

A.Ş de bir yıl kesintisiz %51 hissesine sahip ortak olmadığı, şirket birleşmelerinde devrolan şirkette geçirilen %51 hisseye sahip dönemin devralan şirkette geçirilen dönemden sayılamayacağından bahisle ön yeterlik başvurusunun yetersiz bulunması işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığına ilişkin dava konusu Kurul kararında ve davanın reddi yönündeki Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır gerekçelerine yer verilerek Mahkeme

kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir

Toplantı No : 2019/054

Gündem No : 39

Karar Tarihi : 11.12.2019

Karar No : 2019/MK-340

BAŞVURU SAHİBİ:

Sigma İnş. Ve Turizm İşletmeleri Tic.A.Ş. -Orak Altyapı San.Ve Tic.A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karayolları Genel Müdürlüğü 11.Bölge Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2012/1117 İhale Kayıt Numaralı "Bitlis-Mutki-Kavakbaşı İl Yolu (Km:0+000-40+000) Arası Toprak İşleri Sanat Yapıları Ve Üst Yapı İşleri Yapım İşİ" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karayolları Genel Müdürlüğü 11. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2012/1117 ihale kayıt numaralı "Bitlis-Mutki-Kavakbaşı İl Yolu (Km:0+000-40+000) Arası Toprak İşleri Sanat Yapıları ve Üst Yapı İşleri Yapım İşİ" ihalesine ilişkin olarak Sigma İnş. ve Turizm İşletmeleri Tic. A.Ş.-Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 31.05.2012 tarihli ve 2012/UY.II-2336 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

Davacı Sigma İnş. ve Turz. İşlt. Tic. A.Ş. -Orak Altyapı San.

ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi tarafından anılan Kurul kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin 02.05.2013 tarihli ve E:2012/1066, K:2013/796 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27.09.2019 tarihli ve E:2013/3322, K:2019/2747 sayılı kararı ile "... Uyuşmazlık, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. Maddesinin 3. Fıkrası gereğince, belge sahiplerinin en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip oldukları şirketler için kullanabildikleri iş deneyim belgelerinin; hissesine sahip oldukları şirketin, bir başka şirket ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereği devralma şeklinde birleşmelerinden sonra %51 hisse şartını koruması durumunda devralan şirket için de kullanılıp kullanılamayacağına ilişkindir.

Olayda, davacı şirketin yer aldığı iş ortaklığının pilot ortağı Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. tarafından şirketin ortağı Mustafa YAMAN'a ait iş deneyimini gösteren belgenin sunulduğu, 25/09/2010 tarihinde Mustafa YAMAN'ın Kurumsal İş Yönetim Sistemleri Danışmanlık ve Bilişim A.Ş.'nin %51 oranında hissesini satın aldığı, 17/10/2011 tarihinde Kurumsal İş Yönetim Sistemleri Danışmanlık ve Bilişim A.Ş.'nin birleşme yoluyla Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'ye devrolunduğu, devir ile birlikte Mustafa Yaman'ın Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'de %51 oranında hisseye sahip olmaya devam ettiği görülmüştür.

Bu durumda, iş deneyim belgesi sahibi Mustafa Yaman, devrolunan Kurumsal İş Yönetim Sistemleri Danışmanlık ve Bilişim A.Ş.'de en az bir yıldır %51 oranında hisseye sahip olduğundan, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrası gereğince iş deneyim belgesi devralan şirket Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. tarafından da kullanılabilecektir. Başka bir anlatımla, Mustafa Yaman'ın birleşme sonrasında devralan

şirketteki pay oranının da %51'in üzerinde olduğu anlaşıldığından, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak gerçekleşen birleşme sonrasında, devrolunan şirketin sahip olduğu iş deneyim belgesini kullanma hakkının devralan şirkete intikal edebileceğinin kabulü gerekir.

Öte yandan, birleşmenin Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. bünyesinde değil de Kurumsal İş Yönetim Sistemleri Danışmanlık ve Bilişim A.Ş. bünyesinde gerçekleşmesi durumunda kullanılabilecek iş deneyim belgesinin, birleşmenin davacı şirketlerden Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. bünyesinde gerçekleşmesine dayalı olarak kullanılamayacağı sonucuna varmak, 4734 sayılı Kanunun iş deneyim belgesine yüklediği fonksiyona da aykırı olacaktır.

Bu itibarla, davacı Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. tarafından sunulan anılan şirketin ortağı Mustafa Yaman'a ait iş deneyim belgesini gösteren belgenin, iş deneyim belgesi sahibi Mustafa Yaman'ın Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş.'de bir yıl kesintisiz %51 hissesine sahip ortak olmadığı, şirket birleşmelerinde devrolan şirkette geçirilen %51 hisseye sahip dönemin devralan şirkette geçirilen dönemden sayılamayacağından bahisle ön yeterlik başvurusunun yetersiz bulunması işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığına ilişkin dava konusu Kurul kararında ve davanın reddi yönündeki Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır." gerekçelerine yer verilerek Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin 02.05.2013 tarihli ve E:2012/1066, K:2013/796 sayılı kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve

yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceğı hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiğı veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Kamu İhale Kurulunun 31.05.2012 tarihli ve 2012/UY.II-2336 sayılı kararının Sigma İnş. ve Turz. İşlt. Tic. A.Ş. -Orak Altyapı San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi'ne ilişkin (A) bölümünün iptaline,

Oybirliğı ile karar verildi