

# ortak girişim olarak alınan ihalede iş ortaklığı olarak kurulan firmanın temsilciliğini kim yapar

## • İş Ortaklığının İdaresi

İş ortaklığında ortak amacının gerçekleştirilebilmesi için ortaklar sözleşmeyle kararlaştırılan yükümlülüklerinin ifasını gerçekleştirmelidirler. Bunun için de iç ilişkide hak ve yükümlülüklerle bir düzen oluşturulmalıdır.

Dar anlamda iş ortaklığı, idare, ortaklık sözleşmesi ve kanun hükümleri ile belirlenen ve bu çerçevede organizasyon, uyum ve fiili faaliyetlerden oluşan görevlerin ve yetkilerin tamamıdır. Adi ortaklıkta olduğu gibi iş ortaklığında da idare yetkisi ortakların sözleşmede yapacağı bir düzenleme ile veya kanun hükümleri ile dışa karşı temsili de kapsayacak şekilde genişletilirse geniş anlamda idare söz konusu olacaktır.

İş ortaklığında yönetim yetkisinin kime veya kimlere ait olacağı genellikle iş ortaklığını kuran sözleşmede belirlenmektedir. Eğer sözleşmede böyle bir belirleme yapılmamışsa ortaklıkta yönetim yetkisi bütün ortaklar tarafından birlikte kullanılır. Diğer yandan ortaklar karar alarak oybirliğiyle yönetim yetkisine sahip olacak kişi ya da kişileri belirleyebilirler.

İş ortaklıkları genellikle büyük sermaye ve yüksek teknoloji gerektiren ve bundan dolayı büyük risk taşıyan işlerin yapılması için ticaret şirketleri tarafından kurulmaktadır. Bu durumda da iş ortaklığının bütün ortaklar tarafından yönetilmesi pek mümkün olmamaktadır. Yönetimde zorluklarla karşılaşılması için uygulamada genellikle iş

ortaklığı ortakları, ortaklığın yönetimi ve temsili için birini seçmektedirler. Genellikle bu kişinin kim olacağı ve yetkilerinin kapsamı sözleşmede belirlenmektedir.

İş ortaklığında yönetim ile ilgili hususların sözleşmeyle belirlenmediği yerde TBK adi ortaklık hükümleri uygun olduğu ölçüde iş ortaklığına uygulanacaktır.

Kamu ihalelerinde ise sözleşme taraflarından birinin ortak girişim olması durumunda, ortaklar yönetici ortağın belirtildiği ortak girişim beyannamesini idareye sunmak zorundadırlar. Bu husus KİK m. 14'te "İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir." şeklinde düzenlenmiştir.

#### • İş Ortaklığının Temsili

İş ortaklığında pilot ortak hem ortaklığı yönetmekte hem de uçuñcu kişilerle olan ilişkilerde diğer ortakları temsil etmektedir. Dolayısıyla adi ortaklığın temsile ilişkin hükümleri iş ortaklığına uygun olduğu ölçüde uygulanacaktır.

Kamu İhale Kurumu'nun iş ortaklığını temsile ilişkin verdiği karar "İş ortaklığı beyannamesinin pilot ortağın iş ortaklığını her konuda temsile yetkili olduğunu, idare tarafından pilot ortağa yapılacak bildirimlerin iş ortaklığına yapılmış sayılacağını, işin iş ortaklığında kalması halinde pilot ortağın ortaklık nam ve hesabına hareket etmeye tam yetkili olacağını,

sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taleplerin ve sözleşmeden doğan yükümlüklerin yerine getirilmesinden ortakların müsterekken ve müteselsilen sorumlu olacağını ve ortakların işin sonuna kadar kurulan özel ortaklıktan ayrılmayacaklarını gösteren bir belge olduğu" şeklindedir.

Pilot ortağın, kamu ihalelerinde iş ortaklığını temsil yetkili olduğuna dair Kurul kararında bu husus "İnceleme konusu ihaleye D Ltd. Şti ve K firması is, ortaklığı olus,turmak suretiyle teklif vermis,tir. Bu ortak giriş,imin pilot ortağı D Ltd. Şti- \*...tır. pilot ortak \*... 'e K firması tarafından \* tarihli genel vekaletname ile K firması adına bu"tu"n ihalelere katılmaya ve ihale ile ilgili her tu"rlu" is,lemi yapmaya yetki verilmiş, ve \*... bu yetkiye dayanarak bazı belgeleri K firmasınının kas,esi u"zerine "V." 1' baresini koyarak imza atmıs,tır.

İhaleye iki ayrı teklif verilmemiş,; ortak giriş,im istekli adama tek teklif verilmiş,tir. Bu uygulamada mevzuata aykırı bir durum olmadığı tespit edilmiş,tir. Ayrıca, Ortak Giriş,im Beyannamesinde iddia edildiğinin aksine M... 'ın imzasının iki firmanının kas,esi u"zerinde de bulunmadı tespit edilmiş,tir." şeklinde ifade edilmiştir.

Ortak girişime yapılacak bildirim ve tebligatları düzenleyen İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.6/6'ya göre de "İdare tarafından ortak giriş,imlere yapılacak bildirim ve tebligat, belirtilen esaslar çerçevesinde pilot veya koordinato"r ortağa yapılır."

Ayrıca iş ortaklığı adına yapılacak şikayet veya itirazın şikayetlerin pilot ortak tarafından yapılması gerektiğine ilişkin düzenleme; İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 8/8'de düzenlendiği üzere "Ortak giriş,im adına yapılacak s,ikayet veya itirazın s,ikayet bas,vurularınının, pilot ortak/koordinato"r ortak veya temsil yetkisi verilen o"zel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur."

Kamu ihale sözleşmelerinde iş ortaklığının yetkisiz temsili de söz konusu olabilmektedir. Doktrinde hakim olan gerçeklik teorisine göre; tüzel kişilerin organları temsilci olarak kabul edilemez çünkü"temsil durumunda temsilci başkası adına ve hesabına sonuç doğuracak şekilde irade açıklamasında

bulunmaktadır. Tuzel kişilerde ise tuzel kişinin organı tuzel kişi adına irade açıklamasında bulunduğu, temsilci sıfatıyla değil bizzat tuzel kişi adına irade açıklamasında bulunmaktadır

Dolayısıyla tuzel kişinin organının yaptığı sözleşmelerde temsilci, temsil edilen, sözleşmenin diğer tarafı olan üçüncü kişi şeklinde uçlu bir ilişki bulunmamaktadır. Sözleşme, doğrudan tuzel kişi ve sözleşmenin karşı tarafı olan üçüncü kişi ile kurulmaktadır.

KİK m. 10'da ihaleye katılımda yeterlilik kuralları düzenlenmiştir ve bunlar arasında isteklinin teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeleri de sunması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca uygulama yönetmeliklerinde de ihaleye katılan kişinin temsil yetkisini ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla yetkisiz temsilde söz konusu olan başkası adına yetkisiz temsil ve temsil yetkisi bulunan isteklinin bu yetkisinin sınırını aşması durumları uygulamada ortaya çıkma ihtimali düşük durumlardır.

Başlangıçta mevcut olan temsil yetkisinin sonradan ortadan kaldırılması veya sonradan sınırlandırılması durumunda ise temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı ihaleyi açan kuruma bildirilmelidir. Aksi halde yetkisiz temsil iyi niyetli idareye karşı ileri sürülemeyecektir.

Çünkü yukarıda açıklandığı üzere Kanun ve Yönetmelikler gereği istekli adına ihaleye katılacak kişiler yetkili olduklarına ilişkin belgeleri idareye sunmaktadırlar ve bu durum temsil yetkisinin bildirilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı da bildirilmelidir.