

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU AÇISINDAN TİCARET ŞİRKETLERİNİN REKABETİ ENGELLEYİCİ DAVRANIŞLARI İLE İHALELERE BİRDEN FAZLA TEKLİF SUNMALARI

Erdem BAFRA¹

Öz: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinde, ihalelerde hangi fiil ve davranışlarda bulunmanın yasak olduğu sayma suretiyle hükme bağlanmış ve bu maddede sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında da söz konusu Kanun'un Dördüncü Kısmı'nda belirtilen hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, rekabetin sağlanması ilkesinin korunması amacıyla yönelik olarak rekabeti engelleyici davranışlarda bulunan ve ihaleye birden fazla teklif sunan şirketler hakkında da anılan Kanun'un 58'inci maddesinde düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanacaktır. Bu çalışmada, söz konusu yasak fiil ve davranışlar, son on yıldaki Danıştay kararları ışığında ele alınmış ve bu kararlara konu olmuş yasak fiil ve davranışlar sınıflandırılarak başlıklar altında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yasak Fiil ve Davranışlar, İhalelerden Yasaklama, İdari Tedbir, Danıştay Kararları, Rekabeti Engelleyici Davranışlar, Birden Fazla Teklif Sunulması.

COMPANIES' ACT of INFLUENCE of COMPETITION and SUBMISSION of MORE THAN ONE TENDER FROM the VIEW POINT of PUBLIC PROCUREMENT LAW NO. 4734 in CONSIDERATION of STATE COUNCIL DECISIONS

Abstract: Prohibited acts and conducts are regulated by counting in article 17 of Public Procurement Law No.4734 and also it is regulated that provisions stated in Chapter four of this Law shall apply to those who have been involved in these prohibited acts or conducts. In this scope, for the sake of preserving the principle of ensuring competition, the companies which influence competition or submit more than one tender, shall be faced with the sanction of prohibition from participation in tenders which is regulated in article 58 of the same Law. In this article, these prohibited acts and conducts are discussed in consideration of State Council Decisions given in the last decade and prohibited acts and conducts which are handled in these decisions are classified due to their types and analysed under titles.

Key words: Prohibited Acts and Conducts, Prohibition From Participation in Tenders, Administrative Measure, State Council Decisions, Act of Influence of Competition, Submission of More Than One Tender.

Makale Gönderim Tarihi : 23.05.2014
Makale Kabul Tarihi : 06.06.2014

¹ Dr. Hukuk Danışmanı, Kamu İhale Kurumu, erdembafra@gmail.com

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (RG, 14/02/2011, S. 27846) 124'üncü maddesi uyarınca ticaret şirketleri (şirket); kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir. Ayrıca; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (KİK) (RG, 22/01/2002, S. 24648) "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesi uyarınca şirketler, hizmet sunucusu, tedarikçi veya yapım müteahhidi olarak tek başlarına tüzel kişiliği haiz ya da gerçek veya tüzel kişilerle oluşturacakları ortak girişim olarak istekli sıfatıyla ihalelere teklif sunabileceklerdir.

Diğer taraftan; bir fiyat yarışını ifade eden ihalelerde bazı durumlarda istekli konumundaki şirketler tarafından KİK'nun 5'inci maddesinde sayılan rekabetin sağlanması ilkesine aykırı fiil ve davranışlarda bulunulabilmektedir. Bu kapsamda; KİK'in 17'nci maddesinde, ihalelerde hangi fiil ve davranışlarda bulunmanın yasak olduğu sayma suretiyle hükme bağlanmış ve bu maddede sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında da söz konusu Kanun'un Dördüncü Kısmı'nda belirtilen hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla; şirketler tarafından idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Kanun kapsamındaki ihalelerde söz konusu fiil ve davranışlarda bulunulması durumunda, bu fiil ve davranışta bulunanlar hakkında KİK'in 58'inci maddesinde düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanacaktır.

Bu çerçevede; anılan Kanun maddesinde şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri açısından yasaklama kararının kimler hakkında verileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca ifade etmek gerekmektedir ki; şirketlerin yöneticileri veya yöneticileri tarafından vekil tayin edilen kişilerin ihalelerde yasak fiil ve davranış teşkil eylemleri sonucunda haklarında yasaklama kararı verilebileceği dikkate alındığında, basiretli birer tacir olarak ihaleye teklif sunacak kişilerin belirlenmesi, bu açıdan önem arz etmektedir.

Şirketlerin ihalelere katılmaktan yasaklanması dışında, taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi söz konusu fiil veya davranışlardan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na (TCK) (RG, 12/10/2011, S. 25611) göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında TCK hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır.

KİK'in 17'nci maddesinde öngörülen yasak fiil ve davranışlara ilişkin olarak şirketler hakkında, aynı Kanun'un 58'inci maddesinde düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanacağından, kısaca bu yaptırımın hukuki niteliğine de değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle ifade edilmelidir ki idare hukuku yönüyle bu tür yasaklamalar, idari yaptırım niteliğini taşıyan birer idari işlem olarak nitelendirilebilir ve burada organik açıdan, yasaklama kararını ihaleyi yapan idare veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık almakta, fonksiyonel bakımdan ise KİK'in 5'inci maddesinde belirtilen temel ilkelerin korunması amaçlanmaktadır (Kazancı, 2011:47, Oğurlu, 2000:28). Bu itibarla, ihalelere katılmaktan yasaklama tedbiri diğer bir ifadeyle, ileriye yönelik olarak önleyici ve koruyucu bir yaptırım özelliğini bünyesinde barındırmaktadır.

Diğer taraftan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun (KK) (RG, 31/03/2005, S. 25772) 2'nci maddesi uyarınca 'kabahat', kanunun bir idari yaptırım öngördüğü haksızlığı ifade etmektedir (Meran, 2011, Taşdelen, 2006, Zor ve Yosunkaya, 2014). Ayrıca, aynı Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idarî tedbirlerden ibaret olup idari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışında, ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirleri de kapsamaktadır.

Bununla birlikte, KK'nin 1'inci maddesinde, bu Kanun'un amaçlarından birinin de ekonomik düzenin korunması olduğu hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, KİK'de kamu ihalelerine ilişkin öngörülen yasak fiil ve davranışlarda bulunma sonucunda yasaklama yaptırımının uygulanması da aslında ticari hayatın veya piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemesine ve ekonomik düzenin korunmasına ilişkin bir idari tedbirdir (Arslan, 2012, İnan, 2010, Kazancı, 2011, Zor ve Yosunkaya, 2014). Bu sebeple de KİK'in 17'nci maddesinde öngörülen fiil ve davranışların, ayrıca suç teşkil edici nitelikte olmadığı takdirde birer kabahat olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz (Arslan, 2012, Kazancı, 2011, Meran, 2011). Bu itibarla, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlara uygulanacak idari tedbir, KK'nin 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasının ifadesiyle "*ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbir*" olarak ihalelere katılmaktan yasaklama olacaktır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki KK'nin 19'uncu maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesine yönelik yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olacaktır. Bu çerçevede, KİK'in 58'inci maddesinde öngörülen yasaklama tedbirinin de belirli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesine yönelik yaptırım olduğundan söz edilebilecektir (Kazancı, 2011).

Niteliği itibariyle yasaklama kararı, her ne kadar bir para cezası olmasa da ve idari tedbir olarak nitelendirilse de sonuçları itibariyle elde edilmesi muhtemel gelirlerin elde edilmesi sonucunu engelleyen, mali sonuçları olan ve yasaklanan kişiler üzerinde ekonomik etki doğuran bir tedbir niteliğinde olacaktır. Zira KİK'in 58'inci maddesinde öngörülen söz konusu yaptırımın hukuki niteliğine Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında (AYM, 14/01/2010, E. 2007/68, K. 2010/2) da bu şekliyle yer verilmiştir. Gerçekten söz konusu kararda, hakkında kamu davası açılanlarla ilgili olarak bu kişilerin KİK'in 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacaklarının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasına ilişkin olarak, "*Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır.*" gerekçesine yer verilerek yasaklamanın bir idari tedbir niteliğini haiz olduğu ifade edilmiştir.

KİK'nin 17'nci maddesinde yasak fiil ve davranışların neler olduğu hükme bağlanmış olmakla birlikte; bu çalışmada, KİK'in 17'nci maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlardan, rekabetin sağlanması ilkesiyle doğrudan ilgili olan rekabeti engelleyici davranışlar ile birden fazla teklif sunulması durumu Danıştay kararları ışığında incelenmiş olup, bu fiillerin suç teşkil etmesi durumunun gerek KİK gerekse TCK açısından hukuki sonuçları, çalışmanın kapsamı dışında bulunmaktadır. Diğer taraftan bu çalışmada, son on yılda ticaret şirketlerine ilişkin ihalelere katılmaktan yasaklamaya yönelik Danıştay kararları gözden geçirilmiş ve somut uyuşmazlıkta Danıştay kararlarında ele alınan yasak fiil ve davranışlar sınıflandırılarak incelenmiştir.

KİK'in 17'nci maddesinde, ihalelerde hangi fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu sayma suretiyle belirlenerek hükme bağlanmış olup, ihalelerde bu tür fiil ve davranışların yasaklanarak söz konusu fiil ve davranışlarda bulunanlara idari yaptırım uygulanması, KİK'in 5'inci maddesinde öngörülen temel ilkelerin² ve bu çerçevede rekabetin sağlanması ilkesinin korunmasıyla da yakından ilgilidir. Zira gerek anılan Kanun'da öngörülen temel ilkeler gerekse yasak fiil ve davranışlara uygulanan idari tedbirler, ekonomik düzenin korunması amacına yönelik olarak kamu kaynaklarının israf edilmeden, ihtiyaçlara uygun ve verimli bir

² KİK'in 5'inci maddesinde, idarelerin bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

şekilde kullanılmasını amaçlamaktadır.

Ayrıca, OECD Kamu İhalelerinde Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu'nda, ihalelerde danışıklı hareketin tanımı yapılmış ve danışıklı hareket, normal koşullarda rekabet etmesi beklenen işletmelerin, ihale yoluyla ürün veya hizmet alımı gerçekleştirmek isteyen alıcılara yönelik fiyatları yükseltmek ya da mal veya hizmetlerin kalitesini düşürmek amacıyla gizli anlaşma yapmaları, şeklinde tanımlanmıştır (<http://www.oecd.org>). Bu nedenle de, idareler ihaleye çıkarken, KİK'in 5'inci maddesinde sayılan kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin sağlanmasında da rekabetçi bir ihale sürecine güvendiklerinden, ihalelerde rekabeti engelleyici davranışlar ile birden fazla teklif sunulması durumlarının tespiti ve önlenmesi, ülke ekonomisinin zarara uğramasının önüne geçilmesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

Bu çerçevede, KİK'in 17'nci maddesinin son fıkrası uyarınca, maddede sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında anılan Kanun'un 58'inci maddesinde öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanacağı dikkate alındığında, bu yasaklama kararlarına karşı açılan davalar sonucunda verilen Danıştay kararları ışığında söz konusu yasak fiil ve davranışlar, somut olaydaki fiil ve davranışa göre sınıflandırılarak aşağıda ele alınmıştır.

Diğer taraftan, Danıştay kararları ışığında yasak fiil ve davranışları ele almadan önce ifade etmemiz gerekir ki son on yıldaki Danıştay kararlarını incelediğimizde, idarelerin aynı konuda verdikleri yasaklama kararını, KİK'in 17'nci maddesinin farklı bendlerine ya da aynı anda birden fazla bendine dayanarak verebildiklerini görmekteyiz. Ancak bu durum, Danıştay tarafından yasaklama işlemi hukuken sakatlayan bir gerekçe olarak değerlendirilmemekte olup, aşağıda, rekabeti engelleyici davranışlar ile birden fazla teklif sunulması durumuna dayanılarak idarelerce tesis edilmiş ve Danıştay kararlarına konu olmuş yasaklama kararları ele alınacaktır.

Rekabeti Engelleyici Davranışlar

KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendinde, isteklileri tereddüde düşürmek ve ihaleye katılımı engellemek fiillerinin yanı sıra isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya buna teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, yasak fiil ve davranış olarak sayılmıştır. Bu kapsamda şirket yöneticilerinin veya yöneticileri tarafından ihalede teklif sunmak üzere vekil tayin edilen kişilerin bu tür davranışları

sonucunda, şirketler ve ortakları hakkında da yasaklama tedbiri uygulanabilecektir.

Diğer taraftan; KİK'in 5'inci maddesinde, ihalelerde rekabetin sağlanması Kanun'un temel ilkeleri arasında sayılmış olmakla birlikte; hukukumuzda mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasının sağlanmasındaki temel düzenleme, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur (RKHK) (RG, 13/12/1994, S. 22140). Bu çerçevede, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu anılan Kanun'un 4'üncü maddesinde hükme bağlanmıştır (Arı, 2004). Gerçekten, Rekabet Kurumu'nun bazı kararlarında (RK, 27/09/2012, 12-46/1409-461) (<http://www.rekabet.gov.tr>) kamu ihalelerinde söz konusu rekabet ihlallerinin olduğu iddiasıyla, anılan Kanun maddesi çerçevesinde rekabet ihlalinin olup oluşmadığı inceleme konusu yapılmıştır.

KİK'in 17'nci maddesi kapsamında gerçekleşen rekabet ihlali durumuna ilişkin olarak dört ana unsurun varlığından söz edebiliriz. Bunlar, isteklinin yasak fiil ve davranışı, ihalede anlaşmanın varlığı, bu anlaşmanın ihalenin kazananını belirleyeme yönelik olması ve bu anlaşmanın sonucunda rekabetin sağlanması ilkesine aykırı sonuçların ortaya çıkmasıdır.

Doktrinde, ihalelerde rekabet ihlallerinin iki türlü gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi; ihalelerde yatay rekabet ihlali olup, bu ihlal, ihalede teklif sunan istekliler arasında gerçekleştirilen bir anlaşmaya dayalı rekabet ihlalinin ifade etmektedir (Alison ve Sufin, 2002, Iswanto, 2008, The Aqua Group, 1999). Bu tür rekabet ihlallerinde şirketler kendi aralarında ihaleyi hangi şirketin kazanacağını önceden kararlaştırmakta olup, bu durum, ihaleye sınırlı teklif (bid suppression) sunulması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi aşağıda uygulamadan örnekler verdiğimiz göstermelik teklif (cover bidding) olarak da ortaya çıkabilecektir. Zira; UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) tarafından hazırlanan Rekabet Hakkında Model Kanun'da da bu duruma ilişkin örnekler verilmiş ve bu Model Kanun'da, ihaleye göstermelik teklif sunulması, teklif sunulmaması için diğer şirketlerin ikna edilmesi, şirketlerin birbirlerinin katıldıkları ihalelere teklif sunmaması, coğrafi

olarak bölgelerin şirketler arasında paylaşılması, anlaşmaya dahil olmayan şirketlerin ihaleleri kazanmasının engellenmesi ve anlaşma içeriğinde kabul edilen genel ilke ve kurallara göre tekliflerin sunulması, ihalelerde rekabet ihlallerine örnek olarak sayılmıştır (<http://www.unctad.org>).

İhalelerde dikey rekabet ihlali ise; ihaleye teklif sunan isteklilerle ihale komisyon üyeleri arasında gerçekleştirilen bir anlaşmaya dayalı rekabet ihlalini ifade etmektedir (Alison ve Sufrin, 2002, Iswanto, 2008, The Aqua Group, 1999). Bu türden bir rekabet ihlali, ihalelerde yeterli kriterlerinin neler olacağına ihaleden önce istekliler ile ihale komisyonu üyeleri tarafından kararlaştırılması, aşağıda örneğini verdiğimiz gibi ihalede birden fazla teklif mektubunun sunulması durumunda, ihale komisyonunun en düşük olanını dikkate alması yönünde istekliyle yapılan anlaşma, şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda Danıştay kararları ışığında değindiğimiz rekabet ihlalleri ve birden fazla teklif sunulması durumu ise uygulamada genellikle yatay rekabet ihlali şeklinde ortaya çıkmakta olup, ihalelerde aynı teklif zarfı içerisinde birden fazla teklif mektubu sunulması durumu da dikey rekabet ihlaline örnek teşkil etmektedir.

Ceza hukuku yönüyle bu tür anlaşmaları değerlendirdiğimizde, TCK'nin "İhaleye Fesat Karıştırma" suçuna ilişkin 235'inci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde, ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerin "*ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma*" yapmalarının ihaleye fesat karıştırma sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu sebeple ihalelerde bu türden gizli anlaşma ve danışıklı hareketlerde bulunarak rekabet ihlalinin yapılması, aynı zamanda TCK anlamında ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil edebilecektir (Arslan, 2012).

Danıştay kararlarına konu olmuş somut uyuşmazlıklara baktığımızda ise KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendinde düzenlenmiş rekabeti engelleme ve ihale kararını etkileyici davranışlar genelde, aynı teklif zarfı içerisinde birden fazla teklif mektubu sunulması, şirketlerin ihalede sundukları belgelerde benzerlik, şirketlerin tebligat adreslerinin aynı olması gibi konular açısından ele alınmıştır.

Aynı Teklif Zarfı İçerisinde Birden Fazla Teklif Mektubu Sunulması

Uygulamada, şirket konumundaki istekliler tarafından aynı teklif zarfı içerisinde teklif fiyatı yazılmış teklif mektubu ile boş bırakılmış teklif mektubunun birlikte sunulması durumuyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu durum da aslında, teklif fiyatlarının açıklanmasından sonra oluşan duruma

göre, boş olan teklif mektubunun teklif zarfları açıldıktan sonra bir şekilde doldurularak ihalede en düşük teklifin verilmesinin sağlanmasına yönelik fiilin işlendiğine ilişkin kuvvetli bir karine teşkil etmektedir. Bu şekilde yasak fiil ve davranışı işleyen ticaret şirketleri tarafından ihalede, kendi lehlerine haksız bir rekabet oluşturulması amaçlanmaktadır. Bu nedenle de bu türden bir rekabet ihlali, istekli konumundaki şirket ile ihale komisyon üyeleri arasındaki anlaşmaya dayanacağından, ortada bir dikey rekabet ihlalinin bulunduğundan söz edilebilecektir.

KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendinin idare tarafından uygulanmasına yönelik olarak aynı teklif zarfı içerisinde 3 adet teklif mektubu sunulması durumuna ilişkin Danıştay'ın bir kararında (13. D, 29/04/2011, E.2009/5288, K. 2011/1946), teklif zarfından bir tanesi doldurulmuş, imzasız ve isimsiz, iki tanesi de boş olmak üzere üç adet teklif mektubunun çıktığının görülmesi üzerine, KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendini ihlal edildiğinden bahisle fiili gerçekleştiren istekli hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi durumuna yönelik değerlendirmeye yer verilmiştir.

Söz konusu kararda Danıştay, teklif zarfının içerisinden bir tanesi teklif fiyatı yazılmış ancak imzasız ve isimsiz, iki tanesi de boş teklif mektubu çıkan davacı şirketin ihaleye katılan isteklileri tereddüde düşürmek fiilini gerçekleştirdiği, KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendinin ihlal edildiği, bu durumda, davacı şirketin aynı Kanun'un 58'inci maddesi gereğince on sekiz ay süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Danıştay'ın başka bir kararında (13. D, 22/11/2011, E.2011/2456, K. 2011/5207), ihale teklif dosyasında fiyat belirtilerek imzalanmış teklifle beraber, teklif fiyatı belirtilmeksizin imzalanan iki adet teklif mektubu daha verilmesi sonucunda KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendinin ihlal edildiğinden bahisle fiili gerçekleştiren istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi durumuna yönelik değerlendirmeye yer verilmiştir.

Söz konusu kararda Danıştay, her ne kadar davacılar tarafından yapılan hatanın, şirket merkezinin Ankara'da olması, ihalenin ise Diyarbakır'da yapılmasından kaynaklandığı belirtilmekte ise de ihalede fiyat belirtilerek imzalanmış teklif mektubu ile beraber, teklif fiyatı belirtilmeksizin imzalanan iki adet teklif daha sunulmak suretiyle, davacı şirketin TTK'nin 20'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen, her tacirin basiretli bir işadamı gibi davranması gerektiği zorunluluğuna uymadığı ve

tutar belirtilmeden imzalanan teklif mektubu sunulması halinde teklif mektubunda bulunan tutar hanesinin ihale esnasında veya sonradan doldurulabileceği gerçeği karşısında, bu fiilin ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiği, dolayısıyla davacıların KİK'in 17'nci ve 58'inci maddeleri gereğince bir yıl süre bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Bu çerçevede, söz konusu kararlarda da açıkça görülmektedir ki isteklilerin teklif zarfı içerisinde dolu ve boş olmak üzere birden fazla teklif mektubu sunması durumu, yasak fiil ve davranışın işlendiğine kuvvetli bir karine teşkil etmekte ve bu durum yanı zamanda fiili işleyen istekli lehine haksız rekabet doğuracak şekilde avantajlı bir durumun ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Şirketlerin İhalede Sunulan Belgelerdeki Benzerlik

İhaleye katılımda şirketlerin sundukları belgelerin şekil ve içerik açısından farklı olması, bu belgelerin birbirleriyle benzerlik göstermemesi, belgeler arasında herhangi bir bağlantının bulunmaması, teklif fiyatlarının oluşturulmasında ve analizlerin hazırlanmasında farklı yöntemlerin izlenmesi, hayatın olağan akışına ve rekabetin sağlanması ilkesine uygun bir durumu ifade etmektedir. Ancak bazı durumlarda, ihalelerde istekliler tarafından sunulan ve teklif zarfı içerisinde yer alan belgelerde, içerik veya şekil açısından benzerlik, ihalelerde rekabetin sağlanması ilkesinin ihlal edildiği ve yasak fiil ve davranışın işlendiği hususunda kuvvetli bir karine teşkil edebilmektedir. Bu durum özellikle, yapım işleri ihalelerinde sunulan analiz formatlarında ve bu kapsamda aşırı düşük teklif sorgulamasında sunulan açıklamalarda benzerlik bulunmasında ortaya çıkabilmektedir.

Ayrıca ifade edilmesi gerekmektedir ki, şirketler arasında ihalede sunulan belgelerdeki benzerlik genellikle, göstermelik fiyat teklifi sunulmasından kaynaklanmaktadır (cover bidding). Gerçekten bu tür durumlarda şirketler tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlalinin üç şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Gerçekten bu tür bir rekabet ihlali, rakiplerden birinin, kazanması kararlaştırılan teklif sahibinin teklifinden daha yüksek bir fiyat sunmayı kabul etmesi, rakiplerden birinin, kabul edilecek tutarın çok üzerinde olduğu malum olan bir teklif sunması ya da rakiplerden birinin, alıcının kabul etmesinin mümkün olmadığı malum olan türden özel koşullar içeren bir teklifte bulunması olarak ortaya çıkmaktadır (<http://www.oecd.org.tr>). Bu nedenle, bu tür tekliflerde göstermelik teklif

sunan şirket tarafından gerçekte bir teklif sunma iradesi bulunmadığından, birlikte hareket eden şirketlerin ihalede sundukları belgeler de genellikle aynı kişi ya da kişiler tarafından hazırlanmakta ve bunun sonucu olarak da belgelerde benzerlikler gözlenmektedir.

Danıştay bir uyuşmazlık kapsamında söz konusu rekabet ihlali durumu ile ilgili olarak, isteklilerin teklif mektuplarının ve tekliflerde yer alan iş kalemlerine ait analizlerin aynı formatta hazırlanması, aynı adresin iş adresi olarak göstermeleri ve bu kişilerle davacı şirketin de yer aldığı ortaklığın aynı banka şubesinden birbirini takip eden sıra numarası ile teminat mektubu almaları, 21.015 poz numaralı F2 Düz Kalıp ile 03.562/3 poz numaralı Beton Finişi analizlerinde teklif ettikleri saatlik ücretlerin birbiri ile aynı olması sonucunda KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendini ihlal edildiğinden bahisle fiili gerçekleştiren istekliler hakkında ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi durumuna yönelik değerlendirmeye yer vermiştir (13. D, 26/01/2011, E.2009/5935, K. 2011/254).

Söz konusu hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde Danıştay, anılan fiil ve davranışların KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendi kapsamında rekabeti etkileyici nitelikte olduğu anlaşıldığından, davacı şirketin iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği yönündeki ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Görülmektedir ki, ihalede sunulan belgeler arasında benzerliğin bulunması durumunda, Danıştay'ın somut olayda gerçekleşen fiili durumları öncelikle tespit ettiğini, daha sonra bir bütün olarak bu fiili durumları ele aldığını ve belgeler arasındaki benzerlikle ilgili varılan sonuca göre eğer ortada kuvvetli bir karine söz konusu ise ilgiler hakkında yasaklama kararının da hukuka uygun olarak değerlendirildiğini ifade edebiliriz.

Şirketlerin Tebligat Adresinin Aynı Olması Durumu

İstekliler tarafından ihalede sunulan belgelerdeki benzerliğin yanında bazı durumlarda, şirketlerin tebligat adreslerinin de aynı olduğu durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin, Danıştay'ın bir kararında (13. D, 26/01/2011, E.2009/4214, K. 2011/245), ihaleye 3, 4 ve 5'inci sırada teklif sunan şirketlerin teklif mektuplarının ve iş kalemlerine ilişkin analizlerin aynı formatta hazırlandığı ve analize giren miktarların birebir aynı olduğu, davacı vekilinin aynı zamanda ihaleye 5'inci sırada teklif sunan istekli adına ihale dokümanı satın aldığı, her üç isteklinin geçici teminat mektuplarının aynı bankanın aynı şubesinden aynı tarihte birbirini takip eden sıra numaraları ile alındığı, ayrıca, ana maliyet kalemi olan C16 betonuna ilişkin

olarak aynı beton üreticisinden proforma fatura alındığı tespit edildikten sonra, 4'üncü sırada teklif sunan isteklinin oda kayıt sureti ile ticaret sicil kayıt gazetesinde farklı bir ikametgâh adresi bulunmasına rağmen, 5'inci sırada teklif sunan isteklinin ikametgâh adresini tebligat adresi olarak gösterdiği anlaşılmıştır. Bu durumda anılan kararda, söz konusu fiil ve davranışların KİK'in 17'nci maddesinin (b) bendi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak bu tür durumlarda, ihalede sunulan belgelerde benzerlik bulunmasında olduğu gibi, Danıştay'ın somut olayda gerçekleşen fiili durumları öncelikle tespit ettiğini, daha sonra bir bütün olarak bu fiili durumları ele aldığını ve belgeler arasındaki benzerlikle ilgili varılan sonuca göre eğer ortada kuvvetli bir karine söz konusu ise ilgiler hakkında yasaklama kararının da hukuka uygun olarak değerlendirildiğini ifade edebiliriz.

İhalelerde Birden Fazla Teklif Vermek

KİK'in 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 vekâleten birden fazla teklif vermek, yasak fiil ve davranış olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, Danıştay kararlarına konu olmuş somut uyuşmazlıklara baktığımızda, KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendinde düzenlenmiş bu tür davranışların özellikle, şirketler arasındaki organik bağ, şirketler arasındaki temsilcilik ilişkisi, aynı teklif zarfında birden fazla teklif mektubunun sunulması, istekli olabilecek şirket ile istekli konumundaki şirket arasındaki organik bağ, kısmi teklife açık olan ihalelerde aralarında organik bağ bulunan şirketlerin farklı kısımlara birden fazla teklif sunması, aynı yetki belgesine dayanılarak iki ayrı şirket tarafından ihaleye teklif sunulması ve ön yeterlik aşamasında aday konumundaki iki şirket arasındaki organik bağ gibi konular açısından ele alındığını görmekteyiz. Danıştay kararlarına konu olmuş söz konusu durumlar aşağıda, birden fazla teklif sayılan durumlar ve birden fazla teklif sayılmayan durumlar olarak iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

Diğer taraftan, alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek aslında, KİK'in 5'inci maddesinde öngörülen rekabetin sağlanması ilkesi ile de yakından ilgilidir. Zira burada, söz konusu fiil ve davranışı işleyen şirketler, ihalelerde diğer isteklilerle organik bağ kurmak ya da benzeri yollarla birden fazla

teklif sunmak suretiyle hukuka aykırı yollara başvurarak haksız rekabet ortamı yaratmak suretiyle kendilerine avantaj sağlamaktadırlar.

Aşağıda, Danıştay kararları ışığında uygulamada karşılaşılan durumları incelemeyi önce ifade etmeliyiz ki; KİK’de bir kişinin birden fazla şirkette ortaklığı bulunması durumunda, bu şirketlerin aynı ihaleye katılabilip katılamayacağı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu itibarla; kanımızca KİK’de, sermaye ve şahıs şirketlerinin özellikleri de dikkate alınarak, bir kişinin aynı ihalede birden fazla şirkette ortaklık ilişkisinin bulunması durumunda hangi koşullarda birden fazla tekliften söz edileceğinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Zira; KİK’in 11’inci maddesinin (f) bendinde, ihaleye katılamayacak olanlar belirlenirken, maddede sayılan kişilerin “%10’undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç” ifadesine yer verilerek, anonim şirketlerdeki pay sahipliği için oransal bir değer öngörülmüştür.

Birden Fazla Teklif Sayılan Durumlar

Şirketler Arasındaki Organik Bağ

Bazı durumlarda, aynı ihaleye teklif sunan şirketler arasında hissedarlık, hâkim etki, hisse devir işlemleri, aynı kişilerin yönetici veya başka bir ad altında çalışıyor olması gibi durumlardan kaynaklanan bir bağın varlığından söz edilebilmektedir. Bu bağ KİK’da bir düzenleme ile ortaya konulmadığından, Danıştay tarafından somut olayda gerçekleşen duruma göre ortaya konulmaktadır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki; burada cevaplanması gereken soru, aynı ihaleye teklif sunan bu şirketlerin “ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek” fiilini işleyip işlemedikleridir. Bu çerçevede, Danıştay’ın KİK’in 17’nci maddesinin (d) bendi ile ilgili vermiş olduğu kararlara baktığımızda, şirketler arasında organik bağın bulunması durumunun yasak fiil ve davranış kapsamında değerlendirildiği sonucuna varıldığını ifade edebiliriz.

Örneğin, söz konusu hususla ilgili bir Danıştay kararında (13. D, 24/11/2010, E. 2009/2858, K. 2010/8006):

- İsteklilerden A A.Ş. tarafından verilen Ticaret Sicili Gazetesi’nde M’nin oy toplayıcı olarak görevlendirildiğinin belirtildiği,

- Aynı ihalede davacı şirket C tarafından verilen Ticaret Sicil Gazetesinde ise adı geçen M’nin şirket müdürü olarak gösterildiği,

-A A.Ş. adına teklif vermeye yetkili olan B'nin imza sirkülerinde baba adının V olduğu, aynı şahsın davacı şirket C tarafından verilen Ticaret Sicil Gazetesinde ise şirket müdürü olarak yer aldığı,

-Hizmet alımı ihalesine iştirak eden A A.Ş.ce teklif vermeye yetkili kılınan V'ye, B tarafından vekâlet verildiği, davacı şirket C'yi temsile yetkili şirket müdürünün de V isimli şahıs olduğu, yapılan son görüşmeye de adı geçenin yetkili olarak iştirak ettiği, son görüşme tutanağını imzaladığı,

-Bu kapsamda, V'nin ihaleye teklif veren davacı şirketi temsile yetkili şirket müdürü, aynı ihaleye teklif veren A A.Ş.nin de vekili olduğu, bu sıfatla da ihale görüşmelerine katıldığı,

-Yine bir başka ihaleye katılan E Ltd. Şti.nce sunulan Ticaret Sicil Gazetesinde şirket ortağı M'nin hisselerini V'ye devrettiği, dava konusu ihalede sunulan Ticaret Sicil Gazetesinde bu kez bahsi geçen M'nin hisselerini V'den devir aldığı tespit edildiği, belirtilen hususların her iki şirketin birbirinin teklif fiyatını bildiği sonucunu doğurduğu, tespitleri yapılmıştır.

Yapılan bu tespitler doğrultusunda, davacı şirketin müdürü olan ve vekil aracılığı ile teklif veren kişi ile davacı şirketin diğer ortağının aynı ihaleye katılan diğer şirket tarafından ihalelere katılmak amacıyla vekili tayin edildiği, ihalelerde aranan rekabet, gizlilik ve güvenilirlik ilkelerinin ihlâl edildiği ve söz konusu organik bağın KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

Danıştay'ın, şirketler arasındaki organik bağ durumuna ilişkin bir başka kararında (13. D, 13/05/2010, E. 2009/4873, K. 2011/2179) da istekli konumundaki iki şirkette hâkim etkisi bulunan ortağın varlığı tespit edilmiş ve bu çerçevede bir sonuca varılmıştır. Şöyle ki, anılan kararda, ihaleye katılan davacı şirketin %51 hissesine sahip ortağı K'nin, söz konusu ihaleye katılan F Ltd. Şti.nin de %51 hissesine sahip olduğu, her iki firmanın da adı geçen şahsın hâkim etkisi altında bulunduğu açık olduğu dikkate alınarak bu durum, KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak, söz konusu Danıştay kararlarında görülmektedir ki, aynı ihaleye teklif sunan şirketler arasında hissedarlık, hâkim etki, hisse devir işlemleri, aynı kişilerin yönetici veya başka bir ad altında çalışıyor olması gibi durumlardan kaynaklanan organik bağın rekabetin sağlanması ilkesine aykırı sonuç doğurduğu da dikkate alınarak KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış olarak değerlendirilmektedir.

Şirketler Arasındaki Temsilcilik İlişkisi

KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendinin uygulanması ile ilgili olarak Danıştay'ın, şirketler arasındaki organik bağ dışında, benzer bir şekilde temsilcilik ilişkisi bulunmasını da yasak fiil ve davranış olarak değerlendirdiğini görmekteyiz. Bu durumda burada, bir şirket ile bir şirketin yetkili temsilcisi konumundaki başka bir şirketin aynı ihaleye teklif verip veremeyeceği sorusunun cevaplanması gerekecektir. Aşağıda da yer verdiğimiz üzere, Danıştay'ın söz konusu hususa yaklaşımının, somut olayda "fiyat rekabeti"nin ortadan kalkıp kalkmadığının değerlendirilmesi yönünde olduğunu ifade edebiliriz.

Örneğin bu hususla ilgili bir Danıştay kararında (13. D, 14/12/2010, E. 2009/6170, K. 2010/8505), davacı şirket ile bu şirketin Ege Bölgesindeki yetkili temsilcisi olan şirketin aynı ihaleye katılmalarıyla fiili olarak fiyat rekabetinin ortadan kalkacağı, ana dağıtıcı olan davacı firmadan alınan ürünü teklif eden şirketin, davacı şirketten alınan maliyet bedelinin altında teklif veremeyeceği ve bu durumun davacı şirket tarafından bilinecek olması sebebiyle tekliflerin gizliliğinin kısmen de olsa etkileneceği hususları dikkate alındığında, davacı şirketin ihalelere katılmaktan yasaklanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak Danıştay kararlarında görülmektedir ki, organik bağ dışında, istekliler arasında temsilcilik ilişkisi bulunması durumu da KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında fiyat rekabetinin ve tekliflerin gizliliğinin ortadan kalkacağından bahisle, yasak fiil ve davranış olarak değerlendirilmektedir.

Aynı Teklif Zarfı İçerisinde Birden Fazla Teklif Mektubu Sunulması

Uygulamada, yukarıda açıkladığımız aynı teklif zarfında dolu ve boş teklif mektuplarının sunulması dışında, aynı teklif zarfında kaşeli ve imzalı olarak teklif fiyatını içeren birden fazla teklif mektubunun sunulduğu durumlarla da karşılaşılmaktadır. Bu durum da aslında, teklif fiyatlarının açıklanmasından sonra oluşan duruma göre, zarftaki teklif mektuplarından en düşük teklif fiyatını içeren teklif mektubunun bir şekilde değerlendirmeye alınmasını ve ihalede en düşük teklifin fiili işleyen tarafından verilmesini sağlanmasına ve bu şekilde haksız rekabet ortamı oluşturulmasına yönelik olarak, yasak fiil ve davranışın bulunduğu ilişkin kuvvetli bir karine teşkil etmektedir. Bu nedenle de bu türden bir rekabet ihlali, istekli konumundaki şirket ile ihale komisyon üyeleri

arasındaki anlaşmaya dayanacağından, ortada bir dikey rekabet ihlalinin bulunduğundan söz edilebilecektir.

Diğer taraftan, KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında değerlendirilen aynı teklif zarfında birden fazla teklif mektubu sunulması durumunu, aynı maddenin (a) ve (b) bendi kapsamında değerlendirilen aynı teklif zarfı içerisinde dolu ve boş olmak üzere birden fazla teklif mektubu sunulması durumundan ayırt etmek gerekmektedir. Bu çerçevede, Danıştay kararlarını KİK'in 4'üncü maddesinde tanımlanan "teklif" kavramı açısından incelediğimizde, şirket tarafından sunulmuş bir tekliften söz edilebilmesi için fiyat unsurunu içeren bir "teklif" in varlığından söz etmek gerekmektedir. Dolayısıyla, sunulan belgelerde fiyat unsuru bulunmamakta ise ortada birden fazla teklifin varlığından da söz edilemeyecektir.

Danıştay'ın bazı kararlarında, aynı teklif zarfı içerisinde teklif fiyatını da içeren birden fazla teklif mektubunun sunulmasının, KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında değerlendirilerek yasaklama kararı verildiğini görmekteyiz. Zira, söz konusu hususla ilgili bir Danıştay kararında (13. D, 04/04/2011, E. 2009/5425, K. 2011/1274), ihaleye teklif sunan iş ortaklığının teklif zarfından biri 2.400.000,00 TL, diğeri 3.550.450,00 TL olmak üzere iki adet teklif mektubu çıktığı dikkate alınarak olayda, davacı şirketin alternatif teklif vermek suretiyle KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendine aykırı davrandığı sonucuna varılmıştır. Yine Danıştay'ın bir başka kararında (13. D, 07/03/2011, E. 2009/6228, K. 2011/899) da ihaleye katılan davacı şirketin, aynı iş için birden fazla teklif verdiği ihale komisyonunca tutanak ile tespit edildiği dikkate alınarak davacının bu fiili, KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında değerlendirilmiştir.

Birden Fazla Teklif Sayılmayan Durumlar

İstekli Olabilecek Şirket ile İstekli Şirket Arasındaki Organik Bağ

Bazı durumlarda şirketler, ihale dokümanını satın alarak istekli olabilecek sıfatını kazanmakla birlikte ihaleye teklif sunmayabilirler. Bu durumda, sadece ihale dokümanını satın alıp teklif vermemiş olan bir şirketle, hem ihale dokümanını satın almış hem de ihaleye teklif vermiş bir şirket arasında organik bağ varsa, bu durumun birden fazla teklif sayılıp sayılmayacağı sorusunun cevaplanması gerekecektir.

Gerçekten, “aynı ihalede istekli olabilecek sıfatını haiz bir şirket ile ihaleye teklif veren bir şirket” arasında ortaklık ilişkisi gibi bir hukuki bağın bulunması durumu, KİK’in 17’nci maddesinin (d) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış teşkil edip etmeyeceği Danıştay’ın bir kararında (13. D, 05/06/2010, E. 2008/12700, K. 2010/4648) ele alınmıştır. Söz konusu kararda, hakkında yasaklama kararı verilen davacı şirketin hisselerinin %50’den fazlasının A’ya ait olduğu, diğer taraftan, aynı ihaleye ait şartnameyi alan ve yine hisselerinin %50’den fazlasının A’ya ait olduğu T Ltd. Şti.nin de teklif verdiğinden bahisle davacı şirketin ve şirket hisselerinin %50’den fazlasına sahip olan A’nın kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmasının bir yıl süreyle yasaklandığı görülmektedir.

Bununla birlikte somut olayda, davacı şirketin şartnameyi satın almış ancak vergi borcundan dolayı ihaleye katılmayacağına ilişkin beyanını içeren dilekçesini teklif zarfı içerisinde idareye sunmuştur. Davalı idare tarafından bu zarfın verilmesi teklif olarak değerlendirilmiş ise de KİK’in 4’üncü maddesine göre teklif, şirketin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgilerden oluşacağından ve dava konusu olayda davacı şirketin verdiği zarfta fiyat unsuru bulunmadığından, bu zarfın verilmesinin tek başına teklif olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sebeple de hakkında yasaklama kararı verilen şirketin teklif sunmadığının kabul edildiği dikkate alındığında, sadece ihale dokümanı satın alan şirketle, teklif sunan şirket arasındaki ortaklık ilişkisinin birden fazla teklif sunma durumunu ortaya çıkarmayacağı sonucuna varılmıştır.

Söz konusu kararda ihale hukuku açısından önem arz eden bir başka husus, ihalede sunulan zarfta “fiyat unsuru” bulunmaması sebebiyle zarfın tek başına “teklif” olarak değerlendirilemeyeceğidir. Benzer şekilde, yukarıda da yer verdiğimiz üzere Danıştay, teklif zarfında teşekkür mektubu sunulmasını, ortada fiyat unsurunu içeren bir belge bulunmadığından tek başına teklif olarak değerlendirmemiştir.

Kısmi Teklife Açık İhalelerde Aralarında Organik Bağ Bulunan Şirketlerin Farklı Kısımlara Birden Fazla Teklif Sunması

KİK’in 27’nci maddesinin (h) bendi uyarınca, idareler ihale dokümanında ihalenin bir kısmına teklif verilemeyeceğine yönelik düzenleme yapacaklardır. Bu durumda, ihalenin kısmi teklife açılması sonucunda şirketlerin bir ya da birden fazla kısma teklif sunmaları da söz konusu olabilecektir. Kısmi teklif verilebilen ihalelerde şirketler tarafından

her bir iş kısmına ayrı ayrı teklif verilebilecek ve şirketlerin yeterlik değerlendirmesi de her bir kısım için ayrı ayrı yapılacaktır.

Bu çerçevede, kısmi teklife açık ihalelerde her bir kısma yönelik yaklaşık maliyet tespiti ile sunulan tekliflerin değerlendirilmesinin birbirinden bağımsız olarak yapılacağı izahıta varestedir. Bu durum aslında, ihalelerde mümkün olabildiğince fazla sayıda isteklinin kısım bazında ihalelere katılarak rekabetin sağlanmasına ve ihale konusu işin kısımlara ayrılması sonucunda isteklilerin kapasiteleri ölçüsünde, tercih ettikleri kısımlara ayrı ayrı teklif sunmalarının sağlanmasına da hizmet etmektedir. Bu kapsamda yasak fiil ve davranışlar açısından burada cevaplanması gereken soru, bir ihalede aralarında organik bağ bulunan şirketlerin farklı kısımlara teklif sunması durumunun yasak fiil ve davranış teşkil edip etmeyeceğidir.

Kısmi teklife açık ihalelerde, organik bağın aralarında ortaklık ilişkisi bulunması suretiyle gerçekleşen şirketlerin ihalede farklı kısımlara teklif vermesinin KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış teşkil edip etmeyeceği Danıştay'ın bir kararında (13. D, 04/06/2010, E. 2008/13681, K. 2010/4645) ele alınmıştır.

Gerçekten Danıştay'ın söz konusu kararında, idare tarafından iki kalemden toplam 23.600 litre yabancı ot ilacı temini için ihaleye çıkıldığı, her bir kalem için ayrı ayrı teklif alındığı, davacı A'nın ikinci kalem, isteklilerden B'nin ise birinci kalem için teklif verdiği görülmüştür. Bu durumda, her ne kadar yasaklama kararını veren davalı idarece birbirlerinin tekliflerini bilebilecek durumda oldukları iddia edilse de farklı kalemler için verilen teklifleri bilmelerinde herhangi bir menfaatlerinin bulunmadığı, zira işin konusunun farklı olduğu, dolayısıyla bu durumun alternatif teklif olarak değerlendirilemeyeceği gibi eşit muamele, gizlilik ve güvenilirlik ilkelerine aykırılık teşkil etmediği dikkate alındığında, yasaklama işleminin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda görülmektedir ki, kısmi teklife açık ihalelerde, her bir kısım için tekliflerin değerlendirilmesinin birbirinden bağımsız olarak yapılacağı ve kısımlara ilişkin işin konusunun farklı olduğu dikkate alındığında, aralarında organik bağ bulunsada ihalede farklı kısımlara teklif sunan şirketlerin fiili, Danıştay tarafından yasak fiil ve davranış olarak değerlendirilmemektedir.

Aynı Yetki Belgesine Dayanılarak İki Ayrı Şirket Tarafından İhaleye Teklif Verilmesi

Aynı yetki belgesine dayanılarak iki ayrı istekli tarafından ihaleye teklif verilmesi durumuna ilişkin olarak, somut olayda davacının %95 hissesine sahip olduğu şirket ile dava konusu ihaleye katılan başka bir şirketin ihaleye katılmayan üçüncü şirket tarafından verilen yetki belgesini sundukları görülmüştür. Bu durum, KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında yasak fiil ve davranış olarak değerlendirilerek, davalı idare tarafından davacı hakkında yasaklama işlemi tesis edilmiştir.

Bununla birlikte, söz konusu hususla ilgili Danıştay kararında (13. D, 09/11/2010, E. 2009/1998, K. 2010/7750) öncelikle aşağıdaki tespitler yapılmıştır:

-Davacı H'nin sahibi olduğu şirketin 04/10/2007 tarihli Birim Fiyat Teklif Mektubu ile teklifi kendi adına yaptığı,

-G Ltd. Şti.nin ihale konusu bazı ürünler için Türkiye tek distribütörü, teknik servis tedarikçisi ve üretici garanti tedarikçisi olan T.H.nin yetkili bayisi olduğu,

-Yetki belgesinde, firmamız adına ibaresinden sonra "*ihalede teklif vermeye ürünlerin tüm evraklarını ibraz etmeye ve kullanmaya, satış ve satış sonrası servisin sağlanması konusunda tam yetkili*" ifadelerine yer verilme suretiyle yetkili satıcılık sıfatına vurgu yapıldığı tespit edilmiştir.

Bu çerçevede anılan kararda:

-KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendinin maddi olaya uygulanabilmesi için uyuşmazlık konusu ihalede G Ltd. Şti.nin istekli sıfatıyla yer alması ve davacı H'nin sahibi olduğu şirketin teklif mektubunu anılan şirket adına ihale komisyonuna sunmuş olması gerektiği,

-İstekli sıfatı bulunmayan şirket tarafından verilen "yetki belgesi"nin olayda "alternatif teklif vermek" amacıyla kullanıldığından bahsedilemeyeceği,

-G Ltd. Şti.nin alternatif teklif oluşturma için, iki ayrı şirket eli ile muvazaalı olarak teklif verdiği kanıtlanmış gibi bir sonuç çıkartılarak dava konusu yasaklama işleminin tesis edildiği,

-Olayın yasaklama kararı veren idarenin belirttiği şekilde gerçekleştiğinin edilemeyeceği, yetki belgesinde yer alan "firmamız adına"

ibaresinden dolayı davacı H'nin sahibi olduğu şirketin, G Ltd. Şti. adına ihalede teklif sunduğundan söz edilemeyeceği,

-Davacı H'nin sahibi olduğu şirketin teklif mektubunu kendi adına sunmuş olması hususu ile yetki belgesindeki ifadelerin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, maddi olayın KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında olmadığı, sonucuna varılarak yasaklama işlemi hukuka aykırı bulunmuştur.

Ön Yeterlik Aşamasında Aday Konumundaki Şirketler Arasındaki Organik Bağ

Ön yeterlik aşaması bulunan ihalelerde, ön yeterlik aşamasında teklif fiyatlarının sunulmadığı dikkate alındığında, bu aşamada aralarında ortaklık ilişkisi bulunduğu tespit edilen iki aday hakkında yasaklama kararı verilip verilemeyeceği Danıştay'ın bir kararında (13. D, 03/11/2010, E. 2009/2777, K. 2010/7516) ele alınmıştır. Gerçekten, söz konusu kararda;

-Davacı şirketin ön yeterlilik zarfında belirttiği şirket ortakları hisse durum beyanında %51 hissenin S adına görünmesine rağmen iş deneyim belgesi olarak K'ye ait belgenin sunulduğu,

-Tip Ön Yeterlik Şartnamesi'nin 9.1'inci maddesinin (k) bendinde istenen İş Deneyim Belgesi Taahhünamesinin ilk paragrafının istekli kısmında G Ltd. Şti.nin adının yazıldığından dolayı ön yeterlik başvurusunun uygun bulunmadığı,

-Davacı şirketin KİK'in 58'inci maddesi uyarınca bir yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği,

-Bakılan davada, davalı idare tarafından davacı şirket ile G Ltd. Şti.nin farklı tüzel kişilikler gibi görünmelerine karşın adres, telefon ve faks numaralarının aynı olduğu ve birlikte hareket etmek suretiyle KİK'in 17'nci maddesinin (d) bendini ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü tespit edilmiştir.

Bununla birlikte, yukarıda aktarılan tespitler karşısında yargılama sonucunda, birlikte bu maddede öngörülen fiilden dolayı yasaklama yaptırımında bulunulabilmesi için bir istekli tarafından doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla fiyat teklifi verilmesinin gerektiği, ticaret sicil gazeteleri ve şirket ortaklık hisse durum bilgilerine göre farklı tüzel kişilikler olduğu anlaşılan O Tic. Ltd. Şti. ile G Ltd. Şti.nin ihalenin henüz teklif verme aşamasına gelinmeden ön yeterlik safhasında değerlendirme

dışı bırakılmış olması ve bu firmalarca fiyata ilişkin herhangi bir teklif verilmemiş olması karşısında ihale bedelinin belirlenmesi amacıyla verilen fiyat tekliflerine ilişkin bir husus olan "alternatif teklif vermek" fiilinin gerçekleştiğini kabul etme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu yasaklama işleminin iptaline karar veren ilk derece mahkemesi kararı Danıştay tarafından onanmıştır.

Bu durumda anılan Kararda, ön yeterlik aşamasında teklif verme aşamasına gelinmediği dikkate alınarak, her ne kadar iki şirket arasında adres, telefon ve faks numaralarının aynı olduğu tespit edilse de iki şirketin ön yeterlik aşamasında tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı öncelikle ifade edilmiştir. Yine söz konusu kararda, bu aşamada “alternatif teklif vermek” fiilinin gerçekleşmesinin ise fiyat tekliflerine bağlı olduğu hususuna vurgulama yapılarak, fiyat tekliflerinin sunulmadığı ön yeterlik aşamasında söz konusu şirketler açısından yasak fiil ve davranışta bulunma durumunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır.

Yasak Fiil ve Davranışın Tespiti ve Sonucu

KİK'in 58'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, Danıştay kararları ışığında kırk beş günlük sürenin hesaplanmasında, yasak fiil ve davranışın işlendiği tarihin mi yoksa yasaklama kararını verecek mercie ilgili idare tarafından bildirim tarihinin mi dikkate alınması gerektiği hususunun cevaplanması gerekmektedir.

Gerçekten, Danıştay'ın söz konusu hususla ilgili bir kararında (13. D, 08/11/2005, E. 2005/5992, K. 2005/5404) konu ayrıntılı olarak değerlendirilerek, bu sürenin hangi tarihten itibaren başlatılması gerektiği gerekçeli olarak açıklanmıştır. Söz konusu kararda “İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu, ancak, ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır.” değerlendirmesine yer verilerek yasak fiil ve davranışın tespit edildiği tarihin kırk beş günlük

sürenin hesaplanmasında dikkate alınması gerekliliği ortaya konulmuştur. Bu şekilde söz konusu kararda, bir fiil ve davranışın, ancak ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkün olduğunun altı çizilerek, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınmasının düzenlemenin amacına uygun olacağı ifade edilmiştir.

Danıştay'ın yasaklama kararında kırk beş günlük sürenin hesaplanmasına ilişkin bir kararında (13. D, 13/05/2011, E. 2009/4873, K. 2011/2179) ihaleyi yapan idare tarafından 30/11/2007 tarihli yazı ile durumun ilgili Bakanlığa iletilmesi üzerine, aynı tarihli olurla yasaklama kararı verildiği, KİK'in 58'inci maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen ve yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği yolundaki kuralın uygulanmasında, başlangıç olarak fiilin işlendiği tarih değil, fiilin tespit edildiği tarih esas olduğundan davacının bu iddiasının yerinde görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır.

Benzer şekilde bir başka Danıştay kararında (13. D, 05/03/2007, E. 2006/4272, K. 2009/1029) da kırk beş günlük sürenin aşıldığı hususu tespit edilmiştir. Bu çerçevede Danıştay tarafından ihaleyi yapan idarenin yasaklama kararı verilmesinin gerekli olup olmadığı konusundaki iradenin de sahibi olduğuna işaret edilerek, yasaklama kararının verilmesinin istenildiği 28/04/2004 tarihinden itibaren, yasaklama kararının verildiği 23/06/2004 tarihine kadar Kanunda belirtilen kırk beş günlük sürenin aşılması sebebiyle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. Bu çerçevede Danıştay kararlarını incelediğimizde, kırk beş günlük sürenin hesaplanmasında, fiil ve davranışın gerçekleştiği tarihin değil, yasak fiil ve davranışın yasaklama kararını verecek mercie bildirildiği tarihin dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan; KİK'in 58'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca; anılan Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama kararı verilecektir. Bu nedenle de, şirketlerin rekabet ihlali ya da birden fazla teklif verme durumunun tespiti sonucunda, bu şirketler hakkında bir yıldan iki yıla kadar yasaklama kararı verilecektir (İnan, 2010).

Ayrıca; aynı Kanun maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da, haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilecektir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilecektir.

SONUÇ

KİK'in 17'nci maddesinde, ihalelerde hangi fiil ve davranışlarda bulunmanın yasak olduğu sayma suretiyle hükme bağlanmış ve bu maddede sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında da söz konusu Kanun'un Dördüncü Kısmı'nda belirtilen hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, söz konusu yasak fiil ve davranışları işleyenler hakkında, aynı Kanun'un 58'inci maddesinde düzenlenen yasaklama yaptırımı uygulanacaktır. Bu çerçevede; şirketlerin de birer istekli olarak KİK'in 17'nci maddesinde sayılan rekabeti engelleyici davranışlarda bulunması ya da ihaleye birden fazla teklif sunmaları durumunda da, söz konusu yaptırımın uygulanması söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan; niteliği itibariyle yasaklama kararı her ne kadar bir para cezası olmasa da ve idari tedbir olarak nitelendirilse de sonuçları itibariyle elde edilmesi muhtemel gelirlerin elde edilmesi sonucunu engelleyen, mali sonuçları olan ve yasaklanan kişiler üzerinde ekonomik etki doğuran bir tedbirdir. Bu itibarla, KİK'de kamu ihalelerine ilişkin öngörülen yasak fiil ve davranışlarda bulunma sonucunda yasaklama yaptırımının uygulanması da aslında piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemesine ve ekonomik düzenin korunmasına ilişkin bir idari tedbir olduğundan, KİK'in 17'nci maddesinde öngörülen fiil ve davranışların ayrıca suç teşkil edici nitelikte olmadığı takdirde birer kabahat olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, ticari hayatta faaliyette bulunan ve ihalelere katılan şirketlerin basiretli birer tacir gibi hareket ederek, ticari faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyebilecek ve ekonomik düzenin korunmasına ilişkin tedbir niteliğindeki ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanmasına ilişkin olarak, Kanun'da düzenlenmiş ve yasak fiil ve davranışlar kapsamında kabul edilen rekabeti engelleyici davranışlar ile ihalelerde

birden fazla teklif sunulması durumlarının neler olduğunun farkında ve Danıştay kararlarında hangi tür fiil ve davranışların bu kapsamda değerlendirildiğinin bilincinde olmaları önem arz etmektedir.

Bu amaca yönelik olarak çalışmada, KİK'in 17'nci maddesinin son fıkrası uyarınca, maddede sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında anılan Kanun'un 58'inci maddesinde öngörülen ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanacağı dikkate alındığında, bu yasaklama kararlarına karşı açılan davalar sonucunda verilen Danıştay kararları ışığında söz konusu yasak fiil ve davranışlar, somut olaydaki fiil ve davranışın türüne göre sınıflandırılarak ele alınmıştır

KAYNAKÇA

- Arı, Z., (2004) Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı ve Hukukî Sonuçları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Arslan, Ç., (2012). İhaleye Fesat Karıştırma Suçu. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Iswanto, V. (2009). The Arrangement of Prohibition of Collusive Tendering in Law No.5 Year 1999, Journal of Law Supremacy II (1): 1-7.
- İnan, A., (2010). Kamu İhalelerinde Yasaklama Kararlarının Anayasa Açısından Değerlendirilmesi. Dış Denetim Dergisi 2: 153-160.
- Jones, A. ve Brenda S, (2010). EC Competition Law: Text, Cases, and Materials. Oxford: Oxford University Press.
- Kamu İhalelerindeki Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu.
<http://www.oecd.org/competition/cartels/42701345.pdf> adresinden alınmıştır.
- Kazancı, B.E., (2011). İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Meran, N., (2011). İhaleye Fesat Karıştırma. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Oğurlu, Y., (2000). İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Taşdelen, A., (2006). Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55(1): 293-320.
- The Aqua Group (1999). Tenders and Contracts for Building. Oxford: Blackwell Science.
- Zor Ö. T. ve Yosunkaya B., (2014). 100 Soruda Kamu İhalelerinden Yasaklama. Ankara: On İki Levha Yayıncılık.
- (<http://www.rekabet.gov.tr>)

Extended Summary

Prohibited acts and conducts are regulated by counting in article 17 of Public Procurement Law No.4734 and also it is regulated that provisions stated in Chapter four of this Law shall apply to those who have been involved in these prohibited acts or conducts. In this scope, for the sake of preserving the principle of ensuring competition, the companies which influence competition or submit more than one tender, shall be faced with the sanction of prohibition from participation in tenders which is regulated in article 58 of the same Law.

Although the sanction of prohibition from participation in tenders is not a type of punishment of fine, as an administrative measure it can be argued that, it includes economic and fiscal consequences. Indeed, by this way, it is forbidden for companies to take part in tenders temporarily. Indeed, those who are established to be involved in acts and conducts set forth in Article 17, shall be prohibited from participation in any tender carried out by all public institutions and entities including the those specified in the 2nd article and the those listed in 3rd article of this Public Procurement Law No.4734, for at least one year and up to two years depending on the nature of the said acts and conducts

Theoretically, collusive tendering can be distinguished into two types of conspiracy. First category is horizontal collusive tendering and second one is vertical collusive tendering. Horizontal collusive tendering is collusion or conspiracy engaged by and between the bidders. In this collusion, bidders altogether arrange the tender winner that injures the owner of works or goods/services. Bid rotation and cover bidding can be the examples of horizontal collusive tendering.

On the other hand, vertical collusive tendering is a conspiracy committed by and between the bidders and the tender commission. For example, the bidders can meet tender commission and arrange the tender requirements or procedures of the tender together for the sake of designating the tender winner.

It can be argued that, there are four elements of collusive tendering. These elements are: the prohibited act and conduct of the bidder, collusive agreement, the purpose of the agreement regarding designating the winner of the tender and the results of the agreement against ensuring competition during the tender process. From this point of view, it is crucial to clarify types of acts and conducts which are prohibited pursuant to article 17 of Public Procurement Law No.4734. For the sake of clarifying these acts and

conducts, these prohibited acts and conducts are should be discussed in consideration of State Council Decisions given in the last decade.

When we evaluate the decisions of State Council, it can be argued that submitting more than one letter of tender in the same envelope, similarities between the documents and adresses which belong different tenderers, can be the examples of influence of competition. On the other hand, pursuant to State Council decisions, organic link between the companies, agency relation between the companies and submitting more than one letter of tender in the same envelope, can be the examples of submitting more than one tender.