

İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları

İhaleye katılmak isteyen veya katılmış olan kişilerin, ihale koşullarını ve bilhassa fiyatı etkilemek amacıyla anlaşma yapmaları, serbest rekabeti bozmaları nedeniyle yasaklanmış ve eylem ihaleye fesat karıştırma kapsamında yaptırım altına alınmıştır . Suçun oluşabilmesi için anlaşmanın madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere ihaleye katılan veya katılmak isteyen kişiler arasında yapılması ve anlaşmanın da ihale şartları ve bilhassa fiyatı etkileme amacıyla yapılması gerekir

EMSAL KARAR -1

Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/16593, K. 2016/1881, T. 18.02.2016 tarihli kararı,

EMSAL KARAR -2

“Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçundan verilen beraat hükmüne yönelik temyiz itirazlarınıninncelenmesinde; 19/07/2007 tarihinde ... İşleri Genel Müdürlüğünde kapalı teklif usûlü ile yapılan İstanbul ili 4. Grup ... sahası ihalesine haklarındaki mahkumiyet hükümleri onanan sanıklar Adnan, Erdal ve ... kardeşlerin sahibi bulunduğu AEE İnşaat ve Dış Ticaret A.Ş. ile sanık ...'nın da ortağı olduğu Yerküre ...cilik ve Müşavirlik Teknik Hizmetler İnşaat Emlak Taahhüt Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin katıldıkları, AEE firmasının 27.500

TL, Yerküre firmasının ise 11.600 TL teklif verdiği, en yüksek teklifi veren AEE firmasına ihalenin kaldığı ancak dosya kapsamına göre Yerküre firmasının gayri resmi sahibi olduğu belirtilen ve hakkındaki mahkumiyet hükmü onanan sanık ... ile sanık ...'nın fikir ve eylem birliği içerisinde AEE firması sahipleri sanıklar ..., ... ve ... ile görüşerek onlara ihale için verdikleri teminatlarını yakmaları, ikinci en avantajlı teklif olarak 11.600 TL'ye ihalenin kendilerine kalmasını, ihaleyi aldıktan sonra ise işi kendilerine devretmeyi, bu suretle 27.500 TL'nin altında bir bedelle işi almalarını teklif ettikleri, bu teklifin AEE firması sahibi sanıklar tarafından kabul edildiği, bu suretle ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmak suretiyle ihaleye fesat karıştırdıkları, MTA'nın ihaleyi 27.500 TL bedelle ihale etmesi olanaklı iken, fesat karıştırma sonucunda daha düşük bir bedelle 11.600 TL'ye ihale etmesine ve kamu zararına neden oldukları mahkemece kabul edilen somut olayda; telefon görüşme kayıtları ve bu kayıtlarla uyumlu ihale evrakları birlikte değerlendirildiğinde; sanık ...'nın da diğer sanıkların ihaleye fesat karıştırma suçuna asli fail olarak iştirak ettiği, adı geçen sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ettiği nazara alınmaksızın, yanılgılı değerlendirme sonucu dosya kapsamına ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, bozma sebebi sayılmıştır.", Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2017/4011, K. 2020/11408, T. 11.06.2020 tarihli kararı

Öte yandan fiyatları ve ihale koşullarını etkilemek amacıyla yapılan anlaşma istekli ile ihale yetkilisi arasında da gerçekleşebilecek, ihale görevlisi ihaleye katılan veya katılmak isteyen bir kişi olmadığından, yapılan anlaşma başka bir suç oluştursa dahi anılan bent kapsamında ihaleye fesat karıştırma olarak değerlendirilemeyecektir Hüküm fıkrasında

açıkça ifade edilmemiş olsa da anlaşma taraflarının ihaleye

katılma yeterlik veya koşullarına da sahip olması gerekir³⁴⁹. Nitekim bu koşullara veya niteliklere sahip olmayan şahısların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemesi mümkün değildir. Bu kapsamda ihaleye katılamayacak olan kişilerle yapılan anlaşmalar işlenemez suç niteliğinde olacaktır

Anlaşma ile tekliflerde teslim edilecek malzemenin niteliğinin düşürülmesinin sağlanması, işin belirlenen zamandan sonra teslimi için süre verilmesi, istekli lehine birim fiyatının artırılması ya da isteklilerin ihale sürecine hiç katılmaması, teklif sunmaması ve ihalenin bu surette çok daha uygun bedelle alınması kararlaştırılabilir.

Bu haliyle istekli daha fazla kâr elde etmiş olurken, ihaleyi yapan idare ise yüksek bir bedel ödemek zorunda kalmakta ve zarara uğramaktadır. Yapılan anlaşma, ihalenin belirli bir şahıs üzerinde bırakılmasını sağlamaya yönelik yapılabileceği gibi, ihaleyi alması istenmeyen bir şahsın engellenmesi amacıyla da yapılabilir³⁵³. Suç teşkil eden anlaşma, isteklilerin yaklaşık teklifler sunması ya da ihalenin dışında bırakılması amacıyla eksik teklif sunulması şeklinde de olabilir

EMSAL KARAR-3

“Dosya kapsamı, sanıklara ait iletişim tespit tutanakları içeriğine göre, Şirketi ortağı ..., ... Petrol Şirketi ortağı ... ve... Şirketi sahibi ...’nın önceden aralarında yaptıkları anlaşmaya uygun olarak Kombinasi kalorifer yakıtı ihalesinin İsmet’in sahip olduğu şirkette kalmasını sağlayacak şekilde hareket ettikleri, ... ve ...’nın birbirine çok yakın fiyatlar verdiği, ...’in ise ihale dışı kalmak için bilerek eksik belge verdiği TCK’nin 235/2-d maddesinde yer aldığı şekilde ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yaptıkları sabit olmakla bu şekilde gerçekleştirilen eyleme bağlı olarak ihaleyi düzenleyen kurum açısından bir zarar meydana gelip gelmediği hususu üzerinde durulmasından ve gerekirse bu konuda bilirkişi raporu alınmasından sonra atılı

ihaleye fesat karıştırmak suçundan dolayı 6459 sayılı Yasayla değişik TCK'nin 235/2-d, 235/3-b. maddelerindeki düzenlemeler ve zarar olmadığı kanaatine varılması hâlinde zamanaşımı süresi gözetilmek suretiyle sanıkların hukukî durumlarının tayin ve takdiri gerekirken dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraet hükümleri kurulması,", Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/1246, K. 2014/10558, T. 06.11.2014 tarihli kararı,

Yapılacak anlaşma herhangi bir şekle bağlı olmayıp açık veya zımni şekilde, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir³⁵⁵. Başka bir anlatımla, ihale sürecinde rekabeti bozmaya ve bu kapsamda ihale koşullarını ve bilhassa fiyatı etkilemeye elverişli bulunan anlaşmaların tamamı hükümde yer verilen "açık veya gizli anlaşma" çerçevesinde değerlendirilmelidir

EMSAL KARAR -4

"Sanıklar ... ve ... hakkında verilen beraat hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise;27/02/2012 tarihli ... Bölge Müdürlüğü'ne bağlı ... İşletme ve Tesislerin... personel ile koruma ve güvenlik hizmetinin malzemeli ve silahlı özel güvenlik hizmetleri alım ihalesine sanık ...'in ... Güvenlik Firması adına, diğer sanık ...'in ise ... Güvenlik Firması adına katıldıkları, ihalenin ...Güvenlik isimli firmaya verildiği, ... Güvenlik firmasının ise geçici teminat mektubunun teklif zarfı içerisinde olmadığından bahisle ihaleden elendiği, ihaleye katılan söz konusu firma yetkilileri olan sanıkların gerek ihale sırasında gerekse ihale sonrasında biraraya gelerek görüştükleri yapılan fiziki takip neticesinde tespit edildiği, sanık ...'in bu biraraya gelme sonrasında yakalandığında üzerinden ödeyecek kısmında sanık ...'un ismi olan 5.000 TL bedelli senet,... yazılı telefon numarası ve ihaleden elenmesine sebep olan teminat mektubunun ele geçirildiği, bu suretle sanıkların ihale öncesinde ihalenin Güvenlik'te kalmasına yönelik olarak ihalenin şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yaptıkları, sanık ...'in ihaleden elenmek için bilerek teminat mektubunu teklif zarfına

koymadığı, sanık ...'in de bunun karşılığında sanık ...'e söz konusu senedi verdiği anlaşılan olayda; sanıkların eylemlerinin TCK'nin 235/2-d maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunu tüm unsurlarıyla oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine hükmedilmesi, bozma nedeni yapılmıştır.”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2014/2267, K. 2016/4055, T. 19.04.2016 tarihli kararı,

Anlaşmanın yapılması suçun oluşması için yeterli olup anlaşma sonucunda ihale koşullarının ya da fiyatın etkilenmiş olmasına gerek bulunmaz³⁵⁷. Bu anlamda suç sırf hareket suçudur. Anlaşma doğrultusunda ihalenin kazanılması veya ihaleyi yapan idarede kamu zararı oluşması şart değildir³⁵⁸. Konu hakkında yerleşik Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2013/17279, K. 2017/402, T. 07.02.2017 tarihli kararı