

# Adi ortaklıkların limited şirkete dönüşmesinde ciro ve iş bitirme avantajları

## Adi ortaklıkların limited şirkete dönüşmesinde ciro ve iş bitirme avantajları

İnşaat şirketleri, bazen ihalelere girerken ciro veya iş bitirme belgelerinin yetersiz olması nedeniyle işbirliği yaparak başka firmalarla birlikte hareket etmektedirler. İhaleyi kazandıkları zaman ise genellikle “adi ortaklık” kurmaktadır. Türk Ticaret Kanunu kendi kapsamına giren işlere “ticari iş”, diğerlerine “adi iş”, kendi kapsamındaki ortaklıklara “ticari ortaklık veya şirket” diğerlerine ise “adi ortaklık” demektedir. Burada kullanılan “adi” kelimesi aslında sıradan, olağan anlamında kullanılmaktadır. Bu adi ortaklıklar, KDV, stopaj gibi mükellefiyetleri yerine getirmekte ve adi ortaklık adına fatura kesmektedir. Ancak kâr veya zarar, ortaklara hisseleri oranında paylaştırılarak onların beyannamelerinde gösterilmektedir. Esasen pratik bir uygulamadır. Sadece amaç ve konusunu ilgilendiren iş nedeniyle faaliyet göstermekte, örneğin inşaat işi tamamlandığında ise adi ortaklık sona ermektedir.

Bugüne kadar Kamu İhale Kurumu, iki ortağı da şirket olan adi ortaklıkların tür değiştirerek limited şirkete dönüşmesi işlemlerinde, adi ortaklığın iş bitirmesi yeni oluşan şirkette kullanılamaz demektedir. Bunun gerekçesi olarak da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeleri kapsamında 180. ve 181. maddelerdeki hükümlerini ileri sürerek, bu maddeler içerisinde adi ortaklıklardan hiç bahsedilmediğini ifade etmekteydi.

Kamu İhale Kurumu pek çok kararında “Türk Ticaret Kanunu'nun “IV – Tür değiştirme I. Genel hükümler” başlığı altında yer

alan 180. maddesinde, bir şirketin hukuki şeklini değiştirebileceği ve yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olduğu, 181. maddesinde ise, “Geçerli tür değiştirmeler” başlığı altında sayma yöntemiyle bir sermaye şirketinin dönüşebileceği sermaye şirketi türleri sayılmış, 182 ilâ 193’üncü maddelerde ise tür değiştirmeye ilişkin diğer hususlar düzenlenmiştir. Tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 180 ilâ 193’üncü maddelerde ticari işletmenin tür değiştirmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, genel düzenlemelerden hariç olarak 194’üncü maddesinde özel bir hüküm yer almıştır. Bu şekildeki düzenlemeden kanun koyucunun ticari şirketlerin tür değiştirmesiyle ticari işletmenin tür değiştirmesini aynı nitelikte görmediği anlaşıldığından, doğrudan bir atıf olmadıkça tür değiştiren ticari işletmelere diğer hükümlerin kıyasen uygulanamayacağı ve kamu ihale mevzuatı açısından yeni bir şirket kurma yoluyla oluşan şirketin, ticari işletmenin devamı olduğunun kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır” demektedir. Konu adi ortaklık üzerinden tür değişikliği yapan firmalar tarafından mahkemelere taşınmıştır.

Ankara 5. İdare mahkemesi tarafından 15.05.2017 tarih ve e:2017/436, k:2017/1409 sayılı kararı ile “uyuşmazlık konusu olayda, adına iş deneyim belgesi düzenlenen adi ortaklığın 6098 sayılı türk borçlar kanunu hükümlerine tabi olduğu, 6102 sayılı türk ticaret kanunu uyarınca tahdidi olarak sayılan ticari ortaklıklar arasında yer almadığı ve nevi değişikliğinin sadece 6102 sayılı yasa uyarınca sayma yoluyla belirlenen ortaklıklar arasında yapılabileceği, adi ortaklığın tür değiştirme yoluyla limited şirkete dönüşmeyeceği ve adi ortaklık adına düzenlenen iş deneyim belgesinin limited şirket tarafından kullanılmayacağı değerlendirilmesi ile davaya konu işlem tesis olunmuştur. davacı şirketin, tüm aktif pasifleriyle bir bütün olarak devamı niteliğinde bulunduğu adi şirket adına düzenlenmiş iş deneyim belgesinin sağladığı haklardan yararlanabileceği sonucuna varılmış olup bu belgenin yeterli olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılmasına

yönelik dava konusu kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır... ''gerekçeleri ile "dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiştir. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası gereği, yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ile idare mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremez ve uygulamasını geciktiremez. Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. 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 günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yani Kamu ihale Kurulu ilgili karara göre işlem tesis etme mecburiyetindedir.

Açıklanan nedenlerle ilgili kararda;

1) Kamu İhale Kurulu'nun 11.01.2017 tarihli ve 2017/UH.I-206 sayılı kararının iptaline,

2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine, oybirliği ile karar verildi." denilmektedir. Böylece yargı kararı ile (iki ortağı da limited şirket olan) adi ortaklıkların limited şirkete dönüşmesi sonucunda adi ortaklığın almış olduğu işe ait iş bitirme belgesinin ve cirosunun tamamının kullanılacağı açık bir hale gelmiştir. Ancak bu iş bitirme ve cirolar sadece adi ortaklığın tür değişikliği ile meydana gelen limited şirket tarafından kullanılabilecektir. Kesinlikle adi ortaklığın ortakları olan limited şirketler tarafından kullanılamayacaktır.

Sonuç olarak iki limited şirketin oluşturduğu adi ortaklıklar işlerini bu şekilde tamamlar ve fesih olurlarsa, bu adi ortaklığın ortakları iş bitirme belgesini ve ciroyu sadece hisseleri oranında kullanabileceklerdir. Eğer iki limited şirketin oluşturduğu adi ortaklıklar tür değişikliği yaparlar

ve bir limited veya anonim şirkete dönüşürlerse bu yeni oluşan şirket iş bitirme belgesinin ve cironun tamamını kullanabilecektir.

<b>Toplantı No</b>	: 2017/026
<b>Gündem No</b>	: 42
<b>Karar Tarihi</b>	: 31.05.2017
<b>Karar No</b>	: 2017/MK-204

<u>BAŞVURU SAHİBİ:</u> İzer Temizlik Hizmetleri Yemek Peyzaj Bilgisayar İlaçlama Turizm İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
<u>İHALEYİ YAPAN İDARE:</u> İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı Destek Hizmetleri Grup Müdürlüğü İdari ve Mali İşler Müdürlüğü
<u>BAŞVURUYA KONU İHALE:</u> 2016/409359 İhale Kayıt Numaralı "İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı 2017-2018 Yılları 24 Ay (01/01/2017-31/12/2018) Malzemesiz Genel Temizlik Hizmeti Alımı" İhalesi
<u>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</u>
<u>KARAR:</u>

İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı İdari ve Mali İşler Müdürlüğü tarafından 15.11.2016 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2016/409359 ihale kayıt numaralı "İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı 2017-2018 Yılları 24 Ay (01/01/2017-31/12/2018) Malzemesiz Genel Temizlik Hizmeti Alımı" ihalesine ilişkin olarak İzer Temizlik Hizmetleri Yemek Peyzaj Bilgisayar İlaçlama Turizm İnşaat Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.'nin 14.12.2016 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 20.12.2016 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 29.12.2016 tarihli ve 72747 sayılı Kurum kayıtlarına alınan 28.12.2016 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 11.01.2017 tarihli ve 2017/UH.I-206 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Hns İnsan Kaynakları Özel Sağlık ve Temizlik Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesi tarafından verilen 04.04.2017 tarihli ve E:2017/463 sayılı kararında, "...Dava dosyasının incelenmesinden, İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı İdari ve Mali İşler Müdürlüğü tarafından 15.11.2016 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen 'İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı 2017-2018 Yılları 24 Ay Malzemesiz Genel Temizlik Hizmet Alımı' ihalesine katıldığı ve ihalenin davacı şirket üzerinde bırakıldığı, davacı şirket tarafından anılan ihalede iş deneyim belgesi olarak, 28.07.2016 tarihli ve 838031 sayılı Celal Bayar Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi tarafından Nif-Tem Temizlik ve Malzemeleri Gıda Turizm İnş. ve Özel Sağlık Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. - Nilay Temizlik Gıda Tabldot San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı adına düzenlenmiş 'Hastane Hizmetleri İçin Personel Çalıştırmaya Muhtelif Hizmet Alımı' işine ait iş deneyim belgesinin sunulduğu, söz konusu ihaleye ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren İzer Temizlik Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından ihale üzerinde bırakılan davacı şirketin ihale kapsamında sunmuş olduğu iş deneyim belgesi ve mali yeterliğe ilişkin belgelerin Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu açısından devir alınan bir ticari işletmeye ait olduğunun kabul edilemeyeceğinden habisle teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği iddialarıyla itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu ve dava konusu kurul kararı ile davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle düzeltici işlem belirlenmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bakılan davada, Nif-Tem Temizlik ve Malzemeleri Gıda Turizm İnş. ve Özel Sağlık Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. ile Nilay Temizlik Gıda Tabldot San. Tic. Ltd. Şti.'nin Niftem Nilay Temizlik Adi Ortaklığı Ticari İşletmesi adı altında 03.08.2015 tarihli ve 8875 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan ve 182677 ticaret sicil no ile 29.07.2015 tarihinde tescil edildiği, söz konusu ticari işletmede nevi değişikliğine gidilerek 05.08.2015 tarihli ve 8877 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan ve aynı ticaret sicil numarası ve 31.07.2015 tarihli tescil ile Niftem Nilay Temizlik San. Tic. Ltd. Şti.'ye dönüştürüldüğü, ardından 11.11.2016 tarihli ve 9196 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan ve aynı ticaret sicil numarası ile unvan değişikliğine gidilerek HNS İnsan Kaynakları Özel Sağlık ve Temizlik Hizmetleri San. Ltd. Şti. unvanını aldığı ve davaya konu oluşturan ihaleye bu unvanla katılan davacı şirketin ilk olarak iki ayrı limited şirket tarafından adi ortaklık şeklinde oluşturulan ticari işletme adına düzenlenen iş deneyim belgesi ile bu ihaleye katıldığı görülmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda, adına iş deneyim belgesi düzenlenen adi ortaklığın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca tahdidi olarak sayılan ticari ortaklıklar arasında yer almadığı ve nevi değişikliğinin sadece 6102 sayılı Yasa uyarınca sayma yoluyla belirlenen ortaklıklar arasında yapılabileceği, adi ortaklığın tür değiştirme yoluyla limited şirkete dönüşmeyeceği ve adi ortaklık adına düzenlenen iş deneyim belgesinin limited şirket tarafından kullanılmayacağı değerlendirilmesi ile davaya konu işlem tesis olunmuştur.

Davaya konu olayın yukarıda aktarılan gelişim süreci ile mevzuat birlikte değerlendirildiğinde, Nif-Tem Temizlik ve Malzemeleri Gıda Turizm İnş. ve Özel Sağlık Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. ile Nilay Temizlik Gıda Tabldot San. Tic. Ltd. Şti.'nin Niftem Nilay Temizlik Adi Ortaklığı Ticari İşletmesinin nevi değişikliği suretiyle dönüştüğü Niftem Nilay Temizlik San. Tic. Ltd. Şti.'nin yeni unvanı olan HNS İnsan Kaynakları Özel Sağlık ve Temizlik Hizmetleri San. Ltd. Şti. unvanı ile ihaleye katılan davacı şirketin, tüm aktif pasifleriyle bir bütün olarak devamı niteliğinde bulunduğu adi şirket adına düzenlenmiş iş deneyim belgesinin sağladığı haklardan yararlanabileceği sonucuna varılmış olup bu belgenin yeterli olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu işlemin kamu kaynakları ile gerçekleştirilecek ve ivedilikle sonuçlandırılması gereken ihaleler kapsamında olması nedeniyle uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği tabiidir..." gerekçesiyle yürütülmesinin durdurulmasına 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.

Öte yandan, 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 günün geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- 11.01.2017 tarihli ve 2017/UH.I-206 sayılı Kurul kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.

Hamdi GÜLEÇ  
Başkan

Şinasi CANDAN  
II. Başkan

Osman DURU  
Kurul Üyesi

Erol ÖZ  
Kurul Üyesi

Köksal SARINCA  
Kurul Üyesi

Dr. Ahmet İhsan ŞATIR  
Kurul Üyesi

Hasan KOCAGÖZ  
Kurul Üyesi

Mehmet ATASEVER  
Kurul Üyesi

Oğuzhan YILDIZ  
Kurul Üyesi