



# DÜNYA

EKONOMİ/POLİTİKA

Kurucusu Nezh DEMİRKENT

• Cumartesi 14 Eylül 2013 • FİYATI: 3.00 TL / KKTÇ: 3.25 TL • TEL: (0212) 440 24 24 • ABONE: (0212) 440 28 20 • SAYI: 10573-10152

## Haklarında kamu davası açılan kişiler ihalelere katılabilir mi?

Duygu KILIÇ ÇAYLI

Ankara Barosu Avukatı

İlyas KILIÇ

Kamu Yönetimi Uzmanı

Haklarında kesinleşmiş bir yargı ve idari yasaklama kararı olmayan fakat haklarında "kamu davası açılan" kişi ve ortaklarının mağdur edilmemelerine yönelik 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda 01.11.2012 tarihli 6359 sayılı Kanun ile çeşitli değişikliklere gidilmiştir. Kanun değişikliği ile ilgili olarak geçen süre içerisinde birçok sorun yaşanmış ve gerek ihale yapan idarelerden gerekse ihaleye giren isteklilerden konuyla ilgili çeşitli sorunların yaşandığı bilgisi tarafımıza iletilmiştir. Sıklıkla karşılaştığımız bu sorular ve verdığımız cevaplar aşağıda özetlenmiştir.

### 1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu değişiklikleri neleri öngörmektedir?

Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, "11'inci maddeye göre ihaleye katılmayaacağı belirtilmiş halde ihaleye katılmak" yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış 11. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde; "Bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak 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 görevilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların ihalelere katılmayacakları" hükmü bulunmaktadır.

01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; bu benette yer alan "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 görevilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar" şeklinde almıştır. Yani idari ve mahkeme karar olmadan hiçbir kimse, ihalelere girmekten alı konulamayacaktır.

### 2. Haklarında kamu davası olan kişiler ihalelere katılması halinde idareler ne tür işlem yapabileceklerdir?

Anılan kanun değişikliğine paralel olarak

13.04.2013 tarihli 28617 sayılı Resmî Gazete ile Kamu İhale Genel Tebliği'nde de birtakım düzenlemelere gidilmiştir. Aynı şekilde uygulamaya yönetmelikleri de değiştirilmiştir. (Bu konuda Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.9.3. maddesine bakınız.)

Yapılan değişikliklerle, haklarında kamu davası açılmış olanların kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları veyahut ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yansından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin ihaleye katılmaları mümkün değildir.

Bu düzenlemeye paralel olarak, 4734 sayılı Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında haklarında kamu davası açılmış kişilerin ihalelere katılmayacağı belirtilmiştir. (Bu konuda, www.kilichukuk.org sitesinde yer alan Emsal Mahkeme Kararları bölümünden, Danıştay 13. Dairesi'nin kararlarına bakınız.)

Haklarında kamu davası olan kişiler veya sermayesinin %50'sinden fazla hissesine sahip kişilerin ihaleye katılırsa ihalede değerlendirme dışı bırakılır, ancak idarece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilemez.

### 3. Haklarında kamu davası olan kişi, yargılama sonuna kadar ihalelere katılmayacaksa, bu yaptırım süresi ne zaman biter?

Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin ihalelere katılmayacağı ile ilgili 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yargılama sonuna" ibaresi çoğu kişi tarafından pek anlaşılılmamaktadır. Bu süre, ilk derece mahkeme kararını yoksa Yargıtay süreci mi kast edilmiştir?

Yargılamanın davanın açıldığı ilk derece mahkemesince yapıldığı ve bunun sonucunda hüküm verildiği, bu hükmün ancak itiraz veya temyiz mercilerince onanması veya bu yollara süresi içinde başvurulmaması halinde kesinleştiği açıktır. Bu durumda yargılamanın davanın açıldığı ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihte sona erdiği, ancak yargılama sonucunda verilen kararın kesinleşmesinin aynı bir usule tabi olduğu değerlendirilmelidir.

Bu durumda, haklarında kamu davası açılan ve ilk derece mahkemesindeki yargılaması devam edenlerin, ihaleye katılmaları duru-

munda ihale dışı bırakılacağı söylenebilir. Aynı şekilde, ilk derece mahkemesinde yargılaması devam ettiği halde yüklenicinin ihaleye katıldığı veya sözleşmesi imzalanan ihaleye ilişkin süreçte yüklenici hakkında kamu davası açıldığı sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi durumunda, sözleşmenin feshedilmesi ile hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilebileceği değerlendirilmektedir. Yani geçici olarak ihalelere katılmayan "Haklarında Kamu Davası Açılan Kişiler" ile ilgili 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılıp katılmaması hususu, ilk derece mahkemesince verilecek hükme göre değerlendirilir. (Bu konuda Kamu İhale Kurumu'nun 11.01.2013 Tarihli 2013/Dk.D-7 Sayılı Kararına bakınız.)

### 4. Haklarında kamu davası olan kişiler ihalelere katılması halinde idareler teminatları irat kaydedebilecek midir?

Söz konusu düzenlemeyle, 11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtilmiş halde ihaleye katılan kişilerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin 11. maddenin son fıkrasının, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanmayacağı değerlendirilmekteyiz. (Bu konuda, sitemizde yer alan Emsal Mahkeme Kararları bölümünden, Danıştay 13. Dairesi'nin Kararına bakınız.)

Keza Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.9.3. maddesinde; "...yasağa rağmen ihaleye katılması halinde ve bu sermaye şirketinin ihaleye katıldığı varsayalım. Şirketin %50 ortağı B... Kişisi hakkında kamu davası açılmış olması 4734 sayılı Kanun'da haklarında ihalelere girme yasağı bulunanların sermaye şirketinde ortak olmaları halinde sermayesi yansından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da ihalelere girme yasağının uygulanacağı hükme bağlanmış olduğundan, 4734 Sayılı Kanun'da hakkında ihalelere katılma yasağı bulu-

nan şirket ortağının sermaye şirketinin yansından fazlasına sahip olmaması halinde, sermaye şirketinin, ortağı hakkında uygulanmayan yasaklamasının devam ettiği süre içerisinde ihalelere katılmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.3 üncü maddesinde; ihale üzerinde kalan isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının tüzel kişi aday veya isteklilerin %50'den fazla hissesine sahip ortakları ile başvuru veya teklif imzalayan yetkililerinin de 4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesine göre İhale Kontrol Sisteminden kontrol edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Aynı tebliğin 28.1.9.2. maddesinde; Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmayan nedeniyle haklarında kamu davası açılanların da bu dava nedeniyle ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanmış oldukları dikkate alındığında; haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanlar ile kamu davası açılmış olanların bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları halinde aday veya istekli durumunda olanların, maddede belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılması nedeniyle ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu durumda A... Sermaye şirketinin sermayesinin yansından fazla hissesine sahip olmayan ortağı hakkında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacağına ilişkin yaptırımın uygulanamayacağı da açıktır. Yani A... Sermaye şirketinin %50 ortağı B... kişisi hakkında kamu davası açılmış olması nedeniyle, sermaye şirketinin ihalelere katılmasına engel teşkil etmeyeceği değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, haklarında kamu davası açılan kişiler ve bu kişilerin ortağı olduğu şirketlerin öncelikle durumlarıyla ilgili hukuksal işlemlerin farkında olmaları, özellikle sermaye şirketlerinde, sermayesinin yansından fazla hissesine sahip olanların ve şirketi temsil yetkili ve şirketin müdürü olan kişilerin ihaleye katılmadan önce haklarında kamu davası olup olmadığını bilmesi ve ona göre hareket etmesi gerekmektedir. Haklarında kamu davasının açıldığı tebligat alan kişilerin ihaleye katılması halinde, zaman ve maddi kayba uğranılacağı bilinmelidir. Aksi durumların varlığında ise, yasal başvuruların ihale mevzuatında uz. anlaşmış hukukçulara danışılarak zaman geçirmeden yapılmasını önermekteyiz.

### 5. Haklarında kamu davası olan kişi, sermaye şirketinin ortağı olması halinde ne tür işlem uygulanacaktır?

A... Sermaye şirketinin %50 hissesine sahip ortağı olan, B... Kişisi hakkında kamu davası açıldığı ve bu sermaye şirketinin ihaleye katıldığı varsayalım. Şirketin %50 ortağı B... Kişisi hakkında kamu davası açılmış olması 4734 sayılı Kanun'da haklarında ihalelere girme yasağı bulunanların sermaye şirketinde ortak olmaları halinde sermayesi yansından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da ihalelere girme yasağının uygulanacağı hükme bağlanmış olduğundan, 4734 Sayılı Kanun'da hakkında ihalelere katılma yasağı bulu-