

söz konusu ihaleye teklif vermesi için ihaleyi yüklenen İş Ortaklığı ndaki payı yüzde 20 olan nın davet edildiği, 4734 sayılı Kanun da açıkça, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış olanların istekli olabileceğinin öngörüldüğü, buna göre pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde idarece ihaleye davet edilmeyen ve doküman satın almayan isteklilerin, doküman satın

alan başka isteklilerle iş ortaklığı kurarak ihaleye katılmalarının hukuken mümkün olmadığı, kaldı ki aksi düşüncenin kabulünün haksız rekabete yol açacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2015/3520 K.

2015/2278 E. ,

*

İçtihat Metni T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2015/2278

Karar No:2015/3520

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı):

Vekili: Av. – Aynı adreste

Müdahil (Davalı Yanında):

Karşı Taraf (Davacı):

İstemin Özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesi nce verilen 08.12.2014 tarih ve E:2014/4000, K:2014/4038 sayılı kararın, temyiz aşamasında öne sürülen iddialarla düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi nın Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi nce, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, davalı idarenin karar düzeltme istemi kabul edilerek Dairemizin 08.12.2014 tarih ve E:2014/4000, K:2014/4038 sayılı kararı kaldırıldı, işin gereği görüşüldü:

Dava; Genel Müdürlüğü 26. Bölge Müdürlüğü tarafından 19.09.2013 tarihinde pazarlık usulü ile yapılan Gümüşhane-Derinköy, Ferhatlı-Gümüşhane ve Soğanlı Köy Yolları Tamamlama İş *i* ihalesiyle ilgili olarak, müdahil tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusu sonunda düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin 13.11.2013 tarih ve sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi nce; söz konusu ihaleye teklif vermesi için ihaleyi yüklenen İş Ortaklığı ndaki payı yüzde 20 olan nın davet edildiği, 4734 sayılı Kanun da açıkça, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış olanların istekli olabileceğinin öngörüldüğü, buna göre pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde

idarece **ihale**ye davet edilmeyen ve doküman satın almayan isteklilerin, doküman satın alan başka isteklilerle iş ortaklığı kurarak **ihale**ye katılmalarının hukuken mümkün olmadığı, kaldı ki aksi düşüncenin kabulünün haksız rekabete yol açacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun Tanımlar başlıklı 4. maddesinde; Ortak girişim, İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları ; İstekli olabilecek, **ihale** konusu olanda faaliyet gösteren ve **ihale** veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi ; Pazarlık usulü, bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, **ihale** sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin **ihale** konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usulü ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı Kanun un 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 **ihale**ye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, **ihale**ye 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 halinde, 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 yer verilmiş; 28. maddesinde ise, İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya **ihaleye** katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. İlan yapılmayan **ihale**lerde, **ihale** dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Döküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir. kuralı yer almaktadır.

Diğer yandan, Kamu İhale Genel Tebliği nin 15.2.3. maddesinde; Dokümanı elden satın almak isteyenlerin, doküman bedelini ödeyerek dokümanı teslim almaları zorunludur. Bu nedenle, dokümanı elden satın almak amacıyla doküman bedelini ödedikleri halde dokümanı teslim almamış olanlar istekli olabilecek sıfatını kazanamayacaklardır. Aday veya isteklinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan herhangi birinin dokümanı satın alması veya EKAP üzerinden e-imza kullanarak indirmesi yeterlidir. kuralı yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Genel Müdürlüğü 26. Bölge Müdürlüğü tarafından 19.09.2013 tarihinde pazarlık usulü ile Gümüşhane-Derinköy, Ferhatlı-Gümüşhane ve Soğanlı Köy Yolları Tamamlama İş **ihalesinin** yapıldığı, idarenin **ihaleye** 6 firmayı teklif vermeye davet ettiği, bu istekliler arasında nın da bulunduğu, ancak Ltd.Şti nin bulunmadığı, 23.09.2013 tarihinde kesinleşen **ihale** kararıyla **ihalenin** Tic.Ltd.Şti- İş ortaklığı üzerinde kaldığı, 27.09.2013 tarihinde davacı şirket tarafından idareye şikayet başvurusunda bulunulması üzerine **ihalenin** yüklenicisi olan İş Ortaklığı ndan **ihale** alınarak 3.10.2013 tarihinde davacı şirket üzerinde bırakıldığı, 08.10.2013 tarihinde Ltd.Şti- İş Ortaklığının idareye yapmış olduğu şikayet başvurusunun reddi üzerine,

11.10.2013 tarihinde na itirazın şikayet başvurusunda bulunulması üzerine pazarlık usulü ile **ihale** edilen ve ilanı zorunlu olmayan **ihale**lerde, **ihale**ye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile iş ortaklığı kurup kuramayacağı konusunda kamu **ihale** mevzuatında açıkça bir düzenleme olmadığı, ilanı yapılmayan **ihale**lerde dokümanın sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı düzenlenmiş olsa da, dokümanı satın alan isteklinin, başka istekliler ile birlikte **ihale**ye iş ortaklığı olarak teklif veremeyeceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmadığı, aday veya isteklinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan herhangi birinin dokümanı satın almasının yeterli olduğu gerekçesiyle Ltd. Şti.- İş Ortaklığı'nın teklifinin değerlendirmeye alınması ve bundan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesine ilişkin olarak verilen 13.11.2013 tarih, 2013/UY.II-4238 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, iş ortaklıklarının her türlü **ihale**ye teklif verebilecekleri, **ihale**ye katılmak için **ihale** dokümanının satın alınmasının zorunlu olduğu, ancak iş ortaklığı olarak teklif verilen **ihale**lerde dokümanın iş ortaklığı adına alınmasını zorunlu kılan bir düzenlemenin 4734 sayılı Kanun da yer almadığı, bu konuda pazarlık usulüne ilişkin bir istisnaya da yer verilmediği, aksine Kamu İhale Genel Tebliği'nin 15.2.3. maddesinde açıkça, iş ortaklığı olarak **ihale**ye iştirak edildiğinde, ortaklardan herhangi birinin dokümanı satın almasının veya EKAP üzerinden indirmesinin yeterli olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği, kaldı ki iş ortaklığının kurulduğunu tevsik eden taraflar arasındaki anlaşmanın **ihale** aşamasında, **ihale**nin iş ortaklığı üzerinde bırakılması durumunda, noter onaylı sözleşmenin ise ancak sözleşme öncesinde istenilmesi gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda, **ihale** dokümanının iş ortaklığı adına alınmasını zorunlu kılan bir yasal düzenleme bulunmaması karşısında, uyuşmazlık konusu **ihalede**, adına **ihale** dokümanının satın alındığı ve **ihaleye** de Ltd. Şti.- İş Ortaklığı adına teklif verildiğinden, davalı idarenin söz konusu İş Ortaklığı'nın teklifinin değerlendirmeye alınması yönündeki dava konusu işleminde hukuka aykırılık, söz konusu işlemin iptaline ilişkin Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin 30.06.2014 tarih ve E:2013/1829, K:2014/891 sayılı kararının BOZULMASINA, DAVANIN REDDİNE, dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, aşağıda ayrıntısı gösterilen 144,35-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, 358,20-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 750-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 67,20.-TL müdahil yargılama giderinin davacıdan alınarak müdahile verilmesine, posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 21.10.2015 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan Üye Üye Üye Üye

KARŞI OY : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum. Üye