

ihalelere katılan firmaların
idareler dışında yurt dışında
gerçekleştirilen işler için
düzenlenen iş bitirme
belgelerinin belge sahibi
tarafından veya pay
çoğunluğuna dayanarak kurulan
şirketler topluluğu ilişkisi
içinde kullanılabileceği hk
(Danıştay K)

ihalelere katılan firmaların
idareler dışında yurt dışında
gerçekleştirilen işler için
düzenlenen iş bitirme
belgelerinin belge sahibi
tarafından veya pay
çoğunluğuna dayanarak kurulan

şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabileceği

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2019/3179

Karar No : 2020/3699

DAVACI : ... İnşaat Altyapı Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.

VEKİLLERİ : Av. ...

DAVALI : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

DAVANIN KONUSU :

1. 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin,

1. 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesiyle Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne eklenen 48/A maddesinin 1. fıkrasında

geçen “veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195. maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak” ibaresinin iptali, 2. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 7161 sayılı Kanun’la değişik 10. maddesinde yer alan “Bu belgelerin, şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir.” cümlesinin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 10. maddesinde yapılan değişiklikle, yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgelerinin sahibi dışında kullanılması için belge sahibi ile belgeyi kullanan kişi arasında şirketler topluluğu ilişkisinin olması gerektiği kuralının getirildiği, şirketler topluluğu tanımının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195. maddesinde yapıldığı, ticaret şirketleri arasında hakimlik-bağıllık ilişkisine göre oluşan şirketler topluluğu ilişkisinin altı farklı şekilde kurulduğu, herhangi bir kanunda “şirketler topluluğu” terimine atıf yapılması hâlinde 6102 sayılı Kanun’un tanımladığı yasal çerçevenin esas alınması gerektiği, dava konusu düzenlemede sadece pay çoğunluğu durumuna ilişkin olarak şirketler topluluğu ilişkisine yer verildiği,

şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde sayılan diğer durumlara ise yer verilmediği, Kurumun düzenleme yetkisinin, kanunda tanımlanan terimlerin aksine bir düzenleme yapılmasına imkân sağlamadığı, şirketler topluluğu ilişkisi içinde olup, 4734 sayılı Kanun’a göre ihaleye katılabilecekken anılan Kanun’a aykırı Yönetmelik kuralı nedeniyle ihaleye teklif veremeyen çok sayıda isteklinin bulunduğu,

isteklilerin ekonomik faaliyetlerinin engellendiği gibi ihalelerdeki eşit muamele ve rekabet ilkelerinin de

zedelendiği, davaya konu düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu; şirketler topluluğunda sadece pay çoğunluğuna sahip şirketin kamu ihalelerine girme yetkisine sahip olacağına ilişkin düzenlemenin sürekli, soyut, nesnel, genel kişilik dışı düzenleme yapma yetkisine sahip Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu, iş deneyim belgelerinin şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin Kuruma verilmesi yönündeki düzenlemeyle davalı idareye muhtar bir yönetmelik yetkisi verildiği, bu durumun Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

DAVALININ SAVUNMASI :

Öncelikle, usule ilişkin olarak, davacı şirketin Türkiye'de kurulduğu, yerli istekli konumunda kendisine ya da yarıdan fazla hissesine sahip ortaklarına ait iş deneyim belgelerini kullanabileceği, şirketin bizzat sahip olduğu yurt dışı iş deneyim belgelerine sınırlama getirilmediği, hakim ortak olması hâlinde şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde de ortağına ait yurt dışı iş deneyim belgelerini kullanabilmesinin mümkün olduğu, menfaati ihlâl edilmediğinden davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği ileri sürülmüştür.

Esasa ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'da, yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler ile Kanun kapsamındaki idareler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler şeklinde ikili ayrıma gidildiği, ilgili mevzuat çerçevesinde, yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işlere ilişkin belgelerin, bu belge sahiplerinin kuracağı veya ortak olacağı tüzel kişilerin en az 1 yıldır % 50'sinden fazla hissesine sahip olmaları ve bu sürede sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olmaları kaydıyla kullanılabileceği;

Kanun kapsamındaki idareler dışında yurt dışında

gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgelerinin ise uygulama yönetmelikleri uyarınca kullanılabileceğinin anlaşıldığı; Kanun maddesinin gerekçesinde, tüzel kişinin ortağına ait belgeleri kullanabilme şartlarına ilişkin uygulamada ortaya çıkan ve rekabet ortamını bozan sonuçların ortadan kaldırılması ve belge sahiplerinin sorumlu olarak tecrübe ve birikimlerini doğrudan tüzel kişiye ve ihale konusu işe yansıtmasını sağlamak amacıyla belgesi kullanılan ortağın tüzel kişiliği temsile ve yönetime yetkili olması şartı getirildiği, Kanun kapsamındaki idareler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerin tüzel kişiler tarafından hangi şartlarda kullanılabileceğine ilişkin usul ve esasları belirlemeye ilişkin olarak Kuruma yetki verildiği,

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yapılan değişiklik üzerine Yönetmeliğin dava konusu 48/A maddesinde, Kanun kapsamındaki idareler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgelerinin belge sahibi tarafından veya pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabileceğinin belirtildiği, iş bitirme belgesinin bu madde kapsamındaki şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılması, ancak hakim şirketin bağlı şirketin belgesini kullanması hâlinde mümkün olduğu, bağlı şirketlerin herhangi bir hukukî ilişkiye dayanarak hakim şirketin belgesini kullanamayacağı kuralına yer verildiği, Kanun'un 53. maddesinin (b) bendinin (2) nolu alt bendi uyarınca Kanun'a ilişkin mevzuatı hazırlamanın Kurumun yetki ve görevinde sayıldığı,

Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kanun'un 10. maddesinde iş bitirme belgelerinin şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurumun yetkili olduğu düzenlemesinden hareketle anılan hususa ilişkin sınırları belirleme yetkisinin de Kuruma bırakıldığının açık olduğu, 4734 sayılı Kanun'un ihalelere

katılmaktan yasaklamaya ilişkin 58. maddesinde olduğu gibi, Kanun'un genel sistemiği çerçevesinde pay çoğunluğuna dayalı ortaklıklar göz önüne alınarak düzenlemenin tesis edildiği, davaya konu Yönetmelik maddesinin hukuka uygun olduğu savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ :

Davanın reddi gerektiği düşünölmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ...'IN DÜŞÜNCESİ :

Dava, 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 7. maddesinin ve anılan madde ile değiştirilen 48/A maddesinin 1. fıkrasında geçen "veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak" ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davacı tarafından ileri sürölen ve dava konusu Yönetmeliğin dayanağı 7161 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan "Bu belgelerin, şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir." ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası yerinde görölmeyerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, "Bu Kanun'un amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir."; 5. maddesinde ise, "İdareler, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." kuralına yer verilmiş;

53. maddesinin (a) bendinde, Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu; (b) bendinin (2) no'lu alt bendinde, "Bu Kanun'a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek" Kamu İhale Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmış; Kurum'un, Kurul kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul ve Kurum'un, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı; standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulacağı belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinin üçüncü fıkrasında 18/01/2019 tarihli ve 30659 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesi ile yapılan değişiklik ve ekleme ile "Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetim görevi nedeniyle alınanlarda gerçek kişinin mühendis veya mimar olma şartı aranır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. (Ek ibare: 20/11/2008-5812/3m; Değişik cümle; 17/01/2019-7161/30; yürürlük: 18/03/2020) 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 bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur. (Değişik son cümle: 06/02/2014-6518/46 md.) Denetim ve yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler beşte bir oranında dikkate alınır. Ancak, yapımla ilgili hizmet işlerinden elde edilen belgeler yapım işlerinde kullanılamaz. (Ek cümle:17/01/2019-7161/30; yürürlük:18/05/2019) Bir sözleşme kapsamında gerçekleştirilen iş dolayısıyla düzenlenecek iş deneyim belgelerinin toplam tutarına ve belge verilecek kişilere yönelik sınırlamalar getirmeye Kurum yetkilidir. Kanun kapsamındaki idarelere gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler hariç yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerden sadece iş bitirme belgeleri, belge sahipleri tarafından ve bunların bünyesinde bulundukları şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılabilir. Bu belgelerin, şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir. Ortak girişim olarak ihaleye teklif verilmesi hâlinde yurt dışında gerçekleştirilen işlerden alınan iş bitirme belgesini kullanan belge sahibinin ortak girişimdeki hissesi oranında geçici ve kesin teminat vermesi zorunludur...” hükmüne yer verilmiştir.

Davalı Kurum’a anılan Kanun hükmü ile verilen yetki çerçevesinde hazırlanarak 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 7. maddesiyle, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğine 48/A maddesi eklenmiş anılan maddenin (1) numaralı bendinde “Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler, sadece iş bitirme belgesi niteliğinde olması kaydıyla, belge sahibi tarafından veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195. maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabilir. Belgenin şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılması durumunda, bu

hukuki ilişkinin ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak bu şartın tescil edildiğini ve korunduğunu gösteren belgeyle tevsik edilmesi hakların donması veya hâkimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması durumlarının ortaya çıkmamış olması; bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin usulüne uygun biçimde yapılmış olması gerekir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu kapsamda dava konusu Yönetmelik maddesiyle; Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerin, sadece iş bitirme belgesi niteliğinde olması kaydıyla, belge sahibi tarafından veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Birinci fıkra da öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hakimiyetinin varlığına karinedir.” düzenlemesi gereğince pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabileceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir.

Aktarılan mevzuat hükümlerinden, tüzel kişiliği bulunan şirketlerin ortaklarına ait iş deneyim belgesinin kullanılma şartları bakımından yurt içinde veya kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler ve Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler şeklinde ikili bir ayrıma gidildiği; yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işlerden elde edilen iş deneyimini gösteren belgelerin, bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin en az bir yıldır yarısından fazla hissesine sahip olmaları ve bu sürede 4734 sayılı Kanun’a göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olmaları kaydıyla

kullanılabileceği, Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerden sadece iş bitirme niteliğinde olanların ise, ancak ihale uygulama yönetmeliklerinin ilgili maddeleri uyarınca kullanılabileceği ve bu belgelerin tüzel kişiler tarafından hangi şartlarda kullanılabileceğine dair usul ve esasları belirlemeye ilişkin Kuruma yetki verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu düzenlemenin; dayanağı Kanun maddesinin gerekçesinde tüzel kişinin ortağına ait belgeleri kullanabilme şartlarına ilişkin uygulamada ortaya çıkan ve rekabet ortamını bozan sonuçların kaldırılması ve belge sahiplerinin sorumlu olarak tecrübe ve birikimlerini doğrudan tüzel kişiye ve ihale konusu işe yansıtmasını sağlamak amacıyla belgesi kullanılan ortağın tüzel kişiliği temsile ve yönetime yetkili olması şartı getirildiği belirtildiğinden anılan gerekçe doğrultusunda ve Kanuna uygun olarak yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerin pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabileceğine yönelik düzenleme yapılmasında aynı Kanunla verilen yetkinin kullanımına aykırılık görülmemiştir.

Diğer taraftan dava konusu düzenleme ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ihalelerde, saydamlığın sağlanması, rekabet ortamını bozan sonuçların engellenmesi, ihale

konusu işin ehli olan ve konusunda uzman kişiler marifetiyle yürütölmesi, iş bitirme belgelerinin sembolik ortaklık ilişkileri aracılığıyla kullanılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı da anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu yönetmelik hükümlerinde Kanun'a, kamu yararına ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesince duruşma için taraflara önceden bildirilen 15/12/2020 tarihinde, davacı vekilleri Av. ..., Av. ... ile davacı şirket temsilcisi ...'un ve davalı idare vekili Av. ...'in geldikleri, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Davacı tarafından ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmayarak ve davalı idarenin usule yönelik itirazı geçerli görülmeyle esasın incelenmesine geçildi.

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY:

Bakılan dava, 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin ve 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesiyle Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne eklenen 48/A maddesinin 1. fıkrasında geçen "veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak" ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinde, Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanun'a ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek konusunda görevli ve yetkili olduğu; Kurul kararıyla bu Kanun'un

ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu; Kurul'un ve Kurum'un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı kurala bağlanmıştır.

18/01/2019 tarih ve 30659 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7161 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinde, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan 'veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler' ibaresi 'veya ihale konusu iş ile ilgili cirosunu gösteren belgeler' şeklinde, üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

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.

Bir sözleşme kapsamında gerçekleştirilen iş dolayısıyla düzenlenecek iş deneyim belgelerinin toplam tutarına ve belge verilecek kişilere yönelik sınırlamalar getirmeye Kurum yetkilidir. Kanun kapsamındaki idarelere gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler hariç yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerden sadece iş bitirme belgeleri, belge sahipleri tarafından ve bunların bünyesinde bulundukları şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılabilir. Bu belgelerin, şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir. Ortak girişim olarak ihaleye teklif verilmesi hâlinde yurt dışında gerçekleştirilen işlerden alınan iş

bitirme belgesini kullanan belge sahibinin ortak girişimdeki hissesi oranında geçici ve kesin teminat vermesi zorunludur.”.

7161 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile değişik 4734 sayılı Kanun’un 10. maddesinin gerekçesinde, “Maddeyle isteklilerin mal, hizmet veya yapıma özgü cirolarının ekonomik ve mali yeterliklerinin tespitinde kullanılması imkânı getirilmektedir. Tüzel kişinin ortağına ait belgelerin kullanabilme şartlarına ilişkin uygulamada ortaya çıkan ve rekabet ortamını bozan sonuçların kaldırılması ve belge sahiplerinin sorumlu olarak tecrübe ve birikimlerini doğrudan tüzel kişiye ve ihale konusu işe yansıtmasını sağlamak amacıyla belgesi kullanılan ortağın tüzel kişiliği temsile ve yönetime yetkili olması şartı getirilmektedir. Sözleşme sonucunda düzenlenecek iş deneyim belgelerinin toplam tutarına ve belge verilecek kişilere yönelik sınırlamalar getirmeye ilişkin kuruma yetki verilmiştir. Ayrıca, iş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşlara yurt dışında gerçekleştirilen işler hariç yurt dışı işlere ilişkin iş bitirme belgelerinin ihalelerde kullanılabileceği düzenlenmiş ve bu belgelerin tüzel kişiler tarafından hangi şartlarda kullanılabileceğine ilişkin usul ve esasları belirlemeye ilişkin kuruma yetki verilmiştir.” açıklamasına yer verilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Şirketler topluluğu” başlığı altında yer alan 195. maddesinin 2. fıkrasında, “Birinci fıkroda öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.” kuralına yer verilmiştir.

13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 7. maddesiyle, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’ne 48/A maddesi eklenmiştir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler" başlıklı 48/A maddesinde, "(1) Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler, sadece iş bitirme belgesi niteliğinde olması kaydıyla, belge sahibi tarafından veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabilir. Belgenin şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılması durumunda, bu hukuki ilişkinin ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak bu şartın tescil edildiğini ve korunduğunu gösteren belgeyle tevsik edilmesi; hakların donması veya hakimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması durumlarının ortaya çıkmamış olması; bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin usulüne uygun biçimde yapılmış olması gerekir.

(2) Belgenin bu madde kapsamındaki şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılması, ancak hakim şirketin bağlı şirketin belgesini kullanması halinde mümkündür. Bağlı şirketler herhangi bir hukuki ilişkiye dayanarak hakim şirketin belgesini kullanamazlar.

(3) Bu madde kapsamında düzenlenen iş bitirme belgesini kullanarak yeterlik kriterini sağlayan yüklenicinin, pay çoğunluğuna dayanan şirketler topluluğu ilişkisini teminat süresinin sonuna kadar koruması zorunludur.

(4) Birinci fıkrada düzenlenen hukuki ilişkiyi ve bu ilişkinin süresini tevsik eden belge (Standart Form-KİK031.4/Y- Kanun Kapsamındaki İdarelere Taahhüt Edilenler Dışında Yurt Dışında Gerçekleştirilen İşler İçin Düzenlenen Belgeler Kullanılmasına İlişkin Ortaklık Tespit Belgesi) aday veya istekli tarafından başvuru veya teklif kapsamında sunulur." kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Sözlük anlamı ile “düzenli hâle koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek” olarak tanımlanan “düzenleme”, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise; sürekli, soyut, nesnel, genel (kişilik dışı) durumları belirleyen ve gösteren norm olarak tanımlanmaktadır (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 2017, İstanbul, s. 426).

İdare, Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki ile kural koyma (düzenleme yapma) yetkisine sahiptir. “Kural işlemler” (ya da diğer adıyla genel düzenleyici işlemler), üst hukuk kurallarına uygun olarak hukuk düzenine yeni kural getiren ya da mevcut bir kuralı değiştiren veya kaldıran tek yanlı idarî işlemlerdir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi genel düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığının kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi, başka bir anlatımla, belirtilen nitelikte kurallar konulmuş olması zorunlu olup, bu genel düzenlemelerin üst hukuk kurallarına aykırı hükümler içermemesi gerekir.

7161 sayılı Kanun’un 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un 10. maddesinde yapılan değişiklik, kanun koyucu tarafından tüzel kişiliği bulunan şirketlerin ortaklarına ait iş deneyim belgelerinin kullanılması yönünden ikili bir ayrıma gidilerek, yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işlerden elde edilen belgeler ile Kanun kapsamındaki idarelere gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler hariç olmak üzere yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelere ilişkin olarak farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

Söz konusu değişiklik, kanun koyucu tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelere gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler hariç olmak üzere yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgelerinin

belge sahipleri tarafından ve bunların bünyesinde bulundukları şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde tüzel kişiler tarafından hangi şartlarda kullanılabileceğine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi konusunda Kuruma yetki verilmiştir.

Bu kapsamda, Kurum tarafından 13/06/2019 tarih ve 30800 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 7. maddesiyle Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’ne 48/A maddesi eklenmiş olup, anılan maddede, Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgelerinin, şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

4734 sayılı Kanun’un 53. maddesi uyarınca, Kamu İhale Kurumu, 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanun’un uygulanması konusunda genel düzenleyici işlemler yapma yetkisini haiz olmakla birlikte, kanun koyucu tarafından, 4734 sayılı Kanun’un 7161 sayılı Kanun’la değişik 10. maddesiyle, kanun kapsamı dışındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işlere ilişkin olarak düzenlenen iş bitirme belgelerinin şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde hangi şartlarda kullanılabileceğine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin Kuruma verildiği, davaya konu Yönetmelik kuralının ise, Kurum tarafından bu yetki çerçevesinde, söz konusu belgelerin 6102 sayılı Kanun’un 195. maddesinin 2. fıkrası uyarınca pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu içerisinde kullanılmasına ilişkin olarak sınırlandırılması suretiyle tesis edildiği anlaşıldığından, Yönetmelik kuralında Kanunun lafzı ve amacını aşar bir yön bulunmamaktadır.

Davacı şirket tarafından, 4734 sayılı Kanun’un 7161 sayılı Kanun’la değişik 10. maddesinde, şirketler topluluğu terimine atıf yapılması nedeniyle, iş bitirme belgelerinin 6102 sayılı Kanun’un 195. maddesinde tanımlanan

bütün şirketler topluluğu ilişkileri içerisinde kullanılabilmesi gerektiği hâlde, Yönetmelikte, sadece pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde kullanılabileceği belirtildiğinden, Yönetmelik maddesinde hukuka uygunluk bulunmadığı ileri sürülmüş ise de, 4734 sayılı Kanun'un sistematığının pay çoğunluğu esası üzerine kurulduğu, Kanun'da, yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işlere ilişkin deneyim sahibi tüzel kişilerin ihaleye girebilmesinde ve sermaye şirketlerinin ihalelere katılmaktan yasaklanmasında hisse oranının esas alındığı dikkate alındığında, kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgelerinin pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu içerisinde kullanılması yönündeki kuralın mevcut ihale düzenlemelerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun'un 10. ve 53. maddeleri çerçevesinde verilen yetkiye dayanılarak ve genel ihale prensiplerine uygun olarak düzenlendiği anlaşılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinde ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 48/A maddesinin 1. fıkrasında yer alan "veya 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak" ibaresinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. DAVANIN REDDİNE,
2. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
3. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
4. Posta gideri avansından artan tutarın kararın

- kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine,
5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 16/12/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



ihâl

e