

## İKAMU İHALE KURULU KARARI

<b>Toplantı No</b>	: 2016/008
<b>Gündem No</b>	: 103
<b>Karar Tarihi</b>	: 28/01/2016
<b>Karar No</b>	: 2016/DK.D-10
<b>Toplantıya Katılan Üye Sayısı</b>	: 6
<b>Gündem Konusu</b>	: Şirket bölünmelerinin kamu ihale mevzuatı çerçevesinde değerlendirilmesi

Şirket bölünmelerinin, bölünen şirketlerin iş deneyim belgeleri, ciro değerleri, bilançoları, haklarındaki yasaklama kararları ile bu şirketlerce verilmiş olan teklifler ve imzalanan kamu ihale sözleşmelerine etkisi, 12/11/2010 tarihli ve 2010/DK.D-181 sayılı Kurul kararı ile düzenlenmiştir. Ancak bu kararın, şirket bölünme müessesesini detaylı olarak düzenleyen 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan önce alınmış olması sebebiyle, uygulamada konu ile ilgili bazı sorunlarla karşılaşıldığı görülmüştür. Bu durum, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen "*uygulamayı yönlendirme*" görevi çerçevesinde şirket bölünmeleri hususunda yeniden değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

6102 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 29/06/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan şirket bölünmesi 6102 sayılı Kanun'un 159 ila 179'uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

6102 sayılı Kanun'un 159'uncu maddesi uyarınca şirket bölünmesi "tam bölünme" veya "kısmi bölünme" şeklinde gerçekleşebilir. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolurken; kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolur ancak bölünen şirket mevcudiyetini devam ettirir. Devrolunan şirketler yeni şirketler olabileceği gibi mevcut şirketler de olabilirler.

Şirket bölünmelerinde; bölünen şirketin ortakları, devrolunan veya yeni kurulan şirketlerde simetrik olarak, bazı bölünme hallerinde ise asimetrik olarak pay sahibi olmaktadır.

Ayrıca, bölünmelerde 6102 sayılı Kanun'un 179'uncu maddesi uyarınca bölünme kararının ticaret siciline tescil edilmesi ile tescil anında envanterde yer alan bütün aktif ve pasifler devralan şirketlere geçeceğinden; bu aktif ve pasifler için külli halefiyet ilkesi geçerli olmaktadır.

Şirket bölünmesi esas itibarıyla bir ticaret hukuku müessesesi olduğundan, 4734 sayılı Kanun ile düzenlenen bir alan olan kamu ihalelerine ilişkin alım süreçlerinde söz konusu olan iş deneyim belgeleri, ciro değerleri, bilançolar, yasaklama kararları, imzalanan sözleşmeler ile hizmet alımı ihalelerinde eşit tekliflerin değerlendirilmesi konularında anılan Kanun özelinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, anılan konulara ilişkin tespit ve değerlendirmelere aşağıdaki bölümde ayrı başlıklar halinde yer verilmiştir.

- **İş deneyim belgeleri:** Alım ve ifa süreçlerinin önceden belirlenmiş özel kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmesi sebebiyle karakteristik edim niteliği taşıyan bir mal, hizmet veya yapım işini, sözleşmesi ile fen ve sanat kurallarına uygun olarak yerine getiren gerçek veya tüzel kişi yüklenicilerin deneyimini tevsik eden iş deneyim belgelerinin, namına düzenlendiği kişi dışında başka kişiler tarafından kullanılması, iş deneyim belgelerinin ihdas edilme amacına ve belgenin niteliğine aykırı olduğundan, Kanun koyucu tarafından kural olarak yasaklanmıştır.

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

**: 28.01.2016**

**Karar No**

**: 2016/DK.D-10**

---

Bu çerçevede, 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında; iş deneyim belgelerinin, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamayacağı, belgelerin devredilemeyeceği, kiraya verilemeyeceği ve satılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, belge sahiplerinin en az bir yıldır yarısından fazla hissesine sahip ortağı oldukları tüzel kişilerin, anılan ortaklarına ait belgeleri kendi adlarına kullanmalarına, belge sahiplerinin tüzel kişilerin mutlak hakim ortağı olmaları sebebiyle, belgeye konu deneyimin şirkete aktarılacağı kabul edildiğinden, izin verilmiştir.

Bu itibarla; bölünen şirketin infisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde şirket, namına düzenlenen iş deneyim belgesini kullanmaya devam edebilecek ve bu belge bölünme sözleşmesine konu teşkil edemeyecektir.

Diğer taraftan, bölünen şirketin infisah etmesi halinde infisah eden şirkete ait iş deneyim belgelerinin hiçbir surette kullanılamayacak olması, uzmanlaşma esasına dayalı faaliyet alanına göre bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle, bölünen şirketin infisah ettiği ve faaliyet alanını esas alan bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda; bölünen şirkete ait iş deneyim belgelerinin, belgelerin ilgili olduğu faaliyetin devrolunduğu şirket tarafından kullanılmasına cevaz verilmesi hakkaniyet gereği olup, faaliyet alanını esas almayan bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda ise bölünen şirkete ait iş deneyim belgelerinin kullanımının sona ereceğinin kabulü gerekmektedir.

Bununla birlikte, 6102 sayılı Kanun'un 159'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yapılan kısmi bölünmede, bölünen şirketin, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturması ve bölünme ile malvarlığının devredildiği şirketin paylarının yarısından fazlasına sahip olması durumunda, bölünen şirketin iş deneyim belgesinin 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde kullanılabilmesi mümkündür.

• **Ciro değerleri:** Belirli bir süre zarfında yapılan satış tutarını ifade eden ve kamu ihale mevzuatında isteklilerin ekonomik ve mali yeterliğini tevsik eden hususlardan biri olarak kullanılan ciro değeri, başlı başına bir malvarlığı unsuru niteliği taşımamaktadır. Ancak başlı başına bir mal varlığı niteliği taşımayan ciro değerleri, kamu ihale mevzuatında bir yeterlik kriteri olarak belirlendiğinden, şirket bölünmeleri sonucunda anılan değerlerin kullanılmasına ilişkin tespit yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede, bölünen şirketin infisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bölünen şirket tarafından kendisine ait cironun kullanılabileceği ancak bölünme sonucu malvarlığı devrolunan mevcut şirket veya yeni kurulan şirket tarafından bölünen şirkete ait cironun kullanılamayacağı; buna karşın bölünen şirketin infisah ettiği hallerde, ciroyu yapan ve bölünen şirket hukuki varlığını devam ettirmeyeceğinden, faaliyet alanını esas alan bir bölünme söz konusu ise cironun faaliyet alanına göre ayrıştırılarak kullanılabilmesi; faaliyet alanına göre bir bölünme söz konusu değil ise cironun bölünen malvarlığı değerlerinin büyüklükleri oranında bölünmek suretiyle, devrolunan veya bölünme sonucu oluşan şirketler tarafından kullanılabilmesi kabul edilmiştir.

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

**: 28.01.2016**

**Karar No**

**: 2016/DK.D-10**

---

• **Bilançolar:** İsteklilerin ekonomik ve mali yeterliklerini tevsik eden hususlardan biri olarak kullanılan bilançolar, şirket veya işletmelerin finansal yapıları hakkında anlık bir tespit niteliği taşımakta olup, bilanço değerleri de cirolar gibi başlı başına bir malvarlığı unsuru niteliği taşımamakta ancak bu değerlerin de şirket bölünmeleri sonucunda kullanılmasına ilişkin tespit yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede, bölünen şirketin infisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bilançoların sadece namına düzenlenen şirket tarafından kullanılabilmesi; infisah ettiği durumlarda ise infisah eden şirkete ait bilançoların yeni kurulan şirketlerce kullanılabilmesi; mevcut bir şirkete bölünme söz konusu ise öncelikli olarak mevcut şirketin bilançolarının kullanılacağı, ancak mevcut şirketin bilançolarının olmadığı yıllara ilişkin olarak bölünen şirkete ait bilançoların kullanılabilmesi sonucuna ulaşılmıştır.

• **Yasaklama kararları:** Bir idari yaptırım olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararı şahsiliği ilkesi çerçevesinde, hüküm ve sonuçlarını doğrudan hakkında karar verilen kişiler üzerinde göstermektedir.

Bölünerek infisah etmeyen şirket hakkında yasaklama kararı bulunması halinde, mevcudiyetini devam ettiren şirket hakkındaki yasaklama kararı geçerliliğini devam ettirecektir. Buna mukabil bölünen şirketin infisah etmesi halinde, bölünen şirket infisah edeceği için bu şirket hakkındaki yasaklama kararı konusuz kalacaktır.

Hal böyle olmakla birlikte; her iki bölünme türünde de yasaklama kararının hüküm ve sonuçlarının bölünme sonucu oluşan veya mal varlığı devrolunan mevcut şirkete sirayet etmeyeceğinin kabulü, esas olarak ticaret hukuku müessesesi olan şirket bölünmelerinin kamu ihale mevzuatında öngörülen yasaklama müessesesini etkisiz hale getirmesi anlamına geleceğinden, bölünen şirketin yasaklılık süresi boyunca, bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketin de ihalelere katılamaması gerekmektedir.

Diğer taraftan, bölünen şirketlerin ortakları hakkında yasaklama kararı bulunması halinde, bu ortakların devrolunan veya yeni kurulan şirketteki pay oranları dikkate alınarak Kanun'un 11'inci maddesi işletilecektir.

Bununla birlikte, 6102 sayılı Kanun'un 159'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yapılan kısmi bölünmede, hakkında yasaklama kararı bulunan bölünen şirketin, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturması ve şirketin paylarının yarısından fazlasına sahip olması durumunda, bölünen şirket hakkındaki yasaklama kararına ilişkin olarak, Kanun'un 11'inci maddesinin işletilmesini gerektirecektir.

• **Kamu ihale sözleşmeleri:** İhale üzerinde bırakılan istekli ile idare arasında imzalanan sözleşmelerin, başka bir gerçek veya tüzel kişiye devri 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16'ncı maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde uyarınca, kamu ihale

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

**: 28.01.2016**

**Karar No**

**: 2016/DK.D-10**

sözleşmeleri, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Kanun koyucu sözleşmenin devrinde, izin ve ilk ihaledeki şartları arayarak, sözleşmenin devri suretiyle ihale sürecinde aranan ekonomik ve mali veya mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin şartların, sözleşmenin yürütülmesi sürecinde ortadan kaldırılmasını engellemeyi amaçlamaktadır.

Kamu ihale sözleşmelerinin devrine ilişkin yukarıda belirtilen açık hüküm karşısında; şirket bölünmelerinde ihale yetkilisinin izni ve ilk ihaledeki şartlar aranarak sözleşmelerin kamu ihale mevzuatı çerçevesinde devri mümkündür. Aksi yönde uygulamalar, usulsüz devir kapsamında, 16'ncı maddede yer alan yaptırımların işletilmesini gerektirecektir.

• **Hizmet alımı ihalelerinde eşit teklifler:** Hizmet alımı ihalelerinde eşit tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin düzenlemeler Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63'üncü maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliğinin 70'inci maddesinde yer almaktadır. Yönetmeliğin 63'üncü maddesinde;

*“Tekliflerin eşit olması*

*MADDE 63 – (1) Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla aşağıda belirtilen fiyat dışı unsurlar esas alınarak değerlendirme yapılır. Bu çerçevede isteklilere;*

*a) İsteklinin ve tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ilan veya davet tarihinden geriye doğru son iki yıl içinde 4735 sayılı Kanun kapsamında sözleşme imzalamamış olması veya imzaladığı sözleşmelerin toplam bedelinin ihale konusu işin yaklaşık maliyetinden daha düşük olması durumunda 2 puan, yaklaşık maliyet tutarı ile yaklaşık maliyetin iki katı arasında olması durumunda 1 puan,*

*b) İsteklinin ticari merkezinin ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıldır ihaleyi yapan idarenin bulunduğu ilin mülki idari sınırları içindeki ticaret ve/veya sanayi odasına ya da ilgili meslek odasına kayıtlı bulunması durumunda 1 puan,*

*c) İstekli veya tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağı hakkında, ilan veya davet tarihinden geriye doğru son iki yıl içinde ihaleyi yapan idareye karşı yüklenimde bulunduğu hizmet alımı işlerinde, işçilerin ücretlerinin tam ve zamanında ödenmediğine ilişkin idarece tespit yapılmamış olması durumunda 1 puan, verilir.*

*(2) Ortak girişimlerin katıldığı ihalelerde birinci fıkra kapsamında puan alabilmek için belirtilen kriterlerin tüm ortaklarca sağlanması gerekmektedir. Bu çerçevede, birinci fıkranın (a) bendi kapsamında yapılacak değerlendirmede, tüm ortaklara ve bunların iş deneyim belgesi kullanılan ortaklarına ait toplam sözleşme tutarı esas alınacak, (b) ve (c) bendi kapsamındaki kriterlerin de tüm ortaklar tarafından sağlanması halinde ortak girişime puan verilecektir.*

*(3) Birinci fıkrada yer alan kriterleri sağlayamayan isteklilere puan verilmez. Yapılan değerlendirme sonucunda daha yüksek puana sahip istekli ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenir. Ancak bu değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması durumunda, puanları eşit olan istekliler davet edilmek suretiyle, ihale komisyonu tarafından kura yöntemine başvurulur. Kura sonucunda tespit edilen istekliler, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenir.*

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

**: 28.01.2016**

**Karar No**

**: 2016/DK.D-10**

(4) Birinci fıkranın (a) bendine ilişkin değerlendirmede ilan veya davet tarihi itibarıyla geçerli EKAP verileri; (b) bendine ilişkin değerlendirmede isteklinin teklifi kapsamında sunulan belgeler; (c) bendine ilişkin değerlendirmede idarece tutulan kayıt ve tutanaklar esas alınır.

(5) Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyatla birlikte fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlendiği ihalelerde, tekliflerin birbirine eşit olması durumunda fiyat teklifi düşük olan istekli ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenir. Fiyat tekliflerinin de eşit olması durumunda, idari şartnamede yer alan fiyat dışı unsurların öncelik sıralaması esas alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir.” düzenlemesi bulunmakta ve Tebliğin 70’inci maddesinde de bu düzenlemeye ilişkin açıklama yapılmaktadır.

Hizmet alımı ihalelerinde eşit tekliflerin değerlendirilmesini düzenleyen yukarıdaki madde ihaleye katılımda bütün yeterlik kriterlerini sağlayan, geçici teminatı bulunan ve ihale konusu işi aynı teklif bedeliyle yapmayı taahhüt eden birden fazla istekliyi fiyat dışı unsurlar kullanarak değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç çerçevesinde, daha az kamu ihale sözleşmesi imzalamış olan ve işçi ücretlerine ilişkin kendisine yaptırım uygulanmamış yerel isteklilerin kamu ihalelerinden daha fazla pay almasına yönelik bir mevzuat kurgusu yapılmıştır. Aktarılan eşit teklif düzenlemesi ve Türk Ticaret Kanununun şirket bölünmelerine ilişkin hükümleri dikkate alındığında, hizmet alımı ihalelerinde eşit tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında bölünme işleminin bölünen ve bölünme sonucunda oluşan veya mal varlığının bir kısmı devredilen şirketler için ortak bir hukuki sorumluluk doğuracak şekilde değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin olarak;

1) Bölünen şirketin infisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bölünen şirket namına düzenlenen iş deneyim belgelerinin sadece bu şirket tarafından kullanılabileceğine; bölünen şirketin infisah ettiği ve faaliyet alanını esas alan bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda iş deneyim belgelerinin sadece ilgili olduğu faaliyetin devrolunduğu şirket tarafından kullanılabileceğine, faaliyet alanını esas almayan bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda ise bölünen şirkete ait iş deneyim belgelerinin kullanımının sona ereceğine,

2) Bölünen şirketin infisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bölünen şirkete ait cironun sadece bölünen şirket tarafından kullanılabileceğine; buna karşın bölünen şirketin infisah ettiği hallerde bölünen şirkete ait cironun, faaliyet alanını esas alan bir bölünme söz konusu ise faaliyet alanına göre ayrıştırılarak, faaliyet alanına göre bir bölünme söz konusu değil ise bölünen malvarlığı değerlerinin büyüklükleri oranında bölünmek suretiyle, bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerce kullanılabileceğine,

3) Bölünen şirketin infisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bilançoların sadece namına düzenlendiği şirket tarafından kullanılabileceğine; buna karşın bölünen şirketin infisah ettiği hallerde bölünen şirkete ait bilançoların bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerce bilançolarının olmadığı yıllar için kullanılabileceğine,

4) Bölünerek infisah etmeyen şirket hakkında yasaklama kararı bulunması halinde, mevcudiyetini devam ettiren şirket hakkındaki yasaklama kararının geçerliğini devam ettireceğine ve

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

**: 28.01.2016**

**Karar No**

**: 2016/DK.D-10**

infisah etsin veya etmesin bölünen şirketin yasaklılık süresi boyunca bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerin ihalelere katılamayacağına,

5) Şirket bölünmelerinde ihale yetkilisinin izni ve ilk ihaledeki şartların aranarak sözleşmelerin kamu ihale mevzuatı çerçevesinde devrinin mümkün olacağına,

6) Hizmet alımı ihalelerinde eşit tekliflerin değerlendirmesinde şirket bölünmesinin etkisine ilişkin olarak;

a) Sözleşme tutarına yönelik değerlendirmede, ilan veya davet tarihinden geriye doğru son iki yıl içinde, bölünen şirket tarafından bölünme işleminden önce imzalanan sözleşmelerin ve bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan isteklinin imzaladığı sözleşmelerin toplam tutarının dikkate alınması gerektiğine,

b) İsteklinin ticari merkezine ilişkin değerlendirmede, bölünen ve bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan isteklinin ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıldır ihaleyi yapan idarenin bulunduğu ilin mülki idari sınırları içindeki ticaret ve/veya sanayi odasına kayıtlı bulunması durumunda, isteklinin bu değerlendirmeden puan alması gerektiğine,

c) İşçi ücretlerinin ödenmesine ilişkin değerlendirmede; bölünen veya bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan isteklinin herhangi birisi hakkında ilan veya davet tarihinden geriye doğru son iki yıl içinde ihaleyi yapan idareye karşı yüklenimde bulunduğu hizmet alımı işlerinde, işçilerin ücretlerinin tam ve zamanında ödenmediğine ilişkin idarece tespit yapılmaması durumunda; isteklinin bu değerlendirmeden puan alması gerektiğine,

7) Kurulun 12.11.2010 tarih ve 2010/DK.D-181 sayılı kararının iptaline,

Oybirliğiyle karar verilmiştir.

**Mahmut GÜRSES**

**Başkan**

**Ali Kemal AKKOÇ**

**Kurul Üyesi**

**Ahmet ÖZBAKIR**

**Kurul Üyesi**

**Mehmet Zeki ADLI**

**Kurul Üyesi**

**Hamdi GÜLEÇ**

**Kurul Üyesi**

**Dr. Mehmet AKSOY**

**Kurul Üyesi**