Hukuk Bölümü 2009/237 E., 2010/55 K.

"İçtihat Metni"

2.11.2007 tarihinde ihalesi yapılan Mersin Merkez Halkkent Toplum Merkezi İnşaatı ihalesine katılan ve 849.000.-TL teklif bedeli ile ekonomik açıdan en avantajlı 2. teklif sahibi davacı şirketin verdiği geçici teminat mektubunun, şirket sorumlusu Kadir Ünlü hakkında Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yapılan bir soruşturma kapsamında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/a maddesi gereğince kamu davası açıldığının belirlenmesi nedeniyle aynı Kanunun 11. maddesine göre gelir kaydedilmesine karar verilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, davacı şirketin, Mersin Merkez Halkkent Toplum Merkezi Bina İnşaatı İşi ihalesine 2.11.2007 tarihinde katıldığını, Mersin Finansbank Şubesi'ne ait 30.000,00TL tutarındaki geçici teminat mektubunu Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'ne sunduğunu, davacı şirket sorumlusu Kadir Ünlü hakkında Mersin Cumhuriyet Savcılığı'nca yapılan bir soruşturma kapsamında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/a maddesi gereğince kamu davası açıldığının belirlenmesi nedeniyle aynı Kanunun 11. maddesi gereğince yukarıda belirtilen geçici teminat mektubunun gelir kaydedildiğini ve bu mektubun nakde çevrilerek Mersin İl Özel İdaresi Mali İşler Daire Başkanlığı'nın T.C. Ziraat Bankası Mersin Şubesi'ndeki hesabına 11.2.2008 tarihinde aktarıldığının öğrenildiğini, paranın aktarılması ile geçici teminat mektubunun gelir kaydedildiğinin farkına varıldığını, davacının, 12.2.2008 tarihli dilekçe ile, Mersin İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'ne başvurarak irat kaydı ile ilgili kendisine yazılı belge verilmesini talep ettiğini ve Mersin İl Özel İdaresi Mali İşler Başkanlığı'nın 157/1277 sayı ve 13.2.2008 tarihli cevabı ile, davacı şirket yetkilisi hakkında Cumhuriyet Savcılığınca kamu davası açılmış olması nedeniyle Bayındırlık ve İskan Müdürlüğünün 1.2.2008 tarih ve 12/604 sayılı yazıları ile geçici teminat mektubunun irat kaydedildiğinin davacı şirkete yazılı olarak bildirildiğini, ihale süreci bittikten sonra ihale katılımcısı olan davacı şirketin geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesi işleminin düzeltilmesi için ihale makamına başvuru yapıldığını, ancak, sonuç alınamadığından haksız ve hukuka aykırı olarak irat kaydedilen bedelin iadesi için işbu davayı açmak zorunluluğunun doğduğunu belirterek irat kaydedilen 30.000,00TL nin fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla irat kaydedildiği tarihten itibaren reeskont faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle adli yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı idare vekili, savunma dilekçesinde, davanın görevli yargı yerinde açılmadığını, davalının bir yerel yönetim kamu idaresi olup, eylem ve işlemlerine karşı açılacak davaların idari yargıda görülmesi gerektiğini, davacı ile idare arasında imzalanmış herhangi bir özel hukuk sözleşmesi bulunmadığını ileri sürerek görev itirazında bulunmuştur.

MERSİN 2. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ; 31.3.2009 gün ve E:2009/70 sayı ile, uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanması nedeniyle davalı tarafın idari yargının görevli olduğu yönündeki itirazının reddine karar vermiştir.

Davalı idare vekilinin, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması yolundaki dilekçesi üzerine, dava dosyası örneği Danıştay Başsavcılığı'na gönderilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; Davalı idarece yapılan bina inşaatı ihalesine katılan davacı şirketin irat kaydedilen geçici teminat mektubu bedelinin tahsili istemiyle Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/70 Esas sayısında kayıtlı olarak açtığı davada, davalı idarece davanın görüm ve çözümünün idari yargının görevine girdiği ileri sürülerek görev itirazında bulunulduğu ve itirazın reddi üzerine olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasının istenildiğinin anlaşıldığı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Yasada yazılı hükümlere göre yürütüleceğinin öngörüldüğü, kamu hukukuna ilişkin hükümler içeren bu Yasa uyarınca, ihale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali gibi ihale kararının kesinleşmesine ya da sözleşme yapılana kadar tesis edilen işlemlerin idari işlem olduğu, dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin Mersin Merkez Halkkonut Toplum Merkezi Bina İnşaatı ihalesine teklif verdiği, 2.11.2007 tarihinde yapılan ihalenin "Venedik Kartonpiyer İnş. Taah. ve Tic. Ltd. Şti." üzerinde kaldığı, davacı şirketin ikinci en avantajlı şirket olarak değerlendirildiği, 16.1.2008 tarihinde ihaleyi alan firma ile sözleşme yapıldığı, davacı şirketin teklif dosyasını düzenleyen şirket yetkilisi hakkında Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yapılan bir soruşturma kapsamında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/a maddesi gereğince kamu davası açıldığının saptanması üzerine, 23.1.2008 tarihli Valilik Oluruna istinaden geçici teminat mektubunun gelir kaydedildiği, bakılan davanın da, gelir kaydedilen geçici teminat mektubu bedelinin fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla reeskont faiziyle birlikte tahsili istemiyle açıldığının anlaşıldığı, olayda, ihalenin başka bir şirket üzerinde kalmış olması, dolayısıyla sözleşme aşamasına gelinmesinin söz konusu olmaması karşısında, idarece kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı irade ile kurulan geçici teminat mektubunun gelir kaydedilmesi işlemi sonucunda uğranıldığı ileri sürülen zararın tahsili isteminden doğan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, kamu düzenine ve yararına ilişkin bir kanun olan Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanacak olması ve dava konusunun bir idari işleme dayanması nedeniyle idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varıldığı, bu nedenlerle, 2247 sayılı Yasa'nın 10 uncu maddesi uyarınca olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa'nın 13. maddesine göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın da yazılı düşüncesi istenilmiştir.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI; Davacı Ünlü İnşaat Müh. Müt. Taah. San. Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından davalı Mersin İl Özel İdaresine izafeten Mersin Valiliği aleyhine Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan 2009/70 Esas sayılı davada, Danıştay Başsavcılığı tarafından 2247 sayılı Kanun'un 10. maddesi gereğince olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması nedeniyle gönderilen 2009/237 Esas sayılı dosyanın incelendiği, davacının, katıldığı inşaat ihalesi sonrasında irat kaydedilen teminat mektubu bedelinin tahsili talebiyle Mersin Valiliği aleyhine Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı davada, davalı idare tarafından görev itirazında bulunulması üzerine olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığının anlaşıldığı, dosyanın tetkikinden; Mersin Merkez Halkkonut Toplum Merkezi Bina İnşaatı ihalesine davacı şirketin teklif verdiği, yapılan ihale sonucunda ihalenin bir başka şirket üzerinde kaldığı ve davacı şirketinde en avantajlı şirket olarak değerlendirildiği, ihaleyi alan şirket ile sözleşmenin yapıldığı ve daha sonra davacı şirketin ihale teklif dosyasını düzenleyen şirket yetkilisi hakkında yapılan soruşturma neticesinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/a maddesi uyarınca kamu davası açıldığının tespit edilmesi üzerine Valiliğin 23.1.2008 tarihli Oluru ile geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesi sonucunda davacı şirketin fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla irat kaydedilen geçici teminat mektubu bedelinin faizi ile birlikte tahsili talebiyle işbu davayı açtığının anlaşıldığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "yasak fiil veya davranışlara" ilişkin 17. maddesinde, "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 katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır" hükmünün yer aldığı, uyuşmazlık konusu olayda, davacı şirket ile davalı idare arasında herhangi bir sözleşme yapılmadığı, geçici teminatın hazineye irat kaydı

işlemi, 4734 sayılı Yasa'nın yukarıda zikredilen 17/a maddesine istinaden davalı idarenin tek taraflı olarak tesis ettiği bir idari işlem olduğundan, bu işlemin denetiminin idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerinde yapılması gerektiği, bu nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı'nın 2247 sayılı Yasa'nın 10. maddesi gereğince yapmış olduğu başvurunun kabulü ile Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/70 Esas sayılı görevlilik kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE :

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mustafa KICALIOĞLU, Mahmut BİLGEN, Habibe ÜNAL, Ayper GÖKTUNA, Serdar AKSOY ve Muhittin KARATOPRAK'ın katılımlarıyla yapılan 1.3.2010 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME : Başvuru yazısı ve dava dosyası örneği üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi gereğince yapılan incelemeye göre, davalı idare vekilinin anılan Yasanın 10/2 maddesinde öngörülen yönteme uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesi ve 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunması üzerine Danıştay Başsavcısı'nca, 10. maddede öngörülen biçimde olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ : Raportör-Hakim Nurdane TOPUZ'un, davanın çözümünde idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Dr. İlknur ALTUNTAŞ ile Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun davada idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ :

Dava, davacı şirketin vermiş olduğu geçici teminat mektubunun, şirket sorumlusu hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/a maddesi gereğince kamu davası açıldığının belirlenmesi nedeniyle aynı Kanunun 11. maddesine göre gelir kaydedilmesine karar verilmesi üzerine irat kaydedilen 30.000,00TL nin fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla irat kaydedildiği tarihten itibaren reeskont faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinde, idari dava türleri : a)İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, b)İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, c)Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak sayılmıştır.

4.1.2002 gün ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Amaç" başlığını taşıyan 1. maddesinde, "Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir" denilmiş; "Yasak fiil veya davranışlar" başlığını taşıyan 17. maddesinin (a) bendinde, ihalelerde; hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmenin yasak olduğu belirtilmiş; "İhaleye katılamayacak olanlar" başlığını taşıyan 11. maddesinde, "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak 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.

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 üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 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" hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 2.11.2007 tarihinde ihalesi yapılan Mersin Merkez Halkkent Toplum Merkezi İnşaatı işi ihalesine katılan ve 849.000.-TL teklif bedeli ile ekonomik açıdan en avantajlı 2. teklif sahibi davacı şirketin vermiş olduğu geçici teminat mektubunun, şirket sorumlusu hakkında Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yapılan bir soruşturma kapsamında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17/a maddesi gereğince kamu davası açıldığının belirlenmesi nedeniyle aynı Kanunun 11. maddesine göre gelir kaydedilmesine karar verilerek gelir kaydedildiği, davanın da, irat kaydedilen 30.000,00TL nin fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla irat kaydedildiği tarihten itibaren reeskont faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, ihalenin, "Venedik Kartonpiyer İnş. Taah. ve Tic. Ltd. Şti." üzerinde kaldığı ve sözleşmenin bu şirketle yapılmış olduğu anlaşıldığından, davacı ile davalı arasındaki ihtilafın sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf olmadığı kuşkusuzdur.

Bu durumda, idarece kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı irade ile kurulan geçici teminat mektubunun gelir kaydedilmesi işlemi sonucunda uğranıldığı ileri sürülen zararın tahsili isteminden doğan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, dava konusunun bir idari işleme dayanması nedeniyle idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile davalı idare vekilinin görev itirazının reddine ilişkin Asliye Hukuk Mahkemesi kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ:Davanın çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Danıştay Başsavcısı'nın BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile davalı idare vekilinin GÖREV İTİRAZININ REDDİNE İLİŞKİN, Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 31.3.2009 gün ve E:2009/70 sayılı KARARININ KALDIRILMASINA, 1.3.2010 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.