

Mahalli İdare Şirketlerinde İhale Yasaklama İşlemleri

Bu Genelge, mahalli idarelerin % 50'nin üzerinde hissesi bulunan şirketlerinde ihaleden yasaklama işlemlerinin ne şekilde yapılacağını açıklamak amacıyla yayımlanmıştır.

T.C.

İÇİŞLERİ BAKANLIĞI

Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü

Sayı : B.05.0.MAH.0.02.01.00-349-31813

26.12.2011

Konu : Mahalli idare şirketlerinde ihale yasaklama işlemleri

..... VALİLİĞİNE

İlgi: Kamu İhale Kurumunun 25.11.2011 tarihli ve 20523 sayılı yazısı.

Mahalli idarelerin % 50'nin üzerinde hissesi bulunan şirketlerinde ihaleden yasaklama işlemlerinin ne şekilde yapılacağına dair Kamu İhale Kurumundan alınan ilgi yazı ekte gönderilmiştir.

Konu hakkında iliniz özel idaresine ve il dahilindeki belediyelere bilgi verilmesi hususunda; Bilgi ve gereğini rica ederim.

Yavuz Selim KÖŞGER

Bakan a.

Genel Müdür

T.C. Kamu İhale Kurumu Düzenleme Dairesi Başkanlığı'nın 25.11.2011 tarih ve B.07.6.KİK.010.00.00-045.02-1508-20523 sayılı yazısı:

Belediyelerin iştiraki olan ve 4734 sayılı Kanuna tabi olan belediye şirketleri tarafından gerçekleştirilen ihalelerde yasaklama kararının kimin tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin Kamu İhale Kurulunun 26/09/2011 tarihli ve 2011/DK.D-173 sayılı kararı ile;

"Kamu İhale Kanununa tabi olan ve ortaklık yapısına göre %95 oranında Kocaeli Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan Kent Konut İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin 26/05/2011 tarihli ve 404-3020-1694-11 sayılı yazısı ve eklerinde; 22/12/2010 tarihinde ihalesi yapılan "Arslanbey Taçyaprak Evleri Dış Cephe Tadilat işleri ve izolasyonlarının Yapılması" işinde ihale komisyonu tarafından yapılan yasaklılık sorgulamasında Albayrak İnş. Taah. Gıda ve Kuyumculuk San. ve Tic. Ltd.Şti.'nin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olduğunun tespit edildiği, isteklinin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedildiği, 4734 sayılı Kanunun ihalelere katılmaktan yasaklamaya dair 58 inci maddesinin hükmü gereği durumun İçişleri Bakanlığı'na bildirildiği, Bakanlıktan gelen cevap yazılarında ise, 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesine göre yasaklama konusunda Bakanlığa görev veren herhangi bir hüküm bulunmadığından ve Belediye iştiraki olan söz konusu şirketin 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesi kapsamına girmediğinden, yasaklama talebinin işleme alınmadığının kendilerine bildirildiğinden bahisle, 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin uygulanması kapsamında nasıl bir işlem tesis edilmesi gerektiği hususunda Kurumumuzdan görüş talep edilmektedir.

Yasaklama konusundaki hükümler, 4734 sayılı Kanunun "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı dördüncü kısmında, 4735 sayılı Kanunun "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı üçüncü kısmında yer almaktadır. 4734 sayılı Kanunun;

"İhaleye katılamayacaklar olanlar" başlıklı 11 inci maddesinde;

" ... a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan ve yahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar." ...

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatlar gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir." hükmü,

"Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 17 nci maddesinde: " ... e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır. " hükmü,

"İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58 inci maddesinin beşinci fıkrasında; "ihaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür. " hükmü,

yer almaktadır.

Söz konusu yazı ve eklerinin incelenmesinden;

%95 oranındaki sermayesinin Kocaeli Büyükşehir Belediyesine ait olması nedeniyle Kent Konut İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin Kamu İhale Kanununa tabi olduğu,

Kent Konut İnş. San. ve Tic. A.Ş. tarafından 22/12/2010 tarihinde ihalesi yapılan "Arslanbey Taçyaprak Evleri Dış Cephe Tadilat işleri ve izolasyonlarının Yapılması" işinde ihale komisyonu tarafından yapılan yasaklılık sorgulamasında Albayrak İnş. Taah.Gıda ve Kuyumculuk San. ve Tic. Ltd.Şti.'nin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olduğunun tespit edildiği, isteklinin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedildiği, 4734 sayılı Kanunun ihalelere katılmaktan yasaklamaya dair 58 inci maddesinin hükmü gereği durumun İçişleri Bakanlığı'na bildirildiği.

Ancak, İçişleri Bakanlığının 21.02.2011 tarihli ve 5132 sayılı yazısında; 4734 sayılı Kanunun "ihalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58 inci maddesindeki; " ... Katılma yasakları ... belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri

Bakanlığı tarafından verilir. " hükmünde, belediye iştiraklerinin ihaleleri için yasaklama karar verilmesi hususunda Bakanlıklarına verilen herhangi bir hüküm bulunmadığından, yasaklama talebinin işleme alınmadığının belirtildiği, anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında ihalelere katılma yasağının hangi makam tarafından verileceğine ilişkin olarak "Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. " şeklinde hükme bağlandığı buna karşılık Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların sayıldığı 2 nci maddesinin (d) bendinde "(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler" ayrı ayrı ifade edilirken, 58 inci maddesinin aktarılan hükmünde "birlik, müessese ve işletme" ifadelerinden sonra "şirket" ifadesine yer verilmediği görülmektedir.

Borçlar Kanunun 520 inci maddesinde şirketin iki veya daha çok kimsenin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeleri olarak tanımlanması nedeniyle bir şirketin belediyeye bağlı birlik, müessese veya işletme olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.

Diğer yandan, 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin gerekçesinde "Diğer taraftan katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciiler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütler giderilmektedir. Buna göre Anayasal konumları gereği herhangi bakanlığa bağlı veya ilgili bulunmayan Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı ve Sayıştay ile kuruluş kanunlarında herhangi bir bakanlıkla ilgilendirilmeyen özerk kurumlar tarafından yapılan ihalelere ilişkin katılmaktan yasaklama kararları, bunların ihale yetkilileri tarafından verilecek; yerel yönetimler ve bağlı kuruluşlarına ilişkin katılmaktan yasaklama kararları ise gerek Anayasal vesayetin yetkisinin sonucu olması, gerekse yasaklama kararlarının Türkiye çapında geçerli olması nedeniyle İçişleri Bakanlığınca verilecektir." açıklamasının yer aldığı görülmektedir.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Kanunu ile 5393 sayılı Belediye Kanununda belediye bağlı kuruluşunun tanımı yer almamakla birlikte, 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanununun "Bakanlık bağlı kuruluşları" başlıklı 10 uncu

maddesinde bağlı kuruluşun "bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar" şeklinde tanımlandığı göz önüne alındığında, söz konusu tanımın kıyasen uygulanmasından belediyenin iştiraki olan şirketlerin belediyenin bağlı kuruluşu olmadığı, ayrıca 5216 ve 5393 sayılı Kanunların çeşitli maddelerinde "belediyeler, bağlı kuruluşları ve belediye şirketleri" olarak ifade edilmek suretiyle belediye bağlı kuruluşu ile belediye şirketlerinin farklı yapıları ifade ettiği, dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddenin gerekçesinde yer alan "yerel yönetimler ve bağlı kuruluşları" ifadesinin belediyenin iştiraki olan şirketleri kapsamadığı değerlendirilmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri ve aktarılan hukuki durum çerçevesinde belediyenin iştiraki olan ve 4734 sayılı Kanuna tabi olan belediye şirketleri tarafından gerçekleştirilen ihalelerde yasaklama kararının verilmesi hususunda İçişleri Bakanlığının görev ve yetkisinin bulunmadığına,

Sözü edilen şirketler tarafından gerçekleştirilen ihalelerde yasaklama kararının hangi makam tarafından verileceği konusunda ise; 4734 sayılı 58 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Katılma yasakları, ... herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri" tarafından verileceği hükmü yer aldığından, belediyelerin iştiraki olan ve 4734 sayılı Kanuna tabi olan şirketler tarafından gerçekleştirilen ihalelerde, Kanunda sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen gerçek veya tüzel kişiler ile birlikte 58 inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ortakları veya ortaklıkları hakkında, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının belediyenin iştiraki olan şirketin ihale yetkilisi tarafından verilmesi gerektiğine,"

karar verilmiştir.

Bilgilerini ve gereğini arz ederim.

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

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