

**ihale davacı şirket
tarafından kendisine alt
yüklenici iş bitirme belgesi
düzenlenmesi talebiyle
yapılan başvurunun sunulan
belgelerin davalı idarece
mevzuat hükümleri
doğrultusunda
değerlendirilmesi**

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2019/3633 K.

2019/2419 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2019/2419

Karar No:2019/3633

TEMYİZ EDEN (DAVACI): ... Tekstil İnşaat Nakliyat Elektrik
İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : Toplu Konut İdaresi Başkanlığı

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:...

sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nca ihale edilen "... .. 304 Adet Konut ve Sosyal Donatısı, Adaiçi ve Genel Altyapı İle Çevre Düzenlemesi İkmal İnşaatı İşi"ne ilişkin olarak alt yüklenici iş deneyim belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda, Dairemizin 25/06/2018 tarih ve E:2016/3479, K:2018/2106 sayılı bozma kararına uyularak dosya esastan incelenmiş; ihale konusu işte alt yüklenici çalıştırılacak ise, alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin belirlenmesi ve ilgili alt yüklenici ile sözleşme imzalanmadan önce alt yüklenici için idarenin onayının alınması ve imzalanan sözleşmenin idareye sunulmasının zorunlu olduğu, idarenin onayı alınmaksızın alt yüklenici çalıştırılması durumunda ise, alt yüklenici iş deneyim belgesi düzenlenmesinin mümkün bulunmadığı, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21. maddesinde belirtilen "İhale dokümanında sözleşme imzalanmadan önce alt yüklenicilerin listesinin idarenin onayına sunulmasının istendiği hâllerde, onaya sunulan listede yer alan alt yüklenicileri, idare 15 gün içinde onaylayıp onaylamadığını bildirir ve idarece onaylanmayan alt yükleniciler hiçbir suretle iş yerinde çalışamaz. Yüklenicinin onaylanan alt yükleniciler ile bunlar işe başlamadan önce sözleşme yapması ve bir örneğini idareye vermesi gerekir." hükmüne uygun olarak yüklenici tarafından idareye sunulmuş bir sözleşme olmadığından, davalı idarenin iş deneyim belgesi düzenlememesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI: Davacı tarafından, işin başından sonuna kadar çalışan tek alt yüklenici olduğu, bütün hakediş

raporlarının kendilerince yapılan işler kapsamında düzenlendiği, yüklenici tarafından ibraz edilen bütün faturaların kendi yaptıkları işlere ait alt faturalara dayandırıldığı, Mahkeme kararının dayanağı olan maddede iş deneyim belgesinin hangi şart ve koşullarda verileceğine ilişkin bir düzenleme yer almadığı, davalı idare tarafından işin yapımı sürecindeki bütün iş ve işlemler kabul edilerek asıl yükleniciye ve dolayısıyla kendilerine ödemeler yapılmasına karşın, işin bitimi sonrası iş deneyim belgesi verilmemesinin ve kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI: Davalı idare tarafından, davacı şirketin alt yüklenici sözleşmesini gerek müşavir firmaya gerekse idareye sunmaksızın iş yerinde çalışmış olması sebebiyle işin hangi bölümünü yapmayı taahhüt ettiği anlaşılamadığından, işi tamamlayıp tamamladığı veya işin hangi kısmını tamamladığı hususunda bir değerlendirme yapılamadığı, bahse konu iş ile ilgili birimlere sorulmasından, herhangi bir alt yüklenici bildirimi yapılmamış olduğu ve alt yüklenici sözleşmesinin bulunmadığının bildirildiği, davacı şirketin alt yüklenici olarak çalıştırılmasına onay verildiği, ancak imzalanması gereken sözleşmeyi idareye sunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY:

Geçici kabul tutanağı 24/05/2011 tarihinde onaylanan, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen 2010/16672 ihale kayıt numaralı "... .. 304 Adet Konut ve Sosyal Donatısı, Adaiçi ve Genel Altyapı İle Çevre Düzenlemesi İkmal İnşaatı İşi"ne ilişkin olarak, davacı şirket adına iş deneyim belgesi verilmesi istemiyle müşavir firma tarafından 24/06/2011 tarihinde yapılan başvuru, mevzuat gereği yüklenicinin alt yüklenici çalıştırabilmesi için gereken iş ve işlemlerin yapılmadığı tespit edildiğinden 20/07/2011 tarihinde reddedilmiştir. Aynı şekilde müşavir firma tarafından davacı şirket adına ikinci kez 05/08/2011 tarihinde başvurulmuş, bu başvuru da aynı gerekçeyle 15/08/2011 tarihinde reddedilmiştir. Müşavir firma tarafından üçüncü kez 17/10/2011 tarihinde yapılan başvuru 02/11/2011 tarihinde reddedilmiştir.

Davacı tarafından, ihale konusu işte alt yüklenici olarak çalıştığı belirtilerek adına iş deneyim belgesi düzenlenmesi istemiyle 17/11/2015 tarihinde yaptığı başvurunun, davalı idare tarafından, yüklenicinin alt yüklenici çalıştırabilmek için gerekli iş ve işlemleri yapmadığından bahisle reddine ilişkin T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Kabul Dairesi Başkanlığı'nın 11/12/2015 tarih ve 8661 sayılı işleminin iptali istemiyle işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Alt Yükleniciler" başlıklı 15. maddesinde; "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." hükmüne yer verilmiş; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7. maddesinde ise, sözleşmede yer alması zorunlu hususlar sayılarak, maddenin (b) bendi uyarınca "varsa alt

yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları” hususunun da sözleşmede yer alması gerektiği belirtilmiştir.

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin 44. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde; “İş deneyim belgeleri, yapılan iş karşılığı bedel içeren tek bir sözleşmeye dayalı olarak taahhüt edilen, iş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşlara taahhütte bulunan yükleniciye karşı bedel içeren bir sözleşme ile taahhüt edilen iş bölümünün tamamen bitirilmesi ve söz konusu iş kısmının idare tarafından kısmi kabulünün yapılması veya asıl sözleşmeye ilişkin işin geçici kabulünün yapılması şartıyla “alt yüklenici iş bitirme belgesi” olarak düzenlenir.” hükmü yer almış; 45. maddesinin birinci fıkrasında; iş deneyim belgesi talebinde bulunanların yaptıkları işi veya görevi tevsik amacıyla dilekçelerine maddede belirtilen belgeleri ekleyerek belge vermeye yetkili kurum veya kuruluşa başvuracakları belirtilmiş, maddenin (f) bendinde ise, “İş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşlara doğrudan tek sözleşme ile taahhüt edilmiş işlerin bir bölümünü yapan alt yükleniciler için; yüklenici ile yaptıkları, yapılacak iş karşılığı bedel içeren sözleşme, yüklenici ile yaptığı sözleşmeye ilişkin fatura örnekleri veya bu örneklerin noter, yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya vergi dairesi onaylı suretleri, çalıştırdıkları personelin sosyal güvenlik prim ödemelerini gösteren belgeler”, başvuru belgeleri arasında sayılmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin “Özel sektörde gerçekleştirilen yapım işlerinde iş deneyim belgeleri ile alt yüklenici iş bitirme, iş denetleme ve iş yönetme belgeleri” başlıklı 41.2. maddesinde, “Alt yüklenicilere iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için, ilgili alt yüklenicinin idarenin onayıyla ihale konusu işin ifasında görev almış olması gerekli olup, bu şartın sağlanmadığı hâllerde alt yüklenici iş deneyim belgesi düzenlenemez ve bu kapsamdaki işler idarelerce iş deneyimi olarak kabul edilemez.” kuralına yer verilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21. maddesinde; “İhale dokümanında sözleşme imzalanmadan önce alt yüklenicilerin listesinin idarenin onayına sunulmasının istendiği hâllerde,

onaya sunulan listede yer alan alt yüklenicileri, idare 15 gün içinde onaylayıp onaylamadığını bildirir ve idarece onaylanmayan alt yükleniciler hiçbir suretle iş yerinde çalışamaz. Yüklenicinin onaylanan alt yükleniciler ile bunlar işe başlamadan önce sözleşme yapması ve bir örneğini idareye vermesi gerekir." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kuralların değerlendirilmesinden; ihale konusu işte alt yüklenici çalıştırılmak isteniyorsa, alt yükleniciler ile bunlara yaptırılması düşünülen işlere ait listenin, asıl yüklenici tarafından sunulması ve işe ait sözleşme imzalanmadan önce idarece bu listenin onaylanması gerekmekte olup; anılan listeyi ve alt yüklenici ile arasındaki sözleşmeyi idarenin onayına sunma sorumluluğu asıl yükleniciye aittir.

Dairemizin 13/09/2019 tarihli ara kararına Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ve davacı tarafından verilen cevapların ekindeki belgeler ile birlikte dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin ihale konusu işte asıl yüklenici ...'nin alt işvereni olarak çalıştığı ve iş süresince çok sayıda personel çalıştırdığı, bunlara ilişkin bildirimlerini ve prim ödemelerini gerçekleştirdiği, ihale kapsamında yapılan işlerle ilgili olarak asıl yüklenici olan ...'ye hitaben çok sayıda faturanın kesildiği, ihale konusu işe ilişkin olarak asıl yüklenici ile davacı şirket arasında yapılan sözleşme, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nca sunulan aylık prim ve hizmet belgeleri ile faturaların incelenmesi sonucu ihale konusu işin davacı şirket tarafından yapıldığı noktasında tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan, asıl yüklenicinin ihale konusu işte çalıştırılmak istenen alt yükleniciye ilişkin olarak 18/03/2010 tarihinde yaptığı başvuruya davalı idare tarafından 24/03/2010 tarihli yazıyla onay verildiği ve bu durumun davalı idare tarafından İdare Mahkemesinin 15/02/2019 tarihli ara kararına cevabının ikinci sayfasında kabul edildiğinin belirtildiği, asıl yüklenici ile davacı şirket arasındaki bedel içeren sözleşmenin 21/03/2010 tarihinde imzalandığı dikkate

alındığında; her ne kadar davacı şirketin adına iş deneyim belgesi düzenlenmesi istemiyle yaptığı başvurusu, yüklenici tarafından alt yüklenici çalıştırılması için yapılması gereken iş ve işlemlerin yapılmadığı tespit edildiği gerekçesiyle reddedilmiş olsa da, alt yüklenici ile aralarında imzaladıkları sözleşmenin davalı idareye sunulmasından asıl yüklenicinin sorumlu olduğu ve ihale konusu işi alt yüklenici olarak yerine getiren davacı şirketin bu nedenle sorumlu tutulamayacağı açıktır.

Bu itibarla, davacı şirket tarafından kendisine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenmesi talebiyle yapılan başvurunun, sunulan belgelerin davalı idarece mevzuat hükümleri doğrultusunda değerlendirilmesi, bu belgelerin mevzuat ve ihale dokümanına uygunluğunun tespit edilmesi durumunda istenilen belgenin düzenlenmesi, aksi hâlde ise, söz konusu başvurunun reddedilmesi gerekirken; ihale konusu işe ilişkin olarak yüklenicinin alt yüklenici çalıştırmak üzere yapması gereken iş ve işlemleri yapmadığı, idare tarafından onaylanan alt yüklenici ile işe başlamadan önce yapması gereken sözleşmenin idare kayıtlarında olmadığı belirtilerek anılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 18/11/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.