

iş bitirme belgeleri yönetim veya denetim suretiyle elde edilen belgelerin ihaleye katılımda iş deneyim belgesini tevsik etme amacıyla kullanılabileceği bu belge sahibi kişi veya kuruluşların kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin ihaleye katılabılmesinde en az bir yıldır o tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması ve anılan Kanun'a göre gerçekleştirilecek ihalelere ilişkin sözleşmenin yürütülmesi konusunda temsile

**ve yönetime yetkili olması
gerektiği, ayrıca bu
şartların her ihalede
aranması ve teminat süresi
sonuna kadar muhafaza
edilmesinin zorunlu olduğu hk
(Danıştay kararlı8)**

Toplantı No	: 2022/001
Gündem No	: 45
Karar Tarihi	: 05.01.2022
Karar No	: 2022/MK-5

BAŞVURU SAHİBİ:

Ark Su İnşaat Proje Mühendislik Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi- Baytimur İnş.A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Bölge Müdürlüğü-23.Bölge Kastamonu Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2020/719840 İhale Kayıt Numaralı "Kırazlıköprü Sulaması" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Devlet Su İşleri 23. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan 2020/719840 ihale kayıt numaralı "Kırazlıköprü Sulaması" ihalesine ilişkin olarak Ark Su İnşaat Proje Mühendislik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi – Baytimur İnş. A.Ş. İş Ortaklığı itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 21.04.2021 tarihli ve 2021/UY.I-846 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Fibey İnş. San. Turz. Tic. A.Ş. – MŞİ Enj. İnş. San. Tic. A.Ş. İş Ortaklığı tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 08.07.2021 tarihli E:2021/953, K:2021/1303 sayılı kararında davacı şirketlerin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Söz konusu Mahkeme kararı üzerine Kamu İhale Kurulunun 11.08.2021 tarihli ve 2021/MK-362 sayılı kararı ile "Kamu İhale Kurulunun 21.04.2021 tarihli ve 2021/UY.I-846 sayılı kararında yer alan Fibey İnş. San. Turz. Tic. A.Ş. – MŞİ Enj. İnş. San. Tic. A.Ş. İş Ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik değerlendirmelerin iptaline," karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararının Kurum tarafından temyiz edilmesi üzerine verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 08.11.2021 tarihli ve E:2021/3772, K:2021/3713 sayılı kararında "Aktarılan mevzuat ile ihale dokümanının birlikte incelenmesinden, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca, temsile yetkili kişilerin, bunların temsil şekillerinin, temsil ve yönetime ilişkin değişikliklerin tescil ve ilanının zorunlu olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen iş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilen belgelerin ihaleye katılımda iş deneyim belgesini tevsik etme amacıyla kullanılabilmesi, bu belge sahibi kişi veya kuruluşların kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin ihaleye katılabilmesinde en az bir yıldır o tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması ve anılan Kanun'a göre gerçekleştirilecek ihalelere ilişkin sözleşmenin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olması gerektiği, ayrıca bu şartların her ihalede aranması ve teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının pilot ortağı olan MŞİ Enerji şirketinin teklif kapsamında sunduğu belgeler incelendiğinde, "Tüzel Kişilerde Ortaklık Bilgilerine ve Yönetimdeki Görevlilere İlişkin Son Durumu Gösterir Belgede", şirket ortaklarının, Abdullah İLÇİ (%45) ve İlci İnşaat şirketi (%55) olduğu; anılan belgenin "Yönetimdeki Görevliler" kısmında, Abdullah İLÇİ'nin şirketin yönetim kurulu başkanı olduğu bilgisine yer verilmiştir.

MŞİ Enerji şirketi tarafından sunulan, 25436-Y-KK-20-2 sayılı iş deneyimi belgesinde (yüklenici iş bitirme belgesinde), yüklenicinin ticaret unvanının "İlci İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş." olduğu; bu belge ile birlikte sunulan "Ortaklık Tespit Belgesinin", "İş Deneyim Belgesi Kullanılacak Ortağa İlişkin Bilgiler" kısmında, ortağın ticaret unvanının "İlci İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.", "Ortağın Belgenin Düzenlendiği Tarihteki Ortaklık Hisse Oranının" %55 olduğu bilgisine yer verildiği; ayrıca, söz konusu belgede, "Başvuru sahibi tüzel kişiye ilişkin kayıtların incelenmesi sonucunda, yukarıda adı ve soyadı/ticaret unvanı bulunan kişinin bu belgenin düzenleme tarihinden önceki bir yıl boyunca MŞİ Enerji şirketinin kesintisiz olarak yarıdan fazla hissesine sahip olduğu ve bu süreçte 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olan ortağı olduğu tespit edilmiştir." ifadesinin yer aldığı, dolayısıyla "Tüzel Kişilerde Ortaklık Bilgilerine ve Yönetimdeki Görevlilere İlişkin Son Durumu Gösterir Belge" ile "Ortaklık Tespit Belgesinde" yer alan yönetim ve temsile yetkili kişinin farklılık arz ettiği görülmüştür.

Öte yandan, MŞİ Enerji şirketine ilişkin 23/05/2016 tarih ve 9080 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi incelendiğinde, söz konusu Gazete'de, şirket kuruluşunun tescil ve ilan edildiği, buna göre, kurucu ortağın Abdullah İLÇİ olduğu ve 100.000,00-TL değerinde ve 100000 paya karşılık gelen şirket sermayesinin tümünün Abdullah İLÇİ'ye ait olduğu, ilk Yönetim Kurulu üyesi ve başkanı olarak 3 yıllığına Abdullah İLÇİ'nin seçildiği; 24/05/2019 tarih ve 9836 sayılı Ticaret Sicili Gazetesi incelendiğinde, söz konusu Gazete'de, 18/05/2019 tarihli ve 2019/02 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile 18/05/2019 tarihli Genel Kurul kararının tescile dayanak gösterildiği, Abdullah İLÇİ'nin 18/05/2022 tarihine kadar Yönetim Kurulu üyesi, ayrıca 1 yıl için de Yönetim Kurulu başkanı olarak seçildiği; ayrıca, İlci İnşaat şirketinin, MŞİ Enerji şirketini temsile ve yönetime yetkili olduğuna ilişkin bir bilginin bulunmadığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla, iş ortaklığı olarak teklif sunulan ihalede MŞİ Enerji şirketi tarafından sunulan iş deneyim belgesinin, bu şirketin %55 hissesine sahip olan İlci İnşaat şirketine ait olduğu; fakat, MŞİ Enerji şirketini temsile ve yönetime yetkili ortağının, anılan şirketin %45 hissesine sahip olan Abdullah İLÇİ olduğu; her ne kadar, iş deneyim belgesi kullanılan İlci İnşaat şirketi, en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması şartını sağlıyor olsa da MŞİ Enerji şirketini temsile ve yönetime yetkili olma şartını sağlamadığından bahisle davacı şirketlerin oluşturduğu iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği sonucuna varılarak düzeltici işlem belirlenmesine dair dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına 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.

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 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 11.08.2021 tarihli ve 2021/MK-362 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 21.04.2021 tarihli ve 2021/UY.I-846 sayılı kararının hukuken geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.