

**mahkeme kararında şirketin
inşaat alanında faaliyet
gösterdiğinin ifade edilmiş
olması ve suça dayanak teşkil
eden faturaların anılan firma
yetkilisi tarafından şirket
faaliyetlerinde
kullanıldığının sabit olması
nedeniyle mesleki faaliyete
ilişkin kasıtlı bir suçtan
hüküm giyen şirket yetkilisi
hakkında tesis edilen işlemin
yerinde olduğuna karar
verilerek başvuru sahibi iş
ortaklığı ile sözleşme
imzalanmaması ve istekliye
ait geçici teminatının gelir
kaydedilmesi**

Karar Tarihi : 06.11.2019

Karar No : 2019/UY.I-1467

BAŞVURU SAHİBİ:

Eksan Mim. Müh. İnş. Taah. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti. –
Ayyıldız Gayrv Mim. İnş. Müt. Mar. San. Tic. Ltd. Şti. İş
Ortaklığı,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Toplu Konut İdaresi
Başkanlığı,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/259182 İhale Kayıt Numaralı “Konya İli Yunak İlçesi 94
Adet Konut, 1 Adet Ticaret Merkezi İnşaatları İle Altyapı ve
Çevre Düzenlenmesi İşİ” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Toplu Konut İdaresi
Başkanlığı tarafından 24.06.2019 tarihinde açık ihale usulü
ile gerçekleştirilen “Konya İli Yunak İlçesi 94 Adet Konut, 1
Adet Ticaret Merkezi İnşaatları İle Altyapı ve Çevre
Düzenlenmesi İşİ” ihalesine ilişkin olarak Eksan Mim. Müh.
İnş. Taah. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Ayyıldız
Gayrimenkul Mim. İnş. Müt. Market San. Tic. Ltd. Şti. İş
Ortaklığının 11.10.2019 tarihinde yaptığı şikâyet
başvurusunun, idarenin 11.10.2019 tarihli yazısı ile reddi
üzerine, başvuru sahibince 18.10.2019 tarih ve 44190 sayı ile
Kurum kayıtlarına alınan 18.10.2019 tarihli dilekçe ile
itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2019/1298 sayılı itirazen şikâyet
dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme
raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, ihalenin iş ortaklıkları üzerinde bırakılması üzerine sözleşme imzalamak üzere gerekli belgeleri idareye sunmalarına rağmen idarece, iş ortaklıklarının özel ortağı Ayyıldız Gayr. Mim. İnş. Müt. Mark. San. Tic. Ltd. Şti. adına teklif mektubu ve diğer belgeleri imzalayan Şahin Ayyıldız'a ait adli sicil kaydının araştırılması neticesinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi gerekçe gösterilerek iş ortaklıkları ile sözleşme imzalanmadığı, geçici teminatlarının irat kaydedildiği ve ihalenin iptal edildiği, bunun üzerine önce idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu, idarenin ret kararı üzerine Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulduğu ve Kurul'un 2019/UY.I-1231 sayılı kararıyla düzeltici işlem belirlenmesine karar verildiği, söz konusu düzeltici işlem kararının gereğini yerine getirmek üzere idarece, Körfez 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.11.2018 tarihli ve 2018/349 E., 2018/402 K. sayılı gerekçeli kararına dayanak teşkil eden vergi suçu raporu ve faturaların kendilerinden talep edilmesi üzerine söz konusu belgelerin idareye sunulduğu, idarenin 10.10.2019 tarihinde taraflarına EKAP üzerinden gönderilen kararıyla iş ortaklıkları ile sözleşme imzalanmaması ve geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi kararının yerinde olduğu ifadelerine yer verildiği,

Ancak, Körfez 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.11.2018 tarih ve 2018/349 E., 2018/402 K. sayılı gerekçeli kararına dayanak teşkil eden vergi denetim raporu ve faturaların incelenmesi neticesinde anlaşılabacağı üzere, söz konusu faturaların konusunun şirketlerinin faaliyet alanı kapsamında olsa da, alınan faturaların sahte olmasının ve söz konusu faturaları düzenleyenlerin sahte bir şekilde düzenleyip taraflarına vermesinin kendilerinin bileceği ya da tespit edebileceği bir husus olmadığı,

Ayrıca, iş ortaklıklarıyla sözleşme imzalanmaması ve geçici

teminatlarının gelir kaydedilmesi kararına dayanak teşkil eden özel ortakları hakkındaki Mahkeme kararında söz konusu şirketin “mesleki faaliyetten men” edilmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu gerekçelerle idarece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 10’uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi gerekçe gösterilerek tesis edilen işlemin, teminatların gelir kaydedilmesi işleminin ve ihalenin iptali işleminin kaldırılması gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinde “Bu Kanunun uygulanmasında;

...

İstekli : Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini... ifade eder.” hükmü,

Anılan Kanun’un 10’uncu maddesinin dördüncü fıkrasında “Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

c) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.

d) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.

e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.

f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.

g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.

h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.

i) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.

j) 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen.

(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/23 md.) Kurum, dördüncü fıkranın; (c) bendi ile ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının uygun görüşünü alarak sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarını; (d) bendi ile ilgili olarak, Gelir İdaresi Başkanlığının uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamına girecek vergileri; tür ve tutar itibarıyla belirlemeye yetkilidir.

(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/23 md.) 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 yer almaktadır.

Anılan Kanun'un 11'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme

kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları da hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması" başlıklı 69'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere idareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde, ihale üzerinde bırakılan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmekle birlikte, hakkında Kanunun 58 inci maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı da hüküm altına alınmıştır.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İhale dışı bırakılma" başlıklı 52'nci maddesinde "(1) Kanunun 10 uncu maddesinde yer alan hükümler gereğince;

a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilan eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan,

b) İflası ilan edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan,

c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan,

ç) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan,

d) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen,

e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen,

f) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan,

g) Bu Yönetmelik hükümlerine göre idareler tarafından belirlenen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen,

ğ) Kanunun 11 inci maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan,

h) Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen,

adaylar ve istekliler ihale dışı bırakılır.

(2) (Değişik: RG-7/6/2014-29023) İhale üzerinde kalan istekliden, birinci fıkranın (a), (b), (c), (ç), (d) ve (f) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığına dair belgelerin sözleşme imzalanmadan önce istenilmesi zorunludur. Bu belgelerin, (Ek ibare: 13.09.2019-30887 R.G./2. md., yürürlük:23.09.2019) ihale usulüne göre son başvuru ve/veya ihale tarihinde isteklinin anılan bentlerde belirtilen durumlarda olmadığını göstermesi gerekir.

(3) Ortak girişimlerde söz konusu belgelerin yukarıda öngörülen şekilde bütün ortaklarca ayrı ayrı verilmesi zorunludur...” hükmü,

4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre istenecek belgelerin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17'nci maddesinde açıklandığı görülmüş olup, bu kapsamda “17.5. 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendine ilişkin olarak,

1/1/2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendinde ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak(Değişik: 13/04/2013- 28617 R.G./ 1. md.) idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları hüküm altına alınmıştır.

17.5.1.Mesleki faaliyete ilişkin mahkumiyet kararının kapsamı:

17.5.1.1 Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden alınacak adli sicil istatistik bilgilerini içeren belgeden veya gerekçeli mahkumiyet kararından, asli veya ferî ceza olarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 11, 25 ve 35 inci maddelerinde tanımlandığı şekliyle “muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası”na ilişkin süreli ya da süresiz mahkumiyet hali, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir.

17.5.1.2 İhale dışı bırakma, ancak yargı kararıyla “tatili icrasına hükmedilen meslek ve sanat”la sınırlı olmak üzere uygulanabilir.

17.5.1.3 (Değişik: 19.06.2018-30453/m RG/ 2. Md.) Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden alınacak adli sicil istatistik bilgilerini içeren belgeden veya gerekçeli mahkumiyet kararından yalnızca, “mesleki faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan mahkumiyet hali”, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir. Bu

nedenle idarelerin, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendinin uygulamasında, mahkûmiyet kararlarının mesleki faaliyetten kaynaklanıp kaynaklanmadığını göz önünde bulundurması gerekmektedir.

17.5.2. Süre:

17.5.2.1. İdarelerce isteklilerin haklarında mesleki faaliyetlerinden dolayı kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunduğu tespit edilmesi halinde, ihale tarihinden önceki beş yıllık sürenin başlangıcı olarak Mahkemece verilen hükmün kesinleştiği tarih esas alınacaktır.

17.5.2.2. 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelerde istekliler hakkında ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı mercilerince verilmiş mahkûmiyet kararı bulunması halinde, bu durumdaki isteklilerin 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale dışı bırakılmaları gerekmektedir.

17.5.3. Belgelerin temin edileceği yerler:

17.5.3.1. Yerli istekliler yönünden:

17.5.3.1.1. İsteklinin gerçek kişi olması halinde; ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetleri ile ilgili mahkumiyet kararına ilişkin belgeler Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne bağlı birimlerden alınacaktır.

17.5.3.1.2. İsteklinin tüzel kişi olması halinde; Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca; anonim şirket ise yönetim kurulu üyelerinin, limited şirket ise şirket müdürünün, yoksa ortaklarının tamamının, kolektif şirket ise ortakların tamamının, komandit şirkette komandite ortakların hepsinin, komanditer ortaklardan kendilerine şirketi temsil yetkisi verilmiş olan ortakların, kooperatiflerde yönetim kurulu üyelerinin Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne bağlı birimlerden alacakları belgeler İdarelerce

kabul edilecektir. Öte yandan, sermaye şirketinde yönetim kurulu üyesi veya limited şirket müdürü olmasa dahi şirketin idaresinde hakim etkisi bulunan ortak veya ortakların da 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca adli sicil kaydını ibraz etmeleri gerekmektedir.

17.5.3.2. Yabancı istekliler yönünden:

17.5.3.2.1. İsteklinin gerçek kişi olması halinde; 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlara ve 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendine ilişkin adli sicil kayıtlarını,

i- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden,

ii- Uyuşunda bulundukları ülke mevzuatı uyarınca bu ülkelerin yetkili makamlarından,

Almaları gerekmektedir.

17.5.3.2.2. İsteklinin tüzel kişi olması halinde; tüzel kişiliğin kurulduğu ülke mevzuatı uyarınca şirket müdürleri ile şirket yönetiminde yer alanların veya şirketi temsile yetkili olanların 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi ile 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlara ilişkin adli sicil kayıtlarını,

i- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden,

ii- Ayrıca tüzel kişiliğin kurulduğu veya sayılanların uyruğunda bulundukları ülke yetkili makamlarından, Almaları gerekmektedir.

17.5.3.2.3. Söz konusu belgeler, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi dördüncü fıkrası (e) bendinde ve 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlara ilişkin ceza ve mahkumiyet kararlarına ilişkin ve ülkeleri mevzuatında

paralellik taşıyan belge niteliğinde olması halinde kabul edilecektir.

17.5.3.2.4. Diğer taraftan; adli sicil kaydına ilişkin belgelerin düzenlenmesinin mümkün olmaması halinde bu hususun veya ülke mevzuatı uyarınca düzenlenen belgelerin, yabancı gerçek kişi isteklinin uyuğunda bulunduğu ya da yabancı tüzel kişi isteklinin kurulduğu ülkenin Türkiye'deki misyon şefliklerince veya bu ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti misyon şefliklerince teyit edilmesi zorunludur.

17.5.4.Yerli ve yabancı istekliler adına ihaleye katılacakların adli sicil belgeleri:

4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yerli veya yabancı istekliler adına veya nam ve hesabına (temsilci, vekil, vasi veya veli olarak) ihalelere katılanların da 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunmamaları gerekmektedir. Bu bakımdan yabancı firmaların Türkiye mümessili aracılığıyla 4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak bir ihaleye katılmaları halinde de, Türkiye mümessilinin Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen durumda olmaması gerekir.

17.6. İhale üzerinde kalan isteklilerin kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri sözleşmeden önce sunamaması

17.6.1. (Değişik: 07/06/2014-29023 R.G./ 4.md.)İhale Uygulama Yönetmeliklerinin "İhale dışı bırakılma" başlıklı maddelerinde; İhale üzerinde kalan istekliden, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (Değişik ibare: 20/4/2011-27911 R.G./ 11. md.) (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığına dair belgelerin sözleşme imzalanmadan önce istenilmesinin zorunlu olduğu ve bu belgelerin, ihale tarihinde isteklinin anılan bentlerde belirtilen durumlarda olmadığını göstermesi gerektiği hükme

bağlanmıştır.

17.6.1.1.(Değişik : 20/4/2011-27911 R.G./ 11. md.) İhale üzerinde kalan gerçek veya tüzel kişi isteklinin ya da ortak girişimin ortaklarından en az birinin yabancı istekli olması durumunda, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olunmadığına dair belgelerin sunulması ile sözleşmenin imzalanmasına ilişkin diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi için idare tarafından sözleşmeye davet yazısının tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yirmiiki gün süre verilmesi gerekmektedir. İdarelerce sözleşmeye davet amacıyla kullanılan “Üzerine İhale Yapılan İsteklinin Sözleşmeye Davet Edilmesine İlişkin Formda”, ihale üzerinde kalan isteklinin yerli veya yabancı istekli olması durumu dikkate alınarak on günlük ya da yirmiiki günlük sürenin seçilmesi gerekmektedir.

17.6.2. İhale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri veya kesin teminatı vermemesi ya da sözleşme imzalamaması durumunda, Kanunun 44 üncü maddesi hükümlerine göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının, ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilecektir.

17.6.2.1. (Değişik: 07/06/2014-29023 R.G./ 4.md.)Anılan belgelerin isteklilerin “ihale tarihindeki” durumunu göstermesi gerektiğinden, isteklilerin ilgili idarelere (vergi daireleri, sosyal güvenlik il müdürlükleri vb.) yaptığı başvurularda bu belgeleri ihale tarihindeki durumlarını gösterecek şekilde istemeleri, adı geçen idarelerin de isteklilerin ihale tarihindeki durumunu gösterecek şekilde belgeleri düzenleyerek vermeleri gerekmektedir.

17.6.3. 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentleri gereğince,

ihaleye katılan isteklinin teklifinin başka bir sebeple değerlendirme dışı bırakılıp bırakılmadığı, bu isteklinin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olup olmadığı veya ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, isteklilerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlarının bulunduğu anlaşılmaması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, ancak haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.

17.6.4. İhale üzerinde kalmasına rağmen süresi içinde sözleşme imzalamaya gelmeyenlerin ise Kamu İhale Kanununun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve anılan Kanunun 58 inci maddesi uyarınca kamu ihalelerinden yasaklanması gerekmektedir. Bu çerçevede; sözleşme imzalamaya davet edilen istekli tarafından taahhüt edilen hususlara ilişkin yukarıda belirtilen belgelerin sözleşme imzalama süresi içinde sunulmaması halinde, bu istekli hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar” kapsamında değerlendirme yapılacak ve ayrıca anılan Kanunun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatı gelir kaydedilecektir. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine ilişkin belgelerin ihale üzerinde kalan istekli tarafından ilgili yerlerden temin edilerek süresi içerisinde ihaleyi yapan idareye sunulması ve bu belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiğinin anlaşılmaması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, fakat haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Tebliğ'in 17.5.1.3'üncü maddesinde yer alan açıklamaların 19.06.2018 tarihinden önceki halinin "17.5.1.3 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca; Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden alınacak adli sicil istatistik bilgilerini içeren belgeden veya gerekçeli mahkumiyet kararından Türk Ceza Kanununun 50/e maddesi gereğince "belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya" veya 53/e maddesi gereğince "bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılmaya" ilişkin süreli ya da süresiz mahkumiyet hali, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir." şeklinde iken,

Kamu İhale Kurulunun 18/05/2018 tarih ve 2018/DK.D-98 sayılı kararı ile "17.5.1.3. Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden alınacak adli sicil istatistik bilgilerini içeren belgeden veya gerekçeli mahkumiyet kararından yalnızca, "mesleki faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan mahkumiyet hali", 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenle idarelerin, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendinin uygulamasında, mahkûmiyet kararlarının mesleki faaliyetten kaynaklanıp kaynaklanmadığını göz önünde bulundurması gerekmektedir" şeklinde değiştirilmiş ve söz konusu değişiklik 19.06.2018 tarih ve 30453 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Tebliğ açıklamasının iptaline karar verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.02.2018 tarihli E:2017/1575, K:2018/793 sayılı kararında "... 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca bir isteklinin teklifinin ihale dışı bırakılabilmesi için mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giymiş olması şart olduğu halde Kamu İhale Genel Tebliği'nin

17.5.1.3. maddesi ile Kanun hükmünü aşar nitelikte, mesleki faaliyetten kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın bazı haklardan mahrum bırakılmaya ilişkin mahkumiyetle ek güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin kararların ihale dışı bırakılma sebebi olarak belirlenmesinin hukuka aykırı olduğu açıktır.

(

Kamu İhale Kurulu'nun 07.06.2017 tarih ve 2017/UH.III-1573 sayılı kararına gelince:

Davacı şirket müdürü ... hakkında verilen hapis cezasına mahkumiyete ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin birinci fıkrasının güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin hüküm adı geçen mesleki faaliyetleri ile ilgili olmadığından, hukuka aykırı olduğu yukarıda açıklanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.5.1.3. maddesi uyarınca davacı şirket hakkında tesis edilen dava konusu kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.5.1.3. hükmünün ve Kamu İhale Kurulu'nun 07.06.2017 tarih ve 2017/UH.III-1573 sayılı kararının iptaline.." şeklinde gerekçelere yer verildiği görülmüştür.

Başvuruya konu "Konya İli Yunak İlçesi 94 Adet Konut, 1 Adet Ticaret Merkezi İnşaatları İle Altyapı ve Çevre Düzenlenmesi İşİ" ihalesinin 24.06.2019 tarihinde gerçekleştirildiği, ihale komisyonu kararına göre ihaleye 13 isteklinin teklif sunduğu ve ihalenin başvuru sahibi Eksan Mimarlık Mühendislik İnş. Taah. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Ayyıldız Gayrimenkul Mimarlık İnş. Müt. Market San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı üzerinde bırakıldığı,

Başvuru sahibinin sözleşme imzalamak üzere idareye başvurduğu, ancak iş ortaklığının özel ortağı Ayyıldız Gayrimenkul Mimarlık İnş. Müt. Market San. Tic. Ltd. Şti. adına teklif mektubunu ve teklif zarfı kapsamında sunulan tüm belgeleri şirket müdürü sıfatıyla imzalayan Şahin Ayyıldız'a yönelik

adli sicil kaydının idarece araştırılması neticesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi gerekçe gösterilerek başvuru sahibi istekli ile sözleşme imzalanmadığı, geçici teminatının gelir kaydedilmesine ve ihalenin iptal edilmesine karar verildiği görülmüştür.

Başvuru sahibi Eksan Mimarlık Mühendislik İnş. Taah. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Ayyıldız Gayrimenkul Mimarlık İnş. Müt. Market San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığının 02.09.2019 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun reddi üzerine, başvuru sahibince 04.09.2019 tarihinde itirazen şikâyet başvurusunda bulunulduğu, söz konusu başvuruya ilişkin 26.09.2019 tarihli ve 2019/UY.I-1231 sayılı Kurul kararında "İdarece Eksan Mimarlık Mühendislik İnş. Taah. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti. – Ayyıldız Gayrimenkul Mimarlık İnş. Müt. Market San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın özel ortağının şirket müdürü ve tek ortağı Şahin Ayyıldız hakkında "Vergi Usul Kanununa Muhalefet" suçundan verilen cezaya dayanak teşkil eden vergi suçu raporu ve ilgili faturaların, Ayyıldız Gayrimenkul Mimarlık İnş. Müt. Market San. Tic. Ltd. Şti.nin faaliyet alanı içerisinde gerçekleştirdiği işler kapsamında kullanılıp kullanılmadığı hususunun araştırılarak işlenen fiilin mesleki faaliyet kapsamında olup olmadığının belirlenmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi" yönünde düzeltici işlem belirlenmesine karar verildiği görülmüştür.

Söz konusu Kurul kararının gereğini yerine getirmek üzere idarece 04.10.2019 tarihinde başvuru sahibine gönderilen yazıda ilgili Mahkeme kararında verilen cezaya dayanak teşkil eden vergi suçu raporu ve ilgili faturaların temin edilerek idareye sunulmasının istenildiği, söz konusu belgelerin 07.10.2019 tarihinde idareye sunulduğu görülmüştür.

Mahkeme kararına dayanak teşkil eden 31 adet faturanın mahiyetlerinin idarece incelendiği ve söz konusu faturaların 11 adet hafriyat çalışması, 10 adet makine çalışması, 6 adet

inşaat malzemesi, 1 adet zemin etüt çalışması, 1 adet C.C.B. kota çalışması, 1 adet boya badana işleri, 1 adet nakliye bedeline ilişkin olduğunun anlaşıldığı,

Anılan şirketin faaliyet alanına ilişkin incelemenin idarece yapıldığı ve istekliye ait ticaret sicil gazetesinde "Madde 3; Şirketin amaç ve konusu başlıca şunlardır.

A. Yurt içinde ve yurt dışında her türlü resmi ve özel sektöre ait inşaat taahhüt ve montaj işleri yapmak ve müstakil konut, iş hanları, fabrikalar, yollar, baraj ve göletler, park ve bahçe düzenlemeleri ve turistik tesisler, tatil köyleri inşa etmek ve kiraya vermek.

F. Her türlü havuz inşaatı ve arıtma işlemleri yapmak, her türlü dekorasyon işleri, tamirat ve boya işleri yapmak her türlü mimarlık hizmetleri vermek, şehir ve imar planları hazırlamak, uygulamalarını yapmak.

L. Her türlü inşaat malzemelerinin satın alınması, işlenmesi yarı mamul haline getirilmesi, inşaat malzemelerinin satış yerlerinin açılması, satın alınan bu malzemelerinin şirket taahhüdü altında yapılacak baraj, köprü, fabrika, sosyal tesis, kanalizasyon tesisi, soğutma klima sistem tesisleri inşaatında kullanılması, inşaat malzemelerinin yurt içi ticaretti ve yurt dışına ihracını yapmak..." ifadelerinin yer alması, başvuru sahibi iş ortaklığının özel ortağının yetkilisi Şahin Ayyıldız hakkındaki mahkeme kararında şirketin inşaat alanında faaliyet gösterdiğinin ifade edilmiş olması ve suça dayanak teşkil eden faturaların anılan firma yetkilisi tarafından şirket faaliyetlerinde kullanıldığının sabit olması nedeniyle mesleki faaliyete ilişkin kasıtlı bir suçtan hüküm giyen şirket yetkilisi hakkında tesis edilen işlemin yerinde olduğuna karar verilerek başvuru sahibi iş ortaklığı ile sözleşme imzalanmaması ve istekliye ait geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin yerinde olduğuna karar verildiği görülmüştür.

Bu çerçevede idarece gerçekleştirilen işlemlerin 26.09.2019 tarihli ve 2019/UY.I-1231 sayılı Kurul kararı doğrultusunda olduğu ve söz konusu işlemlerde mevzuata aykırılık bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Diğer taraftan, başvuru sahibinin “faturaların sahte olmasının taraflarının bilebileceği bir durum olmadığına” ilişkin olarak yapılan incelemede; başvuru sahibi iş ortaklığının özel ortağı Ayyıldız Gayr. Mim. İnş. Müt. Mark. San. Tic. Ltd. Şti.nin temsilcisi Şahin Ayyıldız hakkındaki Körfez 1. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 27.11.2018 tarih ve 2018/349 E., 2018/402 K. sayılı gerekçeli kararında işlenen fiilin sabit olduğu hükmüne yer verilmiş olup, geline nokta itibarıyla başvuru sahibinin “kendisine verilen faturaların sahte olmasının taraflarının bilebileceği bir durum olmadığı” gibi bir iddiada bulunmasının hakkında kesinleşen Mahkeme kararı bulunması nedeniyle sonucu değiştirmeyeceği, ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Tacir olmanın hükümleri” başlıklı 18’inci maddesinde “(2) Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.” hükmünün yer aldığı, söz konusu hüküm uyarınca isteklilerin alım satıma ilişkin olarak kullanmış oldukları faturaların gerçekliğinden basiretli tacir sıfatı gereğince sorumlu olduğu dikkate alındığında başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun’un 65’inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.