

ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından 4734 sayılı Kanun'un "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı hareket edildiği, söz konusu durumun anılan Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinde sayılan hâller arasında yer aldığına anlaşıldığı, anılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve hakkında yukarıda aktarılan Kanun

# **hükümleri çerçevesinde işlem tesis edilmesi gerektiğine karar verilmesi üzerine bakılan dava**

Danıştay 13. Dairesinin 29.03.2017 tarihli kararı:

“...Dosyanın incelenmesinden, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 12. Bölge Müdürlüğü’nce Yozgat ili Musabeyli Sulaması yapım işinde kullanılacak kesin projelerin hazırlanması kurum imkânları ile mümkün olmadığından, 2010 yılında belli istekliler arasında yapılan “Yozgat Musabeyli Sulaması Proje Yapımı Danışmanlık Hizmeti” ihalesinin Eser Proje ve Mühendislik A. Ş. üzerinde kaldığı, bu şirket tarafından kesin projelerin hazırlanarak davalı idareye teslim edildiği, bu kesin projeler kapsamında “Yozgat Musabeyli Sulaması İnşaatı Yapım İşi” ihalesinin 10.09.2012 tarihinde gerçekleştirildiği ve yapım işi için en avantajlı fiyat teklifini veren Ahmet Gündüz – Atagündüz İnş. Taah. Tar. Tur. Maden Nak. Tic. ve San. A. Ş. İş Ortaklığı’na işin ihale edildiği, özel teknik şartname kapsamında yüklenici tarafından uygulama projelerinin Denge Su Proje Mühendislik Müş. İnş. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından yapımının teklif edildiği, bu teklifin davalı idarece uygun bulunduğu ve uygulama projelerinin bu şekilde hazırlattırıldığı, işin yapımı aşamasında yapılan proje aplikasyon çalışmaları neticesinde ortaya çıkan bir kısım nedenlerden dolayı ihale şartnamesinde değişiklik yapılması üzerine, işin tamamlanabilmesi için sözleşme birim fiyatına göre %34,35 keşif artışının ortaya çıktığı, bunun üzerine yüklenici tarafından işin tasfiyesinin talep edildiği, bu talebin davalı idarece değerlendirilerek 13.02.2015 tarih ve 94032 sayılı tasfiye oluru ile işin tasfiyesinin

gerçekleştirildiği, tasfiye aşamasında yapılan incelemede yapım işinde yüklenicinin 08.12.2014 tarihine kadar %94,89 oranında gerçekleşme sağladığının tespit edildiği, bu nedenle kalan imalatın yeniden ihale edilmesine karar verildiği, kalan işin tamamlanması için “Yozgat Musabeyli Sulaması 2. Kısım Yapım İşi” ihalesinin açık ihale usulü ile yapıldığı, ihaleye katılanlar arasında en avantajlı fiyat teklifinin Ata Gündüz İnşaat Taahhüt Tar. Tur. Mad. Nak. Tic. ve San. A. Ş. tarafından verildiği, yapılan değerlendirme neticesinde ihalenin bu şirket üzerinde bırakıldığı, söz konusu ihalede en avantajlı ikinci teklif sahibi Mustafa Cingöz tarafından 07.9.2015 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu, 15.9.2015 tarihli işlemle şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği, ilgilinin bu kez 28.9.2015 tarihinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, bu başvuru üzerine yapılan değerlendirme neticesinde Kamu İhale Kurumu’nun 27.10.2015 tarih ve 2015/UY.II-2830 sayılı kararıyla “Yozgat Musabeyli Sulaması Yapım İşi”nin projelerinin ihale üzerinde bırakılan Ahmet Gündüz – Atagündüz İnş. Taah. Tar. Tur. Maden Nak. Tic. ve San. A. Ş. İş Ortaklığının alt yüklenicisi olan Denge-Su Proje Müh. Müş. İnş. ve Tic.Ltd. Şti. tarafından yapıldığı, bu nedenle proje yapımının sorumluluğunun işin yüklenicisi konumunda bulunan iş ortaklığında olduğu, 4734 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinde, ihale konusu işin danışmanlık hizmetinin yine “bu Kanun’da belirlenen bir ihale usulü ile” gerçekleştirilmiş olması gibi sınırlayıcı şarta bağlanmadığı, ikincil mevzuatta bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, ihaleye katılıp katılamama hususunun, danışmanlık hizmetinin gerçekleştirilme yöntemine göre değil de yapılan işin niteliğine göre belirlenmesi gerektiği, başvuruya konu ihaleye ait projelerin ihale üzerinde bırakılan isteklinin ortağı olduğu Ahmet Gündüz – Atagündüz İnş. Taah. Tar. Tur. Maden Nak. Tic. ve San. A. Ş. İş Ortaklığı tarafından yapım işi sözleşmesi kapsamında alt yüklenicisine hazırlatıldığı, projelerde alt yüklenicisinin yanında yüklenici sıfatıyla kendi imzasının da bulunduğu, mevzuat gereği alt yüklenicilerin yaptığı bütün işlerden

idareye karşı sorumlunun yüklenici olduğu da dikkate alındığında ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından 4734 sayılı Kanun'un "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı hareket edildiği, söz konusu durumun anılan Kanun'un "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17'nci maddesinde sayılan hâller arasında yer aldığına anlaşıldığı, anılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve hakkında yukarıda aktarılan Kanun hükümleri çerçevesinde işlem tesis edilmesi gerektiğine karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bir işin danışmanlık hizmeti olarak değerlendirilebilmesi için bu hizmeti yapan kişinin, danışmanlığını yaptığı asıl işin yüklenicisi ile arasında herhangi bir organik bağın bulunmaması ve Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca asıl işin ihalesinden bağımsız olarak belli istekliler arasında yapılan danışmanlık hizmet alım ihalesi sonucunda ifa edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda "Yozgat Musa beyli Sulaması İnşaatı Yapım İşi" ihalesinde önce danışmanlık hizmeti kapsamında "Yozgat Musabeyli Sulaması Proje Yapımı Danışmanlık Hizmeti" ihalesinin yapıldığı ve bu ihalenin davacı şirketle hiçbir hukuki bağı bulunmayan Eser Proje Mühendislik A.Ş.'nin üzerinde kaldığı, bu şirket tarafından kesin projelerin hazırlanarak ihaleyi yapan idareye teslim edildiği ve bu kesin projeler doğrultusunda yapım işi ihalesinin yapıldığı, davacı şirket tarafından hazırlatılan uygulama projelerinin ise yapım işi öncesinde hazırlanmadığı, söz konusu yapım işi kapsamında teknik şartname doğrultusunda ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi uyarınca hazırlatıldığı, bu sebeple yapım işi ihalesi kapsamında hazırlatılan uygulama projelerinin danışmanlık hizmeti olarak nitelendirilmesinin hukuken mümkün olmadığı,

diğer bir anlatımla “Yozgat Musabeyli Sulaması İnşaatı Yapım İşı” ihalesi uhdesinde kalan yüklenici tarafından hazırlanan uygulama projelerinin farklı bir ihalenin konusu olmadığı ve danışmanlık hizmetinin ancak danışmanlık hizmet alım ihalesi sonucunda yapılabildiğinden, davacının söz konusu yapım ihalesi kapsamında yaptırdığı uygulama projelerinin niteliği gereği danışmanlık hizmeti olarak değerlendirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve hakkında 4734 sayılı Kanunun 58. maddesine göre işlem tesis edilmesine yönelik dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”