

ortak girişimde her bir ortağın ihale vergi borcunun ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği

her iki firmanın ihale öncesindeki vergi borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumluluğun olamayacağı, bu sorumluluğun sözleşme imzalandıktan sonrasında taahhüdün yerine getirilmesinde gündeme geleceği, dolayısıyla her iki firmanın ayrı ayrı 5.000 TL'nin altındaki vergi borcunun ihaleye girmeye ve sözleşmenin imzalanmasına engel teşkil etmeyeceği

Toplantı No	: 2013/043
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 19.06.2013
Karar No	: 2013/UH.I-2548
<u>Şikayetçi:</u>	
Kemal Gümüştekin – Kurar İnşaat Taah. Petr. Ürünleri Nak. Tic. San. Ltd. Şti. Ortak Girişimi, ŞAZİBEY MAH. ORHAN SEZAL BULVARI NAK. SİT. A BLOK NO:10-11 KAHRAMANMARAŞ	
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>	
Kahramanmaraş Belediye Başkanlığı, İsmetpaşa Mahallesi Azerbaycan Bulvarı No:25 Belediye Hizmet Binası 46050 KAHRAMANMARAŞ	
<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>	
04.06.2013 / 19091	
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>	
2013/21411 İhale Kayıt Numaralı "Agrega Ve Tüvenan Malzeme Nakil İşi" İhalesi	
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>	
Kahramanmaraş Belediye Başkanlığıtarafından 02.04.2013tarihinde açık ihale usulüile yapılan "Agrega ve Tüvenan Malzeme Nakil İşi" ihalesine ilişkin olarak Kemal Gümüştekin – Kurar İnşaat Taah. Petr. Ürünleri Nak. Tic. San. Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin 27.05.2013tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 28.05.2013tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 04.06.2013tarih ve 19091sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan 04.06.2013tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.	
Başvuruya ilişkin olarak 2013/2066sayılı şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.	
<u>Karar:</u>	

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, idarece ihalenin İş Ortaklıkları üzerinde bırakılmasından sonra sözleşme için davet edildikleri, sözleşme için gerekli olan damga vergisi ve karar pulu ücretinin yatırılmasının talep edilmesi üzerine kendilerince bu vergilerin makbuzlarının idareye ibraz edildiği, buna rağmen pilot ortak ve özel ortağı ilişkin ihale tarihi itibarıyla vergi borcu olduğu gerekçesiyle bu borcun miktarının toplamda 5.000 TL'den fazla olduğu hesap edilerek yasal dayanaktan yoksun ve yasaya aykırı yorum yapılarak idarenin kendileriyle sözleşme yapmadığı, ancak ihaleye girecek ortak girişimin belgelerini ayrı ayrı ibraz ederken ortak girişimi oluşturan ortakların vergi borçlarının toplanarak birlikte değerlendirilmesinin uygun olmadığı iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

İhale işlem dosyasının incelenmesinden ihale üzerinde bırakılan başvuru sahibi İş Ortaklığı'na 24.04.2013 tarihinde elden teslim edilen kesinleşen ihale kararında ihalenin uhdelerinde kaldığı bildirilmiş olup, 14.05.2013 tarihinde yine elden tebliğ edilen yazıdaki "tebliğ tarihini izleyen günden itibaren en geç on gün içinde, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine sayılan durumlarda olmadığınızda dair belgeler ile ihale bedelinin %6'sı oranında kesin teminatı vermek ve diğer yasal yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle ihale konusu işe ilişkin sözleşmeyi imzalamanız gerekmektedir..." ifadeleriyle de anılan İş Ortaklığı'nın sözleşmeye davet edildiği anlaşılmıştır.

Kemal Gümüştekin- Kurar İnş. Taah. Petr. Ürün. Nak. Tic. ve San. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından idarenin sözleşmeye davet yazısında belirtilmiş olan belgelerin incelenmesinde, Kahramanmaraş Vergi Dairesi Başkanlığı Aslanbey Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından düzenlenen 02.04.2013 tarih 16933 sayılı yazıda, Kemal Gümüştekin'in ihale tarihi olan 02.04.2013 tarihinde vadesi geçmiş 4.518,23 TL'lik borcunun bulunduğu ve yine aynı Vergi Dairesinin aynı tarih ve 17049 sayılı yazısında da diğer ortak olan Kurar İnş. Taah. Petr. Ürün. Nak. Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin ihale tarihi olan 02.04.2013 tarihinde vadesi geçmiş 3.554,90 TL'lik borcunun bulunduğuun belirtildiği görülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında, "Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

...
d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuata hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.

(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/23 md.) Kurum, dördüncü fıkranın; (c) bendi ile ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının uygun görüşünü alarak sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarını; (d) bendi ile ilgili olarak, Gelir İdaresi Başkanlığının uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamında girecek vergileri; tür ve tutar itibarıyla belirlemeye yetkilidir.
(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/23 md.) Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kurum tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir." hükmü,

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İhale dışı bırakılma" başlıklı 51'inci maddesinde,
(1) Kanunun 10 uncu maddesinde yer alan hükümler gereğince;

...
ç) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan,

...
aday ve istekliler ihale dışı bırakılır.

(2) İhale üzerinde kalan istekliden, birinci fıkranın (a), (b), (c), (ç), (d) ve (f) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığınızda dair belgelerin sözleşme imzalanmadan önce istenilmesi zorunludur. Bu belgelerin, ihale usulüne göre son başvuru ve/veya ihale tarihinde isteklinin anılan bentlerde belirtilen durumlarda olmadığını göstermesi gerekir.
(3) Ortak girişimlerde söz konusu belgelerin yukarıda öngörülen şekilde bütün ortaklarca ayrı ayrı verilmesi zorunludur.

(6) Birinci fıkranın (ç) bendindeki "Türkiye'de kesinleşmiş vergi borcu"nun kapsamına girecek vergilerin tür ve tutarı Kamu İhale Genel Tebliğinde belirlenir.

(7) Türkiye'de kesinleşmiş vergi borcunun değerlendirilmesinde ise isteklinin;

a) Beyan üzerine alınan veya maktu olarak belirlenip ödemesi belirli tarihlerde yapılan vergilerde ödeme vadesi geçmiş olup ödeme yapılmamış ise kesinleşmiş vergi borcu olduğu,

...
kabul edilecektir." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "İsteklilerden 4734 sayılı Kanunun 10'unca maddenin dördüncü fıkrasına göre istenecek belgeler" başlıklı 17'nci maddesinin dördüncü bendinde;
"17.4.1. Yıllık gelir, yıllık kurumlar, katma değer, özel tüketim, özel iletişim ve banka ve sigorta muameleleri vergileri, gelir ve kurumlar vergisine ilişkin tevkifatlar ve geçici vergiye ilişkin vergi asılları ile bu vergi türlerine ait vergi ziyai cezaları, gecikme zam ve faizleri bağlamında toplam 5.000 TL'yi aşan tutarlardaki borçlar vergi borcu olarak kabul edilecektir.

17.4.2. İsteklinin;

a) Beyan üzerine alınan veya maktu olarak belirlenip ödemesi belirli tarihlerde yapılan vergilerde ödeme vadesi geçmiş olup ödeme yapılmamış ise kesinleşmiş vergi borcu olduğu,
b) Vergi borcunun 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde cebren tahsil yoluyla tesis edilen işlemlere karşı dava açılmış halinde, bu dava sürecinde veya sonucunda takip ve tahsil durduracak geçici veya nihai bir karar bulunmadığı durumlarda kesinleşmiş vergi borcu olduğu,

c) Resen, ikmalen veya idarece yapılan tarhiyatlara karşı vergi yargısında dava açılmışsa bu dava üzerine tahsil edilebilir hale gelmiş ve süresinde ödenmemesi alacak bulunmadığı süre kesinleşmiş vergi borcu olmadığı,

ç) Resen, ikmalen veya idarece yapılan tarhiyatlara karşı dava açma süresi geçirilmediği sürece, kesinleşmiş vergi borcu olmadığı,

d) Vadesi geçtiği halde ödenmemiş ancak vergi idaresi tarafından taksitlendirilmiş veya tecil edilmiş vergi borçlarının, vadesindeki ödemeler aksatılmadığı sürece, kesinleşmiş vergi borcu olmadığı,

...
kabul edilecektir.

17.4.3. İsteklilerin vergi borcu olmadığınızda ilişkin belgeyi, yıllık gelir vergisi veya kurumlar vergisi yönünden bağlı bulunulan vergi dairesinden almaları, bu belgenin; ihale tarihi itibarıyla olan durumu göstermesi ve ilgili vergi dairesince, gelir stopaj vergisi ile banka ve sigorta muameleleri vergisi açısından diğer vergi dairelerinden temin edilen bilgiler de dikkate alınarak düzenlenmesi gerekmektedir.

17.4.4. İsteklinin ilgili vergi dairesinden aldığı vergi borcu olmadığınızda dair belgede, nakil olduğunun belirtilmesi durumunda kayıtlı olduğu bir önceki vergi dairesinden de vergi borcu olmadığınızda dair belge alınarak idareye ibraz edilmesi gerekmektedir.

17.4.5. Yabancı istekliler için Kanunun 10 uncu maddesinin (a), (b) ve (g) bentleri için bu Tebliğde belirtilen açıklamalar çerçevesinde uygulama yapılacaktır." açıklaması,
Anılan Tebliğin "İhale üzerinde kalan isteklilerin Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan durumlarda olmadığınızda dair belgeleri sözleşmeden önce sunmaması" başlıklı 17.6.1 inci maddesi ile devam eden maddelerinde,

"17.6.1 İhale Uygulama Yönetmeliklerinin "İhale dışı bırakılma" başlıklı maddelerinde; İhale üzerinde kalan istekliden, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (Değişik ibare: 20/4/2011-27911 R.G./ 11. md.) (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığınızda dair belgelerin sözleşme imzalanmadan önce istenilmesinin zorunlu olduğu ve bu belgelerin, ihale usulüne göre son başvuru ve/veya ihale tarihinde isteklinin anılan bentlerde belirtilen durumlarda olmadığınızda göstermesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

17.6.1.1. (Değişik : 20/4/2011-27911 R.G./ 11. md.)İhale üzerinde kalan gerçek veya tüzel kişi isteklinin ya da ortak girişimin ortaklarından en az birinin yabancı istekli olması durumunda, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığınızda dair belgelerin sunulması ile sözleşmenin imzalanmasına ilişkin diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi için idare tarafından sözleşmeye davet yazısının tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yirmiki gün süre verilmesi gerekmektedir. İdarelerce sözleşmeye davet amacıyla kullanılan "Üzerine İhale Yapılan İsteklinin Sözleşmeye Davet Edilmesine İlişkin Formda", ihale üzerinde kalan isteklinin yerli veya yabancı istekli olması durumu dikkate alınarak on günlük ya da yirmiki günlük sürenin seçilmesi gerekmektedir.17.6.2.İhale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığınızda dair belgeleri veya kesin teminatı vermemesi ya da sözleşme imzalanmaması durumunda, Kanunun 44 üncü maddesi hükümlerine göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının, ihale tekliflisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilecektir.

17.6.2.1.Anılan belgelerin isteklilerin "son başvuru ve/veya ihale tarihindeki" durumunu göstermesi gerektiğinden, isteklilerin ilgili idarelere (vergi daireleri, sosyal güvenlik il müdürlükleri vb.) yaptığı başvurularda bu belgeleri son başvuru ve/veya ihale tarihindeki durumlarını gösterecek şekilde belgeleri düzenleyerek vermeleri gerekmektedir.

17.6.3. 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentleri gereğince, ihaleye katılan isteklinin teklifinin başka bir sebeple değerlendirme dışı bırakılıp bırakılmadığı, bu isteklinin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olup olmadığı veya ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, isteklilerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlarının bulunduğuun anlaşılması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, ancak haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.

17.6.4.İhale üzerinde kalmasına rağmen süresi içinde sözleşme imzalamaya gelmeyenlerin ise Kamu İhale Kanununun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve anılan Kanunun 58 inci maddesi uyarınca kamu ihalelerinden yasaklanması gerekmektedir. Bu çerçevede; sözleşme imzalamaya davet edilen istekli tarafından taahhüt edilen hususlara ilişkin yukarıda belirtilen belgelerin sözleşme imzalamaya süresi içinde sunulmaması halinde, bu istekli hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar" kapsamında değerlendirme yapılacak ve ayrıca anılan Kanunun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatı gelir kaydedilecektir. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine ilişkin belgelerin ihale üzerinde kalan istekli tarafından ilgili yerlerden temin edilerek süresi içerisinde ihaleyi yapan idareye sunulması ve bu belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiğinin anlaşılması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, fakat haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir." açıklaması yer almaktadır.

Aktarılan mevzuat hüküm ve açıklamaları çerçevesinde ihale tarihi itibarıyla 5.000 TL'yi aşan tutardaki borçların vergi borcu olarak kabul edileceği ve kesinleşmiş vergi borcu bulunanların ihaleye iştirak edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde "ortak girişim" "İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar" olarak tanımlanmış olup, aynı Kanun'un "Ortak girişimler" başlıklı 14'üncü maddesinde de İş Ortaklığı üyelerinin hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere ortaklık yaptıkları ve İş Ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarının belirtileceği hükmüne yer verildiği anlaşılmıştır.

Buradan hareketle ihale tarihi itibarıyla ihale üzerinde bırakılan İş Ortaklığı'nın ortaklarından Kemal Gümüştekin'in 4.518,23 TL ve Kurar İnş. Taah. Petr. Ürün. Nak. Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin 3.554,90 TL'lik kesinleşmiş vergi borcu bulunduğu, her ne kadar anılan İş Ortaklığı'nın hem pilot ve hem de özel ortağına ait toplamda 5.000 TL'yi geçen miktarda vergi borcu olduğu anlaşılmış olsa da vergi mükellefiyetinin ancak gerçek veya tüzel kişiye ait olabileceğinden hareketle ve İş Ortaklığı'nın gerçek ve tüzel kişiliğe haiz olmadığı dikkate alındığında mevcut durumda her bir ortağın vergi borcunun ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği, her iki firmanın ihale öncesindeki vergi borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumluluğun olmayacağı, bu sorumluluğun sözleşme imzalandıktan sonrasında taahhüdün yerine getirilmesinde gündeme geleceği, dolayısıyla her iki firmanın ayrı ayrı 5.000 TL'nin altındaki vergi borcunun ihaleye girmeye ve sözleşmenin imzalanmasına engel teşkil etmeyeceği anlaşılmıştır.

Bu itibarla idarece ihale üzerinde bırakılan İş Ortaklığı ile toplanadaki vergi borcunun 5.000 TL'yi aşması sebebiyle sözleşme imzalanmamasının mevzuata uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale üzerinde bırakılan İş Ortaklığı'nın sözleşme yapmaya engel nitelikte vergi borcu olmadığı kabul edilmek suretiyle bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,
Öybirliği ile karar verildi.