

Davacı tarafından, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesine cevaz vermeyen mülga Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre alınmış olan düzenleyici Kurul kararının mer'î Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tür değiştiren veya birleşen ticari işletmeleri kapsamasının mümkün olmadığı ve eksik düzenleme yapıldığından bahisle Kamu İhale Kurulu'nun 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararının iptali isteminde bulunulmuştur. Uygulama

işleminde dayanak düzenleyici kararlarla ilgili yapılan değerlendirme ve gerekçeler, düzenleyici kararın hukuka aykırılığı sonucunu doğurmayacağı gibi, düzenleyici kararın hukukî değerlendirmesi uygulama işleminden ayrı olarak yapılacaktır. Dava konusu düzenleyici Kurul kararının devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren şirket ya da işletmelere ait iş deneyim belgelerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine ilişkin

düzenlemeyi içerdiği görülmekte olup, mahiyeti itibarıyla yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlemenin güncelliğini yitirdiğinden ve eksik düzenlemeden bahsedilemeyecektir. Öte yandan, esas itibarıyla iş deneyim belgelerinin devredilen/yeni kurulan şirketlere geçişi 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirlenen bir yıllık ortaklık süresi koşulu çerçevesinde irdelendiğinden, Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinin dava konusu

düzenleyici Kurul kararını kusurlandırdığı da söylenemeyecektir. Kaldı ki, düzenlemenin -işlem tarihi itibarıyla- davacı lehine kurallar içerdiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, Kamu İhale Kurulu'nun 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararında eksik düzenleme bulunmadığından hukuka aykırılık görülmemiştir.

13. D., E. 2015/6450 K. 2017/420 T. 21.2.2017

Davanın Özeti : Kamu İhale Kurulu'nun 11.11.2015 tarih ve 2015/UH.I-3051 sayılı kararı ile bu karara dayanak gösterilen 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararının; dava konusu Kurul kararında atıf yapılan düzenleyici Kurul kararının 6102 sayılı Türk Ticaret

Kanunu'ndan önce çıkarıldığı ve somut durumu kapsamadığı, iş deneyim belgesinin tür değiştiren ve birleşen yeni şirkette kullanılmayacağını ifade edildiği, olayda, ticari işletmenin tür değiştirme ve başka bir ticari işletmeyle birleşmesinin söz konusu olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan tüzel kişiliğin yarıdan fazla hissesinin satın alınması ve iş deneyim belgesinin tüzel kişilik adına kullanılmasından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği, Türk Ticaret Kanunu'nda külli halefiyet ilkesinin bulunduğu, devir olunan veya birleşen ticari işletmenin iş deneyim belgesinin yeni şirkete geçeceği, Türk Ticaret Kanunu'nda nev'i değişikliği yoluyla oluşturulan yeni şirketin önceki ticari işletmenin devamı niteliğinde olmadığına ilişkin düzenleme bulunmadığı, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesine cevaz vermeyen eski Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre alınmış olan düzenleyici Kurul kararının mer'i Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tür değiştiren veya birleşen ticari işletmeleri kapsamasının mümkün olmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Usul yönünden, davacı tarafından dava konusu 11.11.2015 tarih ve 2015/UH.I-3051 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin E:2015/3514 sayılı dosyasına kayıtlı davanın açıldığı, davanın derdest olduğu, esasa ilişkin olarak ise, F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti. (F1 Endüstriyel) ve F2 Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. (F2 Temizlik) tarafından %94 ve %6 ortaklık oranıyla kurulmuş iş ortaklığı olan F3 İşlem ve Otomasyon İş Ortaklığı (F3) adına düzenlenmiş iş deneyim belgesinin davacı adına kullanılmasının mümkün olmadığı, şikâyete konu ihalenin ilan tarihinin 16.07.2015, ihale tarihinin 03.09.2015 olduğu, davacı şirketin tescilinin ilan tarihinin 26.12.2014 olduğu, davacının %99 hisse ile ortağı F1 Endüstriyel adına düzenlenmiş olan iş deneyim belgesinin kullanılabilmesi için dava konusu ihale tarihi itibarıyla bir

yıllık ortaklık süresi koşulunun sağlanmadığı, davacının iş deneyimini mevzuata uygun şekilde tevsik etmediği, teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka uygun olduğu, düzenleyici Kurul kararında devredilen işletmelerde iş deneyim belgelerinin kullanılabileceği belirtilmiş ise de, bir yıllık bekleme süresine ilişkin açıklama bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi K1'in Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı K2'nun Düşüncesi : Dava, Kamu İhale Kurulu'nun 11.11.2015 tarih ve 2015/UH.I-3051 sayılı kararı ile bu karara dayanak gösterilen 2009/DK.D-143 sayılı; şirket birleşmeleri ve işletme devir ve birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirket ya da şirketler ile devrolunan işletmelere ait bilanço, ciro, iş deneyim belgeleri ile anahtar teknik personelin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçip geçmeyeceği hususu ile tasfiyesiz sona eren şirketler ile bu şirketlerin pay sahiplerinin ve işletme sahiplerinin yasaklılık durumunun devralan ya da yeni kurulan şirkete etkisi konulu düzenleyici Kamu İhale Kurulu kararlarının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik iddiaları yerinde görülmemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (a) bendinin 1. fıkrasında; Bu Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu'nun kurulduğu, Kamu İhale Kurumu'nun, bu Kanunda belirtilen usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması

konusunda görevli ve yetkili olduğu belirtilmiş, aynı maddenin (b) bendinin 2 numaralı alt bendinde; “Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dökümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek,” Kamu İhale Kurumu”nun görev ve yetkileri arasında sayılmış, (b) bendinin son fıkrasında da; Kurumun, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dökümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurumun yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar olarak kullanacağı, standart ihale dökümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulacağı düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun’un “Temel İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında; İdarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu belirtilmiş, Kanun’un 10. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; İhaleye katılacak isteklilerden mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için istenebilecek belgeler sayma usulü ile belirtildikten sonra aynı maddenin 3. fıkrasında; “Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetme 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. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her

ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur. " kuralına yer verilmiştir.

Dava konusu edilen 19.10.2009 tarih ve 143 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında;

"1-Devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren şirket/şirketlere ya da işletmelere ait iş deneyim belgelerinin, bilanço ve ciro değerlerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine,

2-Bilanço ve ciro değerlerine ilişkin olarak, ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait bilanço değerleri ve gelir tablosunun yeterlik şartını sağlamaması halinde, bu yıldan daha önceki yıllara ait bilanço ve gelir tablolarının sunulmasında, tasfiyesiz sona eren şirket/şirketler ve işletmelere ait bu önceki yıllara ait bilanço ve ciro değerlerinin de mevcut şirketin söz konusu yıllara ait bilanço ve ciro değerleriyle toplanarak dikkate alınabileceğine,

3-Anahtar teknik personele ilişkin olarak, söz konusu personelin tasfiyesiz sona eren şirket/şirketler veya işletmelerin bünyesinde (merkezinde) geçen sürenin devralan ya da yeni kurulan şirkette geçmiş sayılacağına,

4-Türk Ticaret Kanununa göre gerçekleştirilen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin/şirketlerin kendisinin yasaklı olması durumunda bu şirketin/şirketlerin yasaklılık süresi boyunca, Borçlar Kanununa göre gerçekleştirilen işletme devir ve birleşmelerinde ise yasaklı

olan işletme sahibinin aynı zamanda işletmeyi devralan şirkette herhangi bir oranda pay sahibi olması durumunda bu kişinin yasaklılık süresi boyunca, devralan ya da yeni kurulan şirketin ihalelere katılamayacağına,

5-Türk Ticaret Kanununa göre gerçekleşen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin ortağı ya da ortaklarının yasaklanmış olması durumunda ise birleşme sözleşmesi sonucunda oluşan pay sahipliğine göre, devralan ya da yeni kurulan şirketin şahıs şirketi olması durumunda yasaklı kişinin/kişilerin bu şirketin ortağı olması, devralan ya da yeni kurulan şirketin sermaye şirketi olması durumunda ise yasaklı kişi/kişilerin bu şirkette toplam pay sahipliği oranının yarısından fazla olması durumu söz konusu ise devralan ya da yeni kurulan şirketin bu kişilerin yasaklılık süresi boyunca ihalelere katılmasının mümkün bulunmadığına,

6-Birleşme işlemlerine taraf şirketlerin bu işlemlerle ilgili belge ve bilgilerini ihalelere katılımda teklifleri kapsamında sunması; idarelerce bu şirketlerin sunduğu belgelerdeki bilgilerin değerlendirilmesi ve yasaklılık teyidinin de birleşen şirketler ve ihaleye katılan aday/ istekli ile bu isteklinin sermaye şirketi olması durumunda yarısından fazla hissesine sahip kişiler dikkate alınarak yapılması gerektiğine,

7-Kararda yer alan hususlara ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliğinde düzenleme yapılmasına" karar verildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında, iş

deneyim belgesi sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları gerektiği ve şirketin kurucuları bakımından da bir yıllık sürenin aranacağı belirtilmiş, bu durumun istisnasına da yer verilmemiştir.

Her ne kadar dava konusu Kurul kararı ile devredilen işletmelerde iş deneyim belgelerinin kullanılabileceği belirtilmiş ise de, bu kuralın Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şartı ortadan kaldırmayacağı veya bu şarta istisna getiremeyeceği açıktır. İşletmelere ait iş deneyim belgesi olamayacağından işletme sahiplerine ait iş deneyim belgelerinin yeni kurulan veya devralan şirketler tarafından kullanılabilmesi için Kanun'da aranan bir yıllık sürenin beklenmesi zorunlu olup, dava konusu kararda yer alan "devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren işletmelere ait iş deneyim belgelerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine" dair düzenlemesinin 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şarta aykırı olduğu açıktır. Aksi bir hal, şahıs işletmelerinin ticaret şirketine dönüştürülmesi yoluyla Kanunda aranan bir yıllık süreye tabi olunmaması şeklinde bir uygulamaya neden olacak ve bu da Kanun koyucunun iş deneyim belgelerinde belirtilen sürenin aranması konusundaki amacıyla bağdaşmayacaktır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının birinci maddesinde yer alan "devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren işletmelere ait iş deneyim belgelerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine" dair düzenlemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Dava konusu kararın diğer kısımlarında ise hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu 11.11.2015 tarih ve 2015/3051 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararına gelince:

Samsun İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından 03.09.2015 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ve davacı şirketin üzerinde kalan "Genel Sekreterlik ve Bağlı Sağlık Tesislerinin Bilgi Sistemlerine Yönelik" ihalesine ilişkin olarak F4 Sağlık Bilgi İşlem A.Ş nin 28.09.2015 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 07.10.2015 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 19.10.2015 tarih ve 83551 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 19.10.2015 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması nedeniyle yapılan inceleme sonucunda; ticari işletme niteliğinde olan F5 İş Ortaklığı Ticaret İşletmesinin 6102 sayılı Kanun'un 194'üncü maddesi hükmü uyarınca tür değiştirerek 23.12.2014 tarihinde ticaret şirketine dönüştüğü davacı şirketin hak ve varlıklar yönünden F5 İş Ortaklığı Ticaret İşletmesinin devamı niteliğinde olmaması nedeniyle F5 İş Ortaklığı Ticaret İşletmesinin bilanço ve ciro değerlerinin davacı F6 Servis ve Yönetim Ltd. Şti.nin 2014 yılı bilanço ve ciro değerleri olarak kullanılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılarak dava konusu karar ile; "1) 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine, 2) İhale üzerinde bırakılan F6 Servis ve Yönetim Ltd. Şti. tarafından idareye sunulan ve YMM K3 tarafından hazırlanan "İş Hacmini Gösteren Belgeler- Bilanço Bilgileri Tablosu ve Bilanço Oranları Yeminli Mali Müşavirlik Tespit Raporu"nda yer alan iş deneyim belgesinin kullanımına ilişkin aykırılığın incelemek üzere Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğine (TÜRMOB) bildirilmesine," karar verildiği anlaşılmaktadır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İş deneyimini gösteren belgeler" başlıklı 39'uncu maddesinde "6) İş deneyimini gösteren belgelerin istenildiği ihalelerde;

11. a) Tüzel kişi tarafından iş deneyimini göstermek üzere sunulan belgenin, tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait olması halinde, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları veya 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." hükmü, aynı Yönetmelik'in "Değerlendirmeye ilişkin esaslar" başlıklı 48'inci maddesinde "(3) İş deneyimini gösteren belgeler, belge sahibi gerçek veya tüzel kişiler dışındaki aday veya istekliler tarafından kullanılamaz, devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. İş deneyimini gösteren belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin katılacakları ihalelerde bu belgelerin tüzel kişilik adına kullanılabilmesi için belge sahibinin en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince (kabule kadar) bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur." hükmü yer almış, Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Ortaklık durum belgesi" başlıklı 11'inci maddesinde ise "11.1. İhaleye katılan tüzel kişinin, ilgili İhale Uygulama Yönetmeliğine göre ortağına ait iş deneyimini gösteren belgeyi sunması halinde, bu belgeyle birlikte ortaklık durum belgesinin de başvuru veya teklif kapsamında sunulması zorunludur.

11.2. Ortaklık durum belgesinin kimin tarafından düzenleneceği

ve hangi durumlarda aday veya isteklilerce sunulmasının zorunlu olduğu hususlarına İhale Uygulama Yönetmeliklerinin "İş deneyimini gösteren belgeler" başlıklı maddesinde yer verilmiştir. Sunulacak belgenin İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde yer alan ilgili standart forma uygun şekilde ve ihalenin ilk ilan veya ihaleye davet tarihinden sonra YMM, SMMM ya da ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları tarafından düzenlenmiş olması zorunludur." açıklaması yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; F5 Adi Ortaklığı'nın nev'i (tür) ve unvan değiştirerek N3 ticaret sicil no ile "F6 Servis ve Yönetim Limited Şirketi" ticaret unvanını aldığı, bahse konu nev'i ve unvan değişikliğinin 23.12.2014 tarihinde tescil edildiği, anılan limited şirketin 45.000,00 TL tutarındaki sermayesinin 99 paya karşılık 44.550,00 TL'sinin F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti.ne, 1 paya karşılık 450,00 TL'sinin ise F2 Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti.ne ait olduğu, F6 Servis ve Yönetim Ltd. Şti.nin iş deneyimini tevsik etmek üzere 17.08.2015 tarihli Akdeniz Üniversitesi tarafından F3 Bilgi İşlem ve Otomasyon İş Ortaklığı adına düzenlenmiş "(41621) Bilgisayar Veri İşlem ve Hasta Kabul İşlemi (12 ay)" işine ait yüklenici iş bitirme belgesi sunduğu, belgenin açıklama kısmında "Yukarıda bilgileri bulunan 2014/42820 ihale kayıt numaralı (41621) Bilgisayar Veri İşlem ve Hasta Kabul İşlemi (12 ay) işi için F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti. %94,00; F2 Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. %6,00 ortaklık yapısında kurdukları ticari işletme Ankara Ticaret Sicil Müdürlüğüne F3 Bilgi İşlem ve Otomasyon ticaret unvanı ile Ticaret Sicilinin N1 sicil numarasında N2 Mersis numarası ile 19.06.2014 tarihinde tescil edilerek 24.06.2014 tarih ve 8597 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiştir." ifadelerinin yer aldığı, Akdeniz Üniversitesi tarafından ihalesi yapılan 2014/42820 ihale kayıt numaralı (41621)

Bilgisayar Veri İşlem ve Hasta Kabul İşlemi (12 ay) alımı işine F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti.- F2 Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı tarafından teklif verildiği ve ihalenin bu iş ortaklığı üzerinde kaldığı, söz konusu işe istinaden ihale üzerinde kalan iş ortaklığı adına ortaklıkları oranında iş deneyim belgesi düzenlenmesi gerekirken F3 Bilgi İşlem ve Otomasyon İş Ortaklığı adına iş deneyim belgesi, düzenlendiği, davacı şirket tarafından idareye sunulan, "İş Hacmini Gösteren Belgeler- Bilanço Bilgileri Tablosu ve Bilanço Oranları Yeminli Mali Müşavirlik Tespit Raporu"nda, "... devr olunan işletmeye (F3 ait bilanço ciro değerlerinin F6 Servis ve Yönetim Limited Şirketi'nin mevcut bilanço ve ciro değerleriyle toplanabileceği açıktır." ifadelerine yer verildiği söz konusu raporla beraber ekonomik ve mali yeterliği tevsiken raporda belirtildiği şekilde hazırlandığı anlaşılan F6 Servis ve Yönetim Ltd. Şti.nin 2014 yılı bilanço bilgileri tablosunun ve F6 Servis ve Yönetim Ltd. Şti.nin birleştirilmiş gelir tablosunun sunulduğu anlaşılmaktadır.

F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti. ve F2 Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. tarafından %94 ve %6 ortaklık oranıyla kurulmuş iş ortaklığı olan F3 İşlem ve Otomasyon İş Ortaklığı adına düzenlenmiş iş deneyim belgesinin davacı şirket adına kullanılmasının mümkün olmadığı, kaldı ki şikâyete konu ihalenin ilan tarihinin 16.07.2015, ihale tarihinin ise 03.09.2015 olduğu, davacı şirketin tescilinin ilan tarihinin 23.12.2014 olduğu dikkate alındığında, bahse konu tüzel kişiliğin %99 hisse ile ortağı olan F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti. adına düzenlenmiş olan iş deneyim belgesinin kullanılabilmesi için şikâyete konu işin ihale tarihi olan 03.09.2015 tarihi itibari ile %50'den fazla hisse sahibi şirket ortağı F1 Endüstriyel Proje ve Uygulama Tic. Ltd. Şti.nin ortaklık süresine ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun'da ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde

aranan bir yıllık süre koşulunu da sağlamadığı ve davacı şirketin iş deneyimini mevzuata uygun bir şekilde tevsik etmediği anlaşıldığından bu husus esas alınarak tesis edilen dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise dava konusu işlemleri kusurlandırıcı mahiyette görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının birinci maddesinde yer alan "işletmelere" ibaresinin iptaline, davanın diğer kısımlarının ise reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 21.02.2017 tarihinde davacı vekili Av. K4 ile şirket temsilcisi K5'in ve davalı idare vekili Av. K6'nin geldikleri, Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz verilip duruşma tamamlandı, dava dosyası incelenip gereği görüldü:

Dava, Kamu İhale Kurulu'nun 11.11.2015 tarih ve 2015/UH.I-3051 sayılı kararı ile bu karara dayanak gösterilen 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule ilişkin itirazları geçerli görülmemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, ihaleye katılacak isteklilerden mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için istenebilecek belgeler sayma usulü ile belirtildikten sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "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. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur." kuralına yer verilmiştir.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 39. maddesinin altıncı 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 sunulmasının zorunlu olduğu; 45. maddesinin sekizinci fıkrasında, iş ortaklığı tarafından gerçekleştirilen işlerde, ortak sayısı kadar iş bitirme belgesi düzenleneceği, bu belgede tüm ortakların hisselerinin

de belirtileceği; 48. maddesinin üçüncü fıkrasında, iş deneyimini gösteren belgelerin, belge sahibi gerçek veya tüzel kişiler dışındaki aday veya istekliler tarafından kullanılmayacağı, devredilemeyeceği, kiraya verilemeyeceği ve satılmayacağı, iş deneyimini gösteren belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin katılacakları ihalelerde bu belgelerin tüzel kişilik adına kullanılabilmesi için belge sahibinin en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince (kabule kadar) bu oranın muhafaza edilmesinin zorunlu olduğu; beşinci fıkrasında da, iş ortaklığı tarafından gerçekleştirilen işlerde ortakların iş deneyim tutarının iş ortaklığındaki hisse oranı esas alınarak belirleneceği kurala bağlanmıştır.

Kamu İhale Kurulu'nun 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında ise (işlem tarihi itibarıyla);

“1-Devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren şirket/şirketlere ya da işletmelere ait iş deneyim belgelerinin, bilanço ve ciro değerlerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine,

2-Bilanço ve ciro değerlerine ilişkin olarak, ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait bilanço değerleri ve gelir tablosunun yeterlik şartını sağlamaması hâlinde, bu yıldan daha önceki yıllara ait bilanço ve gelir tablolarının sunulmasında, tasfiyesiz sona eren şirket/şirketler ve işletmelere ait bu önceki yıllara ait bilanço ve ciro değerlerinin de mevcut şirketin söz konusu yıllara ait bilanço ve ciro değerleriyle toplanarak dikkate alınabileceğine,

3-Anahtar teknik personele ilişkin olarak, söz konusu personelin tasfiyesiz sona eren şirket/şirketler veya işletmelerin bünyesinde (merkezinde) geçen sürenin devralan ya da yeni kurulan şirkette geçmiş sayılacağına,

4-Türk Ticaret Kanunu'na göre gerçekleştirilen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin/şirketlerin kendisinin yasaklı olması durumunda bu şirketin/şirketlerin yasaklılık süresi boyunca, Borçlar Kanunu'na göre gerçekleştirilen işletme devir ve birleşmelerinde ise yasaklı olan işletme sahibinin aynı zamanda işletmeyi devralan şirkette herhangi bir oranda pay sahibi olması durumunda bu kişinin yasaklılık süresi boyunca, devralan ya da yeni kurulan şirketin ihalelere katılamayacağına,

5-Türk Ticaret Kanunu'na göre gerçekleşen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin ortağı ya da ortaklarının yasaklanmış olması durumunda ise birleşme sözleşmesi sonucunda oluşan pay sahipliğine göre, devralan ya da yeni kurulan şirketin şahıs şirketi olması durumunda yasaklı kişinin/kişilerin bu şirketin ortağı olması, devralan ya da yeni kurulan şirketin sermaye şirketi olması durumunda ise yasaklı kişi/kişilerin bu şirkette toplam pay sahipliği oranının yarısından fazla olması durumu söz konusu ise devralan ya da yeni kurulan şirketin bu kişilerin yasaklılık süresi boyunca ihalelere katılmasının mümkün bulunmadığına,

6-Birleşme işlemlerine taraf şirketlerin bu işlemlerle ilgili belge ve bilgilerini ihalelere katılımda teklifleri kapsamında sunması; idarelerce bu şirketlerin sunduğu belgelerdeki bilgilerin değerlendirilmesi ve yasaklılık teyidinin de birleşen şirketler ve ihaleye katılan aday/ istekli ile bu isteklinin sermaye şirketi olması durumunda yarısından fazla

hissesine sahip kişiler dikkate alınarak yapılması gerektiğine,

7-Kararda yer alan hususlara ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nde düzenleme yapılmasına" karar verildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında, iş deneyim belgesi sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları gerektiği ve şirketin kurucuları bakımından da bir yıllık sürenin aranacağı belirtilmiş, bu durumun istisnasına da yer verilmemiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Samsun İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından 03.09.2015 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Samsun İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği ve Bağlı Sağlık Tesislerinin Bilgi Sistemlerine Yönelik" ihaleye iki isteklinin katıldığı, ihalenin davacı şirket üzerinde bırakıldığı, ihalede en avantajlı ikinci teklif sahibinin itirazın şikâyet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulu'nun 11.11.2015 tarih ve 2015/UH.I-3051 sayılı kararıyla, davacı tarafından mevzuata uygun iş deneyim belgesi sunulmadığından davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin düzeltici işlem belirlendiği, davacı tarafından anılan Kurul kararıyla birlikte Kamu İhale Kurulu'nun 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, "F5 Adi Ortaklığı"nın nev'i (tür) ve unvan değiştirilerek N3 ticaret sicil numarası ile "F6 Servis ve Yönetim Limited Şirketi" (davacı şirket) ticaret unvanını aldığı, bahse konu nev'i ve unvan değişikliğinin 23.12.2014 tarihinde tescil edildiği, şirketin % 99 hissesinin F1 Endüstriyel'e, % 1 hissesinin F2 Temizlik'e ait olduğu, bu süreçte, % 94 hissesi F1 Endüstriyel'e, % 6 hissesi F2 Temizlik'e ait F3'in 19.06.2014 tarihinde tescil edildiği, kuruluş amacının Uygulama ve Araştırma Hastanesi Yüksek Öğretim Kurumları Akdeniz Üniversitesi tarafından ihale edilmiş bulunan 2014/42820 ihale kayıt numaralı Bilgisayar Veri İşlem ve Hasta Kabul İşlemi alımı işinin birlikte sözleşme akdedilerek ifası ve bitirilmesi olduğu, anılan ihaleye F1 Endüstriyel – F2 Temizlik iş ortaklığı tarafından teklif verildiği, ihale üzerinde kalan iş ortaklığının F3 olarak tescil edildiği, işin yüklenicisi olarak F3 adına idare tarafından iş deneyim belgesi düzenlendiği, devam eden süreçte, 14.08.2015 tescil tarihi ile F3'in davacı şirkete devrolunduğu, birleşme sözleşmesinde uyuşmazlık konusu iş deneyim belgesinin de devredildiği bilgilerine yer verildiği, davacı şirketin uyuşmazlık konusu ihalede iş deneyimini tevsik etmek üzere anılan iş deneyim belgesini sunduğu, belgenin F3 adına düzenlendiği görülmektedir.

İş ortaklıkları adına düzenlenen iş deneyim belgelerinin ortaklık oranlarına göre kullanılabileceği açıktır. Bu itibarla bu belgelerin yeni kurulan veya devralan şirketler tarafından kullanılabilmesi için Kanun'da aranan bir yıllık sürenin beklenmesi zorunludur. Olayda, F3 adına düzenlenmiş iş deneyim belgesi % 94 oranında F1 Endüstriyel'e, %6 oranında ise F2 Temizlik'e ait olup, belgede belirtilen oranlara göre bu kişiler tarafından kullanılabilecek olmakla birlikte, ihale ilan tarihinin 16.07.2015, ihale tarihinin 03.09.2015 olduğu, davacı şirketin tescilinin ilan tarihinin ise 23.12.2014 olduğu dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu iş deneyim

belgesinin, davacı şirket tarafından anılan ihalede kullanılmasının, Kanun'un "belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur." kuralına uygun olmadığı görülmektedir.

Olayda, F3'in davacıya devri ile iş deneyim belgesinin devrinin de gerçekleştiği ve kullanılabileceği ileri sürülmekte ise de bu durumun Kanun'da belirtilen bir yıllık ortaklık şartını ortadan kaldırmayacağı veya bu şarta istisna getiremeyeceği açıktır. Aksi durumun kabulü, iş ortaklıklarının ticaret şirketine dönüştürülmesi yoluyla Kanunda aranan bir yıllık süreye tâbi olunmaması şeklinde bir uygulamaya neden olacağı ve Kanun koyucunun iş deneyim belgelerinde belirtilen sürenin aranması konusundaki amacıyla bağdaşmayacağı gibi, iş ortaklığı adına düzenlenmiş iş deneyim belgelerinin, iş ortaklığının ortakları ve iş ortaklığının devredildiği şirket tarafından mükerrer kullanımına da sebep olabilecektir.

Bu itibarla, davacı şirketin iş deneyim belgesi mevzuata uygun olmadığından, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik düzeltici işlem belirlenmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 11.11.2015 tarih ve 2015/UH.I-3051 sayılı kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacı tarafından, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesine cevaz vermeyen mülga Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre alınmış olan düzenleyici Kurul kararının mer'î Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tür değiştiren veya birleşen ticari işletmeleri kapsamasının mümkün olmadığı ve

eksik düzenleme yapıldığından bahisle Kamu İhale Kurulu'nun 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararının iptali isteminde bulunulmuştur.

Uygulama işleminde dayanak düzenleyici kararlarla ilgili yapılan değerlendirme ve gerekçeler, düzenleyici kararın hukuka aykırılığı sonucunu doğurmayacağı gibi, düzenleyici kararın hukukî değerlendirmesi uygulama işleminden ayrı olarak yapılacaktır.

Dava konusu düzenleyici Kurul kararının devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren şirket ya da işletmelere ait iş deneyim belgelerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine ilişkin düzenlemeyi içerdiği görülmekte olup, mahiyeti itibarıyla yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlemenin güncelliğini yitirdiğinden ve eksik düzenlemeden bahsedilemeyecektir. Öte yandan, esas itibarıyla iş deneyim belgelerinin devredilen/yeni kurulan şirketlere geçişi 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirlenen bir yıllık ortaklık süresi koşulu çerçevesinde irdelendiğinden, Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinin dava konusu düzenleyici Kurul kararını kusurlandırdığı da söylenemeyecektir. Kaldı ki, düzenlemenin - işlem tarihi itibarıyla- davacı lehine kurallar içerdiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, Kamu İhale Kurulu'nun 19.10.2009 tarih ve 2009/DK.D-143 sayılı düzenleyici Kurul kararında eksik düzenleme bulunmadığından hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın REDDİNE, ayrıntısı aşağıda

gösterilen toplam 250,90-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.000-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 21.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.