

**şirketler topluluğu
içerisinde bağlı ortak
niteliğinde olduğu anlaşılan
şirket adına iş deneyim
belgesi düzenlenen A.Ş.'nin
ise hâkim ortak niteliğinde
olduğu bağlı ortağın
yurtdışında gerçekleştirdiği
işlerden elde ettiği iş
bitirme belgelerini ihaleye
katılımda kullanabileceği hk**

Toplantı No : 2019/050

Gündem No : 37

Karar Tarihi : 06.11.2019

Karar No : 2019/UY.I-1464

BAŞVURU SAHİBİ:

Dbh Global İnşaat Taah. A.Ş. – Teb Enerji A.Ş.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/380919 İhale Kayıt Numaralı “İtü Ayazağa Yerleşkesi
Öğrenci Merkezi Ek A Blok İnşaatı (2019)” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 16.09.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “İtü Ayazağa Yerleşkesi Öğrenci Merkezi Ek A Blok İnşaatı (2019)” ihalesine ilişkin olarak Dbh Global İnşaat Taah. A.Ş. – Teb Enerji A.Ş. nin 04.10.2019 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 07.10.2019 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 15.10.2019 tarih ve 43514 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 15.10.2019 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2019/1277 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, ihaleye iş ortaklığı olarak katıldıkları ve özel ortak Teb Enerji A.Ş tarafından sunulan iş deneyim belgesinin, özel ortağın en az bir yıldır yarından fazla hissesine sahip olduğu 5H İnşaat Tic. A.Ş. ye ait olduğu, anılan belgenin yurtdışında gerçekleştirilen bir işe ait olduğu ve EKAP kaydının yapıldığı, sunulan belgenin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 22/A.3.1. maddesinin (c) bendine göre başvuru sahibi tarafından kullanılamayacağı gerekçesiyle idarece tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı; öncelikle hak kaybına uğramalarına sebep olan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 48/A maddesinde ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 22/A maddesinde yer alan düzenlemelerin, Türk Ticaret Kanunu'ndaki hâkim şirket ve bağlı şirkete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 195'inci maddesi hükümlerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği, bunun yanı sıra şikâyete konu ihalede tekliflerinin değerlendirmeye alınması yönünde düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10'uncu maddesinde "...(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..." hükmü yer almaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Hâkim ve bağlı şirket" başlıklı 195'inci maddesinde "(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.

Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada 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.

(3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.

(4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

(5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.” hükmü yer almaktadır.

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 13/1/2011 tarihli ve

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 195 inci 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.

(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 hâkim 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.” hükmü yer almaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği’nin 22/A.3. numaralı maddesinde “Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler” maddesinde “22/A.3.1. Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerden sadece iş bitirme niteliğinde olanlar, ancak İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ilgili maddeleri uyarınca kullanılabilir. Anılan belgelerin belge sahibi

dışında bir tüzel kişi tarafından kullanılabilmesi için;

a) Belge sahibi ile belgeyi kullanan aday veya istekli arasındaki hukuki ilişkinin 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 195 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu niteliğinde olması,

b)Anılan hukuki ilişkinin ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az 1 yıldır kurulu bulunması ve tescil edilmesi; hakların donması veya hâkimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması durumlarının ortaya çıkmamış olması; bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin usulüne uygun biçimde yapılmış olması,

c) Belgeyi kullananın hâkim şirket; belgesi kullanılanın bağlı şirket niteliğinde olması” düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinden, bağlı ortak tarafından yurtdışında gerçekleştirilen işlere ait iş bitirme belgelerinin, ihalelere katılımda hâkim ortak tarafından kullanılabilceği, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195’inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince pay çoğunluğunun hâkimiyete karine teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

20.09.2019 tarihli ihale komisyonu kararı incelendiğinde, başvuru sahibinin teklifinin, özel ortak Teb Enerji A.Ş tarafından sunulan iş deneyim belgesinin Kamu İhale Genel Tebliği’nin 22/A.3.1. maddesinin (c) bendindeki şartları taşımadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı görülmüştür.

Başvuru sahibinin, şikâyeteye konu özel ortağın iş deneyimini tevsik etmek üzere ihaleye sunmuş olduğu belgeler incelendiğine, 41252-Y-YDİ-383-2 EKAP kayıt numaralı, 5H İnşaat Tic. A.Ş. adına düzenlenmiş, “Oğuz-Gabala-Köprü Su Boru hattı Projesi” işine ait olduğu, anılan belgenin yurtdışında gerçekleştirilen bir işe ait olduğu ve EKAP kaydının yapıldığı görülmüştür. Yine hâkim ortak-bağlı ortak ilişkisini tevsik

etmek üzere meslek mensubu onaylı Ortaklık Pay defterinin ve ortaklık durumunu gösterir KİK Standart formuna (KİK.031.1/Y) uygun düzenlenmiş belgenin sunulduğu görülmüştür.

İhale işlem dosyasında yer alan belgeler üzerinden yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde, teklifi değerlendirme dışı bırakılan başvuru sahibi iş ortaklığının özel ortağı Teb Enerji A.Ş.'nin, şirketler topluluğu içerisinde bağlı ortak niteliğinde olduğu, adına iş deneyim belgesi düzenlenen 5H İnşaat Tic. A.Ş.'nin ise hâkim ortak niteliğinde olduğu, yukarıda yer alan mevzuat hükümleri çerçevesinde hâkim ortağın, bağlı ortağın yurtdışında gerçekleştirdiği işlerden elde ettiği iş bitirme belgelerini ihaleye katılımda kullanabileceği; tersi durumun, yâni bağlı ortağın hâkim ortak adına düzenlenen iş bitirme belgesini kullanmasının mevzuata uygun olmadığı anlaşıldığından, idarece tesis edilen işlemin mevzuata uygun olduğu ve başvuru sahibinin iddiasının bu yönüyle uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

Diğer yandan, başvuru sahibi itirazın şikâyetinde ayrıca, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 48/A maddesinde ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 22/A maddesinde yer alan düzenlemelerin, Türk Ticaret Kanunu'nun 195'inci maddesi hükümlerine aykırı olduğunu ve bu düzenlemelerin iptal edilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Bu iddianın ihale süreci işlemlerine yönelik olmadığı ve itirazın şikâyet incelemesi konusu olamayacağı anlaşılmıştır. Öte yandan Kurum tarafından tesis edilen düzenleyici nitelikteki işlemlere karşı idari yargılama usulü prensipleri çerçevesinde Danıştay nezdinde dava yolu açıktır.

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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliđi ile karar verildi.