

ihalede iş deneyim belgesini sunduğu ortağın şirketi yönetim kurulu üyesi olarak temsile yetkili olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de davaya konu Kurul kararı, bahsi geçen sehven yayım hakkında yapılan bir değerlendirmeye binaen alınan bir karar olmayıp, itirazen şikayet başvurusunda değinilen hususlar üzerinde gerçekleştirilen sınırlı incelemeye istinaden alınan bir karardır(Danıştay K1)

ihalede iş deneyim belgesini

sunduğu ortağın şirketi yönetim kurulu üyesi olarak temsile yetkili olması

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2022/4873 K.

2022/2787 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/2787

Karar No:2022/4873

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) : 1- ... Sanayi Ticaret Ltd. Şti.

2- ... Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Karayolları ... Bölge Müdürlüğü'nce 24/08/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen “Adapazarı Kavşağı- Gümüşova Arası Tem Otoyolu ve Bağlantı Yolları Üstyapı İyileştirmesi ve Büyük Onarım İnşaatı Yapım İşi” ihalesine yönelik olarak davacı iş ortaklığı tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce

verilen kararda; Davacının 1. iddiası yönünden;

İhaleyi yapan idarece 18/12/2020 tarihli yazı ile istekliden pay defterinin sunulmasının istenmediği, ihale ilan tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre de istekli tarafından pay defteri sunulması zorunluğunun bulunmadığı, dolayısıyla sunulması zorunlu olmayan söz konusu belgelerin, sunulmuş olsa dahi belgelerin sunulmuş şekline uygunluğuna yönelik bir değerlendirme yapılmasına imkân ve gerek bulunmadığı, öte yandan, davalı idarece ... İnşaat Nakliye Temizlik İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'den (... Petrol) tüzel kişiliğin ortaklarını ve ortaklık oranlarını gösteren pay defterinin tamamının (boş sayfalar dahil) ve yönetim kurulu karar defterinin asılları veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerinin gönderilmesinin istenildiği, anılan istekli tarafından gönderilen pay defterleri incelendiğinde, anılan şirketin ortaklarına ve ortaklık oranlarına ilişkin bilgilerin, isteklinin yeterlik bilgileri tablosunda beyan edilen bilgilerle uyumlu olduğunun anlaşıldığı belirtilerek, dava konusu işlemden bu yönden hukuka aykırılık görülmediği;

Davacının 2. iddiası yönünden;

Mahkemenin 01/02/2022 tarihli ara kararına gönderilen 10/02/2022 havale tarih ve 2515 sayılı yazı ile yazıya ekli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin 10/04/2019 tarih ve 9806 sayısının 933. sayfasında, ...'ın sehven 07/02/2020 tarihi olarak yazılan yetki bitiş süresinin 25/03/2022 tarihi olarak düzeltiltiği bilgisine yer verildiği, Türk Ticaret Kanunu'na göre ticaret şirketlerinin yönetiminde kişilere kanuni çerçevede serbestlik tanındığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle de özel teşebbüs kurma ve idare etme hakkının güvence altına alındığı, ticaret şirketinin yöneticilerini belirleme ve seçme hususunda serbestisinin bulunduğu, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin 10/04/2019 tarih ve 9806 sayısının 933. sayfasında, ...'ın 25/03/2022 tarihine kadar şirket yetkilisi olarak görev yapacağını belirttiği anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun

bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, ... tarafından idareye sunulan pay defteri ve hazirun cetvellerinin belgelerin sunuluş şekline aykırı olarak SMMM onaylı olduğu, tüm sayfaların sunulmadığı, belgelerde yer alan bilgilerin yeterlik bilgileri tablosunda beyan edilen bilgilerle uyuşmadığı ve ...'ün yönetim kurulu üyesi olan ...'ın yönetim kurulu üyeliği ve işletme müdürlüğü görevinin 07/02/2020 tarihinde sona erdiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, temsile ve yönetime yetkili olan ortağa ait iş deneyim belgesinin sunulması halinde, ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak bu şartların korunduğunu gösteren ortaklık tespit belgesinin sunulmasının zorunlu olduğu, itirazın şikayet başvuru dilekçesinde ise, ortaklık tespit belgesinin mevzuata aykırı düzenlendiğine ilişkin açık bir iddianın bulunmadığı, mevzuat gereğince başvuru sahibinin iddialarına hasretmek suretiyle sınırlı inceleme yapıldığı, yönetim ve temsil yetkisinin en az bir yıldır devam etmesi gerektiğine yönelik şartın yerine getirilmediğine ilişkin açık bir itirazda bulunulmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY:

1-) Karayolları Genel Müdürlüğü 1. Bölge Müdürlüğü tarafından 24/08/2020 tarihinde açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "Adapazarı Kavşağı- Gümüşova Arası Tem Otoyolu ve Bağlantı Yolları Üstyapı İyileştirmesi ve Büyük Onarım İnşaatı Yapım İşi" ihalesine 35 istekli geçerli teklif sunmuş,13/01/2021 tarihli birinci ihale komisyonu kararıyla dava dışı ... Mat Madencilik Asfalt Ticaret ve Sanayi A.Ş. unvanlı istekli en avantajlı teklif sahibi, dava dışı ... ise en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenmiştir.

2-) ... Hafriyat İnşaat Nakliye Temizlik İthalat İhracat San. ve Tic. A.Ş. tarafından, 17/03/2021 tarihinde davalı idareye itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, yapılan inceleme neticesinde tesis olunan ... tarihli ve ... sayılı ve ... tarihli ve ... Kurul kararı ile ...'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir.

3-) Söz konusu kararın uygulanması amacıyla alınan 01/04/2021 tarihli ikinci ihale komisyonu kararı ile ... en avantajlı teklif sahibi, davacıların oluşturduğu iş ortaklığı ise en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenmiştir.

4-) Aktarılan süreç sonrasında davacı şirketler tarafından 12/04/2021 tarihinde yapılan şikâyet başvurusunun, ihaleyi gerçekleştiren idarenin 22/04/2021 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince ... tarih ve ... sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 28/04/2021 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, ... tarih ve ... sayılı Kurul kararı ile davacı şirketlerin yaptığı başvurunun süre yönünden reddine karar verilmiş, anılan Kurul kararının 1. ve 2. iddiaları yönünden iptali istemiyle açılan davada ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararı ile "...itirazın şikâyet başvurusunun esasının incelenmesi gerekirken, davalı Kurumca başvurunun süre yönünden reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varıldığı" gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiş, anılan karar Dairemizin 13/10/2021 tarih ve E:2021/801, K:2021/905 sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir.

5-) Bunun üzerine, davalı idare tarafından Mahkeme kararının uygulanmasını teminen alınan ... tarih ve ... sayılı Kurul kararı ile ... tarih ve ... sayılı kararda yer alan 1. ve 2. iddiaların yeniden incelenmesine karar verilmiştir.

6-) Yapılan inceleme neticesinde tesis olunan dava konusu Kurul kararı ile itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiş, bunun üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında, "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler." kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "İhaleye katılımda yeterlilik kuralları" başlıklı 10. maddesinde, "... (Değişik üçüncü cümle: 17/1/2019-7161/30 md.) İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması ve bu sürede bu Kanuna göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olması, bu şartların her ihalede aranması ve teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi zorunludur." kuralına yer verilmiştir.

Uyuşmazlık konusu ihale tarihinde yürürlükte olan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İş deneyimini gösteren belgeler" başlıklı 39. maddesinin 9. fıkrasında, "Tüzel kişi tarafından iş deneyimini göstermek üzere sunulan belgenin, tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait olması hâlinde; ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları veya serbest

muhasebeci, yeminli mali müşavir ya da serbest muhasebeci mali müşavir tarafından, ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak bu şartın korunduğunu gösteren belgenin sunulması zorunludur. “İş deneyim belgelerinin verilmesi” başlıklı 47. maddesinde, “...(6) İş bitirme, iş durum, iş denetleme ve iş yönetme belgeleri, belge sahibi gerçek veya tüzel kişiler dışındaki aday ve istekli tarafından kullanılamaz, devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde; en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları ve teminat süresince (kesin kabule kadar) bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur...” kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Davacılar tarafından itirazın şikâyet başvurusunda temel olarak iki iddia ileri sürülmüş ve Mahkemece bu iki iddia üzerinden hukuki değerlendirme yapılmış olmakla birlikte, itirazın şikâyet başvurusunda yer verilen birinci iddianın temyiz başvurusuna konu yapılmadığı anlaşıldığından, itirazın şikâyet dilekçesinde yer alan ikinci iddia ile sınırlı olarak temyiz incelemesi yapılmıştır.

Aktarılan kamu ihale mevzuatı hükümlerinden, iş bitirme suretiyle elde edilecek belgelerin, belge sahibi kişi veya kuruluşlar dışındaki istekliler tarafından kullanılamayacağı, belge sahibinin ortağı olduğu tüzel kişiler tarafından iş deneyim belgesinin kullanılabilmesi için, belge sahibi ortağın ihale veya son başvuru tarihinden geriye doğru en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olma ve bu sürede ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olma şartlarını birlikte sağlaması ve ayrıca bu durumu tevsik edici belgelerin teklif kapsamında sunulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Tüzel kişiler tarafından iş deneyim belgesi sunulan durumlarda da iş deneyimi belgesi sunulan ortağın, geriye doğru en az bir yıldır o tüzel kişinin yarısından fazla hissesine sahip olması

şartı aranmış, böylece ihaleye teklif vermek isteyen fakat ihale konusu iş için aranan iş deneyimine sahip olmayan tüzel kişinin, deneyim belgesine sahip kişileri ihalelerden kısa bir süre önce ortak olarak almak ve bu yolla iş deneyim şartını sonradan sağlamak suretiyle bu belgelerin devrine ilişkin yasağın aşılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Davacıların, "... Harfiyat İnşaat Nakliye Temizlik İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yönetim kurulu üyesi olan ...'ın yönetim kurulu üyeliği ve işletme müdürlüğü görevinin 07/02/2020 tarihinde sona erdiği" yönündeki ikinci iddiasının, Kurul tarafından, "anılan istekli tarafından yeterlik bilgileri tablosunda yönetimdeki kişilere ilişkin beyan edilen bilgi ve belgelerin ihale tarihi itibarıyla şirketin yöneticilerinin son durumunu gösterdiği, beyan edilen bilgi ve sunulan belgelerde kamu ihale mevzuatına aykırılık bulunmadığı" belirtilmek suretiyle reddedildiği görülmektedir.

Davaya konu Kurul kararında, "başvuruya konu şirketin yeterlik bilgileri tablosunda yönetimdeki kişilere ilişkin beyan edilen bilgi ve belgelerin ihale tarihi itibarıyla şirketin yöneticilerinin son durumunu gösterdiği" gerekçesiyle itirazın şikayet başvurusu reddedilmiş ise de başvuru sahibinin idareye yaptığı şikayet başvurusu dilekçesinde yer verdiği iddia irdelendiğinde, başvuru maksadının ...'ün son ortaklık durumunun ihale kapsamında tüzel kişiliğinin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlilerin son durumunu belirtmek amacıyla sunulan belgelerde ve Ticaret Sicili Gazeteleri'nde yer alan bilgilerle uyumlu olmadığı yönünde olmayıp, ihale tarihinden geriye doğru son bir yıldır şirketi temsile ve yönetime yetkili olma şartını sağlamadığı hususuna yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Bu doğrultuda, ihaleye sunulan iş deneyim belgesinin sahibi olan ...'ın, ihale tarihi itibarıyla "en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olma" şartını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekmektedir.

... ile ilgili Ticaret Sicili Gazeteleri'nin ve dosyadaki diğer belgelerin incelenmesinden, 10/04/2019 tarih ve 9806 sayılı Ticaret Sicili Gazetesinde, "Yönetim Kurulu/Yetkililer"

başlığı altında “..... 07/02/2020 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiştir”, “Yeni atanan temsilciler” başlığı altında “... ..; 07/02/2020 tarihine kadar (Teknik Müdür) temsile yetkili olarak seçilmiştir.”, “Yetki şekli: Sınırlı yetkilidir.” ibaresinin yer aldığı anlaşılmıştır.

Adı geçenin ... tarih ve ... no.lu Yönetim Kurulu kararında “yönetim kurulu üyesi ve temsile yetkili işletme müdürü olarak seçilmesine” karar verildiğinin, bu yönetim kurulu kararı dayanak alınarak yapılan 10/04/2019 tarih ve 9806 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi’ndeki ilanda da belirtilen hususlara yer verildiği birlikte değerlendirildiğinde, iş deneyim belgesi sahibi bir şahsın ortak olacağı tüzel kişi şirketin ihaleye katılabilmesi için, bu belge sahibinin en az bir yıldır şirketin yarısından fazla hissesine sahip olması zorunlu olduğundan, ... tarafından, iş deneyim belgesini sunduğu ortağının 4734 sayılı Kanun’un 10. maddesinde belirtilen en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olma şartını sağladığı görülmekle birlikte, ihale tarihinden geriye doğru son bir yıldır şirketi temsile ve yönetime yetkili olma şartını sağlamadığı anlaşıldığından, ... tarafından sunulan teklifin geçerli bir teklif olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Her ne kadar Mahkemece iş deneyim belgesi kullanılan ...’ın “10/02/2022 havale tarih ve 2515 sayılı yazı ile yazıya ekli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nin 10/04/2019 tarih ve 9806 sayısının 933. sayfasında, ...’ın sehven 07/02/2020 tarihi olarak yazılan yetki bitiş süresinin 25/03/2022 tarihi olarak düzeltildiği ve şirketi yönetim kurulu üyesi olarak temsile yetkili olduğu” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; davaya konu Kurul kararı, bahsi geçen sehven yayım hakkında yapılan bir değerlendirmeye binaen alınan bir karar olmayıp, itirazın şikâyet başvurusunda değinilen hususlar üzerinde gerçekleştirilen sınırlı incelemeye istinaden alınan bir karardır.

Bu itibarla, davacıların itirazın şikâyet başvurusunun reddi yönünde eksik incelemeye dayalı olarak alınan Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi

kararında ise hukukî isabet görülmemiřtir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,
3. Kurul kararında yer alan ikinci iddia yönünden DAVA KONUSU İşLEMİN İPTALİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz yargılama giderleri toplamı ...-TL'nin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine;
5. ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari  cret Tarifesi uyarınca ...-TL vek let ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,
6. Posta giderleri avansından artan tutar ile istemi hâlinde kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davacıya iadesine,
7. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
8. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 20/12/2022 tarihinde oybirliğıyle karar verildi.

