

İhalelere katılan şirket Ortağına Ait İş Deneyim Belgesini Kullanan Firmaların dikkatine!

Artık kamu ihalelerinde, ortağın iş deneyim belgesini kullanmak için, ortağın şirkete belirli şartlarla ortak olmuş olması yeterli olmayacak

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihalelerde, iş deneyim belgesi kullanılan ortağın, aynı tüzel kişilikte "temsil ve yönetime" yetkili olması durumu ile ilgilidir.

Bu kanun maddesi geçen yıllarda iş deneyim belgesi olmayan fakat maddi imkanları iyi olan firma sahiplerinin iş deneyim belgesi olarak kendi şirketlerinin hisselerinin %51 ini formalite olarak devredip mühendislerin ve kamu kurum ve kuruluşlarda iş denetleme belgesine sahip kişilere ait bu belgeleri kiralayıp ihalelere katılmaları olmakta idi,

Daha sonra bu tür iş deneyim belgesi özelliğine sahip kişilerin şirket ortakları olma şartı **ltd** **şti** lerde azami bir yıl ortaklığının devamlılığı şartı getirilmişti

18 mart 2020 tarihinde yürürlüğe giren bu kanun maddesi Türk ticaret kanunu hükümlerine göre Limited ve Anonim şirketlerin kuruluşları ve kurucu ortaklarının kanunun tanıdığı hakları göz ardı ederek ben yaptım oldu mantığı ile yürürlüğe konulan bu ilgili kanun maddesinin mevcut haline, tüzel kişiler tarafından katılım sağlanacak ihalelerde ortağa ait iş deneyim belgesinin kullanılabilmesi için;

iş deneyim belgesi ortağın tüzel kişiliğın yarısından fazla hissesine sahip olması, ve bu yarıdan fazla hissesine sahiplik durumunun en az bir yıldır devam ediyor olması gerekmektedir.

Anılan madde kapsamında her ihalede bu oran aranması ve teminat süresi boyunca muhafaza edilmesi gerekmektedir.

7161 sayılı Kanun ile ilgili maddede yapılan değişiklikte ise; yine iş deneyim belgesi kullanılacak olan ortağın en az bir yıldır tüzel kişiliğın yarısından fazla hissesine sahip olması şartı korunmakla beraber, bu kritere ek olarak; belge sahibi ortağın, 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihaleler kapsamında imzalanan sözleşmelerin yürütülmesi bakımından tüzel kişiliğın temsil ve yönetim yetkisine sahip olması ve yine sahip olduğu bu yönetim ve temsil yetkisinin de en az bir yıldır devam ediliyor olması şartı aranmaktadır.

Anılan kanun maddesinin gerekçesine bakıldığında ise; Tüzel kişinin ortağına ait belgelerin kullanabilme şartlarına ilişkin uygulamada ortaya çıkan ve rekabet ortamını bozan sonuçların kaldırılması ve belge sahiplerinin sorumlu olarak tecrübe ve birikimlerini doğrudan tüzel kişiye ve ihale konusu işe yansıtmasını sağlamak amacıyla belgesi kullanılan ortağın tüzel kişiliği temsile ve yönetime yetkili olması şartı getirildiğini görülmektedir.

İlgili kanun maddesinde aranan temsil ve yönetim kriterini şirketler hukuku açısından incelemek gerekirse, bu konuyu anonim ve limited şirket üzerinden incelemek isabetli olacaktır.

Kaldı ki, Limited şirkete ait temsil ve yönetime ilişkin hükümlerde de anonim şirket hükümlerine atıf yapıldığı görülmektedir.

Türk Ticaret Kanununda, Yönetim Kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle ve düzenleyeceği iç yönergeye göre, yönetimin kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabileceği düzenlenmiştir.

Temsil yetkisinin devri ise, yine esas sözleşmede açık bir hüküm bulunması halinde, bir veya birden fazla murahhas üyeye

veya en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine haiz olması şartı ile üçüncü bir kişiye devredilebilmesi mümkün kılınmıştır.

A.Ş lerin kuruluş özerklikleri limited şirketlerin şirket ortaklık yapısında çok daha farklı olup,

A.Ş kurucu üyelerin sahip oldukları belgeleri kullanma hakları yargıda arayacağı bir döneme gireceğimiz açık ve nettir.

Bununla birlikte kullanılan bu yönetim ve temsil yetkisinin kapsam ve sınırları hususunda ise TTK temsile yetkili olanların, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri şirket adına yapabileceğini ifade etmiştir.

Konuyla ilgili düzenlemeler hk detay:

18 Ocak 2019 tarih ve 30659 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7161 sayılı Kanunun 30.uncu maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 10.uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik;

İlan veya davet tarihi, 18 Mart 2020 tarihi ve sonrasında olan ihalelerde geçerli olmak üzere, ihalelerde tüzel kişiliğin ortağına ait iş deneyim belgesinin kullanılması halinde, söz konusu ortağın geriye doğru bir yıl boyunca yarıdan fazla hisseye sahip olma şartının yanı sıra, aynı tüzel kişilikte sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsil ve yönetime de yetkili olması ve bu durumun teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi şartı getirilmiştir.

Bu konu ile ilgili kamu ihale mevzuatında değişiklikleri de içeren Yönetmelik ve Tebliğler de 16 Mart 2019 tarihli ve 30716 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunmaktadır.

Kamu İhale Mevzuatına göre, iş deneyim belgesi, teklif verenlerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini gösteren bir belgedir. Bu düzenlemelerden önce, bu belgeler ancak belge

sahipleri veya yüzde 50'den fazla hissesine sahip olduğu tüzel kişiler tarafından kullanılabilmekteydi. Bu belgelerin bunlar dışındaki kişilerce kullanılması, kiraya verilmesi, satılması ve devredilmesi ise kanunen yasaklamıştır. Kanunun bu haliyle uygulanması haksız rekabet yaratan durumların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kanun koyucu bu nedenle söz konusu değişikliğin amaç ve gerekçesini aşağıdaki şekilde ortaya koymuştur:

“Tüzel kişinin ortağına ait belgelerin kullanabilme şartlarına ilişkin uygulamada ortaya çıkan ve rekabet ortamını bozan sonuçların kaldırılması ve belge sahiplerinin sorumlu olarak tecrübe ve birikimlerini doğrudan tüzel kişiye ve ihale konusu işe yansıtmasını sağlamak amacıyla belgesi kullanılan ortağın tüzel kişiliği temsile ve yönetime yetkili olması şartı getirilmektedir.”

Bu düzenleme kapsamındaki firmaların yapması gerekenler nelerdir?

Bu durumdaki firma sahip ve yöneticileri, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak ihalelerde, tüzel kişi firma ortağına ait iş deneyim belgesini kullanmak istemesi halinde;

Söz konusu ortağın aynı tüzel kişilikte, sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsil ve yönetime yetkili olarak atanması ve bu durumun teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesini sağlayacak şekilde firmalarını yapılandırmaları gerekmektedir.

Firmalar temsil ve yönetme ile ilgili yetkilendirmeyi ne zamana kadar yapmak zorundadır?

Bu düzenleme ilan veya davet tarihi, 18 Mart 2020 tarihi ve sonrasında olacak ihalelerde geçerli olmak üzere uygulanacaktır. Ortağın geriye doğru bir yıl boyunca yarıdan fazla hisseye sahip olması koşulu ile aynı tüzel kişilikte temsil ve yönetime de yetkili olması şartı ve uygulamaya başlama tarihi bir arada değerlendirildiğinde bu durumdaki

firmaların bu düzenlemeleri biran önce yapmaları gerekmektedir.

ihaleyi yapan kamu kurumları firmaların bu durumlara uygunluğunu nasıl takip edeceklerdir?

Bu durumun, İhale Uygulama Yönetmeliklerine eklenen bir standart form ile tevsik edilmesi ve devamlılığının korunduğunun her hakkedişle birlikte idareye beyan edilmesi de zorunlu hale getirilmiştir.

Firmaların ihaleyi yapan kurumlara, Ticaret sicili müdürlükleri veya 3568 sayılı yasaya göre yetkili meslek mensupları (Yeminli Mali Müşavir veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavir) tarafından, ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak bu şartların korunduğunu gösteren Ortaklık Tespit Belgesini sunmaları zorunlu olacaktır.

Sonuç olarak, kamu ihalelerinde haksız rekabete yol açan sorunlardan birine çözüm olarak düşünülen bu düzenlemelerin hayata geçirilmesi önemli bir gelişmedir.

Bu durumdaki firmaların temsil ve yönetim ile ilgili yapılarını bu düzenlemelere göre yapılandırmaları kanuni zorunluluk haline gelmiş bulunmaktadır. Bundan dolayı bu durumdaki firmaların temsil ve yönetme ile ilgili yetkilendirmeleri biran önce yapmaları kendi yararlarına olacaktır.

Bu düzenlemelerin, ihale mevzuatında haksız rekabeti önleme ve disipline etme konusunda önemli bir adım olduğunu düşünmekle birlikte, beraberinde tekelleşme gibi farklı haksız rekabet koşullarının oluşmasına yol açmamasını diliyoruz