

**ihaleye katılıp yüklenici  
sıfatı alabilen âdi  
ortaklıkların, alt yüklenici  
olamayacağı yönünde mevzuatta  
yasaklayıcı bir düzenleme de  
bulunmamakta iken idarece adi  
ortaklıkların alt yüklenici  
olamayacağı yönünde yapılan  
şartname düzenlemesi  
hk(Danıştay K)**

**ihalelerde Adi ortaklıkların  
alt yüklenici olmayacağı**

Danıştay 13. Daire Başkanlığı  
K.

2021/129 E. , 2023/233

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2021/129

Karar No : 2023/233

DAVACILAR : 1. ... Maden Ürünleri Otomotiv İnşaat Sanayi ve

Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

Av. ...

2. ... İnşaat Madencilik ve Makina Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

DAVALI : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

DAVANIN KONUSU :

Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı kararının, "1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine" ilişkin kısmının iptali istenilmektedir.

DAVACILARIN İDDİALARI : 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ortak girişimin, 15. maddesinde adi ortaklığın tanımlandığı, adi ortaklığa ilişkin yasal kısıtlama bulunmadığı gibi, genel serbestiye bir istisna da getirilmediği, iş deneyim belgesine sahip olunması gibi temel bir hak olan ve Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına hukuki olanak bulunmadığı, pek çok hak ve yetkiye sahip adi ortaklıkların salt tüzel kişiliğe sahip olmaması nedeniyle tesis edilen işlemin hukuksal dayanaktan yoksun olduğu, önemli olanın adi ortaklığı oluşturan ortakların işin hangi kısmını hangi oranda yaptıklarının tespit edilip edilemeyeceği olduğu, tüzel kişiliğe sahip olunmamasının buna engel teşkil etmediği, iş ortaklığı olarak ihaleye girilip ihale alınması mümkün olduğundan işin bir kısmının da yine ortaklardan biri tarafından yapılmasının evleviyetle mümkün olması gerektiği, bu konuda yasal bir engelin bulunmadığı, iş deneyim belgesi ile ortaya konması gereken asıl hususun işin yapılp yapılmadığı olduğu, sonradan yürürlüğe giren düzenleyici kararlar iş deneyim belgesinin geçersiz kılınmasının ve bu suretle ilanı veya daveti yapılan işlerde dahi kullanılmasının engellenmesinin idari istikrar, haklı beklenti, belirlilik ve

hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğu, kuralın geçiş hükmlerine yer verilmeksizin derhl uygulanmasının hukuka aykırı olduğu, alt yüklenici olan adi ortaklık ile alt yüklenici olmayan adi ortaklık arasındaki farkın 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

**DAVALININ SAVUNMASI :** Yapım işi sözleşmelerinde adi ortaklıkların alt yüklenici olup olamayacakları ve işi deneyim belgesi düzenlenip dzenlenmeyeceğine ilişkin uygulamada karşılaşılan tereddütleri giderme amacıyla dava konusu kararın alındığı, yapım işi sözleşmelerinde adi ortaklıkların alt yüklenici olup olamayacakları ve işi deneyim belgesi tanzim edilip edilemeyeceğine ilişkin mevzuatta düzenleme bulunmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 15. maddesinde alt yükleniciden söz edildiği, ancak tanıma yer verilmediği, Kanunda isteklilerin gerçek ya da tüzel kişi ile ortak girişim olarak ihalelere teklif verebilecekleri ve kendileri ile szleşe imzalanabileceğinin düzenlenmesi karşısında, alt yükleniciler açısından böyle bir belirleme yapılmadığı, Yapım İşleri Genel şartnamesi'nin 4. maddesinde alt yüklenicinin, "szleşe konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlandığı, bu tanımdan hareketle adi ortaklık şeklinde alt yüklenici sıfatının kazanılamayacağı, alt yüklenicinin gerçek veya tüzel kişi olması gerektiği, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı, işi ortaklığı tarafından gerçekleştirilen işler bakımından işi deneyim belgesinin, ortakların fiilen gerçekleştirdikleri işi oranında değil, ortaklık beyannamesi ile kararlaştırdıkları oran dikkate alınmak suretiyle düzenlendiği, mevzuatta işi ortaklığının alt yüklenici olması durumuna ilişkin olarak herhangi bir kural bulunmadığından ortaklık oranının daha baştan objektif biçimde tespit edilmesinin mümkün olmayacağı, kazanılmış hak iddiasına ilişkin olarak; yeni bir hukuk kuralı ihdas edilmediği veya var olan bir kuralda değişikliğe gidilmediği, yürürlükte olan

mevzuatın yorumlanması suretiyle karar alındığı, yeni bir hukuki statü tesis edilmediğinden geçiş hükmüne yer verilmesinin de gerekmediği, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Dava konusu Kamu İhale Kurulu'nun 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı kararının, "1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine" ilişkin kısmının iptali gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ...'NİN DÜŞÜNCESİ :

Kamu İhale Kurulu'nun 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı kararının, "1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine" ilişkin kısmının iptali istenilmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiş; "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu, Devletin, özel teşebbüslerin, millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde yürütülmesini sağlayacak tedbirleri alacağı kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinde, Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanun'a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek konusunda görevli ve yetkili olduğu; Kurul

kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul'un ve Kurum'un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı kurala bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un 4. maddesinde "Ortak girişim; ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar" olarak tanımlanmış, "Ortak girişimler " başlıklı 14. maddesinde, "Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması hâlinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir." kuralına, "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.” kuralına yer verilmiştir.

Hal böyle iken, Kamu İhale Kurulu'nun 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı kararında, “Alt yüklenici tanımı gereği kamu yapım işi sözleşmesinin nevi itibarıyla bir kısmının yüklenici ile yapılan anlaşma kapsamında üstlenilebilmesi için alt yüklenicinin gerçek veya tüzel kişi olması gerektiği ve adi ortaklığın kendisini oluşturan ortaklardan ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığı hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda,

1) Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine,

2) Adi ortaklıklara ilişkin alt yüklenici iş bitirme belgelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde kullanılmamasına yönelik olarak söz konusu belgelere Kurum tarafından şerh düşülmesine; ayrıca, bu belgelerin belgeyi düzenleyen idarelerce iptal edilerek EKAP kayıtlarının silinmesi gerektiği hususunun ilgili idarelere bildirilmesine” karar verilmiş olup, davacı tarafından; pek çok hak ve yetkiye sahip olan adi ortaklığın salt tüzel kişiliğe sahip olmaması nedeniyle tesis edilen işlemin hukuki dayanaktan yoksun olduğu, alt yüklenicinin iş deneyim belgesinin adi ortaklığa verilmesi halinde önemli olanın, adi ortaklığı oluşturan ortakların işin hangi kısmını hangi oranda yaptıklarının tespit edilip edilemeyeceği olduğu, tüzel kişiliğe sahip olunmamasının bu tespiti engel olmadığı, iş ortaklığı olarak ihaleye girilmesi mümkün iken, işin bir kısmının yine bir ortağı tarafından yapılmasının evleviyetle mümkün olmasının gerektiği, bu konuda herhangi bir yasal engelin de bulunmadığı iddialarıyla, anılan kararın “1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine” ilişkin kısmının iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı Kurul kararınının (1) ile numaralandırılan ve davaya konu edilen kısmı, hem adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağını hem de kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğini içermektedir.

Âdi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ilişkin kısım yönünden;

Anayasa'nın 5. maddesinde, temel hak ve özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet anlayışıyla bağdaşmayacak surette sınırlandıran siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak devletin görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 13. maddesine göre de, temel hak ve özgürlükler ancak Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak yasa ile sınırlandırılabilir. Teşebbüs hürriyeti, çalışma hakkı, özel teşebbüs kurma serbestisi temel hak ve özgürlükler arasında sayıldığından, bu hakların da belirli şartlar altında (hakkın özünü zedelemeyecek, çalışma hakkı, sözleşme hürriyeti ve teşebbüs kurma serbestisini güçleştirmeyecek şekilde) ve ancak kanunla sınırlandırılabilirdiği açıktır.

İdare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir. "Kural işlemler" (ya da diğer adıyla genel düzenleyici işlemler), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığına kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurallar getirmiş olması gerekmekte olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi zorunludur.

4734 sayılı Kanunun 14. maddesinde, hem Joint Ventura tipindeki iş ortaklıklarına, hem de teknik anlamda konsorsiyumlara yer verilmiştir. Bu düzenlemede ortak girişim, hem iş ortaklığını (adi ortaklık), hem de konsorsiyumu içerecek biçimde bir üst kavram olarak kullanılmış ve iş

ortaklığının her türlü ihaleye teklif verebileceği kurala bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, 4734 sayılı Kanunda, gerçek veya tüzel kişiliği bulunan oluşumlar veya bu niteliğe sahip olmayan ortak girişimler (âdi ortaklıkların) ihale sürecinin katılımcısı olarak kabul edilmiş, ortak girişimlerin yüklenici sıfatıyla taahhüt altına girebilecekleri ve işin yürütülmesi sırasında âdi ortaklıkların ortaklarının hak ve yükümlülüklerinin ne şekilde olacağı düzenlenmiştir.

Bu durumda, ihaleye katılıp yüklenici sıfatı alabilen âdi ortaklıkların, alt yüklenici olamayacağı yönünde mevzuatta yasaklayıcı bir düzenleme de bulunmamakta iken, idarece âdi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağı yönünde yapılan dava konusu düzenleme, idarenin düzenleyici işlemi ile teşebbüs hürriyetine getirilen bir sınırlama niteliğinde ve üst hukuk kurallarını aşar nitelikte olduğundan, hukuka uygun bulunmamaktadır.

Öte yandan, davalı idare savunmasında, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde, alt yüklenicinin; "Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmış olduğu ve âdi ortaklıkların gerçek veya tüzel kişi olmaması nedeniyle alt yüklenici olamayacağı, dava konusu Kurul kararının mevzuatta yer alan hükmün yorumlanması suretiyle tesis edildiği savunulmakta ise de, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer alan alt yüklenici tanımının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesinin 05.07.2021 tarihli ve E.2021/644 sayılı kararı ile anılan şartname hükmünün yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Âdi ortaklıklar adına alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine ilişkin kısım yönünden;

Davalı Kamu İhale Kurumu savunmasında, ortak girişimler için Kanun'da yalnızca yüklenici kavramı ile bağ kurulduğu, ortak girişimlerin alt yüklenici olarak taahhüt altına girebileceğine cevaz veren bir hüküm bulunmadığı, mevzuatta iş ortaklığı tarafından gerçekleştirilen işler bakımından iş deneyim belgesinin, ortakların fiilen gerçekleştirdiği iş



oranında değil, ortaklık beyannamesi ile kararlaştırdıkları oran dikkate alınarak düzenlendiği, alt yükleniciler yönünden ortaklık beyannamesi düzenlenmesine yönelik hüküm bulunmadığından, âdi ortaklık şeklindeki alt yüklenicilerin ortaklık oranlarının baştan objektif şekilde belirlenmesinin mümkün olamayacağı, bu sebeple ortaya çıkacak uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla söz konusu düzenlemenin yapıldığı savunulmakta ise de; mevzuattaki boşluğun, âdi ortaklıkların yüklenici olması hâline ilişkin kuralların, düzenleyici işlemler ile âdi ortaklıkların alt yüklenici olması hâlinde de uygulanması suretiyle doldurulması mümkün iken, âdi ortaklıklar adına alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceği yönünde Kanun'daki düzenlemeleri aşar nitelikteki yasaklayıcı düzenlemede hukuka uygunluk görülmemiştir.

Bu itibarla, 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı Kurul kararında yer alan "1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine" ibaresinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı Kurul kararında yer alan "1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine" ibaresinin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

#### TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

#### İNCELEME VE GEREKÇE :

#### MADDİ OLAY:

16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı Kurul kararında, adi ortaklıkların alt yüklenici olup olamayacağına ilişkin olarak, "Alt yüklenici tanımı gereği kamu yapım işi sözleşmesinin nevi itibarıyla bir kısmının yüklenici ile yapılan anlaşma

kapsamında üstlenilebilmesi için alt yüklenicinin gerçek veya tüzel kişi olması gerektiği ve adi ortaklığın kendisini oluşturan ortaklardan ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığı hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda,

1) Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine” karar verilmiş, bakılan dava Kurul kararının “Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine” ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

#### İLGİLİ MEVZUAT:

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiş; “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının “Sosyal ve Ekonomik Haklar” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu, Devletin, özel teşebbüslerin, millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde yürütülmesini sağlayacak tedbirleri alacağı kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinde, Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanun'a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek konusunda görevli ve yetkili olduğu; Kurul kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul'un ve Kurum'un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı kurala

bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un "Ortak girişimler " başlıklı 14. maddesinde, "Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması hâlinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir."; "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." kuralına yer verilmiştir.

**HUKUKİ DEĞERLENDİRME:**

16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı Kurul kararınının (1)

ile numaralandırılan ve davaya konu edilen kısmı, hem adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağını, hem de kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğini içermektedir.

Âdi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ilişkin kısım yönünden;

Hukuk devletinde teşebbüs hürriyeti ve çalışma özgürlüğüne sahip olmak asıldır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise istisnaîdir. Anayasa'nın 5. maddesinde, temel hak ve özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet anlayışıyla bağdaşmayacak surette sınırlandıran siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak devletin görevleri arasında sayılmıştır. İstisnaî olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin çerçeveyi de yine Anayasa çizmiştir. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin belirli şartlar altında ve ancak kanunla sınırlandırılabilmesi açıktır.

İdare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir. "Kural işlemler" (ya da diğer adıyla genel düzenleyici işlemler), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığına kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurallar getirmiş olması gerekmekte olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi zorunludur.

4734 sayılı Kanun'da, gerçek veya tüzel kişiliği bulunan oluşumların veya bu niteliğe sahip olmayan ortak girişimlerin (âdi ortaklıkların) ihale sürecinin katılımcısı olarak kabul edildiği, ortak girişimlerin yüklenici sıfatıyla taahhüt altına girebilecekleri ve işin yürütülmesi sırasında âdi ortaklıkların ortaklarının hak ve yükümlülüklerinin ne şekilde olacağını düzenlediği görülmektedir.

İhaleye katılıp yüklenici sıfatı alabilen âdi ortaklıkların, alt yüklenici olamayacağı yönünde mevzuatta yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamakta iken, idarece âdi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağı yönünde yapılan dava konusu düzenleme, idarenin düzenleyici işlemi ile teşebbüs hürriyetine getirilen bir sınırlama niteliğinde ve üst hukuk kurallarını aşar nitelikte olduğundan bu düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, davalı Kamu İhale Kurumu savunmasında, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde, alt yüklenicinin; "Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmış olduğu ve âdi ortaklıkların gerçek veya tüzel kişi olmaması nedeniyle alt yüklenici olamayacağı, dava konusu Kurul kararının mevzuatta yer alan hükmün yorumlanması suretiyle tesis edildiği savunulmakta ise de, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer alan alt yüklenici tanımının iptali istemiyle açılan davada, Dairemizin 12/01/2023 tarih ve E:2021/644, K:2023/100 sayılı kararı ile anılan şartname hükmünün iptaline karar verilmiştir.

Âdi ortaklıklar adına alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine ilişkin kısım yönünden;

Davalı Kamu İhale Kurumu savunmasında, ortak girişimler için Kanun'da yalnızca yüklenici kavramı ile bağ kurulduğu, ortak girişimlerin alt yüklenici olarak taahhüt altına girebileceğine cevaz veren bir hüküm bulunmadığı, mevzuatta iş ortaklığı tarafından gerçekleştirilen işler bakımından iş deneyim belgesinin, ortakların fiilen gerçekleştirdiği iş oranında değil, ortaklık beyannamesi ile kararlaştırdıkları oran dikkate alınarak düzenlendiği, alt yükleniciler yönünden ortaklık beyannamesi düzenlenmesine yönelik hüküm bulunmadığından, âdi ortaklık şeklindeki alt yüklenicilerin ortaklık oranlarının baştan objektif şekilde belirlenmesinin mümkün olamayacağı, bu sebeple ortaya çıkacak uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla söz konusu düzenlemenin yapıldığı savunulmakta ise de; mevzuattaki boşluğun, âdi ortaklıkların

yüklenici olması hâline ilişkin kuralların, düzenleyici işlemler ile âdi ortaklıkların alt yüklenici olması hâlinde de uygulanması suretiyle doldurulması mümkün iken, âdi ortaklıklar adına alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceği yönünde Kanun'daki düzenlemeleri aşar nitelikteki yasaklayıcı kuralda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

**KARAR SONUCU :**

Açıklanan nedenlerle;

1. Dava konusu 16/12/2020 tarih ve 2020/DK.D-417 sayılı Kurul kararının, "1. Adi ortaklıkların alt yüklenici olamayacağına ve kendilerine alt yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenemeyeceğine" ilişkin kısmının İPTALİNE,
2. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ... -TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacılara verilmesine,
3. Davalı idare tarafından yapılan toplam ...TL yargılama giderinin davalı idare üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra taraflara iadesine,
5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 19/01/2023 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihâl

e