

**Kamu İhale Kanunu 11 g
kapsamında kamu ihalelerine
(dolaylı olarak da olsa)
katılmasının yasak olduğu,
bundan dolayı da davacı
şirket üzerinde bırakılan
ihalenin iptal edilerek
imzalanmış kamu ihale
sözleşmesinin feshedilmesi
gerektiği hk**

Karar No:2019/1881

TEMYİZ EDEN (DAVACI): ... Kurumsal Personel Hizmetleri Temizlik
Sağlık İlaçlama Taşımacılık Bilişim Gıda Spor Tekstil İmalat
Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ: Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI): ... Fabrikaları A.Ş.

VEKİLİ: Av. ...

İSTEMİN KONUSU: İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:...
sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması
istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: davacı şirket ile davalı arasında 31/10/2018 tarihinde imzalanan "ofis sosyal tesisler temizliği ve odacılık hizmeti alımına ait ihale" sözleşmesinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin (g) bendi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. ve 22. maddeleri uyarınca davalı tarafından feshedilerek 63.000,00-TL teminat bedelinin gelir olarak kaydedilmesine ilişkin ... Fabrikaları Anonim Şirketi ... Fabrikaları Müdürlüğü'nün 20/11/2018 tarih ve ... sayılı işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; 4734 sayılı Kanunun 11. maddesinin (g) bendi uyarınca; terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan gerçek ve tüzel kişilerin doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacağı, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, akdedilen sözleşmenin feshedileceği ve kesin teminat ile varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceğinin düzenlendiği, davacı şirket ile yöneticisi ve ortağı olan ...'nın, ...'da bulunan hesaplarının aktif olarak kullanıldığı, ciddi tutar girdi ve çıktılarının bulunduğu, 01/01/1996 – 22/07/2016 tarihleri arasında 1933 adet hesap hareketinin olduğu, ... hakkında (...) Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma suçundan kamu davası açıldığı ve anılan suç nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konularak adli kontrol altına alınma koruma tedbiri uygulandığına dair hususların ... İdare Mahkemesi'nin E:... sayılı dosyasında yapılan araştırmalar neticesinde tespit edildiği, davacı şirketle imzalanan ihale sözleşmesinin, terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğundan bahisle feshedilmesine ve 63.000,00-TL teminat bedelinin gelir olarak kaydedilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

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

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, şirketlerinin

terör örgütüyle bağlantısının bulunmadığı ve ortağı hakkında herhangi bir adli soruşturmanın mevcut olmadığı, yalnızca geçmiş yıllarda ... ile teminat senedi alışverişinin olduğu, bunun da terör örgütlerine yardım olarak değerlendirilemeyeceği, diğer taraftan 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesine 678 sayılı KHK ile eklenen son fıkrada (g) bendi kapsamında yapılacak bildirime ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulu'nca hâlen belirlenmediği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacı şirketin ortağı ... isimli şahsın ...'da bulunan hesaplarının aktif olarak kullanıldığı, 01/01/1996 – 22/07/2016 tarihleri arasında 1933 adet hesap hareketinin bulunduğu, hakkında yurt dışına çıkış yasağı kararı verildiği ve ... Silahlı Terör Örgütüne Üye Olmak suçundan kamu davası açıldığının tespit edilmesi üzerine, davacı şirketin terör örgütü ile iltisaklı olduğu gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemin mevzuata uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'NİN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kısmen kabulü, kısmen de reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek ve dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY:

Davalı tarafından, ... sayılı ihale kayıt numarası ve açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "01/11/2018-31/10/2019 tarihleri

arasında ... Fabrikası Ofis, Sosyal Tesisler Temizliği ve Odacılık Hizmet Alımı" ihalesinin davacı şirket üzerinde bırakılması üzerine, davacı şirket ile davalı kurum arasında 31/10/2018 tarihinde sözleşme imzalandığı, davacı şirketten 63.000,00-TL değerinde kesin teminat mektubu alındığı, davacı şirketin ortağı ve yöneticisi olan ...'nın; aynı zamanda davacı şirketin %99 hissesine sahip ortak kuruluşu olan ... Temizlik Peyzaj Gıda Bilgi İşlem Taşımacılık Teknoloji Sosyal Hizmetler İnş. San. Tic. Ltd. şti.'nin de ortağı olduğu, anılan dava dışı şirket ile davalı kurum arasında başka bir hizmet alımı ihalesi kapsamında imzalanan sözleşmenin, Ankara Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün davalı kuruma göndermiş olduğu, anılan şirketin ortaklarından ...'nın ... hesap kayıtlarının olabileceğine ilişkin 04/04/2018 tarih ve ... sayılı yazıya istinaden 06/04/2018 tarih ve ... sayılı davalı kurum işleminde terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğundan bahisle feshedilmesi ve bu sözleşme kapsamındaki 127.860,00-TL teminat bedelinin gelir olarak kaydedilmesi üzerine anılan işlemin iptali istemiyle ... İdare Mahkemesi'nin ... esasına kayden açılan davada 14/09/2018 tarih ve K:... sayılı karar ile davanın reddine karar verildiği, ... İdare Mahkemesi tarafından karar verilmeden önce yapılan araştırmalar neticesinde; "davacı şirket ortaklarından ... hakkında ... Sulh Ceza Hakimliği'nin 01/11/2017 tarih ve ... sorgu sayılı kararıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 109/3-a maddesi gereğince silahlı terör örgütüne üye olma (...) suçunun işlendiğinden bahisle yurt dışına çıkış yasağı konularak adli kontrol altına alınma koruma tedbiri uygulandığı, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 07/05/2018 tarih ve ... sayılı iddianamesi ile davacı şirket ortaklarından ... hakkında aynı suçtan ötürü kamu davası açıldığı, anılan davada Mahkeme'nin 19/09/2018 tarihli kararı ile ... hakkında ... Sulh Ceza Hakimliği'nce verilen yurt dışı çıkış yasağı konulu adli kontrol altına alınma koruma tedbirinin devamına karar verildiği, davacı şirketin ve şirket ortağı ...'nın ...'da bulunan hesaplarının aktif olarak kullanıldığı ve ciddi tutar girdi ve çıktıların bulunduğu, 01/01/1996-22/07/2016 tarihleri

arasında 1933 adet hesap hareketinin bulunduğu" yönünde tespitlere ulaşıldığı, akabinde ... isimli şahsın iş bu davanın davacısı olan şirketin ortağı ve yöneticisi olması dolayısıyla davalı kurum tarafından 20/11/2018 tarih ve ... sayılı işlem ile, davacı şirket ile aralarında imzalanan sözleşmenin feshedilmesi ve bu fesih işlemine bağılı olarak davalı uhdesinde bulunan davacı şirkete ait 63.000,00-TL teminat bedelinin gelir olarak kaydedilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrasında, "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:" denilmiş; 22/11/2016 tarih ve 29896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 678 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 30. maddesiyle, Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasına, "g) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu, Millî İstihbarat Teşkilâtı veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler." şeklinde bent ve aynı maddeye, "Birinci fıkranın (g) bendi kapsamındaki bildirimlere ilişkin usûl ve esaslar Bakanlar Kurulunca belirlenir. Söz konusu bent kapsamında olduğu tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılır, ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkra da yer alan hüküm uygulanmaz." şeklinde fıkra eklenmiş; 11. maddenin atıfta bulunulan dördüncü fıkrasında 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." kuralı yer almıştır.

Bilâhare; 23/01/2017 tarih ve 29957 sayılı Resmî Gazete'de

yayımlanan 684 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesiyle, Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi, "Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler." şeklinde değiştirilmiştir.

Yine; Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, "11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak.", ihalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar arasında sayılmıştır.

Diğer yandan; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinde, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği kurala bağlanmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Uyuşmazlık; davacı şirketin terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olup olmadığına ve bundan dolayı kamu ihalelerine katılıp katılamayacağına, katıldığı bir kamu ihalesinin iptali nedeniyle teminatının irat kaydedilmesinin mümkün bulunup bulunmadığına ilişkin olup aktarılan mevzuata göre; ... ile irtibatı ya da iltisakı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü ya da MİT tarafından bildirilen tüzel kişilerin ihalelere katılmasının yasak olduğu, bu yasağa rağmen ihaleye katıldığı tespit edilenlerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasından sonra bu durumun tespiti hâlinde ise ihalenin iptal edileceği, ihale iptalinin doğal bir sonucu olarak da varsa imzalanmış kamu ihale sözleşmesinin feshi gerektiği açıktır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göreyse; yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilerek sözleşme feshedilir.

Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin (678 sayılı KHK ile eklenen) beşinci fıkrasında, birinci fıkranın (g) bendi kapsamında olduğu tespit edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkra da yer alan hükmün uygulanmayacağı açıkça belirtildiğinden, ... ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü ya da MİT tarafından bildirilen tüzel kişiler üzerinde bırakılan kamu ihalelerinin iptal edilerek imzalanmışsa sözleşmenin feshi gerektiği, ancak geçici veya kesin teminatın irat kaydedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Davacı şirketin ortaklarından ... hakkında Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma (...) suçundan kamu davası açıldığı ve anılan suç nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konularak adli kontrol altına alınma koruma tedbiri uygulandığı, dolayısıyla davacı tüzel kişinin ... ile irtibatlı ya da iltisaklı olması nedeniyle Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında kamu ihalelerine (dolaylı olarak da olsa) katılmasının yasak olduğu, bundan dolayı da davacı şirket üzerinde bırakılan ihalenin iptal edilerek imzalanmış kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır.

Ancak; davacı şirketin ... ile irtibatlı ve iltisaklı olduğunun Ankara Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nce bildirilmesi üzerine Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında ihalenin iptal edilerek sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle, aynı maddenin (678 sayılı KHK ile eklenen) beşinci fıkrası uyarınca kesin teminatın irat kaydedilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda; dava konusu işlemin, Ankara Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nce ... ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğu bildirilen davacı şirket üzerinde bırakılan ihalenin iptal edilerek kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesine yönelik kısmında hukuka aykırılık; kesin teminatın irat kaydedilmesine yönelik kısmında ise hukuka uygunluk görülmemiştir.

Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararının teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,
2. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının sözleşmenin feshedilmesine ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmının ONANMASINA,
3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne;
4. Anılan kararın teminatın irat kaydedilmesine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
5. Bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE,
6. Dava kısmen iptal, kısmen ret ile sonuçlandığından, davacı tarafından ilk derece ve temyiz aşamalarında yapılan ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL yargılama giderinin yarısı olan ...-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, kalan ...-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, davalı tarafından ilk derece aşamasında yapılan toplam ...-TL yargılama giderinin yarısı olan ...-TL'nin davalı idare

zerinde bırakılmasına, kalan ...-TL'nin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine;

7. Posta giderleri avansından artan tutarın ve istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davacıya 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), 28/05/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.