, yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenilen belgelerin bulunmadığı veya eksik ya da yetersiz olduğu gibi gerçeğe aykırı gerekçelerle ortaya çıkar

İhaleyi yapan idarenin, bir kişinin ya da şirketin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmasını engellemek ya da

ihalenin o kişi veya şirket üzerinde bırakılmasını engellemek amacıyla kanunen kendisine tanınan takdir yetkisini kötüye kullanarak, ek koşul veya kriterler getirmek gibi eylemlerde bulunması da bu fıkra kapsamında değerlendirilir (Emsal Kararı Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/11176, K. 2018/9019, T. 14.11.2018 tarihli karar)

Yine idarenin,

ihaleyi kazanmasını istemediği kişi veya şirketleri kapsam dışında kalması için, resen ihalenin iptaline karar vermesi veya ertelemeesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu nedenle Kamu İhale Kanunu'nda öngörölen ihalenin iptal edilmesi sebebiyle idarenin herhangi bir sorumluluğu bulunmayacağına yönelik düzenleme²⁶⁴, hileli hareketlerle ihaleyi iptal eden kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Hileli davranışlar, ihaleye konu malların veya hizmetin rayiç bedellerinin epey üzerinde belirlenmesi suretiyle, ihalenin daha önce anlaşma yapılan istekliye fahiş fiyat üzerinden bırakılması, diğer isteklilerin ise tekliflerinin aşırı düşük kalması sebebiyle reddedilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir

"...ihalede, alımı yapılacak malzemelerin piyasa fiyatlarının araştırılması sonucu düzenlenen sanığın da imzasının bulunduğu yaklaşık maliyet tespit cetvelinde alınacak malların fiyatlarının rayiç bedellerinin epeyce üzerinde belirlenmesi suretiyle ihaleye çıkarıldığı ve ihalenin yapıldığı tarihlerde söz konusu gıda maddeleri kendisinden ihalesiz doğrudan temin usûlü ile çok daha ucuza alınan .. Ticaret Firmasına fahiş fiyatlarla verilmesi sonucunda ...Devlet Hastanesi Döner Sermayesinin zarara uğratılmış olması şeklinde gerçekleşen olayda, gerek yaklaşık maliyetin belirlenmesi gerekse de ihale komisyonu başkanı olarak ihalenin tüm aşamalarını tek başına yönlendirerek ihale ile ilgili evrakları imzalayıp, haklarında düşme kararı verilen diğer ihale komisyonu üyelerinin de imzalamasını sağlayan sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nin 205 nci maddesinde düzenlenen Devlet alım satımına fesat karıştıрма suçunu

oluşturduğu...”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2016/3077, K. 2017/5, T. 09.01.2017 tarihli kararı

.
İsteklilerin, ihaleye katılma yeterliliğinin sağlanması bakımından esasa etkili olmayan bilgi eksiklikleri öne sürülerek, hileli davranışlarla ihaleye katılımın engellenmesi de bu fıkra kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim Kamu İhale Kanunu’nun 37’nci maddesinin 2’nci fıkrasında, belgeleri eksik olan ya da teklif mektubu ile belirlenmiş olan geçici teminatı yatırmayanların ilk oturumda tespit edilmesi halinde, bunların sunmuş oldukları tekliflerin değerlendirme dışında bırakılması gerektiği ifade edilmiştir.

Fakat mevcut eksiklik sunulan teklifin esasını değiştirecek özellikte değilse ilgili idare tarafından istekliye bir süre verilir ve nu eksikliğin ikmal edilmesi istenir. Kanun koyucu, bu düzenlemeye yer vererek, tekliflerin esasa etkili olup olmadığının araştırılmasını istemektedir

“...ayrıca, teklif dosyasında “Sunulmayacak Belgeler Tablosu”nu kullanan isteklilerden anonim şirket statüsünde bulunanlar bakımından tüzel kişiliğin ortaklık yapısına ilişkin bilgilerin 4734 sayılı Kanun’un 37’nci maddesinde belirtilen bilgi eksikliği kapsamında pay defterlerinin istenilerek değerlendirme yapılması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” Kamu İhale Kurulu’nun 20.01.2021 tarih ve 2021/UY.I-192 No’lu Kararı,

Bu nedenle esasa etkili olmayan bilgi eksiklikleri gerekçe gösterilerek ilgililerin ihale dışı bırakılması hâlinde ihaleye fesat karıştırma suçu oluşabilir

ilgili kanun maddesinde bilgi eksikliklerinden bahsedilmiş olup, teklifle birlikte sunulması zorunlu olan belgelerin sunulmaması hâlinde idarenin ilgili evrakları tamamlatabileceği da açıktır

Zorunlu belgelerin sunulmaması hâlinde, ilgili teklifin ihale yetkililerince değerlendirme dışı bırakılması gerekli olup, aksi bir davranışla, belgelerin değiştirilmesi suretiyle ilgililerin ihaleye kabulünün sağlanması da diğer koşullarının da varlığı hâlinde ihaleye fesat karıştırma ve sahtecilik suçlarını oluşturabilir