

İhale Kanununda 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 sözleşme imzalanabileceğinin düzenlenmesi karşısında, alt yükleniciler açısından böyle bir belirleme yapılmadığı Kanunda yer alan boşluğun ikincil mevzuat ile doldurulduğu uygulamada alt yüklenicilik müessesesinin yapım işinin uzmanlık gerektiren kısımlarının inşa

ettirilmesi için kullanılan bir yapı olduğu, ihale aşamasında olduğu gibi katılım ve yeterlik süreçleri üzerinden bir seçim süreci işlemediği çoğunlukla ihalelerdeki yeterlik değerlendirmesi aşamasında aday veya isteklilerin karşılamak zorunda oldukları iş hacmi, iş deneyimi, makine/ekipman/teçhizat malikliği, teknik personel istihdamı gibi yeterlik kriterlerinin bunlarca tek başına sağlanamadığı durumlarda başvurulan bir yöntem olan ortak girişim

veya adi ortaklık kurulması hükümlerine itiraz hk(Danıştay K)

ihalelerde alt yükleniciler

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
K.

2021/644 E. , 2023/100

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2021/644

Karar No : 2023/100

DAVACILAR : 1. ... A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

2. ... İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

DAVALI : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

DAVANIN KONUSU : Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan, “Alt yüklenici: Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi” tanımının 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 yapılıp yapılmadığı 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 iş deneyim belgesi düzenlenip dzenlenmeyeceğine 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 sözleşme imzalanabileceğinin düzenlenmesi karşısında, alt yükleniciler açısından böyle bir belirleme yapılmadığı, Kanun'da yer alan boşluğun ikincil mevzuat ile doldurulduğu, uygulamada alt yüklenicilik müessesesinin yapım işinin uzmanlık gerektiren kısımlarının inşa ettirilmesi için kullanılan bir yapı olduğu, ihale aşamasında olduğu gibi katılım ve yeterlik süreçleri üzerinden bir seçim süreci işlemediği, dolayısıyla çoğunlukla ihalelerdeki yeterlik değerlendirmesi aşamasında aday veya isteklilerin karşılamak zorunda oldukları iş hacmi, iş deneyimi,

makine/ekipman/teçhizat malikliği, teknik personel istihdamı gibi yeterlik kriterlerinin bunlarca tek başına sağlanamadığı durumlarda başvuru bir yöntem olan ortak girişim veya adi ortaklık kurulmasının, kamu ihale sözleşmelerindeki alt yüklenicilik müessesesi için uygulanabilir olmadığı, Kanun'un kural olarak gerçek veya tüzel kişiliği bulunan oluşumları ihale sürecinin aktörü olarak kabul ettiği, bu niteliğe sahip olmayan ortak girişimlerin ise yalnızca ihaleye katılmak üzere oluşturulabileceği, Kanun'da ortak girişimlerin alt yüklenici olarak taahhüt altına girmelerine cevaz veren bir hüküm bulunmadığı, iş ortaklığı tarafından gerçekleştirilen işler bakımından iş deneyim belgesinin, ortakların fiilen gerçekleştirdikleri iş oranında değil, ortaklık beyannamesi ile kararlaştırdıkları oran dikkate alınmak suretiyle düzenlendiği, mevzuatta iş ortaklığının alt yüklenici olması durumuna ilişkin olarak herhangi bir kural bulunmadığından ortaklık oranının daha baştan objektif biçimde tespit edilmesinin mümkün olmayacağı, bu durumun yeni uyumsuzluk alanları yaratacağı, dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan, "Alt yüklenici: Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" tanımının iptali gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ... DÜŞÜNCESİ : Dava; Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan, "Alt yüklenici: Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" tanımının iptali istemi ile açılmıştır.

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 "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, "Ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları," kuralına, "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.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinde âdi ortaklığın tanımı, “Âdi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tâbi âdi ortaklık sayılır.” şeklinde yapılmıştır.

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 sınırlandırılabilceği açıktır.

Kamu idareleri; 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 idarelerin, bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığıının 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 Kanunda, gerçek veya tüzel kişiliği bulunan oluşumların veya bu niteliğe sahip olmayan ortak girişimlerin ihale sürecinin katılımcısı olarak kabul edildiği, ortak

girişimlerin yüklenici sıfatıyla taahhüt altına girebilecekleri ve işin yürütülmesi sırasında ortak girişimin ortaklarının hak ve yükümlülüklerinin ne şekilde olacağını düzenlediği görülmektedir.

Kanun'da alt yüklenicinin tanımının yapılmadığı görülmekle beraber, ihaleye katılıp yüklenici sıfatını alabileceği düzenlenen âdi ortaklıkların, alt yüklenici olamayacağı yönünde yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı; alt yüklenici tanımına ilişkin Kanun'daki boşluğun Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer verilen tanım ile doldurulduğu; ancak Genel Şartname'de, "sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" şeklinde yapılan tanımın, adi ortaklıkların gerçek ve tüzel kişiliğe sahip olmamaları nedeniyle alt yüklenici olmalarının önünde engel oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, alt yüklenicilerin gerçek veya tüzel kişi olacağı şeklinde yapılan tanım, yüklenici sıfatı ile ihaleye katılıp işin bütünü üstlenebileceği Kanun'la kabul edilen adi ortaklıkların, alt yüklenici sıfatıyla işin belli bir kısmını da gerçekleştirmesinin önünde yasal bir engel bulunmamasına rağmen, gerçek ve tüzel kişi olmamaları sebebiyle alt yüklenici olamamaları sonucunu doğurduğundan, davalı idare tarafından ortaya konulan dava konusu düzenlemenin, üst hukuk normlarını aşar nitelikte olduğu, bu nedenle de hukuka uygun bulunmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle; Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan, "Alt yüklenici: Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" tanımının iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan, "Alt yüklenici: Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" tanımının iptali istemiyle bakılan dava 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 "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, "Ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları," kuralına, "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 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.

818 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran ve anılan Kanun’la benzer nitelikte düzenlemeler ihtiva eden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 620. maddesinde âdi ortaklığın tanımı, “Âdi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi

üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tâbi âdi ortaklık sayılır.” şeklinde yapılmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

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 sınırlandırılabilceği açıktır.

Sözlük anlamı ile “düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek” olarak tanımlanan “düzenleme”, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; sürekli, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s. 426).

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 taşıdığıının 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 Kanunda, gerçek veya tüzel kişiliği bulunan oluşumların veya bu niteliğe sahip olmayan ortak girişimlerin

ihale sürecinin katılımcısı olarak kabul edildiği, ortak girişimlerin yüklenici sıfatıyla taahhüt altına girebilecekleri ve işin yürütülmesi sırasında ortak girişimin ortaklarının hak ve yükümlülüklerinin ne şekilde olacağını düzenlendiği görülmektedir.

Öte yandan, ortak girişimler, belli bir işin yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurulan ortaklıklardır. Bu ortaklıklar, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 520. maddesi ve devamı maddelerinde ve aynı şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. ve devamı maddelerinde düzenlenen âdi ortaklık niteliğindedirler ve tüzel kişiliğe sahip değildirler.

Kanun'da alt yüklenicinin tanımının yapılmadığı görülmekle beraber, ihaleye katılıp yüklenici sıfatını alabileceği düzenlenen âdi ortaklıkların, alt yüklenici olamayacağı yönünde yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı; alt yüklenici tanımına ilişkin Kanun'daki boşluğun Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer verilen tanım ile doldurulduğu; ancak Genel Şartname'de, "sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" şeklinde yapılan tanımın, adi ortaklıkların gerçek ve tüzel kişiliğe sahip olmamaları nedeniyle alt yüklenici olmalarının önünde engel oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, alt yüklenicilerin gerçek veya tüzel kişi olacağı şeklinde yapılan tanım, yüklenici sıfatı ile ihaleye katılıp işin bütünü üstlenebileceği Kanun'la kabul edilen adi ortaklıkların, alt yüklenici sıfatıyla işin belli bir kısmını da gerçekleştirmesinin önünde yasal bir engel bulunmamasına rağmen, gerçek ve tüzel kişi olmamaları sebebiyle alt yüklenici olamamaları sonucunu doğurduğundan, idarenin düzenleyici işlemi ile teşebbüs hürriyetine getirilen bir sınırlama niteliğinde ve üst hukuk kurallarını aşar nitelikte olup, dava konusu düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1.Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan, "Alt yüklenici: Sözleşme konusu işin nev'i itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" tanımının İPTALİNE,
2. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ... -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, 12/01/2023 tarihinde oybirliğiyle karar verildi



ihal
e