

Kat karşılığ1 inşaat sözleşmelerinde kat inşa etme unsuru nedeniyle eser sözleşmesi hükümleri uygulanmakta, idarenin belli katları devir borcu altına girmesi nedeniyle yapılan sözleşme satışı da içerdiğinden, karma sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda yapım işinin yanında satışında gerçekleştiğı kat karşılığ1 inşaat ihalelerinin, 4734 sayılı Yasa kapsamında münhasıran bir yapım işi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Kat

**karşılığı inşaat ihalelerinde
yapım işi ile belirlenen
katların mülkiyetinin devri
tek bir ihaleye konu olmakta,
idare yapım işinin bedelini
yapıdan belli katların
mülkiyetini devretmek
suretiyle karşıladığından, bu
tür karma sözleşmeyi
gerektiren ihalelerin 4734
sayılı Kanuna göre yapılması
mümkün olmadığından 2886
sayılı Yasa hükümlerince
gerçekleştirilmesi**

**Danıştay Onüçüncü Daire, Esas: 2008/2450, Karar: 2008/6590,
Karar Tarihi: 17.10.2008**

ÖZÜ: Urla Belediye Başkanlığı tarafından 14.02.2007 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35/a maddesine göre kapalı teklif usulüyle yapılan İzmir İli Urla İlçesi Hacı İsa Mahallesi 154 Ada 34 parsel ve 1051 Ada 107 nolu Parselde Kat Karşılığı İnşaat Yapım İşi ihalesinin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi'nce; olayda, anılan inşaat işinin kat karşılığı yaptırılması için belediye başkanı ve belediye

encümenine yetki verilmesine ilişkin belediye meclisi kararına davacının da katıldığı ve karşı oy kullanmadığı görülmekte ise de, dava sözü edilen belediye meclis kararının değil, bu karar uyarınca belediye encümenince 14.02.2007 tarihinde yapılan ihalenin iptali istemiyle açıldığından, davacının belediye meclisinin dava konusu yerler için aldığı satış kararına kabul oyu vermesi nedeniyle dava açma ehliyeti bulunmadığı iddiasının yerinde görülmediği; diğer taraftan, belediye meclis üyesinin belediye kaynaklarının kullanımı ile ilgili iş ve işlemlerin mevzuata ve kamu yararına uygun olarak yürütülmediğinden söz ederek her zaman dava açabileceğinin kabulü gerektiğinden davacının belediye meclis üyesi sıfatıyla tesis edilen idari işlemin hukuka uygunluğunun saptanması ve idarenin hukuka bağlılığının tespiti yönünden bu davayı açmakta meşru ve güncel menfaatinin bulunduğu; işin esası yönünden, kültür merkezi, otopark, dükkan yapımı ile çevre düzenlemesinden oluşan bir çarşı projesi olan dava konusu meydan düzenleme ihalesi niteliği itibarıyla yapım işi ihalesi olduğundan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına girdiği, davalı idarece, dava konusu ihalenin kat karşılığı inşaat işi yapılması nedeniyle Kamu İhale Tebliği uyarınca 2886 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapıldığını öne sürmekte ise de, bir kanunun istisnalarının yine kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak belirlenmesi gerektiği, bu durumda, dava konusu meydan düzenleme ihalesinin yapım işi ihalesi olduğu açık olduğundan ve belediyeye ait taşınmaz üzerinde kat karşılığı yapım işinin bütçeden para harcanmasa da aslında belediyeye ait bir kaynağın kullanılması sonucunu doğurduğundan, ihalenin 4734 sayılı Yasa hükümleri uyarınca yapılması gerekirken, 2886 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarenin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa,

mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği, 2. maddesinde bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu; başka başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işlerin bir eksiltmede toplanamayacağı; 36. maddesinde, bu Kanunun 1. maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulünün esas olduğu düzenlenmiştir; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesinin (a) fıkrasında, belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, birliklerin ve tüzel kişilerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği hükmü yer almıştır.

2886 sayılı Yasa alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin kamu harcaması yapılmasına karşın, bilahare, alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlerinin kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu yanında, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerekli bulunarak, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Bu Kanun kapsamındaki idarelerin, münhasıran yapım ihaleleri anılan Kanun hükümleri gereğince yapılacaktır. Tarafların karşılıklı olarak edimde bulunma sorumluluğunun bulunduğu ve hem yapım hem de satış işlemlerinin birlikte gerçekleştiği kat karşılığı inşaat ihalelerinin ise anılan her iki Kanunda da düzenlenmediği görülmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde kat inşa etme unsuru nedeniyle eser sözleşmesi hükümleri uygulanmakta, idarenin belli katları devir borcu altına girmesi nedeniyle yapılan sözleşme satışı da içerdiğinden, karma sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda yapım işinin yanında satışında gerçekleştiği kat karşılığı inşaat ihalelerinin, 4734 sayılı Yasa kapsamında münhasıran bir yapım işi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Kat karşılığı inşaat ihalelerinde yapım işi ile belirlenen katların mülkiyetinin devri tek bir ihaleye konu olmakta, idare yapım işinin bedelini yapıdan belli katların mülkiyetini devretmek suretiyle karşıladığından, bu tür karma sözleşmeyi gerektiren ihalelerin 4734 sayılı Kanuna göre yapılması mümkün olmadığından 2886 sayılı Yasa hükümlerince gerçekleştirilmesi uygun olacaktır.

Dosyanın incelenmesinden, "Kat Karşılığı İnşaat Yapımı İşİ İhale Şartnamesi"nin 16. maddesinde, 154 ada 34 parselde yer alan tüm yapıların belediyeye bırakılacağı, 1051 ada 107 parselde yer alan yer altı otoparklarının belediyeye bırakılacağı, bu parselde avan projeye göre yapılacak bağımsız bölümlerin yükleniciye kalacağı, bu parselde süs havuzu dahil açık alanların tasarruf ve kullanım hakkının belediyeye ait olduğu, meydan ve çevre düzenlemesinin mülkiyete tabi olmayıp kamu kullanımına açık alan olarak kalacağı, bu alanın mimari avan projeye uygun olarak yüklenici tarafından işin süresi içerisinde yapıлып belediyeye teslim edileceği, belediyece yapılan bu belirlemelerin ihaleyi alan yüklenici tarafından peşinen kabul edilmiş sayılacağı, ihaleye teklifin, bu maddede belediyeye ve kamu kullanımına kalacak alanlar dışında yükleniciye kalacak bağımsız bölümler karşılığı, idareye ödenecek nakit bedel olarak artırımın 1.000.000-YTL'den başlayacağı ve ihale değerlendirilmesinin verilecek nakit bedel teklifleri üzerinden yapılacağının öngörüldüğü; 14.02.2007 tarihinde yapılan, bir isteklinin teklif verdiği ihalenin, kat karşılığı olarak genel ve teknik şartnameye göre, belediyeye ve kamu kullanımına kalacak alanlar dışında

yükleniciye kalacak bağımsız bölümler karşılığı idareye ödenecek nakit bedel olarak 2.000.000- YTL teklif eden şirket üzerinde kaldığı, 2886 sayılı Yasa'nın 35/a maddesi gereğince yapılan ihalenin 26.02.2007 tarihinde ita amirince onaylandığı anlaşılmakta olup, 2886 sayılı Yasa kapsamında yer alan davalı Belediye tarafından ihale konusu işin niteliği gereği anılan Yasa kapsamında yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığından mahkemece dava konusu ihalenin esasının incelenmesi gerekirken anılan gerekçeyle iptalinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/1-b maddesi gereğince İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 11.12.2007 tarih ve E: 2007/418, K: 2007/1875 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 07.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.