



İhale İşlemleri Açısından İş Ortaklığı

Bu makalede, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ortak girişim; ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar olarak tanımlandığından hareketle ortak girişimin bir çeşidi olan iş ortaklığı değerlendirilmiştir.

İHALE İŞLEMLERİ AÇISINDAN İŞ ORTAKLIĞI

Osman Can YENİCE*

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ortak girişim; ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar olarak tanımlanmıştır. Bu yazımızda ortak girişimin bir çeşidi olan iş ortaklığını inceleyip değerlendirmeye çalışacağız.

İş ortaklığının özellikleri:

4734 sayılı Kanununun 14 üncü maddesine göre; "Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi

kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir.”

Uygulama yönetmeliklerinin iş ortaklığı başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 30, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 32, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 32 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 31 inci maddelerine göre; *“Birden fazla gerçek veya tüzel kişi, iş ortaklığı oluşturmak suretiyle her türlü ihaleye katılabilir.*

İş ortaklığını oluşturanlar, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere ortaklık yapar.

İş ortaklığı, başvuru veya teklifiyle birlikte pilot ortağın da belirlendiği İş Ortaklığı Beyannamesini vermek zorundadır.

İş ortaklığında en çok hisseye sahip ortak, pilot ortak olarak gösterilmek zorundadır. Ancak bütün ortakların hisse oranlarının eşit olduğu veya diğer ortaklara göre daha fazla hisse oranına sahip ve hisseleri birbirine eşit olan ortakların bulunduğu iş ortaklığında ise bu ortaklardan biri pilot ortak olarak belirlenir. Ortakların hisse oranları İş Ortaklığı Beyannamesinde gösterilir.

İş ortaklıklarının ihaleye katılabilmek için sunacakları belgelerin belirlenmesinde ve yeterlik kriterlerine ilişkin değerlendirmede, bu Yönetmeliğin “İkinci Kısımında” yer alan düzenlemeler esas alınır.

İhalenin iş ortaklığı üzerinde kalması halinde; iş ortaklığı tarafından, sözleşmenin imzalanmasından önce noter onaylı ortaklık sözleşmesinin idareye verilmesi zorunludur. Bu sözleşmede; ortakların hisse oranları ve pilot ortak ile diğer ortakların işin yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu açıkça belirtilir.”

Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden anlaşıldığı üzere;

İş ortaklığı üyeleri işin tümünü birlikte yapmak üzere ortaklık yaparlar.

İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak belirtilir.

İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir.

İhale aşamasında iş ortaklığından kendi aralarında bir iş ortaklığı yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı, başvuru veya teklifiyle birlikte pilot ortağın da belirlendiği iş ortaklığı beyannamesini vermek zorundadır. İş ortaklığında en çok hisseye sahip ortak, pilot ortak olarak gösterilmek zorundadır. Ancak bütün ortakların hisse oranlarının eşit olduğu veya diğer ortaklara göre daha fazla hisse oranına sahip ve hisseleri birbirine eşit olan ortakların bulunduğu iş ortaklığında ise bu ortaklardan biri pilot ortak olarak belirlenir. Ortakların hisse oranları iş ortaklığı beyannamesinde

gösterilir.

İhalenin iş ortaklığı üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı sözleşmesinin idareye verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, ortakların hisse oranları ve iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları belirtilir.

İş ortaklığında yerli istekli:

4734 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinin e) bendine göre; *“Ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olması gereklidir.”*

Uygulama yönetmeliklerinin yerli istekli başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 5, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 5, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 6 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 5 inci maddelerine göre; *“Ortak girişimlerin yerli istekli sayılması için, ortak girişimi oluşturan ortakların her birinin yerli istekli olması zorunludur.”*

Dolayısıyla iş ortaklığının yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olması gereklidir.

İş ortaklığında bildirim ve tebligat esasları:

Uygulama yönetmeliklerinin bildirim ve tebligat esasları başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 6, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 6, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 7 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 8 inci maddelerine göre; *“İdare tarafından ortak girişimlere yapılacak bildirim ve tebligat, belirtilen esaslar çerçevesinde pilot veya koordinatör ortağa yapılır. Ancak pilot veya koordinatör ortağın yabancı istekli olduğu ortak girişimlerde tebligatın imza karşılığı elden yapılamaması halinde;*

a) Yerli isteklilerden hisse oranı en fazla olana,

b) En fazla hisse oranına sahip birden çok yerli isteklinin bulunması durumunda ise bu isteklilerden herhangi birine,

tebligat yapılır.”

Anlaşıldığı üzere idare tarafından iş ortaklığına bildirim pilot ortağa yapılacaktır. Diğer ortaklara bildirim sadece pilot ortağın yabancı istekli olduğu ve tebligatın imza karşılığı elden yapılamaması halinde söz konusudur.

İş ortaklığında ihale ve ön yeterlik dokümanının görülmesi, satın alınması ve EKAP üzerinden indirilmesi:

Uygulama yönetmeliklerinin ihale ve ön yeterlik dokümanının görülmesi, satın alınması ve EKAP üzerinden indirilmesi başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 23, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 25, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 26 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 25 inci maddelerine göre; *“Ön yeterlik dokümanı veya ihale dokümanı satın alınabilmesi için adına doküman satın alınacak Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişilerin EKAP'a kayıtlı olması zorunludur. Ortak girişimlerde ise Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişi ortakların tamamının bu koşulu sağlaması gerekir.”*

Dolayısıyla iş ortaklığında ön yeterlik dokümanı veya ihale dokümanı satın alınabilmesi için Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişi ortakların tamamının EKAP'a kayıtlı olması zorunludur. İş ortaklığında yabancı ortak varsa o ortak için böyle bir zorunluluk söz konusu değildir.

İş ortaklığında teklif zarfının imzalanması:

Kamu İhale Genel Tebliğinin 16.1 inci maddesine göre; *“4734 sayılı Kanununun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir” hükmünün, zarfın yapıştırılan yerinin ihaleye katılan aday veya istekli tarafından imzalanıp, kaşesinin veya mührünün basılması şeklinde uygulanması gerekmektedir. Aday veya isteklinin ortak girişim olması halinde zarfın yapıştırılan yerinin ortaklardan herhangi biri tarafından imzalanarak kaşelenmesi veya mühürlenmesi yeterlidir.”*

Dolayısıyla iş ortaklığında teklif zarfının yapıştırılan yerinin ortaklardan herhangi biri tarafından imzalanarak kaşelenmesi veya mühürlenmesi yeterlidir.

İş ortaklığının teklif zarfının yapıştırılan yerinin iş ortaklığının ortaklarından biri tarafından imzalanmamış olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı olayla ilgili olarak alınan, Kamu İhale Kurulunun 28.01.2016 tarih ve 2016/UH.II-310 sayılı kararında teklif zarfının yapıştırılan yerinde iş ortaklığının ortaklarından birinin imzasının ve kaşesinin yer alması yeterli olduğundan, başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

İş ortaklığında ihale dışı bırakılma:

Uygulama yönetmeliklerinin ihale dışı bırakılma başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 50, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 51, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 52 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 51 inci maddelerine göre; ihale üzerinde kalan istekliden, birinci fıkranın (a), (b), (c), (ç), (d) ve (f) bentlerinde belirtilen durumlarda

olmadığına dair belgelerin sözleşme imzalanmadan önce istenilmesi zorunludur. Bu belgelerin ihale tarihinde isteklinin anılan bentlerde belirtilen durumlarda olmadığını göstermesi gerekir.

İş ortaklığında söz konusu belgelerin bütün ortaklarca ayrı ayrı verilmesi zorunludur.

İş ortaklığında başvuru ve teklif mektupları:

Uygulama yönetmeliklerinin başvuru ve teklif mektuplarının şekli başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 52, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 53, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 54 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 56 ncı maddelerine göre; iş ortaklığı olarak teklif veren isteklilerin teklif mektuplarının, ortakların tamamı tarafından veya yetki verdikleri kişilerce imzalanması gerekir.

İş ortaklığında teminatlar:

Uygulama yönetmeliklerinin teminatlar başlığını taşıyan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 54, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 55, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 56 ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 58 inci maddelerine göre; isteklinin iş ortaklığı olması halinde toplam teminat miktarı, ortaklık oranına bakılmaksızın ortaklardan biri veya birkaçı tarafından karşılanabilir.

Tekliflerin eşit olmasında iş ortaklığının durumu:

Tekliflerin eşit olması durumunda;

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 62 nci maddesine göre, isteklinin iş ortaklığı olması halinde ortakların hisse oranına bakılmaksızın pilot ortağa ait iş deneyim tutarı dikkate alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir.

İş ortaklığında pilot ortağın teknolojik ürün deneyim belgesi sunması durumunda, iş deneyimini gösteren belge tutarının asgari iş deneyim tutarının hissesi oranına eşit olduğu kabul edilir.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63 üncü maddesine göre puanlama yapılır. İş ortaklığının katıldığı ihalelerde Yönetmelik kapsamında puan alabilmek için belirtilen kriterlerin tüm ortaklarca sağlanması gerekmektedir. Bu çerçevede, sözleşme tutarı ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmede, tüm ortaklara ve bunların iş deneyim belgesi kullanılan ortaklarına ait toplam sözleşme tutarı esas alınacak, isteklinin ticari merkezi ve işçi ücretlerinin zamanında ödenmesiyle ilgili kriterlerin de tüm ortaklar tarafından sağlanması halinde ortak girişime puan verilecektir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 64 üncü maddesine göre, birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı teklif, isteklilerin tek sözleşmeye ilişkin iş deneyim belge tutarları dikkate alınmak suretiyle belirlenir. İş ortaklığında, pilot ortağın hisse oranına bakılmaksızın tek sözleşmeye ilişkin iş deneyim belge tutarı dikkate alınır.

Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 66 ncı maddesine göre, toplam puanı en yüksek olan istekli, puan eşitliği durumunda ise mali teklif puanı yüksek olan istekli, mali teklif puanlarının da eşit olması durumunda, tek sözleşmeye ilişkin benzer iş deneyim tutarı fazla olan istekli görüşme yapmak üzere davet edilir. Mali teklif puanı eşit olanlar arasında iş ortaklığının bulunması halinde, iş ortaklığında pilot ortağın tek sözleşmeye ilişkin iş deneyim tutarının değerlendirilmesi suretiyle görüşme yapmak üzere davet edilecek istekli belirlenir.

İş ortaklığında ihale sözleşmesinin imzalanması:

4734 sayılı Kanununun 46 ncı maddesine göre; *"Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır...."*

Dolayısıyla ihale iş ortaklığı üzerine yapılırsa ihale sözleşmeleri iş ortaklığının bütün ortakları tarafından imzalanır.

Uygulamada dikkat edilmesi gereken bir husus; Kamu İhale Genel Tebliğinin 27.5 inci maddesine göre; iş ortaklığı olarak yapılan sözleşmelerde, iş ortaklığını oluşturan ortakların herhangi birinde değişiklik olması halinde sözleşmenin devri sayılacaktır.

İhaleye davet edilmeyen bir firma, davet edilen bir firmayla iş ortaklığı kurup ortak veya pilot ortak olarak ihaleye katılabilir mi?

İdarece ihaleye davet edilmeyen ve ihale dokümanı satın almayan bir firmanın pilot ortak yapılarak ihaleye katılmasına itiraz üzerine alınan 14.01.2015 tarih ve 2015/UH.III-113 sayılı Kamu İhale Kurulu kararıyla, ilan yapılmayan ihalelerde ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin ihale dokümanı satın alarak ihaleye davet edilmeyen ve aynı zamanda ihale dokümanı satın almayan firmalar ile iş ortaklığı kurarak davet edildikleri ihaleye katılmalarına kamu ihale mevzuatında bir engel bulunmadığına karar verilmiştir.

İş ortaklığının konsorsiyum üyesi olup olamayacağı?

21.01.2015 tarih ve 2015/UY.III-188 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında, *"Türk Borçlar Kanunu'ndaki adi ortaklık tanımından adi ortaklığın kişiler arasında kurulan ve*

ortaklarından ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan hukuki bir varlık olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede adi ortaklık sayılan iş ortaklıkları da ortaklarından ayrı bir tüzel kişiliği haiz değildir. Bu çerçevede başvuru sahibinin konsorsiyum beyannamesinde koordinatör ortak olarak belirttiği ... Şirketi - Şirketi İş Ortaklığı'nın da ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Oysa konsorsiyum ortaklarının mezkur Kanun ve Yönetmelik hükümleri ile idari şartname düzenlemesi gereği gerçek veya tüzel kişiliği haiz olmaları zorunludur. Dolayısıyla anılan iş ortaklığının tüzel kişiliği olmaması sebebiyle konsorsiyum üyesi olmasına olanak bulunmamaktadır. Bu çerçevede konsorsiyumun oluşturulma şeklinin mevzuata uygun olmadığı anlaşıldığından idarece başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır" denilmektedir.

Gerçek ya da tüzel kişinin 2 farklı şirkette ortaklığının bulunması, bu iki şirket arasında iş ortaklığı oluşturulmasına ve bu iş ortaklığının ihaleye teklif vermesine engel midir?

21.01.2015 tarih ve 2015/UH.I-237sayılı Kamu İhale Kurulu kararıyla, "Mevzuat çerçevesinde gerçek ya da tüzel kişinin 2 farklı şirkette ortaklığının bulunmasının ve bu iki şirket arasında oluşturulan iş ortaklığının yapılacak bir ihaleye tek bir teklif sunmasını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmadığına" karar verilmiştir.

İş ortaklığı beyannamesindeki hata;

05.01.2016 tarih ve 2016/UY.III-3 Kamu İhale Kurulu kararında, "Sunulan beyanname üzerinde bulunan bilgilerden, belgenin hangi idarenin hangi ihalesi için verildiğinin ve ihale konusu iş için oluşturulan iş ortaklığının, ortakları ile ortaklık oranlarının açık bir şekilde belirli olduğu, Kanun ve Yönetmelik hükümleri gereği sözleşme aşamasında idareye sunulması zorunlu olan iş ortaklığı sözleşmesinde de bu oranlara göre pilot ortağın belirlenmesinin zorunlu olacağı, dolayısı ile sunulan iş ortaklığı beyannamesinde sözleşme aşamasında sunulması zorunlu olan 'iş ortaklığı beyannamesi' ile ilgili yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağı hususları da dikkate alındığında, anılan belge üzerinde işin adının hatalı yazılmış olmasının ve belgenin ilk paragrafında pilot ortak bilgisinin belirtilmemesinin esasa etkili aykırılık teşkil etmeyeceği," denilmektedir.

Anlaşıldığı üzere Kamu İhale Kurulu iş ortaklığı beyannamesinde bulunan bilgilerden, belgenin hangi idarenin hangi ihalesi için verildiği, oluşturulan iş ortaklığının ortakları ile ortaklık oranları açık bir şekilde anlaşılıyorsa, belgedeki bir takım hatalar nedeniyle isteklinin ihale dışı bırakılmasına gerek olmadığı görüşündedir.

İş ortaklığında yeterlik kriterleri ise başka bir yazımızda değerlendirilecektir.

* İçişleri Bakanlığı Bařkontrolörü

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: etin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 ankaya ANKARA