

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2014/016
Gündem No	: 109
Toplantı Tarihi	: 26.02.2014
Karar No	: 2014/DK.D-21
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 9
Gündem Konusu	: 11.01.2013 tarih ve 2013/DK.D-7 sayılı Kamu İhale Kararının yürütmesinin durdurulması

06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararını iptal eden 11.01.2013 tarih ve 2013/DK.D-7 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının bununla birlikte anılan Kararın sadece 4 üncü maddesinde yer alan düzenlemenin iptal ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan ve Danıştay 13. Dairesince E:2013/2300 ve E:2013/2400 sayıları çerçevesinde görülmekte olan davalarda 18.12.2013 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme, yürütmenin durdurulması kararlarını, anılan Kurul kararının Kamu İhale Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 7 nci maddesine aykırı olarak alındığı gerekçesine dayandırmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı üzerine, 2013/DK.D-7 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının hukuki sonuçları tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkmıştır.

Bununla bağlantılı olarak, 06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile;

“Haklarında kamu davası açılan kişilerin, açılan kamu davasının kendilerine tebliğinden başlayarak yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaklarına, hüküm kesinleşinceye kadar bu dava nedeniyle ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanmış sayılacaklarına, bu kapsamda;

1- İhale süreci devam eden ihaleler için belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış olunması halinde ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte anılan madde uyarınca haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiğine,

2- Sözleşme yapıldıktan sonra ve sözleşmenin ifa süreci devam eden ihalelere ilişkin olarak da, bu sözleşmelerin 4735 sayılı Kanunun 21 inci maddesi hükmü uyarınca feshedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi ile kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi ve haklarında aynı Kanunun 26 nci maddesi uyarınca haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiğine,

3- Sözleşme konusu işin ifa edilip tamamlandığı ve ifası sona eren sözleşmeler yönünden de, 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca 17 nci maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışın özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiğine,”

karar verilmiş olmakla birlikte, bu konuda gerek ihaleye katılan gerçek ve tüzel kişilerce, gerekse kamu kurum ve kuruluşlarınca Kuruma yapılan başvurularda belirtilen itiraz ve tereddütler ile bu konuda açılan ve Hukuk Danışmanlığı’na takip edilen dava sayısındaki artışlar dikkate alındığında konunun tekrar değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “İsteklilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 59 uncu maddesinde;

“Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

hükmü yer almaktadır.

Anılan hükmün gerekçesinde ise;

“17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan bazılarının Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil etmesi ve cezai müeyyidesi bulunması nedeniyle, bu fiil veya davranışta bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kovuşturma sonunda hükmolunacak cezanın yanısıra bu fiil veya davranışta bulunanlar ile o işteki ortak veya vekillerinin, geçici yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak üzere bir yıla üç yıl arasında kamu ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanmaları da gerekli görülmüştür.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

Ayrıca, yargılama sonunda suçun sabit görülme olasılığı dikkate alınarak yeni ihtilaflara yol açılmaması için, yargılama sonuna kadar ilgililerin kamu ihalelerine katılmaları önlenmektedir. Suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin kamuya karşı mesleklerini gerektiği şekilde yapamayacakları gerekçesiyle de bu fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bunların şirketlerinin mahkeme kararıyla sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları hükme bağlanmıştır. Bu maddede düzenlenen hükümlerin uygulanmasının sağlıklı olarak yapılmasını sağlamak üzere de ilgili mercilere bildirim yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır.”

açıklamasına yer verilmiştir.

Anılan maddede yer alan düzenleme ve gerekçesi dikkate alındığında, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin hangi tarihe kadar ihalelere katılamayacağını tespiti için 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yargılama sonu” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin, bir başka ifade ile anılan madde gereğince ihalelere katılma yasağının ilk derece mahkemesinin verdiği hükümle mi, yoksa açılan davanın müracaat yolları tükendikten sonra kesinleşmesi ile mi sona ereceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun:

“Duruşmanın Bitmesi ve Hüküm” başlıklı 253 üncü maddesinde; “Duruşmanın sona erdiği tefhim olunduktan sonra hüküm verilir.

Sanığın beraatine veya mahkûmiyetine, davanın reddine veya düşmesine ve muhakemenin durmasına dair kararlar hükmüdür.

Aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir.

Kovuşturmanın ve dolayısıyla muhakemenin yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere, muhakemenin durmasına karar verilir.

Ceza Kanununun birinci kitabının dokuzuncu babında davanın düşmesi sebebi olarak gösterilen haller varsa veya muhakeme şartının gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa davanın düşmesine karar verilir.

Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemez.”,

“Delilleri Takdir Salahiyeti” başlıklı 254 üncü maddesinde; “Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder.

Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.”,

“Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme Usulü” Bölümü altında yer alan “Görev ve Yargı Çevresinin Belirlenmesi” başlıklı 394/a maddesinde; “Aşağıdaki suçlarla ilgili davalar,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür:

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilâ 139, 146 ilâ 157, 168, 169, 171 ve 172 nci maddelerinde yazılı suçlar, 403 üncü maddesinde yazılı toplu olarak veya teşekkül vücuda getirmek suretiyle işlenen suçlar.

2. Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hâl ilan edilen bölgelerde, olağanüstü hâlin ilânına neden olan olaylara ilişkin suçlar.

3. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yazılı suçlar.

4. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar.

Gelen iş durumu göz önünde bulundurularak birinci fıkra da belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Bu hâlde, mahkemeler numaralandırılır. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Birinci fıkra da belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hali dahil askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.”,

“Soruşturma Usulü” başlıklı 394/b maddesinde; “394/a maddesi kapsamına giren suçlarda hazırlık soruşturması, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya takibat yapılır. Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet Başsavcılığınca 394/a maddesi kapsamındaki suçlarla ilgili davalara bakan ağır ceza mahkemelerinden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

394/a maddesi kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adli yargı hâkimlerinden isteyebilirler.”,

“Kolluğun Görev ve Yetkileri İle Geçici Yararlanma” başlıklı 394/c maddesinde; “394/a maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı, ağır ceza mahkemesi veya başkanının, Cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emirleriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur. Bu emir, çağrılanlar hakkında kolluğa, ihzar müzekkeresinde olduğu gibi zor kullanma yetkisi verir. Bu Fasıllık hükümlerine aykırı hareket eden kolluk amir ve memurları hakkında doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır.

394/a maddesi kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında ek 4 üncü madde hükümleri de uygulanır.”,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

“Kovuşturma Usulü” başlıklı 394/d maddesinde; “394/a maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili davalara ait duruşmalarda aşağıdaki hükümler uygulanır:

1. Bu suçlar acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalara adli tatilde de bakılır.
2. İkiyüzden çok sanıklı davalarda, sanıklardan bir kısmının duruşmanın bazı oturumları ile ilgileri bulunmuyor ise duruşmanın bu oturumlarının, yokluklarında yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Ancak, bu sanıkların yokluklarında yapılan oturumlarda kendilerini etkileyen bir hâl ortaya çıktığı takdirde buna ilişkin söz ve işlerin esaslı noktaları sonraki oturumlarda kendilerine bildirilir.

3. Mahkeme, güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verebilir.

4. Bu davalarda esas hakkındaki iddiasını bildirmek için Cumhuriyet savcısına, müdahil veya vekiline; iddialara karşı savunmasını yapmak için sanık veya müdafii makul bir süre verilir. Bu süre, savunma hakkının sınırlandırılması anlamına geleceği durumlarda re'sen uzatılabilir.

5. Mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlar ile mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafiiye, tutanak kâtibine yahut görevlilere karşı uygun olmayan söz ve davranışlar hakkında yayım yasağı koyabilir. Bu yasağa rağmen yayımda bulunanlara üç aydan altı aya kadar hapis cezasıyla birlikte beşmilyar liradan onbeşmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

6. Mahkeme başkanı, duruşmanın inzibatını bozan sanığı veya müdafii o günkü duruşmanın tamamına çıkmamak üzere, duruşma salonundan çıkartır. Bunların, sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafinin bundan sonraki oturumlarda da duruşmanın inzibatını bozmakta ısrar etmeleri hâlinde, bir daha aynı dava ile ilgili duruşmaların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafii hakkında uygulandığı takdirde, keyfiyet ilgili baroya bildirilir. Bu halde de sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Duruşmaların bir kısmına ya da tamamına katılmamasına karar verilen müdafii Avukatlık Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince tayin edilmiş ise durum, kendisini tayin eden merciye de bildirilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafii tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan iş ve işlemlerin esaslı noktaları kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafii dilerse yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan veya duruşmalara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler.

7. 262 nci madde, 394/a maddesi kapsamına giren suçlara bakan ağır ceza mahkemeleri hakkında uygulanmaz.

8. Kendisine veya onun namına tebligat yapılacak kimselere tebligat yapılmaması hallerinde, işin ivediliğine göre basın veya diğer kitle iletişim araçlarıyla tebligat yapılabilir.”,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda “soruşturma” veya “kovuşturma” kavramlarının tanımlarına, keza “kovuşturma sonu” veya “yargılama sonu” gibi ifadelerle yer verilmemiştir. Dolayısıyla anılan Kanuna göre kovuşturmanın veya yargılamanın hükmün kesinleşmesi ile mi, yoksa ilk derece mahkemesince verilen kararla mı sona ereceği hususunda bir belirleme bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda da “soruşturma” veya “kovuşturma” kavramlarının tanımları yer almamaktadır.

Ancak, 04.03.2004 tarihli ve 5106 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanununa eklenen geçici 1 inci maddede yer alan; “*31.12.1987 tarihinden evvel işlenmiş suçlarla ilgili olarak mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar sonucunda; haklarında mahkumiyet kararı verilenlerden, bu Kanunun yayımı tarihinden önce bihakkın tahliye olanlar ile şartlı salıverilenlerin Türk Ceza Kanununun 122 ve 123 üncü maddelerindeki süreler ve 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 17 nci maddesinin (2) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan koşullar aranmaksızın; talep halinde mahkemelerce memnu haklarının iadesine karar verilir.*” şeklindeki hükümde “*yargılamalar sonucunda*” ifadesine yer verilmiş ve bu ifade ile ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet kararı kastedilmiştir.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından durum böyle olmakla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu açısından da farklı bir sonuca ulaşılmamaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59 uncu maddesi incelendiğinde, “yargılama sonu” ibaresinden davanın görüldüğü ilk derece mahkemesince davayı sonuçlandıran hükmün verildiği tarihin kastedildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*...Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.*” ifadesi ile dördüncü fıkrasında bulunan “*Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar...*” ifadesinden davanın görüldüğü ilk derece mahkemesince verilecek mahkumiyet hükmüyle birlikte yasaklama kararı da verileceği açık bir şekilde kurala bağlanmıştır.

Anılan hükümlerden de kanun koyucu tarafından “yargılama sonu” olarak davanın görüldüğü ilk derece mahkemesince verilecek hükmün kastedildiği, ceza verilmesine

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

hükmolunduğu hallerde, bu hükümle birlikte ilk derece mahkemesince yasaklama kararı da verilerek yasaklama kararının devamının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin gerekçesi dikkate alındığında da; hakkında kamu davası açılmasına karar verilenlerin ceza kovuşturması yapılması ve kovuşturma sonunda (ki Kanunda bu durum “yargılamanın sonu” olarak ifade edilmiştir) ise hükmolunacak cezanın yanısıra bu fiil veya davranışta bulunanlar ile o işteki ortak veya vekillerinin, idarece konulan geçici yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak üzere bir yılla üç yıl arasında kamu ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanmalarının öngörüldüğü, dolayısıyla “kovuşturma sonu” veya “yargılama sonu” ifadeleriyle, ilk derece mahkemesince verilecek hükme kadar olan sürecin kastedildiği anlaşılmaktadır.

Aksi halde, hükmolunacak cezanın yanı sıra mahkemece verilmesi öngörülen yasağın, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanması hukuken imkânsız hale gelmektedir.

Bir başka ifade ile, “kovuşturma sonu” veya “yargılama sonu” ifadeleriyle, yargılama sonucunda verilecek cezanın kesinleşmesinin anlaşılması halinde, kararın kesinleşmesinden sonra, karara ilaveten hüküm tesis edilmesi, dolayısıyla mahkemece hükmolunacak cezanın yanı sıra ayrıca, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesinin hukuken mümkün bulunmadığı açıktır.

Hal böyle olmakla birlikte, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanarak yürürlüğe giren 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinde “Kovuşturma”nın iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade edeceği hüküm altına alınmıştır.

5271 sayılı Kanunun anılan hükmü dikkate alınarak yorum yapıldığında, 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yargılama sonu” ve gerekçesinde yer verilen “kovuşturma sonu” ifadelerinin hükmün kesinleşmesi olarak anlaşılacak olmakla birlikte, bu durumda da 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin amacına, kurgusuna aykırılık oluşacak ve yukarıda belirtildiği üzere, maddede yer alan ilk derece mahkemesince verilecek hükümle birlikte yasaklama kararı verilmesi gibi hükümler uygulanamaz hale gelecektir.

Bu durumda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 59 uncu maddesinde ve gerekçesinde yer alan “yargılama sonu”, “kovuşturma sonu” gibi ifadelerin bu Kanunun hazırlanma sürecinde ve yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu hükümlerine göre mi, yoksa daha sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer verilen “kovuşturma” tanımı esas alınmak suretiyle mi yorumlanacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

23 Mart 2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun “Yollamalar” başlıklı 3 üncü maddesinde yer alan;

“(1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan Ceza Muhakemesi Kanununun maddelerine yapılmış sayılır.”

şeklindeki hüküm ile yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa ve kitap, bab ve fasıllarına yapılan yollamaların bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı belirtilmiştir; ancak, başka Kanunların Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu düzenlemeleri esas alınarak düzenlenen, kurgulanan ve yürürlüğe konulan hükümlerinin Ceza Muhakemesi Kanununun hükümlerine uymaması halinde, bu kanunların yorumunda her şartta yine de yeni kanun olan Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gerektiği yönünde veya aksi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca, 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan bir atıf da bulunmamaktadır. Anılan maddede “kamu davası”, “yargılama sonu” gibi ibarelere yer verilmiş olmasının Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa atıfta bulunulduğu şeklinde yorumlanması uygun olmayacaktır. Atıftan söz edilebilmesi için atıf yapılan Kanunun tarihi numarası ve adı ile ilgili maddesinin açıkça belirtilmiş olması gerekeceği açık olup, 4734 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

Öte yandan, yargılamanın davanın açıldığı ilk derece mahkemesince yapıldığı ve bunun sonucunda hükmün 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 hükmün verildiği tarihte sona erdiği, ancak yargılama sonucunda verilen kararın kesinleşmesinin ayrı bir usule tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede;

- 1- 06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptaline,
- 2- Haklarında kamu davası açılanların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılıp katılamaması hususunun ilk derece mahkemesince verilecek hükme göre değerlendirilmesine,
- 3- Haklarında kamu davası açılan ve ilk derece mahkemesindeki yargılaması devam edenlerin ihaleye katılmaları durumunda; ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesine, bu sebeple haklarında ayrıca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesine,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

4- İlk derece mahkemesinde yargılaması devam ettiği halde yüklenicinin ihaleye katıldığıнын veya sözleşmesi imzalanan ihaleye ilişkin süreçte yüklenici hakkında kamu davası açıldığıнын sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi durumunda; sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesine,

5- Kararın, Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

Oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Mahmut GÜRSES
Başkan

Kazım ÖZKAN
II. Başkan

Ali Kemal AKKOÇ
Kurul Üyesi

Erkan DEMİRTAŞ
Kurul Üyesi

Ahmet ÖZBAKIR
Kurul Üyesi

Mehmet Zeki ADLI
Kurul Üyesi

Hasan KOCAGÖZ
Kurul Üyesi

Hamdi GÜLEÇ
Kurul Üyesi

Mehmet AKSOY
Kurul Üyesi

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi
Karar No

: 26.02.2014
: 2014/DK.D-21

KISMEN KARŞI OY

06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararını iptal eden 11.01.2013 tarih ve 2013/DK.D-7 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının tümünün ayrıca anılan kararın sadece 4'üncü maddesinde yer alan düzenlemenin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan ve Danıştay 13. Dairesince 2013/2300 ve 2013/2400 esas sayıları çerçevesinde görülmekte olan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verildiği, söz konusu karar üzerine, 2013/DK.D-7 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının tesis edildiği tarihten itibaren işlemin hukuki sonuçlarının ortadan kalmasıyla 06.05.2010 tarih ve 2010/DK.D-64 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının tekrar hüküm icra etmeye başlayacağı gerekçesiyle, Kurul çoğunluğunca alınan kararın 4'üncü maddesinde, *“İlk derece mahkemesinde yargılaması devam ettiği halde yüklenicinin ihaleye katıldığına veya sözleşmesi imzalanan ihaleye ilişkin süreçte yüklenici hakkında kamu davası açıldığının sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi durumunda; sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesine,”* karar verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, *“11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak”* yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Yine anılan Kanunun 11'inci maddesinin birinci 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 görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların ihalelere katılamayacakları”* kurala bağlanmışken, 01.11.2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle; bu bentte 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 görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar”* şeklini almıştır.

Söz konusu düzenlemeyle 4734 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ilk cümlesi değiştirilerek, kamu ihalelerinden yasaklanma hali idari bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanmış; böylece, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun'un 11'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu itibarla, 11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmayı yasaklayan 17'inci maddenin (e) bendinin ve bu durumun sözleşmenin imzalanmasından sonra anlaşılması durumunda sözleşmenin feshedileceğini öngören 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21'inci maddesinin, ancak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar hakkında uygulanabileceği, hakkında kamu davası açılanın

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

durumunun yasak fiil ve davranış olmaktan çıktığı, dolayısıyla bu durumda bulunanlar yasaklanamayacağı gibi 4735 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin de bunlara uygulanmayacağı kanaatindeyim.

Yukarıda aktarılan hukuki durum karşısında, Kurul çoğunluğunca alınan kararın 4'üncü maddesinde hukuka uygunluk bulunmadığı ve anılan kararda söz konusu maddeye yer verilmemesi gerektiği yönündeki düşüncemle, kararın bu kısmına katılmıyorum.

Hamdi GÜLEÇ
Kurul Üyesi

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

KISMEN KARŞI OY

4734 sayılı Kanunun 10. maddesinde; 11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılanlar ve 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin ihale dışı bırakılacağı hükme bağlanmıştır..

Anılan Kanunun 11. maddesinde; 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, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği hüküm altına alınmıştır.

"Yasak Fiil veya Davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinde ise, 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış, bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş olup, anılan Yasanın 58'inci maddesinde de ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Anılan Kanun'un 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında da *"Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir."* kuralı bulunmaktadır.

Bu kapsamda, haklarında kamu davası açılanlar ihaleye katılamayacak olanlar arasında yer almakta olup, ancak, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihaleye katılması durumu, ayrıca anılan Kanunun 17'nci maddesinde düzenlenen yasak fiil veya eylemler arasında belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesine göre, "kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade ettiğinden, 4734 sayılı Kanunun 59. maddesinde geçen *"...ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar..."* ifadesi, hakkında kamu davası açılan kişilere, haklarında kamu davası açıldığının tebliğinden itibaren, yargılama sonuçlanıncaya kadar yani hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi kapsadığından, haklarında kamu davası açılan bu kişilerin yargılama sonuna kadar, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacağı anlaşılmaktadır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

Bu itibarla, haklarında kamu davası açılan kişiler, açılan kamu davasının kendilerine tebliğinden başlayarak, yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaktır.

Kamu İhale Kanununda yer alan kamu davası ile ilgili olarak yapılacak değerlendirme, Özel Yasa olan Ceza Muhakemesi Kanunu göz önünde bulundurularak yapılabilecektir.

Kamu İhale Kanununda bu konuda özel bir düzenleme, tanımlama/sınırlama yapılmadığından, Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan özel Yasadaki “kamu davası” müessesinin uygulanması gerektiği gibi, zaman içinde “kamu davası” tanımının genişletilip, daraltılması söz konusu olduğunda, Yasadaki düzenlemenin yeni haliyle uygulanması gerektiği açıktır.

Kamu davası tanımı ihale hukuku uygulamalarında beraat edenler açısından aleyhe durum oluştursa da, Kamu İhale Kurumu veya idarelerin kamu davasının bitimi konusunda takdir yetkisi bulunmadığından, Yasa düzenlemesinin aynen uygulanması gerektiği açıktır.

Kaldı ki, Yasa koyucunun ihale hukuku açısından beraat edenler yönünden kamu davasının mahkeme kararı ile sonlandığı veya beraat kararı ile ihaleye katılma yasağının ortadan kalktığı yönünde iradesi olsaydı “kamu davası” müessesesi konusunda Kamu İhale Kanunu’nda düzenleme yapar, Ceza Muhakemesi Kanunu ile bağı keserdi. Bir Kanunun özel Kanun niteliğindeki başka bir Kanundaki düzenlemeye atıf yaptığı her halde, diğer Kanundaki lehe ve aleyhe değişikliklerin atıf yapan Kanundaki uygulamaları değişiklik çerçevesinde etkilemesi doğaldır. Anılan atfın Kanun numarası ve madde belirtilerek yapılmamış olması, özel Yasa konusu olan bir müesseseye Yasa koyucunun yüklediği anlam dışında bir anlamın, kamu veya özel, gerçek veya tüzel kişiler tarafından yüklenebileceği anlamını taşımaz.

Haklarında kamu davası açılanların yargılama süreci, kamu davasının açıldığının tebliği ile yargılamanın sonuçlandığı, yani dava sonucu verilen hükmün kesinleştiği tarih arasında geçen süreyi kapsadığından, bu süreç içerisinde ilk derece mahkemesince haklarında beraat kararı verilse dahi, haklarında kamu davası açılanlar bu karar kesinleşmediği için yarılamanın sona erdiği, yani hükmün kesinleştiği tarihe kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaklardır.

Açıklanan nedenlerle; kararın, 2’nci maddesinde belirtilen “*Haklarında kamu davası açılanların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılıp katılamaması hususunun ilk derece mahkemesince verilecek hükme göre değerlendirilmesine*” ilişkin kısmına katılmıyorum.

Kazım ÖZKAN
II.BAŞKAN

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi
Karar No

: 26.02.2014
: 2014/DK.D-21

KISMEN KARŞI OY

1) Kararın ikinci maddesine ilişkin olarak;

4734 sayılı Kanunun 10. maddesinde; 11'inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılanlar ve 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin ihale dışı bırakılacağı hükme bağlanmıştır..

Anılan Kanunun 11. maddesinde; 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, bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği hüküm altına alınmıştır.

“Yasak Fiil veya Davranışlar” başlıklı 17'nci maddesinde ise, 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış, bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş olup, anılan Yasanın 58'inci maddesinde de ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Anılan Kanun'un 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında da “*Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.*” kuralı bulunmaktadır.

Bu kapsamda, haklarında kamu davası açılanlar ihaleye katılamayacak olanlar arasında yer almakta olup, ancak, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihaleye katılması durumu, ayrıca anılan Kanunun 17'nci maddesinde düzenlenen yasak fiil veya eylemler arasında belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesine göre, “kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade ettiğinden, 4734 sayılı Kanunun 59. maddesinde geçen “...ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar...” ifadesi, hakkında kamu davası açılan kişilere, haklarında kamu

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

davası açıldığının tebliğinden itibaren, yargılama sonuçlanıncaya kadar yani hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi kapsadığından, haklarında kamu davası açılan bu kişilerin yargılama sonuna kadar, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacağı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, haklarında kamu davası açılan kişiler, açılan kamu davasının kendilerine tebliğinden başlayarak, yargılama sonuna kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaktır.

Kamu İhale Kanununda yer alan kamu davası ile ilgili olarak yapılacak değerlendirme, Özel Yasa olan Ceza Muhakemesi Kanunu göz önünde bulundurularak yapılabilecektir.

Kamu İhale Kanununda bu konuda özel bir düzenleme, tanımlama/sınırlama yapılmadığından, Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan özel Yasadaki “kamu davası” müessesinin uygulanması gerektiği gibi, zaman içinde “kamu davası” tanımının genişletilip, daraltılması söz konusu olduğunda, Yasadaki düzenlemenin yeni haliyle uygulanması gerektiği açıktır.

Kamu davası tanımı ihale hukuku uygulamalarında beraat edenler açısından aleyhe durum oluştursa da, Kamu İhale Kurumu veya idarelerin kamu davasının bitimi konusunda takdir yetkisi bulunmadığından, Yasa düzenlemesinin aynen uygulanması gerektiği açıktır.

Kaldı ki, Yasa koyucunun ihale hukuku açısından beraat edenler yönünden kamu davasının mahkeme kararı ile sonlandığı veya beraat kararı ile ihaleye katılma yasağının ortadan kalktığı yönünde iradesi olsaydı “kamu davası” müessesesi konusunda Kamu İhale Kanunu’nda düzenleme yapar, Ceza Muhakemesi Kanunu ile bağı keserdi. Bir Kanunun özel Kanun niteliğindeki başka bir Kanundaki düzenlemeye atıf yaptığı her halde, diğer Kanundaki lehe ve aleyhe değişikliklerin atıf yapan Kanundaki uygulamaları değişiklik çerçevesinde etkilemesi doğaldır. Anılan atfın Kanun numarası ve madde belirtilerek yapılmamış olması, özel Yasa konusu olan bir müesseseye Yasa koyucunun yüklediği anlam dışında bir anlamın, kamu veya özel, gerçek veya tüzel kişiler tarafından yüklenebileceği anlamını taşımaz.

2) Kararın dördüncü maddesine ilişkin olarak;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 21’inci maddesinde, *“Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu’na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme genel hükümlere göre tasfiye edilir.”* hükmü mevcuttur.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 17’inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, *“11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye*

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı Tarihi

: 26.02.2014

Karar No

: 2014/DK.D-21

katılmak” yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmış; 11’inci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde “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 bulunanlar” ihaleye katılamayacaklar arasında sayılmıştır.

4734 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi de, kamu ihalelerinden yasaklama hali idari bir işlem veya mahkeme kararının bulunması koşuluna bağlanmış olup, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanlar, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmadıklarından, Kanun’un 11’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunmamaktadır.

Bu durumda, 11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmayı yasaklayan 17’nci maddenin (e) bendi ve bu durumun sözleşmenin imzalanmasından sonra anlaşılması durumunda sözleşme feshinin uygulanmasını öngören 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 21’inci maddesi, idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olmayanlar hakkında uygulanamayacaktır.

Açıklanan nedenlerle; kararın, 2’nci maddesinde belirtilen “*Haklarında kamu davası açılanların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılıp katılamaması hususunun ilk derece mahkemesince verilecek hükme göre değerlendirilmesine*” ve 4’üncü maddesinde belirtilen “*İlk derece mahkemesinde yargılaması devam ettiği halde yüklenicinin ihaleye katıldığına veya sözleşmesi imzalanan ihaleye ilişkin süreçte yüklenici hakkında kamu davası açıldığının sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi durumunda; sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesine*” ilişkin kısmına katılmıyorum.

Erkan DEMİRTAŞ
Kurul Üyesi