

**İhaleyi alan firmanın
ihaleye girebilecek diğer
kişiler hakkında bilgi
toplandığı ve iletişime
geçilerek ihaleye
katılacakların yaklaşık
maliyetin üzerinde teklifler
verilmesini sağlama
konusundaki faaliyetleri ile
kontrol altına alınmak
istenildiği bu durumun bile
ihaleye fesat karıştırmaya
teşebbüs niteliğinde olduğu
ihale sürecine ilişkin
pazarlıklar yapıldığının
anlaşılması konulu (Danıştay
K371)**

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/2271

Karar No:2021/2633

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Üniversitesi Rektörlüğü

VEKİLLERİ : Av. ...

Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ...

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN_KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Afyon Kocatepe Üniversitesi Rektörlüğü'nce 05/12/2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "2020 Mali Yılı Yemek Hizmet Alımı" ihalesi üzerinde kalan davacıyla imzalanan sözleşmenin, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğundan bahisle feshedilmesine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Afyon Kocatepe Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; yapılan idarî soruşturma kapsamında dava konusu ihaleye fesat karıştırdığına ya da yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunduğu ilişkin tek başına ispata yeterli olmayan iletişim tespit tutanakları dışında her türlü şüpheden uzak, somut, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, konuya ilişkin ceza yargılamasının ise hâlen derdest olduğu, davacının üzerine atılı fiilden kesinleşmiş mahkeme kararıyla almış olduğu bir ceza bulunmadığı ve masumiyet karinesi gereğince bu aşamada suçlu sayılamayacağı, bir başka ifadeyle, ihalede yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğundan

bahsedilemeyeceği anlaşıldığından, davacının sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, iptali istenen işlemin ihale işlemi olmadığı, uyuşmazlık konusunun ihale sözleşmesinin feshi olduğu ve ivedi yargılama usulüne tbi olmadığı, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nın soruşturma dosyasındaki iletişim kayıtları ve bilirkişi raporunun olayı aydınlatır nitelikte olduğu, iletişim kayıtlarında görüleceği üzere kurum personeli ... ile iletişime geçilerek ihaleye girebilecek diğer kişiler hakkında bilgi toplandığı, ihaleye katılacakların kontrol altına alınmak istenildiği, bu durumun bile ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs niteliğinde olduğu, ihale sürecine ilişkin pazarlıklar yapıldığının anlaşıldığı, bir kısım kişilerin devre dışı bırakıldığı, bu hususların açıkça ihale sözleşmesinin feshi sebebi olduğu, bilirkişi ve soruşturma raporlarında da bu hususta tespitler yapıldığı, idarî soruşturma ve ceza yargılamalarının birbirinden bağımsız usul, esas ve sonuçları olduğu, kurum içinde yapılan inceleme ve soruşturmalarla elde edilen delillerin somut, yeterli ve inandırıcı nitelikte olduğu, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesindeki tespit ifadesinin, fiilin bir yargı kararı ile tespit edilmesi anlamında olmadığı, bir ihllin idarece öğrenilip yeterli delillerle tespitinin sözleşmenin feshi için yeterli olduğu, davacı hakkında aynı zamanda Milli Eğitim Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiği, bununla birlikte teminatının da gelir kaydedildiği, iletişim kayıtlarında adı geçen kurum personeli ... hakkında disiplin cezası tayin edildiği, davacıya süre uzatımı verilmesinin mücbir sebepten kaynaklandığı, süre uzatımının soruşturmanın henüz tamamlanmadığı dönemde olduğu, kanunun sözleşmenin feshedilmesi noktasında idareye takdir yetkisi verdiği, fiilin

ağırlığı ve kamu yararının gözetildiği, davacı hakkında ... Asliye Ceza Mahkemesi'nde açılan ceza davasında yargılamanın devam ettiği, öncelikle ceza dosyasından bilgi ve belge istenilmesi gerektiği, Mahkemece yine kanaat getirilememesi hâlinde işbu ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiği, Mahkemenin gerekçelerinin idarî soruşturma safhasını tamamen reddetmeye yönelik olduğu, Mahkemece sadece ihaleye fesat karıştırma fiilinin incelendiği, ihale fesat karıştırmaya teşebbüs, rekabeti azaltıcı eylemlerde bulunmak gibi fiillerin incelenmediği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, ihalede en düşük fiyat verilmek suretiyle ihalenin kazanıldığı, sözleşme imzalanmasına karar verenin davalı olduğu, soruşturma dosyası kapsamında hazırlanan iddianamede kendilerine isnad edilen tek delilin 04/12/2019 tarihli telefon konuşması olduğu, henüz kovuşturma aşamasının yeni başladığı, söz konusu ihale sözleşmesinin ... Cumhuriyet Başsavcılığı Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu tarafından gönderilen bilgi üzerine Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın yazısına istinaden feshedildiği, ancak davalının işbu yazılardan tam 4 ay sonra 06/10/2020 tarihinde ihale bitiş süresinin 88 gün uzatılmasına karar verdiği, haklarında bu yazılar mevcutken sözleşme uzatılmasına anlam verilemediği, ihale süresinin dolmasına rağmen süre uzatıldığı ve daha sonra fesih işleminin tesis edildiği, fesih gerekçesi olarak 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) ve (b) bendindeki fiillerin tespitinin ceza yargılaması sonucunda mümkün olduğu, davalı idarenin sayılan fiilleri tespit etme imkânı ve hüküm verme yetkisi bulunmadığı, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ilk fıkrası idarece uygulanırken devamındaki hükümlerin dikkate alınmadığı, Anayasa'nın 38. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde masumiyet karinesi ilkesi olduğu, salt iddianame üzerinden peşinen ceza verilmesinin hukuka aykırı olduğu, ceza kovuşturmasının sonucu beklenilmeden ve idarenin kendi tasarrufu ile uzatılan sürenin dolmasına 70 gün

varken işlem tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğu, yıllardır Afyonkarahisar’da yemek sektöründe faaliyet gösterildiği, yemek ihalelerinin yanı sıra düğün salonu, restoran, kantin, yemekhane işletme hizmeti veren köklü bir firma olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...’UN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Afyon Kocatepe Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 05/12/2019 tarihinde ... ihale kayıt numaralı “2020 Mali Yılı Yemek Hizmet Alımı” ihalesi gerçekleştirilmiştir.

11/12/2019 tarihli onayla ihale davacı uhdesinde bırakılmış ve davacı ile 30/12/2019 tarihinde sözleşme imzalanarak 31/12/2019 tarihinde yer teslimi yapılmıştır. Bu süreçte, dava dışı ... isimli şahıs tarafından verilen dilekçede, aralarında davacının da bulunduğu birçok kişinin ismi verilerek, bu kişilerin kamu ihalelerine fesat karıştırmak için suç işlemek amacıyla örgüt kurdukları yönünde şikâyetle bulunulmuş, bunun üzerine ... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından şikâyetle ilgili olarak ... sayılı iletişim tespiti ve fiziki takip de dâhil geniş çaplı bir soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında alınan 31/01/2020 tarihli bilirkişi

raporunda, ihaleye teklif zarfı sunan istekliler ile bu isteklilerin temsilci/ortak ve vekilleri ile bu istekliler adına hareket eden kişilerin fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (a) ve (b) bendi kapsamındaki yasak fiil ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinin ikinci fıkrasının (c) ve (d) bendi hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Adana Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na gönderilen ve ekinde söz konusu bilirkişi raporu ve iletişim tespit tutanaklarının da bulunduğu 03/06/2020 tarihli yazı ile davacının uhdesinde kalan söz konusu ihaleye fesat karıştırıldığı yönünde yürütülmekte olan adlî bir soruşturma bulunduğu belirtilerek konu ile ilgili gerekli idarî soruşturmanın yapılması istenmiştir. Bunun üzerine Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nca davalı idareye yazılan 17/06/2020 tarihli yazı ile ihaleyle ilgili gerekli incelemenin yapılması istenilmiş ve 18/06/2020 tarihli onayla konu ile ilgili inceleme başlatılmıştır. 03/07/2020 tarihli inceleme raporunda, iletişim tespit tutanaklarında ve bilirkişi raporunda adı geçen SKS personeli ...'nın ihaleye katılanlar hakkında ...'ye bilgi verdiğinin görüldüğü, bu hususun 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırılık teşkil ettiği, ...'nin yaklaşık maliyetin üzerinde teklifler verilmesini sağlama konusundaki faaliyetlerinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre yasak fiil veya davranış kapsamına girdiği ve söz konusu ihale kapsamında devam eden işin 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. 17/08/2020 tarihli ek inceleme raporu da aynı mahiyettedir.

... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, aralarında davacının da bulunduğu 222 şüphelinin ilgisine göre ayrı ayrı 53 olay (dava konusu ihale 5. olay olarak adlandırılmış) başlığı altında ihalelere fesat karıştırma suçundan cezalandırılmaları

istemiyle 15/10/2020 tarihli iddianame düzenlenmiştir. Burada uyuşmazlık konusu ihale ile ilgili olarak, iletişim tespit tutanaklarında geçen görüşmeler dikkate alındığında, yüklenici ...'nin diğer istekliler ile para karşılığı anlaşma yapmak suretiyle, ya hiç teklif zarfı sunmamalarını ya da kendisinden daha yüksek teklif vermelerini sağladığı kanaatine varıldığı belirtilmiştir. Söz konusu iddianameyle açılan kamu davası, ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin E:... sayısına kayden derdest durumdadır.

Konu ile ilgili olarak 10/10/2020 tarihli onayla başlayan idarî soruşturma sonucunda düzenlenen 09/02/2021 tarihli soruşturma raporunda, ihale yetkilisi, ihale komisyonu başkanı ve ihale komisyonu üyelerine herhangi bir disiplin cezası takdirine gerek bulunmadığı, memur ... açısından ise, iletişim tutanaklarında gösterilen ihale tarihi ve hemen öncesine ait konuşmalarda, ihaleye istekli olarak iştirak eden ve daha sonra üzerine ihale yapılan davacı ile aralarında ihaleye katılacak ya da bu maksatla kuruma gelen giden kişilerin takibi ve bunların kendisine bildirilmesine yönelik ifadelerin geçtiği, firma yetkilisinin talep ettiği bilgileri aktardığı, bu fiilin açıklanması yasak bilgileri açıklamak niteliğinde olduğu, bu nedenle memur ...'nun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D maddesi uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılması gerektiği, Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca oluşturulan iletişim tespit tutanaklarında sarf edilen konuşmaların ihaleyi ima edici sözler olabileceğinin anlaşıldığı ve bu ifadelerden diğer istekliler ile para karşılığı anlaşma yapmak suretiyle ya hiç teklif zarfı sunmamalarını ya da kendisinden (davacıdan) daha yüksek teklif vermelerini sağladığı kanaatine varıldığı, bu nedenlerle ihaleye teklif sunan istekliler ile bu isteklilerin temsilcileri/ortakları ve vekilleri ile bu istekliler adına hareket eden kişilerin ve bu kişilerin ihale dokümanı indirdiği şirketlerin fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) ve (b) bendi kapsamındaki yasak fiil ve davranışlar ve 5237 sayılı Kanun'un

235. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin yapılan bilirkişi incelemesi sonucu tespit edildiği, bu nedenle bahse konu ihale ve ihaleyi kazanan ... adına, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi gerektiği yönünde teklif getirilmiştir.

Soruşturma raporundaki teklif doğrultusunda, davacının 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğundan bahisle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, ihale sözleşmesinin 17/02/2021 tarihi itibarıyla feshedilmesine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Afyon Kocatepe Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı işlemi tesis edilmiş, anılan işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinde, "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak. (...)" kuralına yer verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrasında, "Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kurallardan, kamu ihalelerinde, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmanın veya buna teşebbüsün, ihalelere katılımı engellemenin, diğer isteklilere anlaşma teklifinde bulunmanın veya buna teşvik etmenin, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmanın yasaklandığı ve ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, ihale sürecine ilişkin olarak dava dışı ... isimli şahıs tarafından, aralarında davacının da bulunduğu birçok kişinin ismi verilerek kamu ihalelerine fesat karıştırma suçu işlemek amacıyla örgüt kurdukları yönünde suç duyurusunda bulunulduğu, bunun üzerine ... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatıldığı, Başsavcılık tarafından Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'na gönderilen 03/06/2020 tarihli yazı ile idari soruşturma başlatılmasının istenildiği, durumun davalı idareye bildirilmesi üzerine 18/06/2020 tarihli onayla konu ile ilgili davalı idarece inceleme başlatıldığı, 03/07/2020 tarihli inceleme raporunda ve aynı mahiyetteki 17/08/2020 tarihli ek inceleme raporunda, davacı ve diğer ilgili kişilerin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre yasak fiil veya davranış kapsamına giren eylemlerde bulunduklarının belirtildiği, konu ile ilgili olarak 10/10/2020 tarihli onayla idari soruşturma başlatıldığı, soruşturma sonucunda düzenlenerek 09/02/2021 tarihinde Rektörlüğe sunulan soruşturma raporunda davacı hakkında sonuç olarak, davacı ile davalı Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı'nda görevli ... arasında geçen iletişim tutanaklarında gösterilen ihale tarihi ve hemen öncesine ait konuşmalarda, ihaleye katılacak ya da bu maksatla kuruma gelen giden kişilerin takibi ve bunların davacıya bildirilmesine yönelik ifadelerin geçtiği, davacının ihaleye katılmak isteyenlere ilişkin olarak talep ettiği bilgilerin ...

tarafından kendisine aktarıldığı, iletişim tespit tutanaklarında sarf edilen konuşmaların ihaleyi ima edici sözler olabileceğinin anlaşıldığı ve bu ifadelerden davacının diğer istekliler ile para karşılığı anlaşma yapmak suretiyle ya hiç teklif zarfı sunmamalarını ya da kendisinden daha yüksek teklif vermelerini sağladığı kanaatine varıldığı, dolayısıyla, davacının fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) ve (b) bendi kapsamındaki yasak fiil ve davranışlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu ihalenin 05/12/2019 tarihinde gerçekleştirildiği, davacının 03/12/2019 ile 10/12/2019 tarihleri arasındaki telefon konuşmalarını içeren iletişim tespit tutanaklarının incelenmesinden, hem görüşmelerin zamanlaması hem de kullanılan ifadeler dikkate alındığında, davacı tarafından ihaleye katılacak kişiler hakkında bilgi sahibi olmaya çalışıldığının anlaşıldığı, ihalede doküman indirmesine rağmen teklif sunmayan bir firma adına hareket ettiğini belirten ... ile bu süreçte birkaç kez görüşüldüğü, ihalede davacı dışındaki tüm isteklilerin hem yaklaşık maliyetin hem de davacının teklifinin üzerinde teklifler verdiği hususları dikkate alındığında, davacının ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğundan bahisle ihale sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, bu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. DAVANIN REDDİNE,

4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Davalı idare harçtan muaf kurumlar arasında yer aldığından, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesi uyarınca temyiz aşamasında tahsil edilmeyen toplam ...-TL harcın davacıdan tahsil edilerek Hazine'ye irat kaydedilmesine, gereği için ilgili vergi dairesine müzekkere yazılmasına,
6. ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
7. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine,
8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 05/07/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.