

ihale katılan İş Ortaklığının pilot ortağı tarafından sunulan ortaklık tespit belgesinde yer alan “Hakim Ortağa İlişkin Hakların Donması veya Hakimiyetin Hukuka Aykırı Biçimde Kullanılması Durumlarının Ortaya Çıkıp Çıkmadığı” ve “Şirketler Topluluğu İlişkisine İlişkin Bildirim, Tescil ve İlan Yükümlülüklerinin Usulüne Uygun Biçimde Yapılıp Yapılmadığı” başlıklı bölümlerinin ise boş bırakıldığı, anılan ortak tarafından sunulan Ticaret

Sicili Gazeteleri ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi resmi internet sitesinde yapılan inceleme neticesinde A.Ş. tarafından * şirketinin %100 payının edinildiğine dair bir tescilin ilan edilmediğinin anlaşıldığı dolayısıyla gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse ihale mevzuatında açıkça yer verilen tescil ve ilan yükümlülüklerinin yerine getirilmediği, bunun yanı sıra "Hakim Ortağa İlişkin Hakların Donması veya Hakimiyetin Hukuka Aykırı Biçimde Kullanılması Durumlarının Ortaya Çıkıp

**Çıkmadığı” ve “Şirketler
Topluluğu İlişkisine İlişkin
Bildirim, Tescil ve İlan
Yükümlülüklerinin Usulüne
Uygun Biçimde Yapılıp
Yapılmadığı” bölümlerini boş
bırakılması nedeniyle
standart formuna uygun belge
sunulmadığı” yönündeki
değerlendirmeleri içeren
kısmının iptaline**

Toplantı No	: 2022/051
Gündem No	: 19
Karar Tarihi	: 09.11.2022
Karar No	: 2022/MK-311

BASVURU SAHİBİ:

Yüksel İnşaat A.Ş. – Maksimsan Asfalt Taah. İnş. San. ve Tic. A.Ş. Ortak Girişimi (08.12.2021 tarih ve 2021/MK-479 Sayılı Kurul Kararı)

İHALE YAPAN İDARE:

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü İçmesuyu Dairesi Başkanlığı

BASVURUYA KONU İHALE:

2020/754233 İhale Kayıt Numaralı "Antalya-Karacaören 2 Barajı İçmesuyu Tesisleri" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü İçmesuyu Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan 2020/754233 ihale kayıt numaralı "Antalya-Karacaören 2 Barajı İçmesuyu Tesisleri" ihalesine ilişkin olarak Yüksel İnşaat A.Ş.-Maksimsan Asfalt Taah. İnş. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığı itirazı şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 19.01.2022 tarihli ve 2022/UY.II-112 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem betirlemesine" karar verilmiştir.

Ata Altyapı- Uğursal Elkt.- Onh İnş. Taah. A.Ş. tarafından Kamu İhale Kurulunun 19.01.2022 tarihli ve 2022/UY.II-112 sayılı kararının iptali talebiyle açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesinin 25.05.2022 tarihli ve E:2022/395, K:2022/1290 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmesi üzerine yapılan tescil işlemi sonucunda Danaştay Onüçüncü Dairesinin 08.09.2022 tarihli ve E:2022/3327, K:2022/3068 sayılı kararında "... Aktarılan düzenlemelerden ihalelerde pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde hakim ortak tarafından, bağlı şirkete ait ve yurt dışında gerçekleştirilen işler kapsamında elde edilen iş bitirme belgelerinin kullanılabilmesi, ancak bunun için hakim ortaklık durumuna dair hukuki ilişkinin ilk ilanı veya davet tarihinden geriyeye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak kurulu ve tescil edilmiş olduğunu, hakların donması veya hâkimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılmasında durumlarının ortaya çıkmadığını ve bu ilişki kapsamında bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin usulüne uygun biçimde yapıldığını gösteren standart forum teklif kapsamında sunulması gerekmektedir."

Bu kapsamda dosya incelendiğinde, davacı şirketin 28.05.2019 tarihinde yurt dışında kurulu olan yabancı bir şirketin paylarını %100'lük kısmını elde etmek suretiyle şirketler topluluğu içerisinde pay çoğunluğuna dayalı hakim ortak konumuna geldiği, dava konusu ihale kapsamında iş deneyimini tevsik etmek üzere bağlı şirket tarafından yurt dışında gerçekleştirilen yapım işinde elde edilen iş deneyim belgesini beyan ettiği, bunun yanı sıra hakim ortak-bağlı ortak ilişkisini tevsik etmek üzere memnuniyetli ortaklık durumunu gösterir KİK Standart Formu (KİK.031.1/Y) esas alınarak düzenlenmiş 26.02.2021 tarihli ortaklık tespit belgesini sunduğu görülmüştür.

Davalı idarece bu belgeler üzerinden yapılan inceleme neticesinde davanın hakim ortaklık ilişkisi içerisinde bağlı şirketin %100'lük payını edindiğine dair tescilin Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmediği, dolayısıyla gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse ihale mevzuatında yer verilen tescil ve ilan yükümlülüklerinin yerine getirilmediği ve ortaklık tespit belgesinde ilgili bölümlerin boş bırakılması suretiyle standart form (KİK.031.1/Y) uygun belge sunulmadığı tespit edilerek, idare tarafından isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin tesis edildiği görülmektedir.

Uyumsuzluğun şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde iş deneyim belgesi kullanılan bağlı ortağın merkezini yurt dışında olması durumunda Türkiye'de bulunan hakim ortağın bu şirketin %100'lük payını edindiğinin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde tescil ve ilan edilmesinden kaynaklandığı anlaşıldığından, bu tarz bir tescilin yapılabileceği ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilip edilemeyeceği, böyle bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı, yükümlülük yoksa bile ihtiyari bir tescil ve ilan imkanı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Davacı tarafından dava dosyasına sunulan ve aynı konuda başka bir ihale kapsamında yapılan inceleme sonucunda tesis edilen 29.12.2021 tarih ve 2021/UY.II-2399 sayılı Kurul kararında davalı idarece konunun açıklığa kavuşturulması için 12.11.2021 tarih ve 19601, 19602 sayılı yazılar ile Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'ne ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı'na: " ... Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş bir şirketin, şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde yurtdışında ilgili ilke mevzuatına göre kurulmuş yabancı bir şirkete ait paylara edimesi hâlinde, bu durumu temsil eden bilgilerin, Türkiye'de ticaret siciline tescil ve ilanının mümkün olup olmadığı, bu bağlamda, Türk hukuku açısından pay edinimi yoluyla şirketler topluluğu ilişkisinin kurulmasında bildirim yükümlülüğünün hakim şirkete mi yoksa bağlı şirkete mi ait olacağı, şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde, aktarılan durumun Türkiye'de ticaret siciline tescil ve ilanının mümkün olmadığını tarafınıza değerlendirilmesi hâlinde, şirketler topluluğu ilişkisinin anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde kurulup kurulmadığının ne şekilde tevsik edilmesinin uygun olacağı" hususunda görüş sorulduğu, cevaben gönderilen Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı'na'nın 12.11.2021 tarih ve 34221550-730.10 sayılı yazısında: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ülkemizde faaliyet gösteren bir ticaret şirketinin, yurtdışında faaliyet gösteren bir şirketin paylarına sahip olması durumunun ticaret siciline tescil ve ilanı düzenlenmesinin bulunmaması olduğu,

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin "Şirketler Topluluğu" başlıklı Besincisi Bölümünün "Hâkimiyet sözleşmesi ve tescil" başlıklı 106. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Bu sözleşme nedeniyle talimat verme yetkisini haiz olan tarafın yerleşim yerinin veya merkezini yurtdışında bulunması ve sözleşmenin yurtdışında düzenlenmiş olması veya yabancı hukuka tabi olması durumunda da, sözleşmenin talimat alan ortaklığın merkezini bulunduğu ülkede tescilli gerekir." hükmü ile hakim şirketin yurtdışında bulunması durumunda ülkemizde yerleşik yavru şirketin sözleşmesel olan bu duruma temsil yükümlülüğü getirilmiş olduğu, ayrıca, pay edinimi ilişkin tevsik edici belgelerin payın devraldığı ülke mevzuatı çerçevesinde Kurumunuzu sunulması gerektiği" ifade edildiği; yine cevaben gönderilen Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 12.11.2021 tarih ve E-50035491-431.04-00069719268 sayılı yazısında da: "...Somut olayda, paylara iktisap eden davacı şirketin merkezini ülkemizde, paylara iktisap edilen Klimovsk Stroynabtek Limited Şirketi'nin ise yabancı ülkede kaydılı olduğunun anlaşıldığı, anılan mevzuat hükümlerinde, 198. maddesi çerçevesinde yerine getirilmesi gereken tescil ve ilan payları iktisap eden şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğü nezdinde yapılabileceği ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bahse konu iktisabın davacı şirketin kayıtlı bulunduğu Ankara Ticaret Sicili Müdürlüğü tarafından tescil edilmesinin uygun olmayacağı, davanın Klimovsk Stroynabtek Limited Şirketi nezdindeki pay sahipliği durumunun ise ilgili ilke mevzuatı çerçevesinde yerine getirilen işlemlere ilişkin bilgi ve belgelerin Kurumunuzu sunulması suretiyle tevsik edilebileceğinin değerlendirilmektedir." şeklinde görüş bildirildiği anlaşılmaktadır.

Yine Kurul tarafından, hakim şirketin yurt içinde, yavru şirketin de yurt dışında kaim olduğu durumlarda bir takım ilanı ve tescil örneklerine rastlandığından bahisle ihtiyari olarak tescil ve ilan yapılabileceğinin önünde yasal bir engel bulunup bulunmadığı hususunda ilgili olarak anılan Kurumlardan ek gerekçeli görüş istenildiği, bu kapsamda Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı'nın 16.12.2021 tarih ve 11306 sayılı cevap yazısında: "1. 6102 sayılı Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki 'Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.' hükmünün tereddütte yer bırakmayacak kadar açık olduğu, hükmün yerleşim yer ve bağlı şirketler açısından şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bir ayırım göstermediği, 2. 6102 sayılı Kanun'un "Bildirim, tescil ve ilan yükümlülükleri" başlıklı 198. maddesinin birinci fıkrasında, " ... teebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sözleşme şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir." hükmü ve son cümlesinde de, "Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur." hükmünün yer aldığı, bu yönüyle kanun koyucu, düzenleme ile (1) bildirim, (2) tescil ve ilan olmak üzere iki yükümlülüğü hükmü bağladığı, maddenin genel gerekçesinde, "Bildirim yükümlülükleri, katılma ilişkilerinin, özellikle karşılıklı katılmaların açıklanması, bu yölla kanunun aydınlatılması, sermaye piyasasında şeffaflığın sağlanması ve sorumluluk hükümlerinin uygulanması yönünden ağırlık kazanır." açıklamaları ile birinci fıkranın gerekçesinde "Bildirim adresleri katılan şirket, SPK, BDDK, RK ve Hazine gibi özel kurumlar ve hükümet kuruluşlarıdır. Bildirimi alan kurum ve kuruluş, kendi kanununa göre işlem yapar." açıklamalarına yer verildiği, bu açıklamalar ışığında teebbüsün (hakim şirketin) bildirim yükümlülüğünün (bağlı) sermaye şirketi ve TTK ile diğer kanunlarda gösterilen kurum ve kuruluşlara karşı bulunduğu, 3. 6102 sayılı Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ticaret sicili, Bakanlığın gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulur." hükmünün yer aldığı, bildirildiği üzere, Türk Ticaret Kanunu'nda tescil tabi hususların tadadı olarak sayıldığı, bu kapsamda kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nda tescile tabi olduğu hüküm altına alınmış vakayiler tescil edildiği, nitekim ticaret sicili müdürlüğünün anılan Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası gereğince tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığının incelemele yükümlü olduğu, bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrası kapsamında yapılacak isteme ilişkin ihtiyari tescil yapılmasının mümkün olmayacağı" şeklinde; Ticaret Bakanlığı

İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 16.12.2021 tarih ve 00070162443 sayılı yazısında da: "Bildirildiği üzere, 6102 sayılı Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında: ' . b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yölla hâkimiyeti altında tutabilirse, birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirkettir.' hükmüne yer verildiği, hâkimiyet sözleşmesinin ise Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 106. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimiyet sözleşmesi, aralarından doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsu bile bu ilişkinden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şartta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir." şeklinde tanımlanmış, anılan maddenin ikinci fıkrası gereğince, hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bağlı şirketin genel kuruluna onaylanması ve sicile tescil ettirilmesinin şart olduğu, daha önceki yazınızda görüş talep edilen konu ve somut örnek hakkında, söz konusu ilişkinin dayanacağı teşkil eden 6102 sayılı Kanun'un pay iktisabına dayanan şirketler topluluğu hükümleri nazarında değerlendirilerek yapılabilecek ilgili yazılı gerekli açıklamalarda bulunulduğu, görüş isteme yazınızda belirtilen örneklerin ise taraflar arasında imzalanmış bir hâkimiyet sözleşmesi çerçevesinde oluşan şirketler topluluğu ilişkisi olduğu görülmüş olup, konunun yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde ele alınmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir." şeklinde görüş verildiği anlaşılmaktadır.

Aktarılan görüş yazıları ve somut uyumsuzluk birlikte değerlendirildiğinde, 6102 sayılı Kanun'un 195. maddesi gereğince, pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde hakim ortağın ülkemizde; paylara iktisap edilen bağlı ortağın ise yabancı bir ülkede kayıtlı olması durumunda anılan Kanun'un 198. maddesinin 3. fıkrasında, hâkimiyet sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için ticaret siciline tescil ve ilanı düzenlendiğinden, ortada bir hâkimiyet sözleşmesinin bulunması hâlinde zaten tescilin gerekli ve zorunlu olduğu, verilen örneklerin de taraflar arasında hâkimiyet sözleşmesinin bulunduğu durumlarla ilgili olduğu, olayda ise taraflar arasında yapılmış bir hâkimiyet sözleşmesi bulunmadığından verilen örneklerin somut olaya esas teşkil etmeyeceği görüldüğünden, idarenin bu yöndeki iddiasına itibar edilmemiştir." gerekçesiyle mahkeme kararının bozulmasına, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Süreç içerisinde, Kamu İhale Kurulu tarafından alınan 19.10.2022 tarihli ve 2022/UY.II-1277 sayılı ile 2022/UY.II-1278 sayılı kararlarda, Ata Alt. End. A.Ş. tarafından iş deneyiminin ve teknik puanlamaya esas alınacak iş deneyiminin tevsikine ilişkin sunulan kayıt belgelerine dayanarak teşkil eden ve anılan İş Ortaklığına idareye sunulan belgeler üzerindeki apostil tasdiklerinin sahte olduğunun tespit edildiği ifade edilerek anılan kararla ile "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinin (c) fıkrasında göre ihaleye katılmada sahte belge kullanmak suretiyle yasak fiil veya davranışta bulunduğu tespit edilen Ata Alt. End. A.Ş. – Onh İnş. ve Taah. A.Ş. – Uğursal Elek. Elekt. İnş. Malz. Kirt. Med. Mob. Bey. Eşy. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığının teklifinin anılan Kanun'un 10'uncü maddesinin dördüncü fıkrasının (j) bendi yarıncı değerlendirme dışı bırakılması"na 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 kararlarına hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirmesini sağlayacak hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, 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 eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

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

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi yarıncı bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Kamu İhale Kurulunun 19.01.2022 tarihli ve 2022/UY.II-112 sayılı kararının 1. iddiası kapsamında yer alan "Ata Alt. End. A.Ş. – Onh İnş. ve Taah. A.Ş. – Uğursal Elek. Elekt. İnş. Malz. Kirt. Med. Mob. Bey. Eşy. San. ve Tic. A.Ş. İş Ortaklığının pilot ortağı Ata Alt. End. A.Ş. tarafından sunulan ortaklık tespit belgesinde yer alan "Hakim Ortağa İlişkin Hakların Donması veya Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Biçimde Kullanılması Durumlarının Ortaya Çıkması" ve "Şirketler Topluluğu İlişkisine İlişkin Bildirim, Tescil ve İlan Yükümlülüklerinin Usulüne Uygun Biçimde Yapılıp Yapılmadığı" başlıklı bölümlerinin ise boş bırakıldığı, anılan ortak tarafından sunulan Ticaret Sicili Gazeteleri ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi resmi internet sitesinde yapılan inceleme neticesinde, Ata Alt. End. A.Ş. tarafından 0.5. İnşaat MMC'nin %100 payının edinildiğine dair bir tescilin ilan edilmediğinin anlaşıldığı, dolayısıyla gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse ihale mevzuatında açıkça yer verilen tescil ve ilan yükümlülüklerinin yerine getirilmediği, bunun yanı sıra "Hakim Ortağa İlişkin Hakların Donması veya Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Biçimde Kullanılması Durumlarının Ortaya Çıkması" ve "Şirketler Topluluğu İlişkisine İlişkin Bildirim, Tescil ve İlan Yükümlülüklerinin Usulüne Uygun Biçimde Yapılıp Yapılmadığı" bölümlerinin boş bırakılması nedeniyle (KİK.031.1/Y) standart foruma uygun belge sunulmadığı" yönündeki değerlendirmeleri içeren kısmının iptaline,