İhaleye katılan Ltd. Sti.nin tek ortağına karşı açılan Mahkeme dosyasına ait tensip zaptı yazımız ekinde gönderilmiş olup zaptın başka bir kişiye ilişkin olarak Alacağın tahsili amacıyla yağma suçu kapsamında düzenlendiği istekli hakkında açılmış herhangi bir kamu davası bulunmadığı

Toplantı No	: 2024/006
Gündem No	: 54
Karar Tarihi	: 07.02.2024
Karar No	: 2024/UH.II-260

BAŞVURU SAHİBİ:
Rüzgar Endüstriyel Yemek Hizmetleri Sosyal Hizmetler Araç Kiralama Turizm Bilişim Teknolojileri San. ve Tic. Ltd. Şti. – Ayhan Ünal İş Ortaklığı,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Yozgat Polis Meslek Eğitim Merkezi,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2023/1080251 İhale Kayıt Numaralı "2024 Yılı Malzemeli Hazır Yemek" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Yozgat Polis Meslek Eğitim Merkezi tarafından 15.11.2023 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "2024 Yılı Malzemeli Hazır Yemek" ihalesine ilişkin olarak Rüzgar Endüstriyel Yemek Hizmetleri Sosyal Hizmetler Araç Kiralama Turizm Bilişim Teknolojileri San. Ve Tic. Ltd. Şti. – Ayhan Ünal İş Ortaklığı'nın 15.01.2024 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 17.01.2024 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 22.01.2024 tarih ve 128393 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 22.01.2024 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2024/116 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, ihale üzerinde bırakılan Aydiz Catering Gıda Temizlik Tekstil Otomotiv Taşımacılık Turizm İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin yasal temsilcisi ve tek ortağı Harun Dizle hakkında Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesinde 08.01.2024 tarih ve 2024/16 esas numarası ile kamu davası açıldığı ve bu durumun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. 11. ve 17'nci maddeleri gereği ihaleye katılımını engelleyici nitelikte olduğu, anılan istekli ile sözleşme imzalanması imkanı kalmadığından teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun "İsteklilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 59'uncu maddesinde "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.
Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.
Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.
Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.
Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur." hükmü,

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 52'nci maddesinde "(1) Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:
a) Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
…
(4) Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.
(5) Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmaması kaydıyla, kamu davası açılanlara ilişkin olarak Kanunun 59 uncu maddesinde yer verilen özel düzenleme veya özel kanunlarda yer verilen düzenlemeler nedeniyle ihalelere katılamayacak durumda olduğu halde ihalelere katılan istekliler sadece ihale dışı bırakılır. Bu durumda olanlar hakkında ayrıca 4734 sayılı Kanunun 11 inci ve 58 inci maddelerinde yer alan idari yaptırımlar uygulanmaz." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler" başlıklı 28.2'nci maddesinde "4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi ve 4735 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin uygulanmasıyla ilgili açıklama yapılmasına gerek duyulmuştur.
28.2.1. 1/1/2003 tarihinde yürürlüğü giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller belirlenmiş, Kanunun 59 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı, hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanacakları, 2 nci fıkrasında ise; bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kuruma bildirileceği hükme bağlanmıştır.
28.2.1.1. 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasının göndermede bulunduğu aynı Kanunun 58 inci maddesinin 2 nci fıkrasında da haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verileceği, haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.
28.2.1.2. 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunması sebebi ile aynı Kanunun 59 uncu maddesi birinci fıkrası gereğince haklarında kamu davası açılmasına karar verilen;
a) Gerçek kişiler,
b) Tüzel kişiler,
c) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki ortakları,
ç) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki vekilleri,
Yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamayacaktır.
28.2.1.3. 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yapılan gönderme dolayısıyla;
Türk Ceza Kanununda tüzel kişiler hakkında ceza davası açılmasının öngörüldüğü durumlarda haklarında kamu davası açılan tüzel kişilik şahıs şirketi ise bu şirketin ortaklarının tamamı; sermaye şirketi ise, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek ve tüzel kişi ortaklar da yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan Kurum ve kuruluşların ihalelerine anılan Kanunun 58 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca katılamayacaklardır. Aynı nedenle; yukarıda belirtilen şekilde yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacak olanların ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketleri de yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamayacaklardır…" hükmü yer almaktadır. Cumhuriyet Savcılıklarınca, haklarında kamu davası açılanlara ilişkin olarak Kuruma gönderilen bilgiler doğrultusunda bir liste oluşturulmuştur. Haklarında kamu davası açılanlar, Cumhuriyet Savcılığının kamu davası açıldığına dair yazısının Kuruma ulaştığı tarih esas alınmak suretiyle listeye işlenmektedir. Cumhuriyet Savcılıklarınca kamu davası açılmasına ilişkin kararların Kuruma gönderildiği tarihe kadar geçen süre içinde gerçekleştirilen teyit işlemleri nedeniyle uyuşmazlıklara sebebiyet vermemek açısından bilgilerin en kısa sürede Kuruma iletilmesi önem taşımaktadır." açıklaması bulunmaktadır.

İdari Şartname'nin "İhale konusu işe/alıma ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde "2.1. İhale konusu işin/alımın;
a) Adı: 2024 YILI MALZEMELİ HAZIR YEMEK ALIMI
b) Türü: Hizmet alımı
c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
ç) Yatırım proje no'su (yapım işlerinde): Bu madde boş bırakılmıştır.
d) Kodu: 03.02.40.01
e) Miktarı:
SAHUR KAHVALTISI 12.000 ÖĞÜN
İFTAR YEMEĞİ 12.000 ÖĞÜN
SABAH KAHVALTISI 124.800 ÖĞÜN
ÖĞLE YEMEĞİ 133.800 ÖĞÜN
AKŞAM YEMEĞİ 124.800 ÖĞÜN
Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.
f) İşin yapılacağı/malın teslim edileceği yer: İÇİŞLERİ BAKANLIĞI EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ POLİS AKADEMİSİ BAŞKANLIĞI YOZGAT POLİS MESLEK EĞİTİM MERKEZİ MÜDÜRLÜĞÜ" düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda anılan Kanun hükümleri ve Tebliğ açıklamaları uyarınca, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan bir ihaleden dolayı haklarında kamu davası açılanların yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacağı, ayrıca bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin de yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları, katılmaları durumunda ise tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmeyeceği ve haklarında yasaklama kararı verilmeyeceği, ihalelere katılamayacak olan ortak/ortaklıklar belirlenirken, kamu davası açıldığı tarihteki durumun dikkate alınacağı, bu nedenle söz konusu Kanun kapsamında yapılan bir ihaleden dolayı kamu davası açıldığı tarihte anılan Kanun'un 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlar arasında yer alan gerçek ve tüzel kişilerin bu durumlarında daha sonradan bir değişiklik olsa bile yargılama sonuna kadar bahsi geçen Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmalarının mümkün bulunmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi doğrultusunda hakkında kamu davası açılanlar ile 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin 2'nci fıkrasında sayılanların ihalelere katılmaları hususundaki engelin, kamu davasının açılması ile başlayacağına göre değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Başvuru sahibinin iddiasının incelenmesine esas olmak üzere Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilen 30.01.2024 tarih ve 48943 sayılı Kurum yazısı ile "Kurumumuz, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56'ncı maddesi gereğince ihalelere ilişkin olarak itirazen şikâyet başvurularını incelemekte ve sonuçlandırmaktadır. Bu çerçevede Kuruma yapılan bir itirazen şikâyet başvurusunun incelenerek karar alınmasını teminen aşağıda belirtilen bilgiye ihtiyaç duyulmuştur.
Kuruma yapılan bir itirazen şikâyet başvurusunda, Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2024/16 sayılı esasıyla Aydiz Catering Gıda Temizlik Tekstil Otomotiv Taşımacılık Turizm İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.nin tek ortağı Harun DİZLE (********952) hakkında kamu davası açıldığı öne sürülmüştür. Başvuru sahibi tarafından öne sürüldüğü üzere anılan şahıs hakkında Mahkemenizde bir kamu davası açılıp açılmadığı, açılmış ise iddianamenin bir örneği, dava hakkında Mahkemenizce karar alınmış ise bu kararın bir örneğinin gönderilmesi gerekmektedir.
." ifadelerine yer verilerek Harun Dizle hakkında bilgi istenilmiştir.

Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Kuruma gönderilen 01.02.2024 tarihli cevabi yazıda "İlgi sayılı yazınız ve UYAP kayıtlarında yapılan incelemede, Mahkememizin 2024/16 esas sayılı dosyasında Aydiz Catering Gıda Temizlik Tekstil Otomotiv Taşımacılık Turizm İnsaat San. ve Tic. Ltd. Sti.nin tek ortağı Harun DİZLE (T.C.Kimlik No-********952) hakkında açılan dava olmadığı, yine UYAP kayıtlarında yapılan incelemede Harun Dizle hakkında Mahkememize açılmış herhangi bir kamu davası bulunmadığı anlaşılmış olup, Mahkememizin 2024/16 esas sayılı dosyasına ait tensip zaptı yazımız ekinde gönderilmiştir." ifadelerine yer verildiği, söz konusu tensip zaptı incelendiğinde, anılan zaptın başka bir kişiye ilişkin olarak "Alacağın tahsili amacıyla yağma" suçu kapsamında düzenlendiği anlaşılmıştır.

Bu itibarla, Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 20/10/2021 tarihli yazısında belirtildiği üzere Aydiz Catering Gıda Temizlik Tekstil Otomotiv Taşımacılık Turizm İnsaat San. ve Tic. Ltd. Sti.nin tek ortağı Harun Dizle hakkında açılmış herhangi bir kamu davası bulunmadığı anlaşıldığından başvuru sahibinin aksi yöndeki iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendinde "Başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması halinde, Kurul kararı ile itirazen şikâyet başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesine karar verilir. Kurul kararının başvuru sahibine bildirimini izleyen otuz gün içinde başvuru sahibinin Kuruma yazılı talebi üzerine, bu talep tarihini izleyen otuz gün içinde Kurum tarafından itirazen şikâyet başvuru bedelinin iadesi yapılır ve son ödeme tarihine kadar geçen süre için faiz işlemez. Diğer hallerde başvuru bedeli iade edilmez.
Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda iade edilmez." hükmü yer almaktadır.

Aktarılan Kanun hükmüne göre, başvuru sahibinin itirazen şikâyete konu iddialarının tamamında haklı bulunması halinde başvuru bedeli iadesinin söz konusu olabileceği dikkate alındığında, yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler neticesinde, başvuru sahibinin, iddialarının tamamında haklı bulunmadığı anlaşıldığından başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesi için Kanun'un öngördüğü şekilde "başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması" koşulunun gerçekleşmediği, dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendi hükmü gereğince başvuru bedelinin iadesinin mümkün bulunmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.