

İHALELERDE YASAK FİİL VEYA DAVRANIŞLAR¹

Yaşar GÖK²

Sayıştay Uzman Denetçisi

ÖZET

İhalenin temel amacı objektif bir yarışma ortamı içerisinde en uygun fiyat teklifine ulaşmak olup, Kamu İhale Kanununun öngörmüş olduğu temel ilkeler de bu sonucu güvence altına almayı amaçlamaktadır. İhalenin Kanunun temel ilkelerine uygun biçimde yürütülmesi ve sonuçlandırılması, öngörülen usul kurallarına uygunluk yanında bu sürecin doğal akışını bozacak bir kısım açık veya örtülü davranışların yapılmamasını da zorunlu kılar. Hem idare görevlileri hem de istekliler açısından geçerli olan bu yasak fiil ve davranışlar listesi Kanunun 17 nci maddesinde sayma suretiyle belirlenmiştir. Somut ihale bakımından bu fiil veya davranışların işlenip işlenmediği hususunun tespiti ve kanıtlanması son derece önemli olup, bu konudaki görev, yetki ve ispat külfeti idareye aittir. İdarenin bu hususu kanıtlanabilir biçimde tespit etmiş olması yasak fiil veya davranış işleyenler bakımından da ağır yaptırımların uygulanmasını gerektirir. Bu çalışma kapsamında; Kanunun yasak fiil ve davranış olarak kabul ettiği fiil ve davranışların niteliklerine ve ihalelerde ortaya çıkış görüntülerine örnek Kamu İhale Kurulu kararlarına da işaret etmek suretiyle açıklık getirilmekte, ayrıca yasak fiil ve davranışların idari ve cezai yaptırım boyutları da geniş biçimde irdelenmektedir.

ANAHTAR KELİMELELER

Yasak Fiil veya Davranışlar, İhaleye Fesat Karıştırma, Sahte Belge Kullanma, Birden Fazla Teklif, Yasaklama,

1. GİRİŞ

İhalenin temel amacı objektif bir yarışma ortamı içerisinde en uygun fiyat teklifine ulaşmaktır. Esasen Kanunun öngörmüş olduğu temel ilkeler de bu sonucu güvence altına almayı amaçlamaktadır.

İhalenin Kanunun temel ilkelerine uygun biçimde yürütülmesi ve sonuçlandırılması, öngörülen usul kurallarına uygunluk yanında bu sürecin doğal akışını bozacak bir kısım açık veya örtülü davranışların yapılmamasını da zorunlu kılar.

İlgi duyanların, ihale sürecine özgürce katılmaları ve karar alabilmelerine imkan sağlayacak bu objektif yarışma ortamını bozacak her türlü girişim, başta rekabet ilkesi olmak üzere temel ilkelerin ihlali sonucunu doğurur.

Bu davranışlar hem özel kişiler hem de kamu görevlileri açısından yasak kapsamındadır. Bir başka deyişle yasak fiil veya davranışlar kamu görevlilerince de işlenebilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 60 ıncı maddesinde kural altına alındığı üzere, bu durumdaki kamu görevlilerine fiilin niteliğine göre idari, cezai ve/veya mali yaptırım hükümlerinin uygulanması gerekir.

¹ Güncel Mevzuat Dergisinde yayımlanmıştır.

²Kamu İhale Kurulu E. Üyesi

Keza, yasak fiil veya davranışların ihaleye teklif vermeyen kişilerce işlenmesi durumunda da bu kişiler hem Kamu İhale Kanunundan hem de fiilin durumuna göre Türk Ceza Kanunundan doğan yaptırımların muhatabı olur.

Bu nitelikteki fiil veya davranışların amaç ve sonuçlarıyla ilgili genel tespit ve değerlendirmeler yapılabilirse de hem bu tür davranışların ispatı noktasında hem de somut ihale bakımından ortaya çıkan bir kısım fiil ve davranışların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında belirsizlik ve zorluk bulunduğu kabulü gerekir. Somut ihale bakımından bu tür bir davranışın varit olduğunun tespiti ve ispat külfeti idareye aittir.

İdarenin bu tespite dayalı olarak uygulamış olduğu yaptırımlar idari yargının denetimine tabidir. İdare, yargı merci önünde bu tür bir davranışın varlığını kanıtlayabilmeli ve aynı zamanda bu davranışın Kanunun 17 nci maddesi kapsamındaki yasak fiil veya davranışlardan olduğu hususundaki takdirinde hataya düşmemiş olmalıdır.

Dolayısıyla her hangi bir girişimin yasak fiil veya davranış kapsamında mütalaa edilmesi bağlamında, somut tespit ve kanıtların bulunması, ayrıca fiilin mahiyeti itibarıyla Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen nitelikleri taşıdığıının savunulabilir biçimde anlaşılması gereklidir. Aksi bir durum, idarenin yükleniciye uygulamış olduğu yaptırım işleminin yargı mercilerince iptal edilmesi sonucunu doğuracağı gibi, bu işlemde mağdur olan tarafın tazminat talebini de gündeme getirebilir.

2. İHALE SÜRECİNDEKİ YASAK FİİL VEYA DAVRANIŞLAR

4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesine göre;

“İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.”

Kanunun “yasak fiil veya davranışlar” olarak nitelendirdiği bu eylemler şöylece sıralanabilir :

a. Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

İhaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek yasak fiil ve davranışlar kapsamındadır.

Fesat karıştırmak eylemi veya teşebbüsü maddede sayılan hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap veya rüşvet suretiyle olabileceği gibi başka yollarla da olabilir. Belirleyici olan ihaleye fesat karıştırmak girişiminin varlığıdır. Bunun yöntem ve görüntüsünün bir önemi yoktur.

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “fesat karıştırmak”; ara bozmak, ortalığı karıştırmaya çalışmak, insanları birbirine düşürecek işler yapmak anlamını taşımaktadır.

İhale uygulamaları bakımından fesat karıştırmayı ise, üstü örtülü veya açık biçimde, idare görevlileri veya isteklilerin özgür, tarafsız, dürüst ve iyi niyetli işlem ve karar üretmelerine mani olacak ve böylece ihale sürecinin doğal akışını bozacak girişimlerde bulunmak şeklinde tanımlamak mümkündür.

Öte yandan, ihale sürecinde her hangi bir gayri hukuki amaca ve sonuca yönelmeyen, isteklinin hata veya özensizliğinden kaynaklanan durumları yasak fiil veya davranışlar kapsamında değerlendirmemek gerekir.

Nitekim Danıştay bir ihalede isteklinin teklif zarfının içinde bir adet şikâyet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kağıdı bulunması üzerine idarenin istekliyi ihale dışı bırakmasını ve bu eylemi 4734 sayılı Yasa'nın 17/a kapsamında "yasak fiil ve davranış" olarak değerlendirmek suretiyle istekli hakkında bir yıl süreyle yasaklama kararı vermesini mevzuata uygun bulmamıştır³.

İhaleye fesat karıştırma eylemi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 235 nci maddesinde ceza yaptırımını açısından da suç fiili olarak kabul edilmiştir. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesine konu edilen ihaleye fesat karıştırma eylemi Ceza Kanununun suç tipiyle sınırlı olmayıp başka görüntülerle de ortaya çıkabilecektir. Bu tür girişimleri de 4734 sayılı Kanun uygulaması açısından ve 17 nci maddenin işaret ettiği idari yaptırımlar yönüyle yasak fiil ve davranışlar olarak mütalaa etmek gerekir.

b. İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

Bu tür eylemlerin bir çok görüntü altında ortaya çıkması mümkündür. Kanunda somut tanımlar ve belirlemeler yapılmamakla birlikte ihale ilkelerini zedeleyen, iradi biçimde gerçekleşen, belli bir sonucun gayri hukuki yollarla sağlanmasını amaçlayan her türlü girişim; özellikle üstü örtülü veya açık anlaşmalar, uyumlu eylemler, bir kısım isteklilerin ihaleye katılmalarını engellemeye yönelik cebri veya hileli uygulamalar bu kapsamda mütalaa edilebilir⁴.

c. Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

Kanunun 10 uncu maddesinde “İhaleye katılımında yeterlik kuralları” başlığı altında isteklilerin ekonomik ve mali yeterlikleri ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi amacıyla istenebilecek belgeler sayılmış, bu belgelerin taşınması gereken içerik ve sunuluş şekline ilişkin kurallar ise Uygulama Yönetmelikleri ile Kamu İhale Genel Tebliğinde düzenlenmiştir.

Yeterlik değerlendirmesi amaçlı istenen bu belgelerin isteklilerce teklif zarfı kapsamında sunulması gerekmektedir.

Keza aynı madde ve konuya ilişkin ikincil mevzuat hükümleri uyarınca, ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalanmadan önce, ihale dışı bırakılma durumlarını taşımadığına ilişkin kanıtlayıcı belgeleri idareye ibraz etme zorunluluğu bulunmaktadır.

³ Danıştay 13 üncü Dairesinin 26.09.2005 tarih ve 2005/1819 Esas, 2005/4728 Karar sayılı Kararı.

⁴ “Söz konusu yazı ve tutanaklardan anlaşıldığı üzere, isteklilerden bazıları, son anda ihaleye teklif vermek isteyen birkaç isteklinin teklif zarflarını görevli memura teslim etmesini engellemeye çalışmıştır. Teklif zarflarının görevli memura teslim edilmesinin engellenmeye çalışılmasının, 4734 sayılı Kanunun 17 inci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar kapsamında olduğu tespit edilmiştir.” (Kamu İhale Kurulunun 2006/UH.Z-399 sayılı kararı)

Bahse konu belgelere ilave olarak, ihale sürecinde isteklilerden gerekli görülen durumlarda; teklifleri kapsamında sundukları belgeleri tahkik ve teyit amaçlı, Kanunun 37 nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca tekliflerini açıklama amaçlı, aynı maddenin ikinci fıkraya hükmünün gereği olarak bilgi tamamlama amaçlı, 38 inci madde uyarınca aşırı düşük olduğu tespit edilen teklif sahiplerinden sorgulama amaçlı bilgi ve belgeler istenebilmektedir.

İşte, ihale sürecinde işlev görme, belli bir hususu tevsik ve ispat etme amacıyla sunulan resmi veya özel nitelikli belgelerde yapılan her türlü sahtecilik bu kapsamda mütalaa edilmelidir.

Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre “sahte” kavramı; “bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece” anlamını taşımaktadır.

İhale sürecinde belli bir amaç ve sonucu sağlamak amacıyla sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bu fiillere teşebbüs etmek yasak kapsamındadır.

Belgenin sahteliği, mevcut bir belgenin tahrif edilmesi veya aslına benzetilmek amacıyla bir belgenin taklid edilmesi biçiminde olabilir.

Sahte belgenin bizzat düzenlenmesi veya başkasının düzenlediği sahte bir belgenin kullanılması fiilin niteliğini değiştirmemektedir.

Kamu İhale Kanunundaki yaptırımların uygulanması bağlamında, bu tür fiillerin yasak fiil veya davranış niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde, sunulan belgenin resmi veya özel belge olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Keza, ihale sürecinde bu tür fiil veya davranışlarda bulunanlara Kamu İhale Kanunundaki yaptırımların uygulanması için fiilin Türk Ceza Kanununa göre de suç teşkil etmesi gerekmektedir. Her hangi bir şekilde sahte belge veya sahte teminat düzenlenmesi, kullanılması veya bunlara teşebbüs edilmesi eylemi gerçekleşmiş ve idarece gerekli tespitler yapılmışsa, bunların faillerine Kamu İhale Kanunundaki yaptırım hükümleri uygulanmalıdır.

Ancak, fiilin Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesindeki “Resmi belgede sahtecilik” suçu⁵ kapsamında değerlendirilebilmesi ve anılan Kanuna göre ceza yaptırımının uygulanabilmesi için belgenin “resmi belge” niteliği taşıması ve eylemin bahse konu maddedeki unsurları taşıması zorunludur.

Kuşkusuz, ihale sürecinde tespit edilen bu tür fiil veya davranışların aynı zamanda Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesinde tanımlanan suç tipini oluşturması halinde, ilgililer hakkında ayrıca savcılığa suç duyurusunda bulunulması gerekecektir.

d. Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

Kanunun 17 nci maddesinin (d) bendinde;

⁵ Türk Ceza Kanununun “Resmi belgede sahtecilik” başlıklı 204 üncü madde hükmü şöyledir :

“(1) Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.”

“Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.”

fiili, yasak fiil veya davranışlar kapsamında sayılmıştır.

Kanunun, birden fazla teklif vermenin her haline ilişkin somut bir açıklık getirmemekte birlikte, bir istekli tarafından;

- Kendisi adına asaleten,
- Başkaları adına vekaleten,
- Doğrudan veya dolaylı olarak,

birden fazla teklif verilmesini yasak fiil veya davranışlar kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Söz konusu düzenlemeden çıkan sonuçları aşağıdaki biçimde sıralamak mümkündür:

- Bir istekli kendi adına asaleten birden fazla teklif veremeyecektir.
- Bir istekli kendi adına asaleten, bir başka istekli adına vekaleten birden fazla teklif veremeyecektir.
- Bir istekli birden fazla kişi adına vekaleten teklif veremeyecektir.
- Bir istekli dolaylı olarak asaleten veya vekaleten birden fazla teklif veremeyecektir.

Dolaylı teklif vermenin kasam ve mahiyeti konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, yasak hükmünün tüzel kişiliklerde tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili kişiler ile tüzel kişilikte hakim etkisi bulunan kişilerin aynı ihaleye doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten veya vekaleten katılmayacakları şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Kamu İhale Kurulu kararlarına göre;

- İhaleye katılan isteklilerden (D) A.Ş.’nin teklif zarfında farklı tutarları içeren, imzalanmış iki adet teklif mektubu sunduğu anlaşıldığından bu fiil yasak fiil ve davranış kapsamında değerlendirilmelidir. (2005/UY.Z-2032 sayılı karar)

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Yasak Fiil veya Davranışlar” başlıklı 17 nci maddesinin (d) bendinde “Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek” hükmü yer almaktadır. Buna göre, aynı şahıs tarafından bir tanesi vekaleten olmak üzere iki şirket aracılığıyla bir ihaleye iştirak edilerek teklif verilmek suretiyle, anılan kanun maddesinin ihlal edildiği anlaşıldığından, bu yönde yapılan şikayetin uygun olmadığı sonucuna varılmıştır. (2006/UM.Z-3138 sayılı Karar)

- ... (K. Y) ’un incelemeye konu ihaleye teklif veren (F) İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ve (A) Taah. İnş. Nak. Ltd. Şti.’nin hisselerinin %51’ine sahip olduğu ve firmalardan birinin de diğerinin %51 hissesine sahip olduğunun beyan edildiği görülmüştür. (K. Y) ’un (F) İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ve (A) Taah. İnş. Nak. Ltd. Şti.’nde kayıtlı sermaye paylarının yarısından fazlasına sahip olduğu göz önüne alındığında her iki firmanın da adı geçen şahsın hakim etkisi altında olduğu açıktır. 4734 sayılı Kanunun 17 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, bir ihaleye alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak asaleten ya da vekaleten sadece bir teklif verilebileceği, aksine davranışların yasak fiil ve davranışlar kapsamında olduğu, ... düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler ve yapılan açıklamalar çerçevesinde; (K. Y) ’un, (F) İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ve (A) Taah. İnş. Nak. Ltd. Şti.’nde %51 hisseye sahip olması ve (F) İnş. San. Tic. Ltd. Şti.’nin (A) Taah. İnş. Nak. Ltd. Şti.’nin hisselerinin %51’ine sahip olduğu beyanının da değerlendirilmesi, dolayısı ile her iki şirketin aynı hakim etki altında bulunduğu, bu durumun 4734 sayılı Kanunun 17 inci maddesinin birinci fıkrasının (d)

bendindeki, “Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek” fiilini oluşturduğu anlaşılmıştır. (2007/UY.Z-3406 sayılı Karar)

- ... inceleme konusu ihalede imalatçıları aynı olan farklı marka ürünler için farklı istekliler tarafından teklif verilmiştir. Buna göre imalatçıları aynı olan aynı marka ürün veya farklı marka ürünlerin farklı istekliler aracılığı ile (imalatçı, yetkili satıcı, serbest bölgede faaliyet gösteren imalatçı veya yetkili satıcı) ihaleye teklif verilmesi kamu ihale mevzuatına aykırılık oluşturmamaktadır. (2007/UM.Z-3424 sayılı Karar)

- Başvuru sahibi aynı teklif zarfı içerisinde 10.01.2008 tarihli iki adet birim fiyat teklif mektubu sunmuş, sunulan teklif mektubundaki tutarların 84.150,00 ve 78.251,25 TL olduğu tespit edilmiştir. Birden fazla teklif sunan başvuru sahibinin idarece değerlendirme dışı bırakılması yerindedir. Ayrıca söz konusu eylem için, işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması gerekir. (2008/UH.Z-1160 sayılı Karar)

- İhalede teklifi teknik şartnameye uygunsuzluk nedeni ile değerlendirme dışı kalan istekli (M) Ltd. Şti. ile şikayeti firma olan (Me) Ltd. Şti.’nin ticaret sicili gazetelerinde yapılan inceleme sonucunda; her iki şirketin ticari merkez adreslerinin aynı adres ve şirket ortaklarının aynı kişiler olduğu, bu nedenle şikayetçi firma olan (Me) Ltd. Şti.’nin ihaleye teklif vermiş olması halinde 4734 sayılı Kanunun “Yasak Fiil veya Davranışlar” başlıklı 17 nci maddesinde yer alan “Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek” hükmüne aykırılık oluşabileceği açıktır. (2008/UM.Z-1229 sayılı Karar)

e. Katılma engeli bulunmasına rağmen ihaleye teklif vermek.

Kanunun “İhaleye Katılamayacak Olanlar” başlıklı 11 inci maddesi şöyledir :

“Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak 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 bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik: 4964/ 8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.”

İhaleye katılmayacak olanların bu yasağa rağmen katılmaları halinde kendilerine uygulanacak yaptırım hükümleri esasen 11 inci maddenin son fıkrasında yer almaktadır.

17 nci maddede bu tür bir eylemin yasak fiil ve davranış kapsamında değerlendirilmesi ise bahse konu yaptırımları tamamlayan bir mahiyet arz etmektedir.

Bir başka ifadeyle, yukarıda açıklanan diğer yasak fiil veya davranışlara sadece Kanunun 17 nci maddesinden (17 nci maddenin Kanunun dördüncü kısmına yaptığı göndermeden) doğan yaptırımlar uygulanırken, ihaleye katılma yasağına rağmen katılanlara hem Kanunun 11 inci maddesinin son fıkrasındaki (teminatın gelir yazılması) yaptırımların hem de 17 nci maddesindeki yaptırımların uygulanması gerekmektedir.

Yasak fiil veya davranış kapsamında sayılan eylem, yasaklı iken (ihale tarihinden önce geçerlik kazanmış bir yasaklılık hali varken) ihaleye teklif vermektir. İhaleye teklif verdiği tarihte yasaklı olmayan ancak ihalenin ileriki aşamalarında yasaklı hale gelen isteklinin durumu bu kapsamda mütalaa edilemez.

3. YASAK FİİL VEYA DAVRANIŞLARDA BULUNANLARA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Kanunun 17 nci maddesinin son fıkrasında;

“Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.”

Denilmektedir.

Atıf yapılan kısımda “Yasaklar ve ceza sorumluluğu” na ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Bu çerçevede;

58 inci maddede; 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği; ayrıca, ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, idarelerce, o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

59 uncu maddeye göre ise; 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.

Diğer yandan Kanunun 10 uncu maddesinde yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin ihale dışı bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.

Böylece ihale aşamasında yasak fiil veya davranışlarda bulunanların, bu tür fiil veya davranışları tespit edildiği anda ihale dışı bırakılması, haklarında yasaklama kararı verilmesi ve fiil veya davranışlarının niteliğine göre haklarında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulması gerekmektedir.

Yasak fiil veya davranışta bulunduğu tespit edilen isteklinin geçici teminatı gelir yazılacak mıdır?

Yukarıda ifade edildiği gibi, Kanunun 17 nci maddesinin son fıkrasında;

“Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.”

Denilmekte, atıf yapılan kısımda ise “Yasaklar ve ceza sorumluluğu” na ilişkin hükümler yer almaktadır.

Diğer yandan Kanunun 10 uncu maddesinde ise, yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin ihale dışı bırakılması gerektiği belirtilmektedir.

Ancak her iki maddede de bu tür fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen isteklilerin geçici teminatlarının gelir yazılacağı şeklinde bir yaptırım getirilmiş değildir.

Kanunun geçici teminatın gelir yazılması yaptırımını düzenleyen maddeleri incelendiğinde, geçici teminatın gelir yazılması sonucunu doğuracak fiiller ile bu fiiller dolayısıyla geçici teminatın gelir yazılacağı hususundaki her hangi bir tereddüde mahal bırakmayacak biçimde açık ve kesin olarak ifade edildiği görülmektedir.

Yasak fiil veya davranışlar bakımından 10 ve 17 nci maddelerde ise böyle bir yaptırım öngörülmemiştir.

Kanunun ceza, yasaklama gibi yaptırım içerikli düzenlemelerinin, açıkça hüküm altına alınmış olmadıkça, emsal, kıyas gibi yollarla genişletilmesi mümkün bulunmadığından, ihale sürecinde kanunun 17 nci maddesinde yer alan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen isteklilerin geçici teminatlarının gelir yazılmayacağı, bu durumdaki isteklilerin ihale dışı bırakılarak haklarında “Kanunun Dördüncü Kısmında” belirtilen yasaklama yaptırımının uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, yasaklı olduğu halde 11 inci madde hilafına ihaleye katılan isteklilerin bu fiillerinin hem söz konusu maddenin son fıkrasında hem de 17 nci maddede yaptırımı bağlandığı görülmektedir.

Dolayısıyla diğer yasak fiil veya davranışlarda geçici teminatın gelir yazılması mümkün değilken, yasaklı olduğu halde ihaleye katılan isteklilere 11 inci maddenin son fıkrasında yer alan;

“Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.”

Şeklindeki yaptırım hükümlerinin de uygulanması gerekir.

4. SONUÇ

İhalenin Kanunun temel ilkelerine uygun biçimde yürütülmesi ve objektif bir yarışma ortamı içerisinde en uygun fiyat teklifine ulaşmak suretiyle sonuçlandırılması için hem idare görevlilerinin hem de ihaleye teklif veren isteklilerin sürecin doğal akışını bozacak kural dışı davranışlardan uzak durması gerekir.

Esas itibariyle bu sürecin titiz biçimde yönetilmesi, gerekli denetim ve disiplinin sağlanması birinci derecede idarenin sorumluluğundadır. İhale sürecinde görev alan ve yetki kullanan idare görevlileri yasak fiil veya davranışların vaki olduğunu tespit ettiklerinde, uygulanacak yaptırımlar yönüyle gerekli yasal işlemleri süresinde ve eksiksiz yapmak yanında, fiilin niteliğinin suç teşkil ettiği durumlarda konuyu yargı mercilerine de intikal ettirmek zorundadırlar.

Yasak fiil veya davranışların hukuki sonuçlarının son derece ağır olduğu, bu fiiller dolayısıyla yaptırımı uğrayanlar açısından hem maddi hem de manevi ve moral anlamda yıkım teşkil ettiği hususu bir vakiydir. Konunun bu boyutu da dikkate alınarak ilgililerin ihale sürecindeki işlem ve eylemlerinde gerekli dikkat ve özeni göstermeleri, hukuki ve meşru sınırlar içerisinde kalarak, usul kurallarına uygun davranışları büyük önem arz etmektedir.