

Şirket ortakları hakkında verilmiş bir yasaklama kararı mevcut değilse hisse toplamlarının önemi

Şirket hakkında yasaklama kararı verilmesi halinde ortaklarının ve diğer Şirketlerin durumu, hakkında kamu davası açılan ortaklar ve ortağı oldukları Şirketlerin ihalelere katılıp katılamayacağı hakkında

20 Ocak 2015

Yasaklama Kararının Ortaklar ve Diğer Şirketler Üzerindeki Etkisi

Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihalelerde Kamu İhale Kanunu'nun 17 inci maddesinde sayılan fiil ve davranıŐlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler hakkında yasaklama kararı verileceği kanunun 58 inci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiŐtir. Hakkında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişinin ortak olduğu diğer Őahıs veya sermaye Őirketlerinin bu yasaklama kararından ne Şekilde etkileneceği ise 58 inci maddenin ikinci fıkrasında ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28.1.9.4. maddesinde açıklanmıştır. Burada öncelikli incelenmesi gereken husus hakkında yasaklama kararı verilen kişinin gerçek ve tüzel kişi olmasına göre nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir.

Yasaklanan kişi gerçek kişi ise bu kişinin ortağı olduğu diğer şahıs şirketleri (Türk Ticaret Kanunu'na göre Adi şirket, Kollektif şirket, Komandit şirket) hakkında da yasaklama kararı verilir. Bu kişinin ortağı olduğu sermaye şirketleri (Türk Ticaret Kanunu'na göre Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirket, Limited şirket, Anonim şirket) bakımından yasaklama kararı verilebilmesi için ise bu kişinin söz konusu şirketlerdeki hisse oranının %50'nin üzerinde olması gerekir.

Hakkında yasaklama kararı verilen kişinin tüzel kişi olması halinde yine aynı şekilde bu tüzel kişinin ortağı olduğu sermaye şirketleri hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için hisse oranının %50'nin üzerinde olması gerekir.

Tüzel kişi şirket hakkında yasaklama kararı verilmesi halinde şirket ortaklarının durumu ne olacağı konusunda ise şirketin şahıs şirketi ve sermaye şirketi olmasına göre ayrıma gidilmektedir. Yasaklama kararı verilen şirket şahıs şirketi ise tüm ortaklar hakkında hisse oranı farketmeksizin yasaklama kararı verilir. Yasaklanan şirket sermaye şirketi ise bu şirketin ancak %50 sermayesinden fazlasına sahip olan ortaklar hakkında yasaklama kararı verilir. Hakkında yasaklama kararı verilen sermaye şirketinin %50'den fazla hisseye sahip ortağı hakkında yasaklama kararı verildiği takdirde söz konusu ortağın diğer şirketlerdeki sermaye durumuna bakılır ve %50'sinden fazlasına sahip olduğu başka bir sermaye şirketi mevcut ise bu şirket hakkında da yasaklama kararı verilir.

Burada üzerinde durulması gereken husus, hakkında yasaklama kararı verilen ortakların her birinin hissesi %50'nin altında olmasına rağmen başka bir şirketteki hisseleri toplamı %50'nin üzerinde ise o şirket hakkında yasaklama kararı verilip verilmeyeceğidir. Bu konuda Kamu İhale Genel Tebliği'nin

28.1.9.4. maddesi konuya açıklık getirmektedir. Maddenin ilgili bölümü şu şekildedir: ''...Sermaye şirketlerinde ise, hakkında yasaklama kararı bulunan ortağın sermaye şirketinin yarısından fazla hissesine sahip olması veya haklarında yasaklama kararı bulunan sermaye şirketi ortaklarının hisseleri toplamının şirketin sermayesinin yarısından fazlasını teşkil etmesi halinde, ihaleye katılan sermaye şirketi hakkında 4734 sayılı Kanununun 11 inci ve 17 nci maddeleri uyarınca işlemde bulunulacaktır...''.

Bu konu hakkında Kamu İhale Kurumu ve Danıştay 13. Dairesi'nin kararları da aynı yöndedir. Kamu İhale Kurulu 23.02.2012 tarih ve 2012/DK.D-27 sayılı kararında ve Danıştay 13. Dairesi ise 14.12.2011 tarih, 2008/12133 E. Ve 2011/5802 K. Sayılı kararında konu ile ilgili paralel şekilde, yasaklı ortakların hisselerinin toplanması yoluna gidilmesi ve bu durumda yasaklı hisse oranının %50'nin üzerinde olması halinde şirketin ihalelere katılmaması gerektiğine karar vermiştir. Burada dikkat çekilmesi gereken husus bu durumda şirket Kamu İhale Kanunu madde 11 gereğince ihalelere katılmayacaklar arasında kabul edilmektedir. Şirket hakkında otomatik olarak bir yasaklama kararı verilmemektedir. %50'den fazla hisseye sahip ortağın yasaklanması halinde şirketin de yasaklanacağı yönündeki madde 58/2'deki uygulamadan farklı olarak burada şirket hakkında direkt bir yasaklama kararı verilmemekte ancak ihalelere katılması halinde 11 inci maddeyi ihlal ettiği için hakkında yasaklama kararı verilebilmektedir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken temel nokta şirket ortakları hakkında yasaklama kararı verilmiş olmasıdır. Eğer şirket ortakları hakkında verilmiş bir yasaklama kararı mevcut değilse hisse toplamlarının ne olduğunun herhangi bir önemi yoktur. Şirket ortakları hakkında yasaklama kararı verilebilmesinin ön koşulu da yukarıda açıklanmıştır. Buna

göre, sermaye şirketi ortakları hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için bu ortağın hakkında yasaklama kararı verilen şirketin %50'den fazlasına sahip ortak olması gerekmektedir. Kanun ve tebliğin bu konudaki düzenlemesi açık ve nettir. Uygulamada %50 hisseye sahip iki ortağı bulunan bir limited şirket hakkında yasaklama kararı verildiğinde, ortaklar hakkında hisse oranı %50'yi aşmadığı için yasaklama kararı verilmemektedir

İhalelere Dolaylı Katılım

İncelenmesi gereken bir başka önemli husus da dolaylı katılım kavramıdır. Kamu İhale Kanunu'nun 11 inci maddesi şu hükmü içermektedir:

'' İhaleye katılamayacak olanlar

Madde 11- Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

1. a) (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.[2]

1. b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler
1. c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
1. d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
1. e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
1. f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.’’

Maddede sayılan kişilerin ihalelere doğrudan, dolaylı ve alt yüklenici olarak dahil hiçbir surette katılamayacakları belirtilmektedir. Burada ifade edilen ‘‘dolaylı katılım’’dan neyin kastedildiğinin değerlendirilmesi gerekir. Bir şirket ortağının veya temsile yetkili müdürün yasaklanması halinde söz konusu ortak veya müdür şirketin %50’sinden fazla hissesine sahip olmaması halinde şirket hakkında yasaklama kararı verilmemekte ve ihalelere katılımının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak, hisse oranı %50’nin altında olmasına rağmen yasaklı ortak veya müdürün şirketin karar alma ve yönetim süreçlerinde etkili olduğu, bir başka anlatımla şirketi kontrolü altında tutabildiği örnekler söz konusu olabilir. Bir başka örnekte ise şirket hisseleri birçok paya bölünmüş ve çok sayıda hissedar söz konusu olabilir. Sadece %20 hisseye sahip bir ortak dahi şirketin yönetiminde diğer ortaklara göre daha fazla söz sahibi olabilir. Gerçek veya tüzel kişi olabilecek bu ortağın yasaklı olması halinde %50’den fazla hisseye sahip olmaması nedeniyle madde 58/2 uyarınca şirketin yasaklanması söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda, yasaklı bu ortağın madde 11’de belirtildiği şekilde ihalelere dolaylı olarak katılımından söz etmek mümkün müdür? Konuya ilişkin Kamu İhale Kurulu ve Danıştay kararları

incelendiğinde, bu durumlarda dahi yasaklı ortağın ihalelere dolaylı katılımının bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Kamu İhale Kurulu 02.11.2009 tarih, 2009/UH.I-2664 sayılı kararında şu ifadelere yer vermiştir: ‘‘... bir sermaye şirketinin ortağı hakkında kamu davası açılması ortağın ihalelere katılımına engel sebeplerden biri olmakla birlikte, bu kişinin yarısından daha az hissesine sahip olduğu sermaye şirketinin ihalelere katılmasını engelleyecek bir hüküm olmadığından; ihale üzerinde bırakılan şirketin %49 ve %0,01’lik oranlarda hisselerine sahip iki ortağı hakkında kamu davası açılması, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında, “hakkında kamu davası açılan ortağın şirketin yarıdan fazla hissesine sahip olmaması” sebebiyle söz konusu şirketin ihalelere katılmasını engelleyecek bir durum teşkil etmemektedir.’’