

ÖZET: İhaleyle ilgili rüşvet, zimmet, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, mal varlığı değerini aklama, kamu kurumu aleyhine nitelikli dolandırıcılık gibi suçları işledikleri anlaşılan ve bu durum mahkeme kararı ile sabit olan hususların yüklenici açısından taahhüdü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme olarak ele alınması, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın yüklenicinin kesin teminatının (teminat mektubunun) gelir kaydedilmesi ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilebileceği hk.

T.C.
ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI
Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü

Sayı : E-14399437-622.02-1354045

09.08.2021

Konu : (GÖRÜŞ) Teminat Mektubunun İadesi Hk.

... BELEDİYE BAŞKANLIĞINA
(Emlak ve İstimlak Müdürlüğü)

İlgi : 09.03.2021 tarihli ve 7868 sayılı yazınız.

İlgi yazınız ile özetle; mülga ... Belediyesi tarafından inşaat ihalesi kapsamında alınan teminat mektubunun iadesinin talep edildiği, detayları yazınızda ifade edilen mahkeme kararları, mevzuat hükümleri, ihale şartname ve sözleşmesi dikkate alınarak iadesinin yapıp yapılamayacağı hususunda görüşümüz talep edilmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun “Teminat olarak kabul edilecek değerler:” başlıklı 26 ncı maddesine göre;

“Geçici veya kesin teminat olarak kabul edilecek değerler aşağıda gösterilmiştir.

...

b) (Değişik: 17/9/2004 – 5234/9 md.) Bankalar ve özel finans kurumlarının verecekleri süresiz teminat mektupları,

...”

“Yapım işlerinde kesin teminat:” başlıklı 55 inci maddesine göre;

“ ...

Müteahhid isterse teminat olarak kabul edilecek kıymetler üzerinden kesin teminat da verebilir.

...”

“Kesin teminatın geri verilmesi” başlıklı 56 ncı maddesine göre;

“Kesin teminatın:

a) Taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yerine getirildiği usulüne göre anlaşıldıktan ve müteahhidin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirilmesi halinde, tümü;

b) Yapım işlerinde (a) fıkrasındaki şartlardan ayrı olarak, geçici kabul tutanağının onaylanması ve geçici kabulde görülen kusurların giderilme bedelinin kesin teminatın yarısından fazla olmaması şartıyla, yarısı, kesin kabul işlemleri tamamlandıktan sonra ise, kalanı;

Müteahhide geri verilir.”

“Müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması.” başlıklı 62 nci maddesine göre;

“Sözleşme yapıldıktan sonra 63 üncü maddede yazılı hükümler dışında müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez.”

“Yasak fiil ve davranışlar” başlıklı 83 üncü maddesine göre;

“İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

a) Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak,

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak,

Yasaktır.”

Mezkûr Kanununun “İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama” başlıklı 84 üncü maddesine göre;

“83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmalr, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete’de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

...

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.”

Mezkûr Kanununun “Ceza sorumluluğu ve sonuçları” başlıklı 85 inci maddesine göre;

“83 üncü maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile, o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılır; hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 342 nci maddesi ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmez.

...”

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun “İhaleye fesat karıştırma” başlıklı 235 inci maddesine göre;

“Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

...”

Mezkûr Kanununun “Edimin ifasına fesat karıştırma” başlıklı 236 ncı maddesine göre;

“(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

...” hükümleri yer almaktadır.

Öte yandan yazı ve eklerinin incelenmesinden aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

1. ... Belediye Başkanlığı tarafından 26.11.2012 tarihinde “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Yapımı İhalesi” gerçekleştirilmiş, ihaleye tek teklif ... Turizm Seyahat İnş. Eml. Taah. Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından verilmiş, Belediye Encümeninin 26.11.2012 tarihli ve 195 sayılı Kararı ile ihale anılan şirketin üzerinde bırakılmıştır. ... Belediyesini temsilen Belediye Başkanı ile anılan şirketi temsilen ... isimli kişi arasında; ... 4. Noterliğinin 12.12.2012 tarihli ve 31125 yevmiye numaralı “Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” imzalanmıştır.

2. Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/13171 Soruşturma, 2013/2331 Esas numaralı İddianamesi ile özetle; Belediye bünyesinde görev yapan bazı kamu görevlileri ile bu görevlilerle bağlantılı bazı esnaf ve müteahhitlerden oluşan bir grubun haksız kazanç elde etmek amacıyla ... Belediye Başkanı ... liderliğinde suç örgütü oluşturdukları; bu örgütün ihaleye fesat karıştırma, rüşvet ve evrakta yapılan usulsüzlükler suretiyle kanuna uygun olmayan imar iskân belgeleri düzenleme ve görevi kötüye kullanma gibi suçları işledikleri yönünde çok sayıda suç duyurusunun iletilmesi üzerine teknik takip ile projeli çalışma başlatıldığı, bu kapsamda şüphelilerin suç örgütü bünyesinde; rüşvet, zimmet, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma (aralarında uyuşmazlığa konu ihalenin de bulunduğu ihalelerde) suçlarından kaynaklanan mal varlığı değerini aklama, kamu kurumu aleyhine nitelikli dolandırıcılık suçlarını işlediklerinin elde edilen belgelerle açıkça ortaya konulduğu belirtilmiş, anılan iddianamenin kabulü ile ... 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2013/107 Esas sayılı dosyası ile kamu davası açıldığı anlaşılmıştır.

3. ... Belediye Meclisinin 01.04.2013 tarihli ve 21 sayılı Kararı ile; 2886 Sayılı Kanunun 83, 84, 85 ve 86 ncı maddeleri uyarınca, yüklenicinin ihale sürecinde anılan Kanuna göre yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu, bu durumun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edildiği, sözleşmenin yapımında imzaları ve sorumlukları bulunan ilgili dönemin Belediye Başkanı ve arkadaşları hakkında soruşturma başlatıldığı, iddianamenin son aşamasında olduğu, şüphelilerin örgütlü suç işledikleri yolunda kuvvetli kanıtlar bulunduğundan, Başkanın ve diğer sorumluların tutuklandıkları ve tutukluluk halinin devam ettiği göz önünde bulundurularak ... 4. Noterliğinin 12.12.2012 tarihli ve 31125 yevmiye numaralı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, ... Belediye Meclisinin 01.07.2013 tarihli ve 46 sayılı Kararı ile “Kat Karşılığı Alışveriş Merkezi İnşaatı Yapımı” ihalesinin iptaline karar verildiği görülmüştür.

4. Danıştay 13. Dairesinin E: 2014/2931 ve K: 2020/1619 sayılı Kararında, “...Bu itibarla, davalı idarece gerçekleştirilen ve sözleşmesi imzalanan “Kat Karşılığı Alışveriş Merkezi İnşaatı Sözleşmesi Yapımı” ihalesine fesat karıştırıldığından bahisle ... Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanan iddianamenin kabulü ile ... 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2013/107

esas sayılı dosyasında dönemin Belediye Başkanı ile yüklenici şirket yetkilisinin de aralarında yer aldığı şüpheliler hakkında kamu davasının açıldığı hususları dikkate alındığında idarenin kamu yararı amacıyla tesis ettiği ihalenin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki temyize konu mahkeme kararında ise hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

...

9. 2577 sayılı Kanununun 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 30/06/2020 tarihinde oybirliği ile karar verildi." hükmüne yer verilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, bahse konu ihaleyle ilgili rüşvet, zimmet, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, mal varlığı değerini aklama, kamu kurumu aleyhine nitelikli dolandırıcılık gibi suçları işledikleri anlaşılan ve bu durum mahkeme kararı ile sabit olan hususların yüklenici açısından taahhüdü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme olarak ele alınması, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın yüklenicinin kesin teminatının (teminat mektubunun) gelir kaydedilmesi ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilebileceği değerlendirilmektedir.

Bilgi edinilmesini rica ederim.

Bakan a.
Genel Müdür