

şirket vekili hakkında idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin bir karar bulunmadığından, anılan kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olduğundan bahisle davacı şirketin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan ihaleye katılım aşamasında sunmuş olduğu geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali yolundaki

Mahkeme kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır.” gerekçesiyle Mahkeme kararının, dava konusu işlemin geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçelerle onanmasına, kararın teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2015/054
Gündem No	: 76
Karar Tarihi	: 16.09.2015
Karar No	: 2015/MK-435

<u>Şikayetçi:</u>
ESER İNŞ. ELEKT. NAK. TUR. TİC. LTD. ŞTİ. VEKİLİ AV. MAHMUT KAÇMAZ
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
BAYINDIRLIK VE İSKAN BAKANLIĞI Yapı İşleri Genel Müdürlüğü
<u>Başvuru Tarihi ve Sayısı:</u>
15.07.2011 / 33806
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
2011/48711 İhale Kayıt Numaralı “KONYA CİHANBEYLİ 300 KİŞİLİK ÖĞRENCİ YURDU İNŞAATI” İhalesi
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
<u>Kararı:</u>

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğüne 24.05.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2011/48/11 İKN'li "Konya Cihanbeyli 300 Kişilik Öğrenci Yurdu İnşaatı" ihalesine ilişkin olarak Eser İnş. Elekt. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. vekilinin 08.07.2011 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun idarenin 12.07.2011 tarihli yazısı ile reddi sonrasında, başvuru sahibi tarafından 15.07.2011 tarih ve 33806 sayılı Kurum kayıtlarına alınan 15.07.2011 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması üzerine alınan 15.08.2011 tarihli ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kurul kararında başvuru sahibi özel ortak Eser İnş. Elekt. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. 'ne ait geçici teminatın gelir kaydedilmesi ve anılan şirket hakkında yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin idarece gerçekleştirilen işlemlerin mevzuata uygun olduğu sonucuna varılmış, ancak Tevfik İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.-Eser İnş. Elekt. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığına ait geçici teminatın tamamıyla özel ortak Eser İnş. Elekt. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. tarafından karşılanmasından dolayı geçici teminatın özel ortağın iş ortaklığındaki % 49 oranındaki hissesi nispetinde değil tamamının irat kaydedilmesi gerektiği şeklindeki gerekçeyle, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir.

Davacı Eser İnş. Elekt. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 7. İdare Mahkemesinin 23.11.2011 tarihli ve 2011/2186 sayılı kararında yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Söz konusu Mahkeme kararı sonrasında alınan 16.01.2012 tarihli ve 2012/MK-14 sayılı Kurul Kararı ile "1) Kamu İhale Kurulunun 15.08.2011 tarihli ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kararının iptaline, 2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Bunun sonrasında, Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulü yönündeki 23.11.2011 tarihli ve E:2011/2186 sayılı kararın kaldırılmasına ilişkin itiraz sonucunda alınan Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 11.01.2012 tarihli ve Y.D. İtiraz No:2012/138 sayılı kararı ile Kurumun itirazı kabul edilerek yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Bahsi geçen Mahkeme kararı sonrasında alınan 14.02.2012 tarihli ve 2012/MK-39 sayılı Kurul kararı ile "1) Kamu İhale Kurulu'nun 16.01.2012 tarihli ve 2012/MK-14 sayılı kararının iptaline, 2) Anılan mahkeme kararında ve 15.08.2011 tarih ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kurul Kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Bu defa Ankara 7.İdare Mahkemesinin 30.03.2012 tarihli ve E:2011/2186, K:2012/447 sayılı kararı ile davacı şirketin değerlendirmeye dışı bırakılması ve geçici teminatın tamamının irat kaydedilmesi gerektiğine ilişkin Kurul kararında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Söz edilen Mahkeme kararı sonrasında alınan 07.05.2012 tarihli ve 2012/MK-142 sayılı Kurul kararı ile "1) Kamu İhale Kurulu'nun 14.02.2012 tarihli ve 2012/MK-39 sayılı Kararının ve 15.08.2011 tarih ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kurul kararının iptaline, 2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Bu karar akabinde Kurum tarafından yapılan temiz başvurusu üzerine, Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen 27.06.2012 tarihli ve E:2012/1863 sayılı karar ile, "„Uyusmazlığın niteliğine ve temiz dilekçesinde ileri sürülen nedenlere göre İdare Mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulmasına"karar verilmiştir. Söz konusu Danıştay kararı üzerine alınan 25.07.2012 tarihli ve 2012/MK-239 sayılı Kurul kararı ile "1- Kamu İhale Kurulu'nun 07.05.2012 tarihli ve 2012/MK-142 sayılı kararının iptaline, 2- Anılan mahkeme kararı ve 15.08.2011 tarihli ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kurul kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Bu defa, yapılan temiz inceleme sonucunda Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen 30.03.2015 tarihli ve E:2012/1863, K:2015/1252 sayılı karar ile "Dosyanın incelenmesinden; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 24.05.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Konya Cihanbeyli 300 Kişilik Öğrenci Yurdu İnşaatı" ihalesine başka bir şirket ile birlikte Ortak Girişim olarak katılan davacı şirketin değerlendirme dışı bırakılmaları üzerine itirazen şikâyete gidildiği, başvurusunun dava konusu işlem ile reddi üzerine işbu davanın açıldığı, davacı şirketin, Tevfik İnş. San. ve Tic.Ltd. Şti. ile yaptığı iş ortaklığında, ortaklık oranı % 49 olduğu ve özel ortak konumunda bulunduğu, Şirket Müdürü Ahmet Eser'e ait inşa sirkülerinde, adı geçen kişinin, başvuru sahibi firmayı müferrit imza ile temsil ve ilzama yetkili olduğu, Şirket Müdürünün, Mustafa Eser'1, kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine şirket adına katılmaya, bu ihalelerde teklifte bulunmaya, ihalenin şirket üzerinde kalması hâlinde sözleşme yapmaya, ihale ile ilgili taahhütnameleri vermeye ve benzeri konularda şirketi temsil ve ilzama yetkili kıldığı, Mustafa Eser hakkında ihale tarihi itibarıyla kamu davalarının bulunduğundan 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesine aykırılıktan dolayı 59. maddesi uyarınca tüm ihalelerden yasaklı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda; Mustafa Eser hakkında 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca kamu davası açılması nedeniyle adı geçenin yargılama sonuna kadar kamu ihalelerine katılması mümkün olmadığı hâlde, davacı şirketin temsilcisi olarak uyusmazlığa konu ihaleye katılması nedeniyle bir idari tedbir niteliğinde olan teklifin değerlendirme dışı bırakılması işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararının değerlendirme dışı bırakılmaya ilişkin kısmında hukuka aykırılık, bu kararın iptali istemiyle açılan davada Mahkeme'ce dava konusu işlemin bu kısma yönelik iptal kararı verilmesinde ise hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin teminatının irat kaydedilmesine ilişkin kısmına gelince; 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde "olarak" ibaresinden sonra gelmek üzere "idarelerce veya mahkeme kararıyla" ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra (a) bendi; "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.04.1991 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 bulunanlar" şeklini almıştır.

Söz konusu düzenlemeyle, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanmış olma hâlinin idarî bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanması öngörülmüş, böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla, 11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtilmediği halde ihaleye katılan kişilerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin 11. maddenin son fıkrasının, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanmayacağı aşıktır.

Dolayısıyla, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, geçici teminatın gelir kaydedilmesi işleminin dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması sebebiyle ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda, davacı şirket vekili hakkında idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin bir karar bulunmadığından, anılan kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olduğundan bahisle davacı şirketin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan ihaleye katılım aşamasında sunmuş olduğu geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır." gerekçesiyle Ankara 7.İdare Mahkemesinin 30.03.2012 tarihli ve E:2011/2186, K:2012/447 sayılı kararının, dava konusu işlemin geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçelerle onanmasına, kararın teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Açıklanan nedenlerle, anılan Kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerektiğinden,

1-) 25.07.2012 tarihli ve 2012/MK-239 sayılı Kurul kararı ve 15.08.2011 tarihli ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kurul kararının başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi kısmının iptaline,

2-) Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda başvuru sahibinin geçici teminatının iade edilmesi yönünde, 4734 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine

Oybirliği ile karar verildi.

Kazım ÖZKAN Başkan V. II. Başkan		
Ali Kemal AKKOÇ Kurul Üyesi	Ahmet ÖZBAKIR Kurul Üyesi	Mehmet Zeki ADLI Kurul Üyesi
Hamdi GÜLEÇ Kurul Üyesi	Mehmet AKSOY Kurul Üyesi	