

İhale yetkilisinin hileli hareketleri (Emsal kararı)

KİK'in 11'inci maddesi ve DİK'in 6'ncı maddesinde sayılan kişilerin ihaleye katılımı yasak olup, bu kişilerin birtakım hileli hareketlerle ihaleye katılımının sağlanması hâlinde bu suç oluşur.

Suç kapsamında hileli hareket, ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına ilişkin aranmakta olup, ihaleye iştirak edemeyecek olan kişilerin, bu durumlarını saklama, gizleme veya ihaleye katılma engellerini ortadan kaldırma gibi hileli hareketlerle bu suç işlenebilir

EMSAL KARAR

Mal Alımları İhaleleri Yönetmeliğinin 17/2. maddesine göre marka belirtilmesinin yasak olduğu, yine İdari şartnamenin 7.2.2. maddesinin (b) fıkrasında, isteklinin bilançosundaki öz kaynak oranının (Öz kaynaklar/toplam aktif) en az 0,10 olması gerektiğinin belirtildiği, ... firmasının bilançosuna göre öz kaynaklar toplamı 42.027,37 aktif varlıklar toplamının ise 435.412.36 olduğu, bu rakamlara göre özkaynaklar oranı = $42.027.37 / 435.412.36 = 0,096$ olarak bulunduğunda ... firmasının idari şartnamenin 7.2.2. maddesinin (b) fıkrasına göre ihaleye katılamayacak durumda olmasına rağmen ihale komisyonu tarafından 0,096 rakamının 0,10 şeklinde yuvarlandığı, bu suretle ihale komisyonu başkan ve üyeleri olan ..., ile ihaleyi onaylayan ...'un ICON 10 CS ve Vektorex WDG ibarelerinin ilaç markası olması sebebiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 12/2. maddesinde, şartnamede marka belirtilmesinin yasak olmasına rağmen, markanın şartnamede yer almasını, ayrıca ihaleyi kazanan ... Çevre Sağlığı firmasının öz kaynaklarının toplamının en az 0.10 olması gerekirken, bu oranı sağlayamayan ... Çevre Sağlığı firmasının ihaleye katılma şartlarını taşımaması sebebiyle ihale dışı bırakılması gerekirken

ihalenin bu firmaya verilmesini sağladıkları anlaşılan olayda; sanıkların eylemlerinin TCK'nin 235/2.a (2) maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunu tüm unsurlarıyla oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde yanılığılı değerlendirme sonucu beraatlerine hükmedilmesi bozma sebebi yapılmıştır.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/1087, K. 2016/8505, T. 01.03.2016 tarihli kararı,

İhale yetkilisinin belirtilen hileli hareketleri değişik şekillerde ortaya çıkabilir.

İhaleye katılım sağlanması için ilanda belirtilen tarihten sonra yapılan başvuruların, belirtilen tarihlerde yapılmış gibi ihale yetkilisi tarafından işleme alınması, ekonomik ve mali yeterlilik şartlarını taşımamasına karşın, ihale yetkilisi tarafından ekonomik ve mali yeterliliği bulunduğu yönelik rapor verilmesi, başvuru için zorunlu olan belgelerin eksik olması hâlinde, ihale yetkilisinin eksik değilmiş gibi hareket etmesi, hileli hareketlere örnek olarak gösterilebilir

Öte yandan sunulan bilgi ve belgelerin içeriğinin değiştirilmesi ya da belgede sahtecilik suçunun oluşmasına sebep olabilecek belgelerin esas alınması suretiyle de işlem tesis edilebilir²⁸²

EMSAL KARAR

“...İnş. Ltd. Şirketinin ortağı olan sanık ...'ın ... Kaymakamlığı Mal Müdürlüğünden şirketin vergi borcu olduğu halde, böyle bir borcun bulunmadığına dair aldığı belge ile diğer sanık ...'ın ... İç Tedarik Bölge Başkanlığının 09/05/2007 tarihinde açık ihale usûlü ile yaptığı kömür ihalesine katıldığı ve sözü edilen belgeyi kullanmasına bağlı olarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren ... firmasının ihaleyi kazandığı ve şirket tarafından edim yerine getirilerek kurum tarafından sözleşme bedelinin ödendiği anlaşılmış ise de, atılı TCK'nin 235/2-a-2. maddesinde ihdas edilen “ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak” eyleminin ihale sürecinde görev alan

ilgili kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü suçlardan olduğu ve bunlar hakkında dava açılmadığı, gerçeğe aykırı düzenlenmiş belge ile ihaleye katılma fiilinin sübutu hâlinde sahtecilik suçunu oluşturacağı ve sanıkların savunmaları da gözetilerek, suç kasıtlarının belirlenmesi bakımından olay tarihinde şirketin vergi borcunun bulunup bulunmadığı, miktarı ve ödeme tarihlerine nazaran sanıkların bunu bilip bilmedikleri araştırıldıktan sonra sanıkların hukukî durumunun tayin ve takdiri gerektiği dikkate alınmadan eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararları verilmesi.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/15563, K. 2016/17, T. 11.01.2016 tarihli kararı

İhale yetkilisi, gerekli yeterlik ve koşulları taşımayan aday veya istekliyi, bilerek ve isteyerek değil de, failin yaptığı hileli hareketlerle yanıltılması neticesinde ihaleye dâhil edebilir

Bu ihtimalde yaşanabilecek fiillere ve faillere örnek olarak, prim borcu bulunduğu halde olmadığı yönünde belge düzenleyen memur, yine hakikate aykırı mali bilanço belgesi düzenleyen muhasebeci gösterilebilir²⁸⁴. Verilen örneklerde ihaleye katılma yeterlik ve koşullarına sahip olmayan kişinin, söz konusu fiiller sebebiyle TCK madde 37-41 kapsamında iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılması mümkün ise de, doğrudan doğruya gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı belge kullanan kişinin, ihaleye katılımın üçüncü bir kişi tarafından sağlanıyor olması karşısında ihaleye fesat karıştırma suçundan cezalandırılması mümkün olmaz