ihalesi üzerinde kalan ve sözleşme imzalanan davacı şirketin sözleşmenin imzalanması aşamasında vergi borcu yoktur belgesinin tarihinde değişiklik yaparak bu belgeyi sahte belge olarak sunması

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2015/2463

Karar No:2021/1040

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) : 1- … Petrol Ürünleri Pazarlama İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

2- …

VEKİLİ : Av. …

KARŞI TARAF (DAVALI) : … Bakanlığı

VEKİLİ : Av. …

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü (EÜAŞ) tarafından 05/08/2013 tarihinde gerçekleştirilen "Afşin-Elbistan Linyitleri İşletme Müdürlüğü İhtiyacı 1.000.000 Kg 4 No.lu Fuel-Oil'in(Kal-Yak) İşletme Teslimi" ihalesi üzerinde kalan ve sözleşme imzalanan davacı şirketin, sözleşmenin imzalanması aşamasında sahte belge teslim etmek suretiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında yasak fiil ve davranışta bulunduğundan bahisle aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca davacı şirket ile şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortağı olan diğer davacının 2 (iki) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına ilişkin 14/05/2014 tarih ve 29000 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: … İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; dava konusu ihale ile ilgili olarak davalı idarenin Teftiş Kurulu Başkanlığınca yapılan yıllık denetim sırasında, davacı şirket tarafından sözleşme imzalanması aşamasında sunulan "borcu yoktur" belgesinin araştırılması neticesinde davacı şirketin ihalenin yapıldığı tarih itibarıyla 981,75-TL vergi borcu olduğunun anlaşıldığı, söz konusu farklılığın kaynağını ortaya koyabilmek için Kadıköy Vergi Dairesi ile iletişime geçildiği, yapılan araştırma neticesinde davacı şirketin sözleşmeyi imzalamadan önce 30/09/2013 tarihinde "05/08/2013 tarihi itibarıyla" iki adet borç sorgulaması yaptırdığı, ancak o tarihte borcunun olduğunun anlaşılması üzerine 01/10/2013 tarihinde "06/08/2013 tarihi" için sorgulama yaptırdığı ve temin edilen "borcu yoktur" belgesinin tarihinde değişiklik yaparak bu belgeyi sunduğu anlaşıldığından; davacı şirket ile şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortağı hakkında tüm ihalelere katılmaktan 2 (iki) yıl süreyle yasaklanmalarına ilişkin tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı

sonucuna ulaşılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, sözleşme hükümlerine uygun şekilde yükümlülüklerini yerine getirerek istenilen yakıtın teslim edildiği, herhangi bir kamu zararına neden olunmadığı, sözleşmeye konu ihalenin yapıldığı tarihte ihaleye katılmasına engel bir vergi borcu bulunmadığından sahte belge düzenlenmesinin söz konusu olmadığı, internet ortamından temin edilerek idareye sunulan belgelerdeki tarih farklılıklarının kendilerinden kaynaklı olmadığı, ihalenin geçerliğine ve sözleşmenin sıhhatine etki edecek nitelikte olmadığı, nitekim idarenin sözleşmeyi feshetmeyerek mal alımına devam ettiği, herhangi bir vergi borcu bulunmaması ve taahhüdünü noksansız yerine getirmesine rağmen yasada belirtilen üst sınırdan cezalandırılarak ihaleden yasaklanmasında hukuka uygunluk bulunmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacı şirketin sahte belge sunduğu tespit edildiği için dava konusu işlemin tesis edildiği, yasaklamaya esas fiil Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil ettiğinden yasaklamanın üst sınırdan verildiği, kararın usul ve yasaya uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

EÜAŞ tarafından 05/08/2013 tarihinde gerçekleştirilen ihale davacı şirket uhdesinde kalmış, 07/10/2013 tarihinde taraflar arasında sözleşme imzalanmıştır.

Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yapılan yıllık denetim sırasında, dava konusu ihale dosyasında davacı şirketin sözleşmenin imzalanması aşamasında sunmuş olduğu Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı İnternet Vergi Dairesi sitesinden alınan … tarih ve … no.lu belgede ihalenin yapıldığı 05/08/2013 tarihi itibarıyla vergi borcunun olmadığının belirtildiği, ancak teyit amaçlı yapılan sorgulama sonucu alınan belgede dilekçe tarih ve sayısı aynı olmasına rağmen sorgulamaya esas tarihin 06/08/2013 tarihi olduğunun görülmesi üzerine Kadıköy Vergi Dairesine yazılan … tarih ve … sayılı yazı ile bu iki belge arasındaki farkın neden kaynaklandığı ve ihale tarihi itibarıyla davacı şirketin vergi borcu olup olmadığı konusunda bilgi verilmesi istenilmiştir.

Anılan vergi dairesi cevaben, ihalenin yapıldığı tarih itibarıyla davacı şirketin toplamda 5.312,41-TL vergi borcu bulunduğu, ancak bu vergi borcunun içerisinde yer alan ve kamu ihale mevzuatı uyarınca vadesi geçmiş vergi borcu türleri dışında kalan 6111 sayılı Kanun'a göre yapılan Kurumlar ve Katma Değer Vergisi Matrah Arttırımından kaynaklı olan kısımlar çıkarıldığında toplam 981,75-TL vergi borcu olduğu bildirilmiş, ayrıca yapılan yazışma ve araştırmalar neticesinde davacı şirketin sözleşmeyi imzalamadan önce 30/09/2013 tarihinde 05/08/2013 tarihi itibarıyla iki adet borç sorgulaması yaptırdığı, ancak o tarihte borcunun olduğunun anlaşılması üzerine 01/10/2013 tarihinde 06/08/2013 tarihi için sorgulama yaptırdığı ve temin edilen "borcu yoktur" belgesinin tarihinde değişiklik yaparak bu belgeyi sunduğu anlaşıldığından, davacının bu fiilinin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinin 1.

fıkrasının (b) bendinde yer alan yasak fiil ve davranışlardan olduğu belirtilerek aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca davacı şirket ile şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortağının 2 (iki) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanması talep edilmiş, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 05/05/2014 tarih ve 134 sayılı Olur'u ile söz konusu talep uygun görülerek dava konusu yasaklama işlemi tesis edilmiş ve 14/05/2014 tarih ve 29000 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anılan işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" başlıklı 21. maddesinde,
"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. Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

1. a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihaleedilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
2. b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
3. c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hâllerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların

tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.” kuralına yer verilmiştir.

4735 sayılı Kanun’u “Yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 25. Maddesinin (b) bendinde, “sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.” yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış, “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26. maddesinde ise, 25. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “İhaleye katılımda yeterlik kuralları” başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendinde, Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olanların ihale dışı bırakılacağı; beşinci fıkrasında, Kurumun dördüncü fıkranın (d) bendi ile ilgili olarak, Gelir İdaresi Başkanlığı’nın uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamına girecek vergileri; tür ve tutar itibarıyla belirlemeye yetkili olduğu kural altına alınmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği’nin dava konusu işlem tarihinde yürürlükte olan 4734 sayılı Kanun’un 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine ilişkin 17.4.1. maddesinde, “Yıllık gelir, yıllık kurumlar, katma değer, özel tüketim, özel iletişim ve banka ve sigorta muameleleri vergileri, gelir ve kurumlar vergisine ilişkin tevkifatlar ve geçici vergiye ilişkin vergi asılları ile bu vergi türlerine ait vergi ziyaı cezaları, gecikme zam ve faizleri bağlamında toplam 5.000 TL’yi aşan tutarlardaki borçlar vergi borcu olarak kabul edilecektir.” ;17.4.3. maddesinde, “İsteklilerin vergi borcu olmadığına ilişkin belgeyi, yıllık gelir vergisi veya kurumlar vergisi yönünden bağlı bulunulan vergi dairesinden almaları, bu belgenin; ihale tarihi itibarıyla olan durumu göstermesi ve ilgili vergi dairesince, gelir stopaj vergisi ile banka ve

sigorta muameleleri vergisi açısından diğer vergi dairelerinden temin edilen bilgiler de dikkate alınarak düzenlenmesi gerekmektedir.” kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Yukarıda yer verilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; ihale tarihi itibarıyla ilgili tebliğde belirtilen vergi türlerinden toplamda 5.000 TL’yi aşan kesinleşmiş vergi borcu bulunan isteklilerin ihalede değerlendirme dışı bırakılacağı, vergi borcu bulunmadığına ilişkin belgenin bağlı bulunulan vergi dairesinden alınarak idareye sunulacağı anlaşılmaktadır. Sunulacak olan bu belgede ihale sonucuna etkili olacak veya idareyi yanıltacak bir tahrifat yapılması hâlinde bu durumun sözleşmenin uygulanması aşamasında 25. maddedeki yasak fiil ve davranışlar kapsamında değerlendirilerek bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebileceği açıktır. Ancak, bu madde kapsamında anılan fiil ve davranışların hangisinin daha fazla veya az bir yasaklama süresi gerektirdiği hususunda bir ölçüte yer verilmediğinden, sürenin belirlenmesi noktasında fiil veya davranışların özelliğine göre idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Bu çerçevede idareye tanınan takdir yetkisinin, gerek olayın oluş şekli ve niteliği ve gerekse yasaklamaya esas fiil ile bunun yaptırımı hususunda ölçülülük ilkesi dikkate alınarak kullanılması gerekmektedir.

Dava konusu uyuşmazlıkta, davacı şirketin dava konusu ihale kapsamında sözleşme imzalamadan önce davalı idareye sunduğu vergi borcu bulunmadığına ilişkin belgede değişiklik yapması dolayısıyla dava konusu yasaklama işlemi tesis edilmiştir. Kadıköy Vergi Dairesi’nin ilgili yazılarından, davacının toplam vergi borcunun 981,75-TL olduğu görülmekte olup, bu vergi borcu miktarı davacının ihaleye katılmasına engel bir durum oluşturmadığı gibi, bahsedilen belgede herhangi bir değişiklik yapılması hâlinde dahi

idarenin veya davacının hak ve menfaatlerine olumlu veya olumsuz yönde bir etkisi olmayacaktır. Diğer bir ifade ile bahsi geçen belgenin değiştirilmeden idareye sunulmuş olması durumunda da, davacının ilgili tebliğ

hükmü uyarınca belirtilen miktarın altında vergi borcu olduğundan, vergi borcu olmadığı kabul edilerek ihale veya sözleşme işlemlerine aynı şekilde devam edileceği açıktır.

Öte yandan, davalı idarece davacının yasaklamaya esas fiil ve davranışı Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayıldığı için üst sınırdan ceza verildiği belirtilmişse de, söz konusu fiil dolayısıyla idarenin şikâyeti üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Sor.No: … sayılı soruşturması neticesinde verilen … tarih ve … sayılı kararıyla, belgede sahtecilik suçu için sahteliği iddia edilen belgenin ıslak imza veya mühür içeren aslının olması gerektiği, yazıcıdan çıktı alınan belgede tarihin değiştirilme imkânının olduğu, ıslak imza ya da mühür bulunmayan belgenin iğfal kabiliyetinin olmadığı ve belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturmayacağı gerekçesiyle kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Bu itibarla, davacı şirketin davalı idareye sunduğu "borcu yoktur" belgesinde değişiklik yaptığı hususu sübuta erdiğinden, bu fiili dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebileceği açık olmakla birlikte, 25. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtildiğinden, davacı şirketin fiil ve davranışının özelliği ve sonuçları, ihale ve sözleşme sürecine etkisi dikkate alınmaksızın Kanun'da öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının cezanın alt sınırından uzaklaşılarak üst sınırdan (iki yıl) verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde, eylemle ceza arasındaki ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yönünden hukuka

uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılıİdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca … İdare Mahkemesi'nin … tarih ve E: …, K: … sayılıkararının BOZULMASINA,
3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
4. 2577 sayılıİdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Geçici 8. maddesi uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 24/03/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.