Hukuk Bölümü 2013/1634 E. , 2013/1847 K.

- **4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERI KANUNU'NUN 21. MADDESI UYARINCA KESIN TEMINAT TUTARININ TAHSILINE ILIŞKIN IŞLEMIN IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, İDARİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI**
  - UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 14

"İçtihat Metni"

Davacı : F. Kardeşler İnş. San. Tic. Ltd. Şti.

Vekili : Av. M.B.

Davalı : İller Bankası A.Ş.

Vekili : Av. N.K.

O L A Y : Davacı firma ile Davalı İller Bankası Genel Müdürlüğü, Kamu İhale Kanunu Hükümleri çerçevesinde, Karataş Adana Kanalizasyon inşaatına ait 2009/137801 İhale Kayıt Numaralı sözleşmeyi akdetmiştir. Sözleşme bedeli 5.969.930,80-TL olup, tahakkuka bağlanacak olan kesin hakediş itibariyle kesin teminat tutarı 403.206,92-TL'dir.

İşin yapımı esnasında İller Bankası Genel Müdürlüğünce sözleşmeye bağıtlanan 06.11.2009 tarihli ihalede F. Kardeşler İnş. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından aşırı düşük teklif sorgulaması sırasında idareye verilen belgeler arasında yer alan birim maliyet Cetveli ile satış faturasının SMMM onayının tasdik anlaşması yaptıkları mali müşavire ait olmadığı gerekçesi ile Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmuştur.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 2012/6422 sayılı iddianame ile Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/1073 sayılı dosyası ile şirket ortağı A.F. hakkında kamu davası açılmıştır.

F. Kardeşler İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin % 25 hissesine sahip A.F. hakkında kamu davası açılması nedeniyle davalı idarenin 26522 sayı 29.06.2012 tarihli yazısı ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın 28.06.2012 tarihli oluru ile A.F.'nın Kamu İhale Kanununun 58. Maddesi uyarınca 1 (bir) yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir.

Bilahare F. Kardeşler İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin % 25 hissesine sahip ortağı A.F. hakkında kamu davası açılması nedeniyle davalı idarenin 44914 sayı 23.10.2012 tarihli yazısı ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın 22.10.2012 tarihli oluru ile F. Kardeşler İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ile şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortağı Mehmet F.'nın 1 (bir) yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir.

Davalı idarenin 1.11.2012 tarih ve B.09.2.İLB.0.11.0.03.25199/45611 sayılı talimat yazısı üzerine Bölge Müdürlüğünün 02.11.2012 tarih ve 2348 sayılı yazısı ile kesin teminat tutarı olan 403.206,92-TL'nin nakden ödenmesi talep edilmiştir. Söz konusu teminat miktarı kadar ceza kesildiğine ilişkin yazı aynı gün faks ile davacıya tebliğ edilmiştir.

Davacı şirket vekili, İller Bankası Anonim Şirketi Adana Bölge Müdürlüğü'nün 2.11.2012 gün ve 2348 sayılı, kesin teminat tutarı olan 403.206,92 TL'nin nakden bankaya ödenmesi, aksi takdirde 974,27 TL'lik kesin hak ediş alacağı tutularak, mektup olarak bulunan 283.000,00 TL teminat nakde çevrilecek olup, eksik kalan tutarın tahsili için işlem başlatılacağına ilişkin işleminin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

ANKARA 8. İDARE MAHKEMESİ: 11.12.2012 gün ve E:2012/1767, K:2012/1665 sayı ile, davacı şirket tarafından, 2009/137801 ihale kayıt numaralı Karataş (Adana) Kanalizasyon İnşaatı işinden dolayı belirlenen 403.206,92 TL kesin teminat tutarının 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca tahsiline ilişkin 2.11.2012 günlü, 2348 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmış olup; uyuşmazlığın Karataş (Adana) Kanalizasyon İnşaatı işinden dolayı taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanması aşamasında davalı idarece tespit edildiği ileri sürülen hususlardan kaynaklandığı göz önüne alındığında, davanın görüm ve çözümünde görevli yargı yolunun adli yargı olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

Davacı şirket vekili bu kez aynı istemle adli yargı yerinde dava açmıştır.

ANKARA 18. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ: 14.5.2013 gün ve E: 2012/363, K: 2013/141 sayı ile, davacı tarafça dava konusu işin ihalesi aşamasında davalı idareye sunulan satış faturasındaki mali müşavir kaşe ve imzasının sahte olarak atıldığı hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı, ancak bu fatura üzerindeki kaşe ve faturanın sahte olduğunun taraflar arasında sözleşme imzalanmasından sonra ortaya çıkmasının sözleşmenin uygulanması nedeni ile ortaya çıkan bir uyuşmazlık olmadığı, tam tersine sözleşme kurulması aşamasında davacı şirketin ihaleyi almak amacı ile davalı idareye sunduğu belgelerdeki sahteliğin sadece sözleşmeden sonra tespit edilebildiği, yapılan işlemin ve sunulan belgenin ihale aşamasına ait bir işlem olduğu, bu nedenle sözleşme yapılmadan önceki döneme ait işlem nedeni ile açılan davaya bakma görevinin idari yargıya ait olduğu gerekçesiyle mahkemelerinin yargı yolu bakımından görevsizliğine, davanın dava şartı yokluğu nedeni ile reddine karar vermiş bu karar kesinleşmiştir.

Davacı şirket vekili, idari ve adi yargı yerlerince verilen görevsizlik kararları nedeniyle oluştuğu öne sürülen olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi istemiyle başvuruda bulunmuştur.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Eyüp Sabri Baydar, Ali Çolak, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Ayhan AKARSU ve Mehmet AKBULUT`nun katılımlarıyla yapılan 30.12.2013 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; adli ve idari yargı yerleri arasında 2247 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, idari ve adli yargı dosyalarının 15. maddede belirtilen yönteme uygun olarak davacının istemi üzerine son görevsizlik kararını veren mahkemece Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderildiği ve usule ilişkin işlemlerde herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının esası esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın, davanın çözümünde idari yargının görevli olduğu yolundaki

raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Mehmet Ali GÜMÜŞ'ün davada idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ

Dava, davacı şirket tarafından, 2009/137801 ihale kayıt numaralı Karataş (Adana) Kanalizasyon İnşaatı işinden dolayı belirlenen 403.206,92 TL kesin teminat tutarının 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca tahsiline ilişkin 2.11.2013 günlü, 2348 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdare tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla kamu gücü kullanılarak tek taraflı iradeyle tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlere karşı açılacak davalarda idari yargı yeri görevli bulunmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirileceği belirtilmiştir.

5.1.2002 gün ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 1. maddesinde, "Bu Kanunun amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir", 2. maddesinde, "Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar" ve 21. maddesinde, "Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir" hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Karataş (Adana) kanalizasyon inşaatının 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre açık ihale usulüyle 5.969.930,80 TL teklif birim fiyatla ihale edilerek, 17.2.2010 tarihinde F. Kardeşler İnş. Tic. Ve San. Ltd. Şti. ile sözleşmesinin imzalandığı, işin projesine uygun olarak tamamlandığı ve 18.4.2012 tarihinde geçici kabulünün yapıldığı; Sayıştay Başkanlığı adına davalı Banka faaliyetlerini inceleyen Uzman Denetçi tarafından tesis ihalesinde işin yüklenicisinin Serbest Muhasebeci Mali Müşavir Cetveli üzerinde yapılan incelemede, SMMM onayının gerçek olmadığının belirlenmesi nedeniyle soruşturma raporu düzenlendiği; yapılan suç duyurusu sonucunda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iddianame düzenlendiği; iddianamenin kabul edildiği ve ceza davasının açıldığı Davalı İdare hukuk müşavirliğince, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun hükümlerinden hareketle yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşme feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği, ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla, Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilen yüklenici hakkında 4735 sayılı Kanunun 29 ncı maddesi hükmüne göre işlem yapılması ve kesin teminat ve ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilmesi gerektiğinin hüküm altına alındığı belirtilerek, söz konusu şirket hakkında 4735 sayılı Kanunun 21 nci ve 26 ncı maddeleri doğrultusunda işlem tesis edilmesi gerektiğinin belirtilmesi üzerine İller Bankası Anonim Şirketi Adana Bölge Müdürlüğünce 2.11.2012 gün ve 2348 sayı ile "Yükleniminiz altında yapımı tamamlanarak 18.01.2012 tarihinde geçici kabulü yapılan Karataş (ADANA) Kanalizasyon İnşaatı ile ilgili Genel Müdürlüğümüz yazısı ekte gönderilmekte olup, ilgi yazı ile kesin teminat ve ek kesin teminat kadar bedelin nakit olarak alınması, bunun mümkün olmaması halinde bu bedelin kesin hakedişinizden tutulması ve tahsil işlemi tamamlanana kadar teminatınızın iade edilmemesi istenmektedir.

Söz konusu iş için sözleşme aşamasında 564.000,00 TL'lik kesin teminat mektubu verilmiş, ancak tesisin geçici kabulünün eksiksiz ve kusursuz olarak yapılarak geçici kabul tutanaklarının 30.04.2012 tarihinde Genel Müdürlüğümüzce onaylanması ve 15.06.2012 tarihinde SGK'dan ilişiksizlik belgesi alınmasından sonra, Sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 45. maddesi gereğince Bölgemizde bulunan 564.302,00 TL'lik kesin teminat mektubunun yarısı (283.000,00 TL) iade edilmiş olup Bölgemiz nezdinde 283.000,00 TL'lik kesin teminat mektubunuz bulunmaktadır.

Tesisin sözleşme bedeli 5,969.930,80 TL olup, kesin kabulün yapılmasına müteakip tahakkuka bağlanacak olan kesin hakediş itibariyle toplam fiyat farkı 750.184,51 TL'dir. Bu durumda kesin teminat tutarı 5.969.930,80 + 750.184,51 = 6.720.115,31 X 0,06 - 403.206,92 TL olmakladır.

Genel Müdürlüğümüzün ilgi yazısı doğrultusunda, kesin teminat tutarı olan 403.206,92 TL'nin nakden Bankamıza ödenmesi, aksi takdirde 974,27 TL'lik kesin hakediş alacağınız tutularak, mektup olarak bulunan 283.000,00 TL'lik teminatınız nakde çevrilecek olup eksik kalan tutarın tahsili için işlem başlatılacaktır." şeklinde işlem tesis edildiği, ve bu işlemin iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmıştır.

Dava konusu edilen işlemin, şirket hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ve Türk Ceza Kanununda yer alan "Resmi Belgede Sahtecilik" suçuna istinaden kamu davası açıldığının bildirilmesi nedeniyle, 4735 sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca tesis edilen bir idari işlem olması karşısında, sözleşme yapıldıktan sonra ve yüklenilen iş yürütülürken tesis edilmiş olsa bile, 4734 ve 4735 sayılı Yasa hükümlerine aykırılıktan bahisle idarece kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edildiği ve icrai nitelik taşıdığı; bu işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesine ve iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde tesis edildiğini kabul etmeye olanak bulunmadığı açıktır.

Bu durumda, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada tespit edilmesi üzerine tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

Kanununun 2/1-a maddesi kapsamında görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davada İdari Yargı yeri görevli olduğundan, Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ : Davanın görüm ve çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Ankara 8. İdare Mahkemesinin 11.12.2012 gün ve E:2012/1767, K:2012/1665 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 30.12.2013 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.