

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No : 2010/55
Gündem No : 109
Karar Tarihi : 16.08.2010
Karar No : 2010/DK.D-135
Toplantıya Katılan Üye Sayısı : 7
Gündem Konusu : *Tüzel kişi yüklenicinin iş deneyim belgesine sahip ortağının teminat süresinin bitiminden önce ortaklıktan ayrılması, ölümü veya iflası durumunda oluşacak hukuki durum*

Bakırköy Belediye Başkanlığının 28/05/2010 tarih ve 2010/1337 sayılı yazısında özetle; yapım işi ihalesine ilişkin sözleşmesi halen devam etmekte olan yüklenicinin, tüzel kişiliğin gerçek kişi ortağına ait “iş denetleme belgesi” ile ihaleye katıldığı ve sözleşme yapıldığı, iş denetleme belgesi sahibi ortağın sağlığının bozulduğu gerekçesiyle ortaklıktan ayrılmak istediği, tüzel kişi yüklenicinin ise, geçen süre içinde sözleşme konusu iş için istenen iş deneyim belgesine sahip olduğu ve bu iş bitirme belgesi ile ikame edilmesi gerektiği, bu nedenle de idarenin onay vermesini talep ettiği belirtilerek, bu durumun sözleşmenin ifasına engel olup olmadığı hususunda Kurum görüşü talep edilmiştir.

Yazıya konu husus, Kurumumuz personeline şifahi olarak daha önce çok defa sorulmuş ve Kurumumuz personelinin katıldığı eğitimlerde konu edinmek durumunda kalınmıştır. Bu itibarla; anılan Belediye Başkanlığının yazısı üzerine bu husustaki tereddütlerin giderilmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun 10 ncu maddesinin (05/12/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunla değiştirilen) b/2 nolu bendinde; “İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler;

b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler;

c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleştirme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler;

d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler;

e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgelerin,

mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için istenebileceği, öngörülmüş olup,

Aynı maddenin 3 ncü fıkrasında; “Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetim görevi nedeniyle alınanlarda gerçek kişinin mühendis veya mimar olma şartı aranır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur.”

hükmü yer almaktadır.

Madde gerekçesinde; “yapım işlerinde isteklilerin yeterliğini belirlemede aranılan

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 16.08.2010

Karar No

: 2010/DK.D-135

müteahhitlik karnesi uygulamasından vazgeçildiği” açıklamasına yer verilmiştir.

Konu ile ilgili olarak Hukuk Danışmanlığından 23/06/2010 tarih ve 1183 sayılı yazı ile görüş talep edilmiştir.

Hukuk Danışmanlığının 19/07/2010 tarih ve 1984 sayılı yazısı ile görüş talebine cevap verilmiştir.

Hukuk Danışmanlığının 19/07/2010 tarih ve 1984 sayılı yazısında ise özetle; “4734 sayılı Kanunun 10 ncu maddesindeki, “belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesinin zorunlu olduğu” hükmü emredici bir yasal düzenleme olduğundan ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde buna aykırı bir husus düzenlenemez.

Buna göre, tüzel kişi yüklenicinin iş deneyim belgesine sahip gerçek kişi ortağının teminat süresinden önce ortaklıktan ayrılması Kanunun emredici hükmüne aykırı olduğundan, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi anlamına gelecektir. Bu durumda, iş deneyim belgesine sahip gerçek kişi ortak ve yüklenici tüzelkişilik hakkında 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanunda yer alan yaptırımların uygulanmasının söz konusu olacağı değerlendirilmektedir.” yönünde görüşe yer verilmiştir.

Yarıdan fazla hisseye sahip ortağın hastalanması veya başka bir nedenle hissesini devretmesi durumuna ilişkin olarak;

Tüzel kişiliklerin basiretli ve müdebbir bir tacir olarak yarıdan fazla hisseye sahip ortağın teminat süresi boyunca ortaklıktan ayrılmasının önüne geçilmesine yönelik tedbirleri alması, aksi takdirde, bunun yaptırımının tüzel kişiliğin kendisi için de uygulanacağını öngörmesi gerekmektedir. Ayrıca, hastalık gibi bir nedenle ortağın şirket işleriyle iştigal edememesi, hisse devrinden ziyade ortağın işlerini hastalık nedeniyle gereği gibi yürütülmemesinden dolayı Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri gereğince muhik bir sebeple şirketin feshini talep etmesi sonucunu doğurabilecek bir durumdur.

Yarıdan fazla hisseye sahip ortağın ölümü veya iflası durumuna ilişkin olarak;

Tüzel kişi yüklenicinin iş deneyim belgesine sahip ortağının ölümü veya iflası durumunun, tüzel kişiliğin önceden öngöremeyeceği, ortağı olunan tüzel kişilik için ortaklık ilişkisinin sona ermesinde, tüzel kişiden kaynaklanan subjektif bir gerekçe oluşturmadığı, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında ölümün gerçekleşmesi durumunda, 4734 ve 4735 sayılı Kanunda öngörülen teminatın gelir kaydedilmesi ve yasaklamaya ilişkin yaptırımların tüzel kişilik hakkında uygulanamayacağı, bununla birlikte, tüzel kişiliğin kendisine ait ve yeterlik koşulunu sağlayan bir iş deneyim belgesini idareye sunması durumunda, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında işe devam edebileceği, aksi halde, sözleşmenin tasfiye edilmesi veya devredilmesi gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan gerekçe ve nedenlerle;

- 1- Tüzel kişiliğin iş deneyim belgesine sahip ortağının teminat süresinin bitiminden önce ortaklıktan hastalık ve benzeri nedenlerle ayrılması durumunda, gerek tüzel kişilik gerekse iş deneyim belgesine sahip ortak hakkında 4735 sayılı Kanunda öngörülen kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve yasaklamaya ilişkin yaptırımların uygulanmasına,*
- 2- Tüzel kişiliğin iş deneyim belgesine sahip ortağının ihale süreci devam ederken ölmesi*

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 16.08.2010

Karar No

: 2010/DK.D-135

veya iflası durumunda bu tüzel kişiliğin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına,

- 3- a-** *Tüzel kişiliğin iş deneyim belgesine sahip ortağının ihale süreci devam ederken ya da sözleşmenin yürütülmesi aşamasında teminat süresinin bitiminden önce ölmesi durumunda, tüzel kişi hakkında 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanunda öngörülen teminatın gelir kaydedilmesi ve yasaklamaya ilişkin yaptırımların uygulanamayacağına,*
- b-** *Tüzel kişiliğin iş deneyim belgesine sahip ortağının sözleşmenin yürütülmesi aşamasında teminat süresinin bitiminden önce ölmesi durumunda, tüzel kişiliğin kendisine ait yeterlik koşulunu sağlayan iş deneyim belgesi sunması koşuluyla sözleşmenin yürütülmesi aşamasında işi yürütebileceğine,*
- c-** *Tüzel kişiliğin iş deneyim belgesine sahip ortağının sözleşmenin yürütülmesi aşamasında teminat süresinin bitiminden önce ölmesi durumunda, tüzel kişilik tarafından kendisine ait yeterlik koşulunu sağlayan iş deneyim belgesi sunulamaz ise sözleşmenin yürütülmesi aşamasında işin tasfiye edilmesine,*
- 4-** *Tüzel kişiliğin yarıdan fazla hissesine sahip tüzel kişi iş deneyim belgesine sahip ortağının iflas etmesi durumunda, gerçek kişi ortağın ölümüne ilişkin hususların bunlar açısından da geçerli olduğuna,*
- 5-** *Yukarıda belirtilen hususların Kamu İhale Genel Tebliğine ilişkin değişiklik çalışmalarında değerlendirilerek söz konusu değişikliğe eklenmesine,*
- Oyçokluğu ile karar verildi.