

Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemede ihale üzerinde bırakılan dava dışı istekli dışında ihaleye verilen 5 tekliften 3.sıradaki teklif sahibi olan şikayetçi İş Ortaklığı, 4. teklif sahibi davalı ... ile 5. sıradaki teklif sahibi davalı ...'ın fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin b bendinde belirtilen rekabeti etkileyecek davranışlar kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle adı geçen isteklilerin aynı Kanun'un 11. maddesi gereği ihale dışı

bırakılarak idare tarafından haklarında 4734 sayılı Yasa'nın 58. maddesi gereğince değerlendirme yapılması gerektiği yönünde karar verildiğini, Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen bu karar doğrultusunda kara

15. Hukuk Dairesi

2018/2139 E. , 2018/1996 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili ve davalı ... vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış, eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmâl edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak talebine ilişkin olup mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar davacı ile davalı ... tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde

bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalının temyiz itirazlarına gelince;

Davacı dava dilekçesinde ... Ovası Sulaması 2. kısım Rehabilitasyon İnşaatı işinin 08.11.2007 tarihinde ihalesinin yapıldığını, bu işle ilgili teklif veren isteklilerden dava dışı – ... Mim. Müh. İnş. ve San. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından Kamu İhale Kurumu'na şikayet başvurusunda bulunduğunu, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemede ihale üzerinde bırakılan dava dışı istekli dışında ihaleye verilen 5 tekliften 3.sıradaki teklif sahibi olan şikayetçi... – Mim. Müh. İnş. ve San. Ltd. Şti. İş Ortaklığı, 4. teklif sahibi davalı ... ile 5. sıradaki teklif sahibi davalı ...'ın fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin b bendinde belirtilen rekabeti etkileyecek davranışlar kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle adı geçen isteklilerin aynı Kanun'un 11. maddesi gereği ihale dışı bırakılarak idare tarafından haklarında 4734 sayılı Yasa'nın 58. maddesi gereğince değerlendirme yapılması gerektiği yönünde karar verildiğini, Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen bu karar doğrultusunda ... – ... İnşaat, ... Mim. Müh. İnş. Tic. San. Ltd. Şti. ile bu şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan şirket ortaklığı..., davalı ... – ... İnşaat ve davalı ... – ... inşaatın 4734 sayılı Yasa'nın 58. maddesi gereğince iki yıl süreyle bu kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak ihalelere katılmaması yönünden Bakanlık Makamından "İhaleye Katılmaktan Yasaklanma" kararı alındığını ve bu kararın 22.03.2008 tarih ve 26824 sayılı Resmi Gazetede yayınlandığını belirterek ihale dosyası kapsamında yer alan belgelerdeki geçici teminat mektubu içeriğinde belirtildiği üzere davalılardan ... – ... İnşaatın 75.000,00 TL ve ... – ... İnşaatın 75.000,00 TL olmak üzere toplam 150.000,00 TL geçici teminat bedellerinin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... savunmasında 08.11.2007 tarihinde yapılmış olan ... Ovası Sulaması 2. Kısım Rehabilitasyon İnşaatı ihalesine katıldığını ve 5. sırada en iyi teklif verdiğini, söz konusu

ihalenin ... İnşaat Limited Şirketi üzerinde bırakıldığını, Kamu İhale Kurumu'nun 11.02.2008 tarihli kararında kendileri hakkında ihalelerden yasaklanmasına ilişkin bir karar alınmadığı halde Çevre ve Orman Bakanlığı'nın Kamu İhale Kurumu'nun karinelerini sanki gerçek bir olgu imiş gibi kabul ederek iki yıl süre ile yasaklama kararı aldığını, Kamu İhale Kurumu'nun 11.02.2008 tarihli kararının iptâli için ... 7. İdare Mahkemesi'nin 2008/559 Esas sayılı dosyası üzerinden, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın 2 yıl süre ile yasaklanmasına ilişkin kararının iptâli için de ... 3. İdare Mahkemesi'nin 2008/753 Esas sayılı dosyası üzerinden dava açtıklarını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... savunmasında aynı beyanları tekrarla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacı kurum tarafından 08.11.2007 tarihinde ihalesi yapılan "... Ovası Sulama 2. Kısım Rehabilitasyon İnşaatı" işi ihalesine verilen beş tekliften üçüncü sıradaki teklif sahibi olan dava dışı... - ... Ltd. Şti. İş Ortaklığı, dördüncü teklif sahibi davalı ... ve beşinci sıradaki teklif sahibi davalı ...'ın fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin b bendinde belirtilen rekabeti etkileyecek davranışlar kapsamında değerlendirilerek adı geçen isteklilerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesi gereğince ihale dışı bırakılarak haklarında ihalelerden yasaklanma kararı verildiği, bu idari işlemlerin iptâli için idari yargıda davalılar tarafından açılan davaların reddine karar verildiği, davalıların ihale aşamasında vermiş oldukları teminat mektuplarının kendilerine iade edildiği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesi gereğince ihale dışı bırakılan davalıların geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından davacı idarenin ... Ovası Sulaması 2. kısım Rehabilitasyon İnşaatı işinin 08.11.2007 tarihinde ihalesinin yapıldığı, sonuçta işin ihalesinin dava dışı ... İnş. Ltd. firması üzerinde kaldığı, bundan sonra ihaleye katılan dava dışı firmalar ile davalıların Kamu İhale Kurumuna işi alan firmanın teklifinin aşırı düşük olup bu fiyatla

tamamlanmasının imkansız olduğu gerekçesi ile şikayette bulundukları, İhale Kurumu tarafından 11.02.2008 tarihinde verilen karar ile başvurunun reddedilip şikayetçiler hakkında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17-b maddesine göre işlem yapılması gerektiğinin belirtildiğı, bu karara karşı davalılar tarafından ... 7. İdare Mahkemesi 2008/599 Esas ve 2008/1430 sayılı dosyalarda iptal davası açıldığı, İhale Kurumu'nun kararından sonra davacı idare tarafından davalılar hakkında ihalelerden yasaklama kararının verildiğı, bu kararın iptâli için ... 7. İdare Mahkemesi'nin 2008/1394 Esas ve 2008/1481 Esas sayılı dosyalarda dava açıldığı, tüm bu davaların ret ile sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda ihtilaflı olan konu ihale aşamasında , ihaleye katılan firmalar hakkında sonradan verilen ihaleden yasaklama kararına göre, verilmiş bulunan geçici teminatların irat kaydedilip kaydedilemeyeceğı konusundadır.

Bilindiğı üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kamunun yapacağı ihalelerde uygulanacak temel ilkeleri düzenlemekte olup ihtilafında bu kanun hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Bu Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde "Teminat Mektubu" tanımı yapılmış olup "Geçici teminat" başlıklı 33. maddeye göre "İhalelerde, teklif

edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır" hükmü bulunmaktadır. İhale aşamasında verilmiş bulunan bu geçici teminat mektupları Kanun'un 44. maddesine göre kesin teminatın verilmiş olması kaydıyla sözleşmenin imzalanmasından sonra iade edilmekte ise de kesin teminatın verilmemesi, varsa eksik belgelerin tamamlanmaması veya kanunda değişik maddelerinde belirlenen sebeplerle yaptırım olarak irat kaydedilebilmektedir.

İhaleye katılımda yeterlik kuralları başlıklı 10. madde de İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenecek bilgi ve belgeler açıklanmıştır. Bu maddenin ek fıkralardan önceki son fıkrasında ise ihale dışına çıkarılacakların listesi sayılmış -j- bendinde 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit

edilenlerin de ihale kapsamı dışına çıkarılacağı belirtilmiştir, Yine 10. maddenin son ek fıkrasında “Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kurum tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir.” hükmü bulunmaktadır.

Kanun’un 11. maddesinde “İhaleye katılamayacak olanlar” sayılmış, katılamayacak olup ta katılanların tespiti halinde ise “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.” hükmü getirilmiştir.

Kanunun 17. maddesinde ihale sırasındaki “Yasak fiil veya davranışlar” sayılmıştır. Bunlar “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.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.” olarak sayılmış,

yaptırımları için ise maddenin son bendinde “Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanun’un Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.” Denilerek 4. Kısma

atıf yapılmıştır.

Dördüncü Kısım Kanun'un 58, 59, 60 ve 61. maddelerini kapsamaktadır. 58. madde "İhalelere katılmaktan yasaklama" hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre "17'nci 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 halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil 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. 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 verilir. 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 verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen (Değişik ibare: 4964 – 30.7.2003 /m.35) "en geç kırkbeş gün" içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş

gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumu'nca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür." düzenlemelerini içermektedir.

İsteklilerin ceza sorumluluğu 59. maddede, görevlilerin ceza sorumluluğu da 60. maddede açıklanmıştır. 61. madde ise "Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı" ile ilgili olup bu kısımda geçici teminatların irat kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Kanun'un "Tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 37. maddesi ikinci fıkrasında "Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36'ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir." Hükmü bir diğer teminatın irat kaydedilme sebebidir.

Somut olayda davalıların dava dışı firmalarla birlikte 08.11.2007 tarihli ihaleye katıldıkları anlaşılmakta olup bu aşamada davalıların Kamu İhale Kanunu 11. maddesine göre "İhaleye katılamayacak olanlar" arasında olduğuna yada ihaleden önce aleyhine yasaklama kararı bulunduğu ilişkin bir iddia bulunmamaktadır. İhalenin yapılmasından sonra Kamu İhale Kurumu bizzat davalıların aralarında bulunduğu kişilerce yapılan şikayet nedeniyle inceleme yapmış ve bu inceleme sonucunda davalıların 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17-b maddesinde belirtilen "İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını

etkileyecek davranışlarda bulunmak" eylemini gerçekleştirdiklerine karar vermiş, bundan sonra da davacı idare tarafından ihalelerden yasaklama kararı verilmiştir. Gerçekten de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17-b maddesine aykırı davranma halinde Kanun'un 4. Kısımında belirtilen hükümlere göre yasaklama kararı verilmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi Kanun'un 4. Kısımındaki hükümlerde belirlenen yaptırımlar arasında "teminatın irat kaydedileceğine" ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun'un teminatın irat kaydedileceğini ilişkin diğer hükümlerine aykırı davranışların bulunduğu da olayda iddia edilmemiştir. Bu nedenle mahkemece teminat bedelinin tahsili talebinin reddi yerine olaya uygun düşmeyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesine göre kabulü doğru olmamış bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacının tüm temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davalı ... yararına BOZULMASINA, aşağıda yazılı bakiye 6,70 TL temyiz ilâm harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı ...'e geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 16.05.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.