

**Kurum tarafından yapılan
temyiz başvurusu üzerine
Danıştay kararında “
...Yukarıda yer verilen mevzuat
hükümleri birlikte
değerlendirildiğinde; Türk
Ticaret Kanunu’nun “IV – Tür
değiştirme 1. Genel hükümler”
başlığı altında yer alan
180’inci maddesinde, bir
şirketin hukuki şeklini
değiştirebileceği ve yeni
türe dönüştürülen şirketin
eskisininin devamı olduğu”,
181’inci 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 şekilde 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, dolayısıyla dava konusu ihtilafta 180'inci maddenin kıyasen uygulanamayacağı ve kamu ihale mevzuatı açısından ticari işletmeden dönüşen yeni şirketin ticari işletmenin devamı olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca, TTK 183'üncü maddesindeki "Tür

değiştirmede ortakların Şirket payları ve hakları korunur" hükmü genel bir düzenleme olup, ihaleler bakımından özel kanun olan Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki "...Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğın yarısından fazla hissesine sahip olmaları ... zorunludur." hükmünün uygulanmasını engelleyici nitelikte olduğu kabul edilemez. Bu itibarla,

ticaret siciline tescil edilen davacı şirketin, iş ortaklığı sözleşmesi ile kurulan ticari işletmenin devamı niteliğinde olmadığından, anılan ticari işletmeye %95 hisse ile ortak olan Yıldırım Şti. adına düzenlenmiş iş deneyim belgesi ile işletmenin bilanço ve ciro değerlerini ihale kapsamında kullanamayacağı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare Mahkemesi kararında ise

hukuki isabet görülmemiştir.

Toplantı No	: 2016/037
Gündem No	: 42
Karar Tarihi	: 22.06.2016
Karar No	: 2016/MK-267

<u>Sikayetçi:</u>
Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Limited Şirketi
<u>İhaleyi Yapan Daire:</u>
Uygulama Ve Araştırma Hastanesi Yükseköğretim Kurumları Ege Üniversitesi
<u>Başvuru Tarih ve Sayısı:</u>
19.12.2014 / 44598
<u>Başvuruya Konu İhale:</u>
2014/126024 İhale Kayıt Numaralı "Eü Hastanesi 2015 Mali Yılı 12 Aylık Yüklenici Firma Sorumlusu, Yardımcı Eleman, Teknik Destek Elemanı, Veri Kayıt Elemanı, Veri Destek Elemanı, Biyomedikal Servis Elemanı Hizmetlerinin Alımı" İhalesi
<u>Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:</u>
<u>Karar:</u>

Ege Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Hastanesi tarafından 04.11.2014 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2014/126024 ihale kayıt numaralı "Ege Üniversitesi Hastanesi 2015 Mali Yılı 12 Aylık Yüklencisi Firma Sorumlusu, Yardımcı Eleman, Teknik Destek Elemanı, Veri Kayıt Elemanı, Veri Destek Elemanı, Biyomedikal Servis Elemanı Hizmetlerinin Alımı" ihalesine ilişkin olarak Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Limited Şirketinin 05.12.2014 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 05.12.2014 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 19.12.2014 tarih ve 44598 sayılı ile Kurum kayıtlarına alınan 19.12.2014 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 11.03.2015 tarihli ve 2015/UH.I-789sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Ltd. Şti. tarafından 11.03.2015 tarihli ve 2015/UH.I-789 sayılı Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 15. İdare Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli E:2015/722, K: 2015/797 sayılı kararında "... Uyuşmazlık konusu olayda; dava konusu 11.03.2015 tarih ve 2015/UH.I-789 sayılı Kamu İhale Kurul'u Kararında yukarıda aktarılan 04.03.2015 tarih ve 2015/UH.I-748 sayılı Kurul Kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 27.05.2015 tarih ve E:2015/725 K:2015/789 sayılı kararı ile; uyuşmazlığın davacı şirketin %50'ün fazla hissesine sahip olan ortağı Yıldırım Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. adına düzenlenmiş iş bitirme belgesi ile Y195tep5 iş ortaklığının 2013 yılı bilanço ve ciro değerlerini dava konusu ihale kapsamında kullanıp kullanamayacağına ilişkin olduğu ve Y195tep5 adi ortaklığının tür değiştirmek suretiyle Makrotep Entegre Tes. Yön. Ltd. Şti 'ye dönüştüğü, bu kapsamda, Y195tep5 adi ortaklığının tüm hak, alacak ve borçları Makrotep Entegre Tes. Yön. Ltd. Şti. uhdesinde devam ettiğinden, davacı şirketin (aynı zamanda tür değiştirmeden önceki Y195tep5 adi ortaklığının) yüzde elliden fazla hissesine sahip ortağı olan Yıldırım Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. adına düzenlenmiş iş bitirme belgesi (Kamu İhale mevzuatında aranan diğer şartları karşılamaya koşullu) ile Y195tep5 iş ortaklığının 2013 yılı bilanço ve ciro değerlerini kullanabileceği anlaşılmış olmakla birlikte olayda, dava konusu ihalenin ilan tarihinin 02.10.2014, ihale tarihinin ise 05.11.2014 olduğu, Y195tep5 adi ortaklığının 01.09.2013 tarihi itibarı ile 9530393067 vergi numarası ile kurumlar vergisi mükellefi olarak Mithatpaşa Vergi Dairesi'ne mükellefiyet kaydı yaptırdığı, 28.08.2013 tarihinde iş ortaklığı sözleşmesinin noter tasdikinin yapıldığı, dolayısıyla Yıldırım Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti.'nin ihalenin ilan tarihinden geriye doğru bir yıldır davacı şirketin yüzde elliden fazla hissesine sahip ortağı olduğu, Y195tep5 adi ortaklığının 2013 yılı bilanço ve ciro değerlerinin dava konusu ihale kapsamında davacı şirket tarafından kullanılabilmesi için gerekli işlemlerin yerine getirilmesi için gerekli işlemlerin, iptaline karar verildiği görülmüştür.

Bu durumda; yukarıda bahse konu iptal kararı üzerine Anayasanın 138. Maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince yargı kararlarının icaplarına uygun olarak idarece işlem tesis edilmesinin zorunlu bulunması ve bu bağlamda davacı şirketin Y195tep5 iş ortaklığının devamı niteliğinde olduğu ve Y195tep5 iş ortaklığının bilanço ve ciro değerlerinin Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Ltd. Şti.'nin 2013 yılı bilanço ve ciro değerleri olarak kullanılması mümkün olduğu yolundaki mahkeme kararında yer verilen gerekçeler doğrultusunda hukuka aykırılığı saptanan bu durum karşısında, dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bunun üzerine 19.08.2015 tarihli ve 2015/MK-380 sayılı Kurul kararıyla "1- Kamu İhale Kurulunun 11.03.2015 tarihli ve 2015/UH.I-789 sayılı kararının Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Ltd. Şti.'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince, Y195tep5 İş Ortaklığı Ticaret İşletmesinin bağlı bulunduğu vergi dairesinden ilgili yıla ait kanuni süresi içerisinde vermiş oldukları en son "yıllık beyanname"lerinde belirlenmiş olan vergi matrahı/mali zarar tutarları ile beyanname ekindeki gelir tablosunda yer verilen net satış tutarlarının istenilmesi ve bu tutarlar dikkate alınarak vergi matrahı/mali zararların net satış tutarlarına oranının belirlenmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi yönünde düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Kurum tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 13. Dairesinin 19.10.2015 tarihli ve E:2015/4393, K:2015/3468 sayılı kararında "...Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Türk Ticaret Kanunu'nun "IV – Tür Değiştirme 1. Genel hükümler" başlığı altında yer alan 180'inci maddesinde, bir şirketin hukuki şeklini değiştirebileceği ve yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olduğu", 181'inci 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 düzenleme yer verilmiş, 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, dolayısıyla dava konusu ihilafatla 180'inci maddenin kıyasen uygulanamayacağı ve kamu ihale mevzuatı açısından davacı işletmeden doğan yeni şirketin ticari işletmenin devamı olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca, TTK 183'üncü maddesindeki "Tür değiştirmede ortakların şirket payları ve hakları korunur" hükmü genel bir düzenleme olup, ihaleler bakımından özel kanun olan Kamu İhale Kanunu'nun 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki "...Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları ... zorunludur." hükmünün uygulanmasını engelleyici nitelikte olduğu kabul edilemez.

Bu itibarla, 15.10.2014 tarihinde ticaret siciline tescil edilen davacı şirketin, 27.08.2013 tarihli iş ortaklığı sözleşmesi ile kurulan (Y195tep5) ticari işletmenin devamı niteliğinde olmadığından, anılan ticari işletmeye %95 hisse ile ortak olan Yıldırım Temizlik Organizasyon ve Tic. Ltd. Şti. adına düzenlenmiş iş deneyim belgesi ile işletmenin 2013 yılı bilanço ve ciro değerlerini 04.11.2014 tarihli dava konusu ihale kapsamında kullanamayacağı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 04/06/2015 tarih ve E:2015/722, K:2015/797 sayılı kararının bozulmasına, davanın reddine..." karar verilmiştir.

Yine bunun üzerine 17.02.2016 tarihli ve 2016/MK-67 sayılı Kurul kararıyla "1- Kamu İhale Kurulunun 19.08.2015 tarihli ve 2015/MK-380 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince, Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Ltd. Şti.'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönünde düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Kurulun 19.08.2015 tarihli ve 2015/MK-380 sayılı kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Makrotep Entegre Tesis Yönetimi Ltd. Şti. tarafından açılan davada ise Ankara 9. İdare Mahkemesi tarafından "...Yapılan incelemede; Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin Danıştay 13. Dairesinin 11.03.2015 tarih ve E:2014/3467 sayılı kararı ile yürütmesinin durdurulduğu, bu kararın davalı idareye 08.06.2015 tarihinde tebliği edildiği, davalı idare tarafından ise yürütme durdurma kararı sonrası mevzuatta oluşan boşluğu doldurmak amacıyla 28.07.2015 tarih 29428 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesinin yeniden düzenlendiği ve bu düzenlemelerin yayımı tarihinde yürürlüğe girdiği ve davaya konu kararın verildiği 19.08.2015 tarihinde de bu düzenlemelerin yürürlükte olduğu görülmektedir.

İdareler tarafından Mahkeme kararları uygulanırken, yargı kararıyla hukuka aykırı oldukları tespit edilen düzenlemelere dayanarak işlemler tesis edilemeyecektir. Bu durumda; Kamu İhale Kurulu tarafından, Ankara 15. İdare Mahkemesinin anılan kararının uygulanması kapsamında; 28.07.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve davaya konu kararın verildiği tarihte de yürürlükte olan, ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesi hükümlerine göre düzeltici işlem belirlenmesi gerekirken böyle yapılmayarak Danıştay 13. Dairesinin 11.03.2015 tarih ve E:2014/3467 sayılı kararı ile yürütmesi durdurulan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi hükmüne göre düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline ..." karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü 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 günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

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

Açıklanan nedenlerle;

1- Ankara 9. İdare Mahkemesi tarafından verilen 31.12.2015 tarihli ve E:2015/2611, K: 2015/2953 sayılı kararın idarece uygulanmasına,

2- Danıştay 13. Dairesinin 19.10.2015 tarihli ve E:2015/4393, K:2015/3468 sayılı kararın uygulanması kapsamında alınan 17.02.2016 tarihli ve 2016/MK-67 sayılı Kurul kararının gelinen aşama itibarıyla geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.

Hamdi GÜLEÇ Başkan			
Şinasi CANDAN İl. Başkan	Osman DURU Kurul Üyesi	Erol ÖZ Kurul Üyesi	
Köksal SARINCA Kurul Üyesi	Hasan KOCAGÖZ Kurul Üyesi	Oğuzhan YILDIZ Kurul Üyesi	