

ihaleye (4) isteklinin katıldığı, ihalenin 3.357.851,20-TL teklif veren davacı şirket üzerinde bırakıldığı, en avantajlı ikinci teklif veren şirketin yaptığı itirazın şikâyet başvurusu sonucu, Kamu İhale Kurulu'nca yapılan değerlendirmede; davacı şirketin sunmuş olduğu proforma faturaya esas teşkil eden maliyet/satış tutarı tespit tutanağına dayanak faturaların istenildiği, SMMM'in e Kurum kayıtlarına alınan yazısı ve ekleri incelendiği

T.C.

Danıştay

13. Daire

Esas No:2015/3649

Karar No:2015/3452

16. Tarihi:16.10.2015

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) :

Vekilleri : Hukuk Müşavirleri

Karşı Taraf (Davacı) :

Vekili : Av.

İstemin_Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 27.02.2015 tarih ve E:2014/1951, K:2015/202 sayılı kararının; davacının fiilinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlar kapsamında olduğu, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının maddi ve manevi unsurlarının teşekkül ettiğinin Kamu İhale Kurulu kararı ile sabit olduğu, sebep unsurunun sübut bulunduğu olayda mevzuatın verdiği yetki çerçevesinde davalı Bakanlıkça yasaklama kararı alındığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi 'nın Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; 08.05.2014 tarihinde gerçekleştirilen İstanbul ...Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin Bilgi Sistemi Kullanım Elemanı Hizmet Alımı İhalesinden dolayı, davacı şirketin ihalelere katılmaktan bir yıl yasaklanmasına ilişkin 01.11.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; her ne kadar davacı şirketin eylemi, ihaleden yasaklanmasını gerektiren fiiller arasında değerlendirilmişse de, davacı şirket tarafından sunulan proforma fatura ve diğer belgelerin sahte olduğu yönünde somut tespitlerin bulunmadığı, sadece fatura düzenleyen firmanın benzer faturalarının esas alındığı, davalı idarece bu yönde detaylı bir inceleme ve araştırmanın da yapılmadığı, davacı şirketin yetkilisi ve proforma faturayı düzenleyen Yeminli Mali Müşavir hakkında İhaleye Fesat Karıştırmak ve Özel Belgede Sahtecilik suçlarından dava açılmasına karşılık, yargılamanın henüz sonuçlandırılmadığı ve isnat edilen fiil sebebiyle ceza verilmesine yönelik herhangi bir karar verilmediği, bu nedenle, davacı şirketin ihalelerden yasaklanmasını gerektirecek somut olarak tespit edilmiş bir eylemin varlığının kabul edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde; İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

1. a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
2. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
3. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
4. d) Alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.
5. e) 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır. kuralına, aynı Kanunun 58. maddesinde ise; 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul İli Beyoğlu Kamu

Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği tarafından Bilgi Sistemi Kullanım Elemanı Hizmet Alımı ihalesinin açık ihale usulü ile yapıldığı, yaklaşık maliyetin toplam 3.522.329,47-TL olarak belirlendiği, 08.05.2014 tarihinde yapılan ihaleye (4) isteklinin katıldığı, ihalenin 3.357.851,20-TL teklif veren davacı şirket üzerinde bırakıldığı, en avantajlı ikinci teklif veren şirketin yaptığı itirazın şikâyet başvurusu sonucu, Kamu İhale Kurulu'nca yapılan değerlendirmede; davacı şirketin sunmuş olduğu proforma faturaya esas teşkil eden maliyet/satış tutarı tespit tutanağına dayanak faturaların istenildiği, SMMM ...'in 10.07.2014 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan yazısı ve ekleri incelendiğinde, ... Endüstriyel'in ... San. ve Dış Tic. Ltd. şti.'ne kestiği 6, ...Konfeksiyon'a kestiği 1 adet olmak üzere toplam 7 adet satış faturası ile, tamamı ...Konfeksiyon'un Ateş Endüstriyel'e kestiği 5 adet alış faturasına yer verildiğinin görüldüğu, söz konusu alış ve satış faturalarının, şikâyetle konu ihalede istenen iş kıyafetleri ile benzer kalemlerinin gömlek ve pantolon olduğu ve söz konusu giyim malzemelerinin alış fiyatları ve satış fiyatlarının; gömlek için 12,50-TL ile 13,00-TL olduğu, pantolon için 20,00-TL olduğu, başvuruya konu ihale için düzenlenen proforma faturada ise uzun ve kısa kollu gömlek ile yazlık ve kışlık pantolon için 0,0001-TL fiyat teklif edildiği, maliyet/satış tutarı tespit tutanağının ağırlıklı ortalama birim satış tutarı hanelerinin de 0,0001-TL olacak şekilde düzenlendiği, dolayısıyla düzenlenen maliyet/satış tutarı tespit tutanağının ve proforma faturanın SMMM ...tarafından gönderilen alış ve satış faturalarıyla bir ilgisinin olmadığı ve söz konusu tutanağın 2014 yılı birinci döneminde mükellefin alış ve satışını yaptığı bedeller esas alınarak düzenlenmediğinin anlaşıldığı, teklif edilen mallara ilişkin olarak, piyasa gerçekleriyle uyumlu olmayan, aynı zamanda mükellefin maliyet/satış tutarı tespit tutanağında esas aldığı geçici vergi beyanname döneminde kestiği ve adına kesilen alış ve satış faturalarında tespit edilenden farklı ağırlıklı ortalama birim satış tutarları belirlenmesinin, söz

konusu proforma faturayı veren mükellef ve proforma faturayı ve eki maliyet/satış tutarı tespit tutanaklarını düzenleyen serbest muhasebeci mali müşavirin, isteklinin teklif tutarına göre ve gerçeğe aykırı belge düzenlediği sonucunu doğurduğu, söz konusu belgelerin ihale makamına sunulduğu ve ihale sonucunu da belirler nitelikte olduğu dikkate alındığında, ihale komisyonunu ve ihale kararını etkileyici belge olarak kabul edilmesi gerektiği, aksi takdirde ihalelerde rekabetin sağlanamayacağı ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkelerine aykırılık oluşacağının açık olduğunun değerlendirildiği, Kamu İhale Kurulu'nun 23.07.2014 tarih ve 2014/UH.II-2667 sayılı kararı ile davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak, hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Yasak Fiil ve Davranışlar başlıklı 17. maddesi ve İhalelere Katılmaktan Yasaklama başlıklı 58. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılması ile Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirim yapılmasına yönelik karar alınması üzerine davalı idarece davacı şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunmuş olduğu proforma faturanın, söz konusu proforma faturaya esas maliyet/satış tutarı tespit tutanağı ve bu tutanağın düzenlendiği döneme ilişkin alış ve satış faturaları ile uyumsuz olduğu, diğer bir ifadeyle proforma faturanın yasal defter kayıtlarına göre düzenlenmediği, bu nedenle Kamu İhale Kurulu kararı ile davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde düzeltici işlem tesis edildiği; diğer yandan, konuyla ilgili olarak öne sürülen iddiaların ciddi bulunması üzerine Cumhuriyet Savcılığı'nca iddianame düzenlendiği ve hâlen İstanbul 17. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde 2014/349 esas numarası ile ihaleye fesat karıştırmak ve özel belgede sahtecilik suçlarından açılan davanın devam ettiği anlaşılmıştır. Mevcut deliller çerçevesinde, davacının fiilinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (b) ve (c)

fıkralarına aykırılık teşkil ettiği, gerçek bilgi ve kayıtlara dayanmayan proforma faturanın kullanılması suretiyle ihalenin davacı üzerinde kalmasının sağlandığı, bu yönüyle söz konusu Kanun'un 17. maddesinin (b) fıkrasında belirtilen ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak fiilinin unsurlarının olayda mevcut olduğu, öte yandan, davacının fiilinin aynı Kanun'un 17/c maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün bulunduğu, nitekim özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin ceza yargılamasının devam ettiği, ancak fiilin sübut bulup bulmadığı noktasında bir değerlendirme yapmak için ceza yargılamasının nihai kararının beklenmesinin bir zorunluluk olmadığı, idari yargı yerinin idari yaptırımın unsurları çerçevesinde müstakil bir değerlendirme yapabileceği açıktır.

Bu itibarla, davacı şirketin fiillerinin 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık, söz konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabul ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 27.02.2015 tarih ve E:2014/1951, K:2015/202 sayılı kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 16.10.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.