

Belediyelerin Kurdukları ve Yönetiminden Belediye Başkanı ve Sair Belediye Personelinin Sorumlu Olduğu Şirketlerin, Belediyeler Tarafından Açılan İhalelere Katılamayacakları

T.C.

DANIŞTAY

10. Daire

Esas: 2001/4312

Karar: 2003/5197

Tarih: 16.12.2003

ÖZET: Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve sair belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacakları hakkında.

(2886 sayılı İhale K. m. 1, 2, 6) (6762 sayılı TTK. m. 275, 312)

KARAR METNİ:

Davacı :

Vekili :

Davalılar : ... Eğlence Eğitim Dinlenme ve Spor Tesisleri İşletmecilik A.Ş.

Av. ...

1- Ulaştırma Bakanlığı

2- Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili: Av. ...

İstemin Özeti: Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve sair belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacaklarına ait İçişleri Bakanlığının 312.12.2000 gün ve 47539 s. Genelgesi ile bu genelge esas alınarak davacı şirketin belediye ihalelerine alınmamasına ait işlemin; anonim şirketlerin Türk Ticaret Yasasının 321. maddesine göre temsil ve idare olunduğu dolayısıyla ortaklarını belediye iştiraklerinin oluşturduğu şirketlerin bünyesinde ve yönetiminde belediye yöneticilerin bulunmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı, belediye şirketi olarak verilen hizmetin kar amacıyla değil kamu hizmeti amacıyla verildiği, şirketin yönetim kurulu başkanı ile genel müdür ve genel müdür yardımcısının belediye ihale komisyonunda ve encümeninde görev almadıkları öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Davalı İçişleri Bakanlığı Savunmasının Özeti: Genelgenin 2886 s. Kanunun 6. maddesi gereğince yayınlandığını, belediye şirketlerinin belediye ihalelerine katılmasının haksız rekabete yol açtığını, rekabette iştirakçilerin eşit şartlarda ihaleye katılmalarının sağlanmasının amaçlandığı, genelgenin ihalelerin açık olması, güven ortamında yapılması ve ihaleye katılanların hiç bir biçimde kuşku duymamalarının sağlanması amacıyla çıkarıldığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı... Büyükşehir Belediyesi Savunmasının Özeti: Davacı şirketin İçişleri Bakanlığının dava konusu genelgesi gereğince ihalelere alınmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği belirtilmektedir.

D.Tetkik Hakimi: Ergün Özcan

Düşüncesi: 2886 s. Kanunun 2. maddesinde ön görülen ihale ilkeleri doğrultusunda aynı Kanunun 6. maddesi gereğince belediye şirketlerinin belediye ihalelerine katılmamaları gerektiğini açıklayan ve katılmaları halinde doğabilecek sakıncaları düzenleyen dava konusu genelge 2886 s. Kanunun 2 ve 6. madde hükümlerine aykırılık taşımamaktadır. Dava konusu genelge uyarınca, davacı şirketin... Büyükşehir Belediyesince yapılan

konser organizasyonu işi ihalesine alınmamasına ait uygulama işleminde de hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Nevzat Özgür

Düşüncesi: Dava, belediyelerin ortak oldukları şirketlerin belediye ihalelerine giremeyeceklerine ait 12.12.2000 tarihli ve 47539 s. İçişleri Bakanlığı genelgesinin ve bu genelge hükmünden dolayı davacı anonim şirketin... Büyükşehir Belediyesince yapılan 16.1.2001 günlü ihaleye alınmamasına ait işlemin ve ihalenin iptal edilmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

2886 s. Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin, bu yasa hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 6. maddesinde "Aşağıdaki şahıslar doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar;

1- İhaleyi yapan idarenin;

a) İta amirleri;

b) İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar;

c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sihri hısımları;

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortakları hariç)

2- Bu Yasa ve sair kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar;" kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, Türk Ticaret Kanunu'nun 312. maddesinde anonim şirketlerin yönetim kurullarının, pay sahibi olan ortaklardan oluşacağı, tüzel kişilerin temsilcisi olan gerçek kişilerin de yönetim kurulu üyesi olabileceği belirtilmiş, 275. maddesinde ise, Devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişilerinin şirket yönetim kurulu ve denetim kurullarındaki temsilcilerinin, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve yetkilerine

sahip oldukları, ancak bu temsilcilerin, pay senedi verme yükümlülüğü bulunmadığına değinilmiştir.

Aktarılan kanun hükümlerinin birlikte incelenmesinden, pay sahibi olmanın anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olabilmenin genel şartı olduğu, ancak şirket ortağının kamu tüzel kişisi olması halinde, kamu tüzel kişisinin temsilcilerinin yönetim ve denetim kurullarında yer alabilmelerine karşın, pay sahibi olma, bir başka deyişle "ortak" olma mecburiyeti bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, anonim şirket ortağı olan belediyelerin ortağı bulundukları şirket yönetim kurullarındaki temsilcilerinin "ortak" statüsünü kazanmadıkları kuşkusuzdur.

Belediyelerin ortağı oldukları anonim şirketlerdeki kamu sermayesini temsil etme görevini üstlenen temsilciler "ortak" olarak nitelendirilemeyeceklerinden, 2886 s. kanunun 6. maddesinde yer alan "İhaleye katılamayacak olanlar" arasında değerlendirilmelerinin mümkün olmadığı konusunda duraksamaya yer yoktur.

Bu itibarla, anılan kanuni düzenlemeler uyarınca belediyelerin ortak oldukları anonim şirketlerin belediye ihalelerine katılmalarının önünde kanuni bir engel bulunmadığından, idari kararlarla, kanuni düzenlemelerde yer almayan bir kısıtlamanın getirilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Belirtilen sebeplerle hukuka aykırı bulunan dava konusu genelgenin ve sözü edilen genelgeye dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemlerin iptalinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve sair belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacaklarına ait İçişleri Bakanlığının 12.12.2000 gün ve 47539 s. Genelgesi ile bu genelge esas alınarak davacı şirketin belediye ihalelerine alınmamasına ait işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

2886 s. Devlet İhale Yasanın 1. maddesi birinci fıkrasında, Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiş olup aynı Kanunun 2. maddesi birinci fıkrasında, bu Yasanın yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve

ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanunun "İhalelere katılamayacak olanları" başlıklı 6. maddesinde, "Aşağıdaki şahıslar doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar:

1- İhaleyi yapan idarenin;

a) İta amirleri,

b) İhale işlemleri hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanlar,

c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dahil) kan ve sihri hısımları,

d) (a), (b), (c) bentlerinde belirtilen şahısların ortakları (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç),

2- Bu yasa ve sair kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar." hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu Genelge, belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve sair belediye personelinin sorumlu olduğu şirketler ile 2886 s. Devlet İhale Yasası hükümlerine aykırı biçimde alım-satım ilişkilerine girdikleri ve ihalelerini bu şirketlere verdiklerinin Sayıştay Başkanlığının 26.10.2000 gün ve 614 s. yazısından anlaşılması üzerine davalı idarelerden İçişleri Başkanlığınca 2886 s. Kanunun 6. maddesi hükmü doğrultusunda yapılması gerekenleri açıklamak üzere yürürlüğe konulmuştur. İptali istenilen Genelgede Belediyelerin ihale konusu iş ve işlemlerinde 2886 s. Kanuna tabi oldukları belirtilerek, yapacakları her türlü alım, satım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlemlerini bu kanun hükümlerine göre yürütmek zorunda oldukları, Kanunda belirtilen kural ve ilkelere aykırı her türlü işlemin ilgili görevliler açısından hukuki ve mali sorumluluk doğuracağı açıklanmış ve 2886 s. Kanunun 6. ve 2. maddeleri doğrultusunda nasıl hareket edilmesi gerektiği belirlendikten sonra ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanarak en uygun bedelle ihalenin gerçekleştirilmesi ve sonuçlarının denetlenmesi bakımından il özel idareleri belediye personelinin yönetim ve denetiminde yer aldığı şirketlerin, bu idareler tarafından açılan ihalelere katılamayacakları düzenlenmiştir.

2886 s. Kanunun yukarıda belirtilen 2. maddesi hükmünde ihaleler de uygulanacak ilkeler belirlenmiş, 6. maddede ise bu ilkelerin gereği olarak, ihaleyi yapan kuruluş ile ihale sonucunu etkileyebilecek bir görev ilişkisi bulunanların ihalelere katılmaları yasaklanmıştır.

Bu durumda, ita amiri sıfatıyla ihaleleri onaylama veya iptal etme yetkisine sahip bulunan belediye başkanlarının ya da belediye ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, bunların eşlerinin ve (ikinci derece dahil) kan ve sihri kısımlarının ve bu şahısların ortaklarının (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) yönetim ve denetim kurullarında bulundukları belediye şirketlerinin, aynı belediyelerin açtıkları ihalelere girmeleri 2886 s. Kanunun 2. maddesinde belirlenen ilkelerle bağdaşmadığı gibi 6. madde hükmüne de uygun bulunmamaktadır.

Her ne kadar belediyelere ilişkin şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alan belediye personeli, belediye ihalelerine kendi adlarına katılmamakta iseler de, bu kişilerin görevli oldukları şirketlerin ihalelere katılmaları 2886 s. Kanunun 6. maddesi hükmünün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla 6. maddeyle getirilen yasaklama hükmü esas itibarıyla, ihaleye katılacak olanların ihaleyi yapan kuruluş ile görev ilişkilerinin bulunması halinde ortaya çıkması olası sakıncaları önleme amacı taşımaktadır. İhale işlemlerinde yetkili belediye görevlilerinin yönetim ve denetim kurulunda bulundukları bir şirketin, belediyece açılan ihaleye katılması ise, görev ilişkisinin de ötesinde ihaleyi yapan ile ihaleye katılanın aynı olması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, ihalenin açıklık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak gerçekleştirileceği konusunda kuşkulara yol açabileceği gibi, eşit rekabet koşullarını da ortadan kaldıracak niteliktedir.

Bu itibarla, belediyelerin kurdukları veya iştirak ettikleri ve 2886 s. Devlet ihale Yasasının 6. maddesinin 1. bendinde sayılan kişilerin yönetim ve denetim kurullarında görev aldıkları şirketlerini, aynı belediyeler tarafından açılan ihalelere katılmalarının, anılan Kanunun 2 ve 6. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini belirleyen ve bu konuda nasıl hareket edilmesi gerektiğini açıklayan dava konusu Genelgede kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, ... Büyükşehir Belediyesince yapılan konser organizasyonu işine ait ihalede davacı şirketin anılan Genelge hükümleri gereğince, teklif mektubunun açılmayarak ihale dışı bırakılmasına ait uygulama işleminde de yukarda yapılan açıklamalar ve ilkeler doğrultusunda hukuka aykırı bir yön görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, kanuni dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, takdiren 67.500.000. TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelerden... Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekiline verilmesine 16.12.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kaynak: DKD Sayı-5 Yıl 2-2004 Sf: 266

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA