

Tüzel Kişilerde Ortağa Ait İş Deneyim Belgesinin Kullanım Koşulları Temsil ve Yönetim Yetkisi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında “ İş bitirme, yönetim ve denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, devredilemez, kiraya verilemez, satılamaz” düzenlemesi yer almakla birlikte, bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin ihale girebilmesinde belli koşullar aranmaktadır.

Ancak 19.01.2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7161 sayılı “Vergi Kanunları İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 30'uncu maddesiyle bu koşullarda bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler halen yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte, yürürlüğe girdiği tarihten sonra katılım sağlanan ihalelerde, tüzel kişiliğin yarıdan fazla hissesine sahip ortağa ait iş deneyimin değerlendirilmesi bakımından farklı bir kıstas gündeme gelecek ve dolayısıyla tereddütler yaşanabilecektir. Kanunda yer alan koşulların sağlanması adına ortağa ait iş deneyim belgesini kullanan şirketlerin ana sözleşmesinde değişikliğe gitmesi gerekebilecektir.

İlgili kanun maddesinin mevcut haline, tüzel kişiler tarafından katılım sağlanacak ihalelerde ortağa ait iş deneyim belgesinin kullanılabilmesi için; iş deneyim belgesi ortağın tüzel kişiliğin yarisından 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 kişiliğin yarisından fazla hissesine sahip olması şartı korunmakla beraber, bu kritere ek olarak; belge sahibi ortağın, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihaleler kapsamında imzalanan sözleşmelerin yürütülmesi bakımından tüzel kişiliğin 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 kullanılabilme 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.

Anonim şirketlerde Kanun koyucu tarafından belirlenen ana kural yönetim ve temsil yetkisinin Yönetim Kurulu tarafından kullanılacağına ilişkindir. Bununla birlikte yönetim ve temsil yetkisinin devri mümkün kılınmıştır.

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.

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.

Türk Ticaret Kanununda, Yönetim Kurulunun, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararın noterce onaylanmış suretinin tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline vereceği düzenlendiğinden, 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinde aranan yönetim ve temsil yetkisinin de tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Temsil ve yönetim koşulunda aranan bir yıllık süresinin tayininde de ticaret siciline tescil tarihinin dikkate alınacağı standart formda yer alan Ortaklık Tespit belgesinde ifade edilmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanununda ticari temsilci ve ticari vekille ilgili yasal düzenlemeler yer almaktadır. TTK, Anonim şirketlerde yönetim kurulunun ticari mümessil veya ticari temsilci atayabileceğini düzenlemekle birlikte bu yetki yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Bununla birlikte; TTK Anonim şirketlere sınırlı yetkiye sahip ticari vekil atayabilmesi imkanı getirilmiştir. Buna göre Yönetim Kurulu, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip taciri vekil veya tacir yardımcısı olarak atayabileceği düzenlenmiş olduğu görülmekle birlikte bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkilerinin iç yönergede açıkça belirleneceği ve iç yönergenin tescil ve ilan zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bu fıkra uyarınca yetkilendirilen ticari vekil ve tacir yardımcılarının ise ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, Kanun koyucu, ticaret sicilinde temsil yetkisine sahip olarak tescil edilmiş olan üyeler dışında kalan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete hizmet akdiyle bağlı olan kişilere sınırlı temsil yetkisi verilebilmesinin önünü açmıştır. Buna göre yönetim kurulu, söz konusu iki grup yöneticiyi, ticari vekil olarak atayarak, ticaret siciline tescil ve ilan edebilecektir.

Limited şirketlerde ise; temsil ve yönetim yetkisinin şirket sözleşmesi ile düzenleneceği, kural olarak müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya yine en az bir ortağın şirket yönetim ve temsil yetkisini bulundurması halinde 3. Bir kişiye verilebileceği düzenlenmiştir. Burada da TTK temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırması, yetki devri

konusunda da AŞ'lere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağını düzenlediğinden yukarıda bahsedilen hususlar limited şirketler için geçerlidir.

Sonuç olarak, 7161 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, belge sahibinin tüzel kişide en az bir yıldır yarıdan fazla hisseye sahip olma koşuluna ilaveten bu sürede 4734 sayılı Kanununa göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsil ve yönetime yetkili olması koşulu getirilmiştir. Belge sahibinin bu koşulları sağladığı her ihalede aranacak ve söz konusu koşulların aynı zamanda teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi zorunlu olacaktır.

Belge sahibinin söz konusu şartları sağladığının tevsiki ise İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde Standart Formlar arasında yer alan Ortaklık Tespit Belgesi ile mümkün kılınmıştır. Bilindiği üzere mevcut durumda istekliler tarafından Ortaklık Durum Belgesi sunulmakta olup, anılan kanun değişikliği yürürlüğe girmesi ile birlikte Ticaret sicil müdürlükleri veya meslek mensubu tarafından ilk ilan veya davet tarihinden sonra düzenlenen, düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak şartların korunduğunu gösteren belge olan Ortaklık Tespit Belgesi sunulacaktır. Ek olarak, Ortaklık Tespit Belgeleri, düzenlendikten sonra iş deneyim belgesini kullanan tüzel kişinin temsilci ve iş deneyim belge sahibi tarafından imzalanması şartı getirilmiştir.

Bununla birlikte kanun maddesinde söz konusu şartların aynı zamanda teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi zorunlu tutulduğundan, temsil ve yönetim koşulunun sözleşmelerin yürütülmesi aşamasında tevsiki de gerekecektir ki, buna ilişkin de Tip Sözleşmelerde yapılan değişik ile Yükleniciler tarafından her hakedişle birlikte «*Ortaklık Tespit Belgesinde yer alan bilgilerde bu güne kadar değişiklik olmadığına ve ortağımıza ait iş deneyimini gösteren belgelerin tamamının başka bir tüzel kişiye kullandırılmadığını taahhüt ederiz*» ifadesini içeren beyanın idareye sunulması gerekmektedir.

Av. Betül SEVDİM