

**İhalede hakim ortağın
ülkemizde bağlı şirketin ise
yurt dışında olduğu
durumlarda hakimiyet
ilişkisinin tescil
edilebileceği ve bu konuda
örnek tescil ve ilanların
olduğu belirtilerek örnek
Ticaret Sicili Gazetelerine
yer verilmişse de Kanun
maddesi hakimiyet
sözleşmelerinin geçerli
olabilmesi için ticaret
siciline tescil ve ilanı
düzenlendiğinden, ortada bir
hakimiyet sözleşmesinin
bulunması hâlinde zaten
tescilin gerekli ve zorunlu**

olduğu, verilen örneklerin de taraflar arasında hakimiyet sözleşmesinin bulunduğu durumlara ilişkin olduğu, olayda ise taraflar arasında yapılmış bir hakimiyet sözleşmesi bulunmadığından verilen örneklerin somut olaya emsal teşkil etmeyeceği görüldüğünden, idarenin bu yöndeki iddiasına itibar edilmemiştir gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline ait Danıştay kararlı

Toplantı No	: 2022/034
Gündem No	: 29
Karar Tarihi	: 29.06.2022
Karar No	: 2022/MK-213

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2021/108705 İhale Kayıt Numaralı "Antalya Aksu 300 Yataklı Devlet Hastanesi İkmal İnşaatı Yapım İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 2021/108705 ihale kayıt numarası "Antalya Aksu 300 Yataklı Devlet Hastanesi İkmal İnşaatı Yapım İşi" ihalesine ilişkin olarak Ziver İnşaat Taahh. Mad. Tur. Paz. San. Tic. A.Ş. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 08.07.2021 tarihli ve 2021/UY.II-1381 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine," karar verilmiştir.

Davacı Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 01.11.2021 tarihli ve E:2021/1530, K:2021/1855 sayılı kararı ile "davanın reddine," karar verilmiş olup söz konusu karar yönelik olarak yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesininin 28.03.2022 tarihli E: 2021/5058, K:2022/1264 sayılı kararında "Aktarılan mevzuat kuralarından, ihalelerde pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde hakim ortak tarafından yurt dışında gerçekleştirilen işler için elde edilen başlı şirket ait iş bitirme niteliğindeki belgelerin kullanılabilmesi, ancak bunun için hakim ortaklık durumuna dair hukuki ilişkinin ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak kurulu ve tescil edilmiş olduğu, hakların donması veya hakimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması durumlarının ortaya çıkmadığı, bu ilişki kapsamında bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin usulüne uygun biçimde yapıldığını gösteren standart formun telif kapsamında sunulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda dosya incelendiğinde, davacı şirketin 06/05/2019 tarihinde yurt dışında kurulu olan yabancı bir şirketin paylarının %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 yurt dışında gerçekleştirilen yapım işinde elde edilen bağlı şirketine ait iş deneyim belgesini beyan edildiği, hakim ortak-bağlı ortak ilişkisini tevsik etmek üzere meslek mensubu onaylı ortaklık durumunu gösterir KİK Standart Formu (KİK.031.1/Y) esas alınarak düzenlenmiş 06/04/2021 tarihli ortaklık tespit belgesinin sunulduğu, davalı idarece yapılan inceleme sonucunda davacının hakim ortaklık ilişkisi içerisinde bağlı şirketin %100'lük payını edindiğini 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 nedeniyle standart forma (KİK.031.1/Y) uygun belge sunulmadığından isteklinin teklifinin bu gerekçelerle değerlendirilme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin tesis edildiği görülmektedir.

Uyumsuzluğun şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde iş deneyim belgesi kullanılarak yapılan ortaklık ilişkisi içerisinde bulunan hakim ortağın bu şirketin %100'lük payını edindiğinin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde tescil ve ilan edilmesinden kaynaklandığı anlaşıldığından, bu tarz bir tescilin yapıp yapılmayacağı ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilip edilemeyeceği, böyle bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı, yükümlülük yoksuna bile ihtiyari bir tescil ve ilan imkânı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Davacı tarafından dava dosyasına sunulan ve aynı konuda davacı hakkında yapılan inceleme sonucunda tesis edilen 29/12/2021 tarih ve 2021/UY.II-2399 sayılı Kurul kararı kapsamında 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 ülke mevzuatına göre kurulmuş yabancı bir şirkete ait payları edinmesi hâlinde, bu durumu tevsik eden bilgiler, Türkiye'de ticaret siciline tescil ve ilanının mümkün olup olmadığı, bağlamda, Türk hukuku açısından pay edinimi yoluyla şirketler topluluğu ilişkisinin kurulmasını bildiren yükümlülüğünün hakim şirkete mi yoksa bağlı şirkete mi ait olacağı, şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde, aktarılan durum Türkiye'de ticaret siciline tescil ve ilanının mümkün olmadığını tarafa nazaran değerlendirilmesinde hâlinde, şirketler topluluğu ilişkisinin anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde kurulup kurulmadığına ne şekilde tevsik edilmesinin uygun olacağı" hususunda görüş sorulduğu, cevaben gönderilen Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı'nın bila tarih ve 34221550-730.10 sayılı yazısında " ... 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ülkemizde faaliyet gösteren bir şirketin, yurtdışında faaliyet gösteren bir şirketin paylarına sahip olması durumunun ticaret siciline tescil ve ilan düzenlemesinin bulunmaması, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin "Şirketler Topluluğu" başlıklı Besinli Bölümünün "Hakimiyet sözleşmesi ve tescil" başlıklı 106. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Bu sözleşme nedeniyle talimat verme yetkisini haiz olan tarafın yerleşim yerinin veya merkezinin yurtdışında bulunması ve sözleşmenin yurtdışında düzenlenmesi veya yabancı hukuki tabii olması durumunda da, sözleşmenin talimat alan ortaklığın merkezinin bulunduğu müdürlükte tescilli gerekir." hükmü ile hakim şirketi yurtdışında bulunması durumunda ülkemizde yerleşik yavru şirketin sözleşmesel olan bu duruma tescil yükümlülüğü getirilmiş olduğu, ayrıca, pay edinimine ilişkin tevsik edici belgelerin payın devraldığı ülke mevzuatı çerçevesinde Kurumunza sunulması gerektiği" ifade edilmiş; yine cevaben gönderilen Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün bila tarih ve E-50035491-431.04-00069719268 sayılı yazısında da, "...Somut olayda, payları iktisap eden davacı şirketin merkezinin ülkemizde, payları iktisap edilen Klimovsk Stroynsbnabek Limited Şirketi'nin ise yabancı ülkede kayıtlı olduğunu anlaşıldığı, anılan mevzuat hükümlerinde, 198. maddesi çerçevesinde yerine getirilmesi gereken tescil ve ilanın payları iktisap eden şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğü nezdinde yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bahse konu iktisabın davacı şirketin kayıtlı bulunduğu Ankara Ticaret Sicili Müdürlüğü tarafından tescil edilmesinin uygun olmayacağı, davacının Klimovsk Stroynsbnabek Limited Şirketi nezdindeki pay sahipliği durumunun ise ilgili ülke mevzuatı çerçevesinde yerine getirilen işlemlere ilişkin bilgi ve belgelerin Kurumunza sunulması suretiyle tevsik edilebileceğinden değerlendirilmektedir." şeklinde görüş bildirilmiştir.

Yine Kurul tarafından, hakim şirketin yurt içinde, yavru şirketin de yurt dışında kaim olduğu durumlarda bir takım ilan ve tescil örneklerine rastlanıldığından bahisle ihtiyari olarak tescil ve ilan yapılabilmesinin önünde yasal bir engel bulunup bulunmadığı hususunda ilgili olarak anılan Kurulardan ek gerekçeli görüş istenildiği, bu kapsamda Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı'nın 16/12/2021 tarih ve 11396 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 tereddüdü yer bırakmayacak kadar açık olduğu, hükmün yerleşim yeri bağlamında hakim ve bağlı şirketler açısından şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bir ayırım gerektirmediği, 2. 6102 sayılı Kanun'un "Bildirim, tescil ve ilan yükümlülükleri" başlıklı 198. maddesinin birinci fıkrasında, " ... teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye 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." hükümlerinin 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 yolla kanunun aydınlatılması, sermaye piyasasında şeffaflığın sağlanması ve sorumluluk hükümlerinin uygulanması yönünden ağırlık kazanır." açıklamaları ile birinci fıkranın gerekçesinde "Bildirim adresleri katılınan 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 teşebbüsün (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, bilindiği üzere, Türk Ticaret Kanunu'nda tescile tabi hususların tadadı olarak sayıldığı, bu kapsamda kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nda tescile tabi olduğu hüküm altına alınmış vakaların tescil edildiği, nitekim ticaret sicili müdürlüğün anılan Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası gereğince tescil için aranan kanunî şartların var olup olmadığının incelenmesiyle yükümlü olduğu, bu yönüyle 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 bila tarih ve 00070162443 sayılı yazısında da, "Bildirdiği üzere, 6102 sayılı Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında; ' ... b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirkettir.' hükmüne yer verildiği, hakimiyet sözleşmesinin ise Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 106. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimiyet sözleşmesi, aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsu bile bu ilişki bağlamında ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğeriğin yönetim organına hiçbir şartta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir." şeklinde tanımlandığı, anılan maddenin ikinci fıkrası gereğince, hakimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bağlı şirketin genel kuruluna onaylanması ve sicile tescil ettirilmesinin şart olduğu, daha önceki yazınızla görüş talep edilen konu ve somut örnek hakkında, söz konusu ilişkinin dayanağını teşkil eden 6102 sayılı Kanun'un pay iktisabına dayanan şirketler topluluğu hükümleri nazaran değerlendirilme yapılarak ilgili yazıyla gerekli açıklamalar da sunulduğu, görüş isteme yazınızda belirtilen örneklerin ise taraflar arasında imzalanmış bir hakimiyet sözleşmesi çerçevesinde oluşan şirketler topluluğu ilişkisi olduğu görülmüş olup, konunun yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde ele alınmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir." şeklinde görüş verilmiştir.

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, payları iktisap edilen bağlı ortağın yabancı bir ülkede kayıtlı olması durumunda, anılan Kanun'un 198. maddesinde belirtilen tescil ve ilan payları iktisap eden şirketin yani ülkemizde kaim olan hakim ortağın kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğü nezdinde yapılacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı, hakim ortağın belli oranlardaki pay iktisaplarını ilgili kurumlara ve paylarına devraldığı bağlı şirkete bildirmeye yükümlü olduğu, pay sahipliği durumunun tescil ve ilanının payları iktisap edilen bağlı şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğü nezdinde yapılacağı, bağlı şirketin yurt dışında olması durumunda ise açık bir mevzuat düzenlemesi olmamakla birlikte, aktarılan kurum görüşlerinde, ilgili ülke mevzuatı çerçevesinde yapılan işlemlere dair bilgi ve belgelerin sunulması suretiyle pay sahipliğinin tevsik edilebileceğinin belirtildiği, ayrıca bu konuda ihtiyari olarak bir tescil ve ilan yapılamayacağı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ilgili idarelerce, ülkemizde yerleşik olan davacı şirketin, şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde yurt dışında kaim yavru şirketin paylarını iktisap etmesiyle meydana gelen hakim ortaklık durumunun ülkemizde tescil ve ilan edilmesini öngören bir düzenlemenin ve ihtiyari tescil imkânının bulunmadığından belirtilmesi, hatta bu işlemleri yapmakla yetkili olan idarece söz konusu durumun tescil ve ilan edilemeyeceğinin ifade edilmiş olması karşısında, davacının ilgili kurumlar nezdinde de yerine getirmesine imkân tanımayan tescil ve ilan işlemini yapmakla yükümlü olmadığı ve bu tarz bir işleme zorlanamayacağı, tescil ve ilan yapılmaması durumunda sorumlu tutulmasının beklenemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, davacı şirketin hakim ortaklık durumunu Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan ve tescil ettirmeyerek Türk Ticaret Kanunu'nda ve ihale mevzuatında yer verilen tescil ve ilan yükümlülüklerini yerine getirmeden bahisle teklifinin değerlendirilme dışı bırakılmasına mevzuata aykırılık bulunmadığına yönelik olarak tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yönünde İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, her ne kadar davalı idarece temyizce cevap dilekçesi ve ekinde, hakim ortağın ülkemizde bağlı şirketin ise yurt dışında olduğu durumlarda hakimiyet ilişkisinin tescil edilebileceği ve bu konuda örnek tescil ve ilanların olduğu belirtilerek örnek Ticaret Sicili Gazetelerine yer verilmişse de, 6102 sayılı Kanun'un 198. maddesinin 3. fıkrasında, hakimiyet sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için ticaret siciline tescil ve ilan düzenlendiğinden, ortada bir hakimiyet sözleşmesinin bulunması hâlinde zaten tescilin gerekli ve zorunlu olduğu, verilen örneklerin de taraflar arasında hakimiyet sözleşmesinin bulunduğu durumlara ilişkin olduğu, olayda ise taraflar arasında yapılmış bir hakimiyet sözleşmesi bulunmadığından verilen örneklerin somut olaya emsal teşkil etmeyeceği görüldüğünden, idarenin bu yöndeki iddiasına itibar edilmemiştir." gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Diğer taraftan davacı Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından başvuru konusu ihaleye sunulan ve uyumsuzluğu konu iş deneyim belgesi hakkında Kamu İhale Kurumu tarafından Dışişleri Bakanlığı nezdinde yapılan araştırma ve inceleme sürecinin devam ettiği anlaşılmıştır.

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 hükmü 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 eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Ziver İnşaat Taahhüt Madencilik Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. ne ait teklifin "1)İstekli tarafından sunulan ortaklık tespit belgesinde "Hakim Ortağa İlişkin Hakların Donması veya Hakimiyetin Hukuka Aykırı Biçimde Kullanılması Durumlarının Ortaya Çıkıp Çıkmadığı" satırı ile "Şirketler Topluluğu İlişkinde İlişkin Bildirim, Tescil ve İlan Yükümlülüklerinin Usulüne Uygun Biçimde Yapılıp Yapılmadığı" satırının boş bırakıldığı,

2)Yurt dışında faaliyet gösteren yabancı bir firmada pay çoğunluğuna dayanan hakim ortak olduğu, yabancı firmının tek ortağı olduğu, diğer bir ifadeye hakimiyet sözleşmesinin kurulduğu fakat bu hususun Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde tescil ve ilan edilmediği" gerekçeleriyle değerlendirilme dışı bırakılması işleminin yerinde olmadığı, bu itibarla 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesi karar verilmesi gerektiği tespit edilmiş olmakla birlikte, başvuru sahibine ait teklifin aynı zamanda aşırı düşük teklif açıklanması sunmadığı gerekçesiyle değerlendirilme dışı bırakıldığı, anılan hususun itirazın şikâyet başvurusuna ve davaya konu edilmediği dolayısıyla sonucu itibarıyla başvuru konusu ihale bakımından başvuru sahibi istekliyle ait teklifin değerlendirilme dışı bırakılmasına dair hukuki durumun hiçbir koşulda değişmediği anlaşılmaktadır.

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

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,

1- Kamu İhale Kurulunun 08.07.2021 tarihli ve 2021/UY.II-1381 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme Kararı'nın uygulanmasının, başvuru sahibinin teklifinin değerlendirilme dışı bırakılmasına dair hukuki durumda değişiklik yaratmaması nedeniyle düzeltici işlem tesisine gerek bulunmadığından, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.