

ihaleye katılan firmanın iş deneyime sahip şirketi devralma şeklinde birleştiği ve iş deneyim belgesi sahibi olan şirketin devrolunan şirket konumunda olduğu anlaşıldığından, belge sahibi şirketin en az bir yıldır devralan şirketin yarısından fazla hissesine sahip olması şartının aranmayacağı hk (Danıştay K)

ihaleye katılan firmanın iş deneyime sahip şirketi devralma şeklinde birleştiği ve iş deneyim belgesi sahibi olan şirketin devrolunan şirket konumunda olduğu anlaşıldığından, belge sahibi şirketin en az bir yıldır

Toplantı No	: 2023/021
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 29.03.2023
Karar No	: 2023/MK-64

BASVURU SAHİBİ:

Danış Yapı Madencilik Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

İZBETON-İZMİR BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ BETON VE ASFALT ENERJİ ÜRETİM VE DAĞITIM TESİSLERİ SU KANALİZASYON TİCARET VE SANAYİ ANONİM ŞİRKETİ

BASVURUYA KONU İHALE:

2022/466303 İhale Kayıt Numaralı “İZBETON A.Ş. TAŞ OCAĞINDAN MUHTELİF EBATLARDA AGREGA, BALAST VE PLENT-MİKS TEMEL MALZEME ÜRETİLMESİ İŞİ” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

İzbecon-İzmir Büyükşehir Belediyesi Beton ve Asfalt Enerji Üretim ve Dağıtım Tesisleri Su Kanalizasyon Tic. ve San. A.Ş. tarafından 28.06.2022 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “İzbecon A.Ş. Taş Ocağından Muhtelef Ebatlarda Agreg, Balast ve Plent-Miks Temel Malzeme Üretilmesi İşi” ihalesine ilişkin olarak Danış Yapı Mad. San. ve Tic. A.Ş. tarafından itirâzen şikâyet başvurusunda bulunulmuş ve Kurulca alınan 10.08.2022 tarihli ve 2022/UY.I-962 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirâzen şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle, Danış Yapı Mad. San. ve Tic. A.Ş. tarafından açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 27.10.2022 tarih ve E:2022/2043, K:2022/1762 sayılı kararı ile 1/(d) iddiası yönünden “dava konusu işlemin iptaline” karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararının uygulanmasını teminen alınan 23.11.2022 tarih ve 2022/MK-326 sayılı Kurul kararı ile “1- Kamu İhale Kurulunun 10.08.2022 tarihli ve 2022/UY.I-962 sayılı kararının 1’inci iddianın (d) bölümü ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine,” karar verilmiştir.

Ankara 10. İdare Mahkemesi’nin söz konusu kararı neticesinde Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesinin 12.01.2023 tarih ve E:2022/4686, K:2023/87 sayılı kararı ile “...6102 sayılı Kanun’da yer alan birleşmeye ilişkin kurallar incelendiğinde ise, ticaret şirketlerinde bir yapı değişikliği türü olan birleşmenin, birden fazla şirketin, akdolan birleşme sözleşmesine istinaden, birleşmeye katılan bir şirket bünyesinde veya yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmelerini ve yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirket dışında kalan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesi sonucunu doğuran bir hukukî müessese olduğu; devralma şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketlerden birinin bünyesinde, diğer şirket ya da şirketlerin bir araya geldiği; birleşmenin türüne göre yapılacak işlemlerin bazı farklılıklar içermekle birlikte, doğrudukları sonuçların benzerlik arz ettiği; devrolunan şirketin, birleşmeyle birlikte sona erdiği ve ticaret sicilinden silindiği (TTK m. 136/4), Kanunun bu açık hükmü kapsamında birleşmenin devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olduğunda tereddüt olmadığı; birleşmenin, devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olmasına rağmen, bu şirketin tasfiyesine gidilmediği; birleşmeyle, devralan şirketin, devrolunan şirketin mal varlığını (alacak, borç, taşınır, taşınmaz vs.) bir bütün hâlinde devralacağı (TTK m. 136/4); dolayısıyla birleşmenin, devrolunan şirket açısından tasfiyesiz sona erme hâli oluşturduğu; devrolunan şirkete ait hak sahipliği, borçlu gibi sıfatların, kendiliğinden devralan şirkete geçeceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 19/10/2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı Kurul kararında; şirketler hukukunun temel ilkelerinden birinin var olan işletmeleri malvarlığı değerlerince korumak ve işletmelerin devamlılığını sağlamak olduğu, Türk Ticaret Kanunu’na göre ticaret şirketlerinin birleşmesinde birleşen şirketlerin daha güçlü bir sermaye yapısına kavuşma amacına yönelik olarak, dağılan şirketlerin ortakları ile malvarlığı (işletmesi) arasındaki hukukî ilişkinin gerçekte sona erdirilmek istenmediği, aksine devralan veya yeni kurulan şirket aracılığıyla sürdürülmek istendiği, bu tür birleşmelerde, birleşme işlemleri sonucunda bütün hak, alacak, borç, insan kaynakları, makine ve ekipman ile deneyim v.b. unsurların külli halefiyet ilkesi gereği eş zamanlı ve kendiliğinden devralan veya yeni kurulan şirkete geçeceği, devrolunan şirketlerin tasfiye olmadan sona ereceği, ayrıca, sona eren şirketin ya da şirketlerin pay sahiplerinin, birleşme sözleşmesinde öngörülen oranlarda devralan ya da yeni kurulan şirketin pay sahibi olacağı gerekçelerine yer verilmek suretiyle, devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren şirket/şirketlere ait iş deneyim belgelerinin, bilanço ve ciro değerlerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, iki şirketin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereği devralma şeklinde birleşmelerinden sonra, devrolunan şirkete ait olan iş deneyim belgesinin, devralan şirket tarafından kullanılıp kullanılamayacağına ilişkindir.

İhale üzerinde bırakılan iş ortaklığının pilot ortağı Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş. tarafından iş deneyimini tevşik etmek üzere DSİ Barajlar ve Hes Dairesi Başkanlığı’nca Yüzener İnşaat Nakliye Taahhüt Turizm Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. adına düzenlenen alt yüklenici iş bitirme belgesi sunulmuştur. 22/10/2021 tarih ve 10436 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde yer alan ilana göre, Yüzener İnşaat Nakliye Taahhüt Turizm Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’nin birleşme yoluyla Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş.’ye devrolunduğu ve bu hususun 20/10/2021 tarihinde tescil edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca iki şirket arasında gerçekleşen devralma şeklinde birleşmeye ilişkin bilgileri içeren anılan Ticaret Sicili Gazetesinin bir örneğinin de iş ortaklığı tarafından teflik dosyasında sunulduğu görülmektedir.

İş deneyim belgesi sahibi olan Yüzener İnşaat Nakliye Taahhüt Turizm Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’nin, “devrolunan” şirket olarak, devralma şeklinde birleşme yoluyla iş ortaklığının pilot ortağı olan Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş. ile birleştiği, birleşmeyle, devralan şirket olan pilot ortağın iş deneyim belgesi sahibi olan devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devraldığı, birleşmeyle devrolunan iş deneyim belgesi sahibi olan şirketin tüzel kişiliğinin sona ererek ticaret sicilinden silindiği, birleşmenin ticaret siciline tescili ile tescil anında, devrolunan iş deneyim belgesi sahibi şirketin bütün aktif ve pasifinin kendiliğinden devralan şirket olan pilot ortağı geçtiği anlaşıldığından, belge sahiplerinin kendilerinden ayrı bir kişiliğe sahip olarak kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıllık süre aranmasına ilişkin 4734 sayılı Kanun’un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kural, devrolunan şirkete ait iş deneyim belgesinin devralan şirket olan Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş. tarafından kullanılabilmesine engel teşkil etmemektedir. Başka bir anlatımla, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak gerçekleşen birleşme sonrasında, devrolunan şirketin sahip olduğu iş deneyim belgesi ve bu belgeyi kullanma hakkı devralan şirkete intikal etmektedir.

Öte yandan, birleşmenin Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş. bünyesinde değil de Yüzener İnşaat Nakliye Taahhüt Turizm Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. bünyesinde gerçekleşmesi durumunda kullanılabilecek iş deneyim belgesinin, birleşmenin müdahil şirketlerden Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş. bünyesinde gerçekleştiğinden bahisle kullanılamayacağı sonucuna varmak, 4734 sayılı Kanun’un iş deneyim belgesine yüklediği fonksiyona da aykırı olacaktır. Bu itibarla, Mete Altyapı İnşaat Ticaret A.Ş. tarafından Yüzener İnşaat Nakliye Taahhüt Turizm Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’ye ait iş deneyim belgesinin kullanılabilmesinde, anılan iki şirketin devralma şeklinde birleştiği ve iş deneyim belgesi sahibi olan şirketin devrolunan şirket konumunda olduğu anlaşıldığından, belge sahibi şirketin en az bir yıldır devralan şirketin yarısından fazla hissesine sahip olması şartının aranmayacağı sonucuna varıldığından, bu dava konusu Kurul kararının 1 (d) iddiasına ilişkin kısmında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır...” gerekçesine yer verilerek Ankara 10. İdare Mahkemesinin 27/10/2022 tarih ve E:2022/2043, K:2022/1762 sayılı kararının 1/(d) iddiasına ilişkin kısmının bozulmasına 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 hükmüne 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 gün geçmeyeceği 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 edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 23.11.2022 tarih ve 2022/MK-326 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Danıştay kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 10.08.2022 tarihli ve 2022/UY.I-962 sayılı kararının hukuki geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.

devralan ŗirketin yarısından fazla hissesine sahip olması
ŗartının aranmayacağı hk (Danıŗtay K)