

serbest meslek erbabı olan ve bilanço tutmak zorunluluğu bulunmayan davacının, ihaleye katılımda ekonomik ve mali yeterliliğe ilişkin olarak idareye hangi belgeyi sunacağı konusunda bir belirsizlik yaşadığı, kendisi tarafından birtakım belgeler oluşturulduğu, ancak Yönetmelik kapsamında bu belgeler kabul edilmeyerek ihalede değerlendirme dışı bırakıldığı görölmektedir

Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2012/678 E. , 2015/4618 K.

*

İçtihat Metni T.C.

DANIşTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2012/678

Karar No:2015/4618

Davacılar: 1-

2-

Vekili:

B

Davalılar: 1-

Davanın Özeti: 04.03.2009 tarih ve 27159 Mükerrer sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 35. maddesinin 1., 2. ve 7. bentlerinin, 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. bentleri ile 6. bendinin ve Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı nın 16.08.2011 tarih ve 578 sayılı işleminin; hukuka aykırı olduğu, başvuru sahibi ortak girişimin özel ortağının ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin olarak serbest meslek kazanç defterini sunduğu, idare tarafından Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nde serbest meslek kazanç defterinin sunulmasına izin veren veya değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı gerekçesiyle teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı, idarenin kararının hatalı olduğu, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nde yer alan serbest meslek erbabına ilişkin maddenin yapım işleri için de uygulanabileceği, Yönetmeliğin eksik düzenlendiği, düzenlemelerin kanuna aykırı olduğu gibi, mimar ve mühendislerin kamu ihalelerine katılmasını engellediği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

nun Savunmasının Özeti : Dava konusu edilen Yönetmelik maddelerinde değişiklik yapıldığı, bu nedenle iptal istemi hakkında karar verilemeyeceği, ihaleye katılmada yeterlik kurallarını düzenleyen Yönetmelik maddelerinin Kanun a uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

nün Savunmasının Özeti : Davacı iş ortaklığı tarafından ihale

dokümanında belirtilen mali durumu gösteren belgelerin sunulmadığı, sunulan belgelere yönelik Yönetmelikte bir düzenleme bulunmadığı, bu nedenle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi n Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı nın Düşüncesi : Dava, 04.03.2009 tarih ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 35. maddesinin 1, 2 ve 7. bendlerinin, 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. bendleri ile 6. bendinin ve Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı nın 16.08.2011 tarih ve 578 sayılı işleminin iptali istemi ile açılmıştır.

Her ne kadar 04.03.2009 tarihli ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 35. maddesi, 16.07.2011 tarih ve 27996 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yönetmeliğin 4. maddesi ile ve 36. maddesinin, 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. bendleri de, 16.07.2011 tarih ve 27996 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yönetmeliğin 5. maddesi ile değiştirilmiş ise de, uyuşmazlıkta, Iğdır Üniversite Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı nın 16.08.2011 tarih ve 578 sayılı uygulama işleminde dava konusu edilmiş olması itibarıyla, söz konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan dava konusu Yönetmelik maddelerinin hukuka uygunluk denetiminin yapılması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun un 53. maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde; bu Kanun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmenin Kurumun görev ve yetkileri arasında olduğu, anılan bendin (9) numaralı bendinden sonraki 2. paragrafta ise; Kurumun Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale

Sözleşmeleri Kanunu nun uygulanmasına ilişkin standartihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurumun yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı, standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler yönetmelik ve tebliğlerin Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe konulacağı kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun un ihaleye katılımında yeterlik kuralları başlıklı 10. maddesinde, işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerden ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterlik kapsamında istenecek belgeler sayılmak suretiyle belirlenmiş ve maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde; Ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için; 1) Bankalardan temin edilecek isteklilerin mali durumu ile ilgili belgeler, 2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri, 3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgelerin, ihaleye katılacak isteklilerden istenebileceği belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun un 53. maddesi ile verilen yetkiye dayanılarak, tarafından hazırlanan Yapım İşleri İhaleleri Yönetmeliğinin 35. maddesinin dava konusu 1. 3 ve 7. bendlerinde, bilanço ve eşdeğer belgeler tanımlanmış, bilançolarda aranacak rasyo değerleri ile yayımlanması zorunlu olmayan bilançolarını veya bunların bölümlerini ibraz etmeyen istekli veya adayların Yönetmelikle belirlenen kriterleri sağlayıp sağlamadıklarını yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirce onaylı belgelerle tevsik edilebileceklerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Anılan Yönetmeliğinin 36. maddesinin iptali istenilen 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. bendleri ve 6. bendinde ise, iş hacmine ilişkin belgelerin neler olduğu tanımlanmış, ihalenin yaklaşık maliyet tutarına göre toplam ciroları

gösteren gelir tabloları veya taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını gösteren son üç yılda düzenlenmiş faturalardan birinin sunulmasının yeterli olduğu ve isteklinin taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını belgelendirmek üzere, fatura örneklerinin veya bu örneklerin noter, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci, mali müşavir ya da vergi dairesince onaylı suretlerinin sunulabileceğine ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Anılan düzenlemeler ile dosya içeriğinin incelenmesinden; Vergi Usul Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca, mimar ve mühendislerin, serbest meslek erbabı olarak, yalnızca mühendislik ve mimarlık hizmetlerini ifa etmeleri halinde serbest meslek kazanç defteri tutmalarının gerektiği, yapım işlerine ilişkin ticari faaliyette bulunmaları halinde ise, işletmelerini ticaret siciline tescil ettirerek faaliyetlerini sürdürebilecekleri, öte yandan, 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen yapım işi ihalelerine konu işlerin, bu işlerle iştigal eden ve belli bir organizasyon yapısına sahip tüzel kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebileceğinden hareketle, ihaleye katılacak isteklilerde aranacak kriterlerin tacir sıfatını haiz tüzel kişilere yönelik olarak düzenlendiği, dolayısıyla, gerçek kişilerin katılımının istisnai olup, aranan yeterlik kriterleri nedeniyle çoğunlukla tüzel kişiler veya bu tüzel kişilerin oluşturdukları ortak girişimlerin ihalelere katılabildikleri, bu itibarla, mühendis ve mimar olarak mesleki faaliyette bulunan ancak ticaret ve/veya sanayi odasına kayıtlı olmadığı için ticari defter tutması zorunlu olmayanların bilanço şartını sağlamayacağı ve iş hacmine ilişkin belgeleri sunamayacağı, tüzel kişilik olarak belirli bir organizasyon yapısı bulunmayanların ise, kalite yönetim sistem belgesi ve çevre yönetim sistem belgesine sahip olamayacağı dikkate alınarak, gerçek kişi mühendis ve mimarların anılan yeterlik kriterlerini karşılamayacaklarının düşünüldüğü, nitekim, yapım işi

yüklenicisinin sadece işin teknik olarak yapılmasını üstlenen değil, aynı zamanda işin yapılması için gerekli olan organizasyonu gerçekleştiren ve işin mali yükünü üstlenen gerçek ve tüzel kişiler ile ortak girişimlerden oluştuğu, ayrıca, mühendisliklerin faaliyet konularının bir yapının inşasından çok yapı ile ilgili proje, denetim, ihale dokümanı hazırlama, hak ediş düzenleme veya müşavirlik gibi hizmetlerden oluştuğu, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği kapsamında gerçekleştirilen hizmet alımı ihalelerinde, mühendis ve mimarların serbest meslek erbabı olarak, mühendislik ve mimarlık hizmetlerini ifa etmeleri halinde Yönetmeliğin 35. ve 36. maddeleri uyarınca serbest meslek kazanç defterini ekonomik ve mali yeterlik kapsamında sunabildikleri, mühendis ve mimarların yapım işlerine ilişkin ticari faaliyette bulunmaları halinde ise, işletmelerini ticaret siciline tescil ettirerek, tacir unvanı ile faaliyetlerini sürdürebilecekleri ve yeterlik kriteri olarak öngörülen belgeleri sunabilecekleri anlaşılmakta olup, belirtilen nedenlerle; davaya konu edilen Yönetmelik maddelerinde dayanağı Kanuna ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı'nın dava konusu 16.08.2011 tarih ve 578 sayılı işlemine gelince;

Davacıların Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı'na 27.07.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan Iğdır Üniversitesi Ziraat Fakültesi Binası Yapımı İş İhalesi'ne istekli olarak katıldıkları, pilot ortak olarak, özel ortak olarak un bildirildiği, pilot ortak Müh. A.Ş. adına 2008, 2009 ve 2010 yılı bilanço ve gelir tabloları sunulurken, özel ortak adına da 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ait bilanço özetinin ve 2008, 2009 yıllarına ait serbest meslek kazanç bildirimini ile 2010 yılı işletme hesap özetinin sunulduğu, ancak, iş ortaklığının özel ortağı tarafından sunulan işletme hesap özeti ve serbest meslek kazanç bildirimlerinin idari şartnamede belirtilen bilanço ve iş

hacmini gösteren belgelere uygun olmaması nedeniyle davacıların tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmakta olup, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 35. ve 36. maddeleri ile üst hukuk normlarına uygun olarak tesis edilen söz konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Kaldığı, davacıların teklifinin, özel ortak un, idari şartnamenin 7.4.2. maddesi kapsamında bilanço ve iş hacmine ilişkin olarak sunduğu belgelerin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nde düzenlenen belgelerden olmadığı gerekçesi ile değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işleme yönelik olarak yapılmış olan itirazın şikayet başvurusu üzerine alınan itirazın şikayet başvurusunun reddi ne ilişkin Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemi ile Ankara 15. İdare Mahkemesi ne açılan davada, Mahkemenin 14.12.2012 günlü ve E:2012/94, K:2012/2177 sayılı kararıyla davanın reddine karar verilmiş ve anılan karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi nce, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Dava, 04.03.2009 tarih ve 27159 Mükerrer sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 35. maddesinin 1., 2. ve 7. bentlerinin, 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. bentleri ile 6. bendinin ve Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı nın 16.08.2011 tarih ve 578 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun 10. maddesinde; İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak

aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

a) Ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin mali durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az yüzde 80 i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az yüzde 80 ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,

e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az yüzde 80 inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.

f) Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, rekabet öncesi iş birliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlara, yararlandıkları destekler çerçevesinde yürüttükleri proje sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin piyasaya arz edilmesinden sonra proje sonucu ortaya çıkan hizmetler ile yerli malı belgesine sahip ürünler için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde düzenlenen ve piyasaya arz tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılabilecek olan belgeler.

3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler,

4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracığına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,

5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,

6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,

7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,

8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslar arası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,

9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları.

İhale konusu işin niteliğine göre yukarıda belirtilen bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilan veya davet belgelerinde belirtilir.

Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetme görevi nedeniyle alınanlarda gerçek kişinin mühendis veya mimar olma şartı aranır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur. Denetim ve yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler beşte bir oranında dikkate alınır. Ancak, yapımla ilgili hizmet işlerinden elde edilen belgeler yapım işlerinde kullanılamaz. hükümleri yer almış; 53. maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde; bu Kanun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmenin Kurumun görev ve yetkileri arasında olduğu,

anılan bendin (9) numaralı bendinden sonraki ikinci paragrafta ise; Kurum un 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 ve Kurum un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı, standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler yönetmelik ve tebliğlerin Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe konulacağı kurala bağlanmıştır.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin ihale tarihinde yürürlükte bulunan Bilanço veya eşdeğer belgeler başlıklı 35. maddesinde (1) Bilançonun veya eşdeğer belgelerin istenildiği ihalelerde ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait; a) Yıl sonu bilançosunun ve bilançonun gerekli görülen bölümlerinin, b) (a) bendinde belirtilen belgelere eşdeğer belgelerin, her ikisinin de idarece istenilmesi zorunludur.

(2) Adayın veya isteklinin (1) inci fıkrada belirtilen belgelerden birini sunması yeterlidir. Bu durumda;

a) Belli sürelerde nakit akışını sağlayabilmesi için gerekli likiditeye ve kısa dönem (bir yıl) içinde borç ödeme gücüne sahip olup olmadığını gösteren cari oranın (dönen varlıklar/kısa vadeli borçlar) en az 0,75 olması (hesaplama yapılırken; yıllara yaygın inşaat maliyetleri dönen varlıklardan, hakediş gelirleri ise kısa vadeli borçlardan düşülecektir),

b) Aktif varlıkların ne kadarının öz kaynaklardan oluştuğunu gösteren öz kaynak oranının (öz kaynaklar/toplam aktif) en az 0,15 olması (hesaplama yapılırken, yıllara yaygın inşaat maliyetleri toplam aktiflerden düşülecektir),

c) Kısa vadeli banka borçlarının öz kaynaklara oranının 0,50 den küçük olması,

Yeterlik kriterleri olarak öngörülür ve sayılan üç kriter birlikte aranır. Sunulan bilançolarda yıllara yaygın inşaat

maliyetleri ile hakediş gelirlerinin gösterilmesi zorunludur.

... (7) Yayınlanması zorunlu olmayan bilançolarını veya bunların bölümlerini ibraz etmeyenler, yukarıda belirtilen kriterleri sağladıklarını yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirce onaylı belgelerle tevsik edebilirler. Yabancı ülkede düzenlenen veyayınlanması zorunlu olmayan bilançoların veya bunların bölümlerinin ibraz edilmemesi durumunda, yukarıda belirtilen kriterlerin sağlandığı o ülke mevzuatına göre bu belgeleri düzenlemeye yetkili merci tarafından onaylanmış belge ile tevsik edilebilir. hükümlerine yer verilmiş; İsteklinin iş hacmini gösteren belgeler başlıklı 36. maddesinde ise, (1) İş hacmini gösteren belgeler;

a) İhalenin yapıldığı yıldan önceki son üç yıllık dönemdeki her yıla ait toplam ciroları gösteren gelir tabloları,

b) Taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını gösteren son üç yılda düzenlenmiş faturalardır.

(2) İş hacmini gösteren belgelerin istenildiği;

a) Yaklaşık maliyeti eşik değer yarısına eşit ve bu değer üzerinde olan ihalelerde; son üç yıla ilişkin bu iki belgenin,

b) Yaklaşık maliyeti eşik değerin onda birinden eşik değerin yarısına kadar olan ihalelerde ise; son üç yıla kadarki yıllara ait bu iki belgenin,

idarece istenilmesi zorunludur. Aday veya isteklilerin ise üçüncü fıkradaki yeterlik kriterini sağladıklarını göstermek üzere bu iki belgeden birini sunmaları yeterlidir.

(6) Taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını tevsik etmek üzere; fatura örnekleri ya da bu örneklerin noter, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir ya da vergi dairesince onaylı suretleri sunulur.

düzenlemeleri yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı nca 27.07.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan Üniversitesi Ziraat Fakültesi Binası ihalesine 7 isteklinin katıldığı, davacılardan iş ortağı a ait bilanço ve iş hacmini gösterir belgelerin idari şartnamede belirtilen bilanço ve iş hacmini gösterir belgelere uygun olmaması nedeniyle değerlendirme dışı kaldığınının 16.08.2011 tarihli, 578 sayılı işleme davacılara bildirildiği, davacıların 26.08.2011 tarihinde yaptığı şikayet başvurusunun, idarenin 07.09.2011 tarihli yazısı ile reddi üzerine 14.09.2011 tarihli dilekçe ile yapılan itirazın şikayet başvurusunun 03.10.2011 gün ve 2011/UY.I-3324 sayılı Kamu İhale Kurulu kararıyla reddedildiği, teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik 16.08.2011 tarihli işlemin ve dayanağı Yönetmelik maddelerinin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun un İhalelere yönelik başvurular başlıklı 54. maddesinde; İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasınının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanun da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler. Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır. Şikayet başvuruları idareye, itirazın şikayet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır. kuralına yer verildikten sonra, 55. maddesinde idareye yapılacak şikayet başvurusuna; 56. maddesinde na yapılacak itirazın şikayet başvurusuna ilişkin usul ve esaslar açıklanmış, 57. maddesinde ise, şikayetler ile ilgili Kamu İhale Kurulu tarafından verilen nihai kararların mahkemelerde dava konusu edilebileceği belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun un 54, 55, 56, 57. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında, ihale sürecindeki hukuka

aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden ilgililer tarafından yapılan şikayet ve itirazın şikayet başvurularından sonra, sadece Kamu İhale Kurulu tarafından itirazın şikayet üzerine alınan kararlar dava konusu edilebileceğinden, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı'nın 16.08.2011 günlü, 578 sayılı işlemi, idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığından, esasının incelenmesine imkan bulunmamaktadır. Öte yandan, davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işleme yönelik olarak yapılmış olan itirazın şikayet başvurusu üzerine alınan Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemi ile açılan dava Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 14.12.2012 günlü ve E:2012/94, K:2012/2177 sayılı kararıyla reddedilmiş ve temyiz edilmeksizin karar kesinleşmiştir.

Uyuşmazlığın Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 35. maddesinin 1., 2. ve 7. fıkralarının, 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1., 2. ve 6. fıkralarının iptali istemine gelince;

Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilme yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, yönetmeliklerin sebep unsurunu bir kanun ve tüzük teşkil eder. Ancak, kanunun daha önce düzenlemediği bir alanda yönetmelik çıkarılması mümkün değildir. Yönetmelikler bu anlamda kanuna dayanmak zorundadır. Türk hukukunda, idarenin bir alanı asli olarak yönetmelik ile düzenlemesi mümkün değildir. Yönetmelikler, kanun veya tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için düzenleme yaptığı alanda örnekleme veya sayma yoluyla genel düzenleme yapabileceği gibi, düzenleme yapılan alanın gerektirmesi halinde ayrıntılı ifadeler de içerebilir.

Uyaşmazlık konusu Yönetmeliğın 35. maddesi ile bilanço ve eş değeri belgeler tanımlanmış, bilançolarda aranacak rasyo değeri ile yayımlanması zorunlu olmayan bilançoları veya bunların bölümlerini ibraz etmeyen istekli veya adayların yönetmelikle belirlenen kriterleri sağlayıp sağlamadıklarını yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirce onaylı diğeri belgelerle tevsik edebileceklerine ilişkin düzenlemeler yapılmış,

36. maddesinde ise iş hacmine ilişkin belgelerin neler olduğu tanımlanmış, ihalenin yaklaşık maliyet tutarına göre toplam ciroları gösteren gelir tabloları veya taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını gösteren son üç yılda düzenlenmiş faturaların birisinin sunulmasının yeterli olduğu belirtilmiştir.

Mali ve ekonomik durumunu belgelemek isteyenler bilanço örneklerini sunabilecekleri gibi eş değeri belgeleri de sunabileceklerdir. İdare, bu düzenleme ile ihaleye katılımı kısıtlamamış, aksine mali ve ekonomik durumu belgeleyecek bilançoya eş değeri herhangi bir belge ile katılıma imkan tanıyarak kanuna uygun düzenleme yapmıştır. Öte yandan, iş hacmini gösteren belge olarak gelir tablosu ve fatura sunulabilmesine imkan tanınmış, böylece seçimlik hak tanınarak ihaleye katılımı istekliler lehine düzenleme yapılmıştır. Bunun yanında, mevzuatta ticari faaliyette bulunanların fatura düzenlemeleri konusunda herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer verilmeyip tüm tacirlerin fatura düzenlemesine imkan tanındığından, mühendis ve mimarların yapım işlerine ilişkin ticari faaliyette bulunmaları halinde fatura düzenleyecekleri açıktır.

Bu itibarla, dava konusu Yönetmelik maddelerinde 4734 sayılı Kanun ve hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 35. maddesinin 1. fıkrası ile 36. maddesinin

03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. fıkralarının iptali istemiyönünden DAVANIN REDDİNE oyçokluğuyla; Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer maddeleri yönünden DAVANIN REDDİNE oybirliğiyle; Iğdır Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Bakanlığı nın 16.08.2011 günlü, 578 sayılı işleminin iptali istemi yönünden ise DAVANIN İNCELENMEKSİZİN REDDİNE oybirliğiyle; ayrıntısı aşıağıda gösterilen toplam 297,60.-TL yargılama giderinin davacılar üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.500.-TL vekalet ücretinin davacılardan alınarak davalı idarelere verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacılara iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu na temyiz yolu açık olmak üzere, 17.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye

Yargılama Giderleri:

Toplam Harç: 99,60.-TL

Posta Gideri: 198,00.-TL

Toplam: 297,60.-TL

(X) KARŞI OY :

Dava; 04.03.2009 tarih ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 35. maddesinin 1., 2. ve 7. fıkralarının, 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1., 2. ve 6. fıkraları

ile Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı nın 16.08.2011 tarih ve 578 sayılı işleminin iptali istemi ile açılmıştır.

Anayasa nın 124. maddesi uyarınca; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilme yetkisi bulunmaktadır. Anayasa nın aktarılan hükmü ve normlar hiyerarşisi bağlamında, bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanan yönetmelikler ile yasa hükümlerine açıklık getirilmesi ve yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Normlar hiyerarşisindeki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içerdiğinden, yasa hükmü, düzenleyeceği konularda genel prensipleri belirlerken, yasa hükümlerinin, uygulama için somutlaştırılması, detaylarının belirlenmesi ve açıklanması yönetmelikler aracılığı ile gerçekleşir.

4734 sayılı Kanun un ihaleye katılımda yeterlik kuralları başlıklı 10. maddesinde, işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerden ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterlik kapsamında istenecek belgeler sayılmak suretiyle belirlenmiş; isteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeler de istenilecek belgeler ile isteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler bu belgeler arasında sayılmıştır.

4734 sayılı Kanun un 53. maddesi ile verilen yetkiye dayanılarak, tarafından hazırlanan Yapım İşleri İhaleleri Yönetmeliği nin 35. maddesinin dava konusu edilen 1. fıkrasında; Bilançonun veya eşdeğer belgelerin istenildiği ihalelerde ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait;

a) Yıl sonu bilançosunun ve bilançonun gerekli görülen

bölümlerinin,

b) (a) beninde belirtilen belgelere eşdeğer belgelerin,

her ikisinin de idarece istenilmesi zorunludur. kuralı yer almaktadır.

Düzenleyici işlemlerle (Yönetmelik, Tüzük gibi) getirilen düzenlemelerin açık, net, hukuki ihtilafa yer vermeyecek hükümler içermesi ve uygulamada tereddüt oluşturmayacak niteliği haiz olmaları yönündeki gereklilik dikkate alındığında, 4734 sayılı Kanun un 10. maddesinde, isteklilerden ekonomik ve mali yeterliliğin belirlenebilmesi için yeterlik kapsamında istenilebilecek belgeler arasında sayılan bilanço veya bilançosunun gerekli görülen bölümlerine eşdeğer belgelerin dava konusu Yönetmelik hükümleriyle belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması gerekirken, bu konuya bir açıklık getirilemeyerek Kanun daki ifade edildiği şekliyle aynen sayılmasının eksik düzenleme içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Nitekim, serbest meslek erbabı olan ve bilanço tutmak zorunluluğu bulunmayan davacının, ihaleye katılımda ekonomik ve mali yeterliliğe ilişkin olarak idareye hangi belgeyi sunacağı konusunda bir belirsizlik yaşadığı, kendisi tarafından birtakım belgeler oluşturulduğu, ancak Yönetmelik kapsamında bu belgeler kabul edilmeyerek ihalede değerlendirme dışı bırakıldığı görülmektedir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği nin 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Resmi Gazete de yayımlanan Yönetmelikle değişik 1. ve 2. fıkralarına gelindiğinde;

(1) İş hacmini gösteren belgeler;

a) İhalenin yapıldığı yıldan önceki son üç yıllık dönemdeki her yıla ait toplam ciroları gösteren gelir tabloları,

b) Taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen

kısının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını gösteren son üç yılda düzenlenmiş faturalardır.

(2) İş hacmini gösteren belgelerin istenildiği;

a) Yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısına eşit ve bu değerin üzerinde olan ihalelerde; son üç yıla ilişkin bu iki belgenin,

b) Yaklaşık maliyeti eşik değerin onda birinden eşik değerin yarısına kadar olan ihalelerde; son üç yıla ilişkin bu iki belgenin,

idarece istenilmesi zorunludur. Aday veya isteklilerin ise üçüncü fıkradaki yeterlik kriterini sağladıklarını göstermek üzere bu iki belgeden birisini sunması yeterlidir. düzenlemesi yer almaktadır.

4734 sayılı Kanun un 10. maddesinde, isteklilerden ekonomik ve mali yeterliliğin belirlenebilmesi için yeterlik kapsamında, isteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgelerin istenilebileceği belirtilmiş; Yönetmelikle bu belgeler gelir tabloları ve faturalar olarak sınırlanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu nun 210. maddesinde, serbest meslek erbabının bir kazanç defteri tutacağı, bu defterin bir tarafına giderlerin, diğer tarafına da hasılatın kaydolunacağı, defterin gider tarafına, yapılan giderlerin nevi ile yapıldığı tarih ve hasılat tarafına ise ücretin alındığı tarih ve miktarı ile kimden alındığının yazılacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, Vergi Usul Kanunu na göre bir kazanç defteri tutarak faaliyetini sürdüren serbest meslek erbabı, fatura düzenleyememekte ve gelir tablosu da oluşturamamaktadır.

Dava konusu düzenleme ile, isteklilerden ekonomik ve mali yeterliliğin belirlenebilmesi için istenilebilecek belgeler

arasında yer alan ve iş hacmini gösteren belgeler, gelir tabloları ve faturalar ile sınırlandırıldığından, bu haliyle dava konusu düzenleme serbest meslek erbabının ihaleye katılımını engeller nitelikte bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 35. maddesinin 1. fıkrası ile 36. maddesinin 03.07.2009 tarihli Yönetmelikle değişik 1. ve 2. fıkralarının iptali gerektiği oyu ile aksi yönde oluşan davanın tümüyle reddine yönelik çoğunluk kararının bu kısmına katılmıyoruz.