

**7161 SAYILI KANUN
İLE
4734 SAYILI KANUN'DA YAPILAN DÜZENLEMELER**

1- 17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un ihaleye katılım ve yeterlik kriterlerini düzenleyen 10'uncu maddesinde önemli nitelikli değişiklikler yapılmıştır.

2- Bu değişiklikleri iki başlık altında ele alırsak; birincisi iş hacmine ilişkin olarak ihale konusu işe ilişkin ciroyu gösteren belgelerin ihalelerde istenilebilmesi, ikincisi ise, tüzel kişinin başkasına ait iş deneyim belgesini kullanmasının koşullarının değiştirilmesi konusundadır. İkinci ana başlığı da; Yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerin kullanım koşulu ve Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerin kullanım koşulundaki değişiklikler olarak iki alt başlık altında incelenebilir.

3- Bilindiği üzere kamu ihalelerinde aday ve isteklilerin ekonomik ve mali yeterliklerinin tespiti için bir dizi belge istenilebilmekte olup, bunlardan biri iş hacmini gösteren belgelerdir. İşte 7161 Sayılı Kanun ile yapılan ilk değişiklik, iş hacmi yeterliliğinin tespiti çerçevesinde ihale konusu işe ilişkin ciro istenilebilmesine ilişkindir.

4- Anılan değişiklikten önce 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi "3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler" şeklinde iken değişiklik sonrasında "3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili cirosunu gösteren belgeler" şeklini almıştır. Bu değişikliğin yürürlük tarihi 18/05/2019'dur.

5- Yasal değişikliğin ikincil mevzuata yansımalarına bakacak olursak, Mal/hizmet/danışmanlık hizmeti alımı ihaleleri ile yaklaşık maliyeti eşik değerin 3 katına kadar olan (yaklaşık 180 milyon TL) yapım işi ihalelerinde; ihale konusu işe ilişkin cironun standart formla tevsik edilmesi dışında, mevcut düzenlemeler korunmuştur. Bu tür ihalelerde, İdareler, ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait toplam cirosunu gösteren gelir tablosu ile ihale konusu ile ilgili cirosunu gösteren belgelerin her ikisini istemeye devam edecek ve aday veya istekli bu iki belgeden birini sunarak yeterlik kriterlerini sağladığını tevsik edebilecektir.

6- Yaklaşık maliyeti eşik değerin 3 katına eşit veya bu değerin üzerinde olan yapım işi ihalelerinde ise idarelere yalnızca yapım işleri ile ilgili ciroyu gösteren belgenin sunulmasına yönelik düzenleme yapabilme yetkisi verilmektedir. Bu durumda, aday veya isteklilerin iş hacmi yeterlik kriterine yönelik yeterliklerini yapım işine ilişkin cirolarını gösteren ilgili standart formu sunmak suretiyle belgelendirmeleri gerekmekte olup, bunun mümkün olmaması halinde mevzuat aday veya isteklilere ikinci bir alternatif yöntemle iş hacmi yeterliklerini gösterme imkanı sunmaktadır.

7- Yalnızca yapım işleri ile ilgili ciro kriterinin arandığı ihalelerde, söz konusu kritere ilişkin asgari tutarı sağlayamayan aday veya isteklinin bu asgari tutarın yarısını sağlaması ve toplam cirosunun;

a) AİU veya 21/b,c göre yapılan ihalelerde teklif ettiği bedelin %40'ından,

b) BİAİH veya 21/a,d,e göre yapılan ihalelerde yaklaşık maliyetin % 15'i ile % 25'i aralığında idarece belirlenen tutarın iki katından, Az olmaması koşuluyla yapım işleri ile ilgili ciro kriteri açısından yeterli kabul edilecektir.

8- Ayrıca, iş hacmine ilişkin yeterlik kriterlerini bu şekilde sağlayacak olan aday veya isteklinin toplam cirosunu gösteren gelir tablosunu da teklif veya başvuru kapsamında sunması gerekecektir.

9- Yapım işi ciro yeterliliğinin alternatif yöntemle belgelendirilmesine ilişkin kuralların daha iyi anlaşılabilmesi için konuyu örneklerle ele alırsak;

Örnek 1: Açık ihale usulüyle yapılan ve yaklaşık maliyeti eşik değerin üç katının üzerinde olan bir ihalede, 200 milyon TL tutarında teklif vermiş olan bir istekli, yapım işleriyle ilgili olarak sahip olması gereken asgari ciro tutarı olan ($200 \times 0,15=$) 30 milyon TL'yi sağlayamadı ise;

10- Bu durumda;

- İsteklinin yapım işleri ile ilgili cirosunun bu tutarın yarısına tekabül eden ($30 / 2=$) 15 milyon TL'den az olmaması ve
- İsteklinin toplam cirosunun teklif bedelinin %40'ına tekabül eden ($200 \times 0,40=$) 80 milyon TL'den az olmaması,

Halinde istekli ciro için istenen kriteri sağlamış kabul edilecektir.

11- **Örnek 2:** Belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ve yaklaşık maliyetin % 15'i ile % 25'i aralığında idarece yapım işleri cirosu için belirlenen tutarın 50 milyon TL olduğu bir ihalede, aday bu asgari tutarı sağlayamadı ise;

12- Bu durumda;

- Adayın yapım işleri ile ilgili cirosunun bu tutarın yarısına tekabül eden ($50 / 2=$) 25 milyon TL'den az olmaması ve
- Adayın toplam cirosunun idarece belirlenen tutarın iki katına tekabül eden ($50 \times 2=$) 100 milyon TL'den az olmaması,

Halinde aday ciro için istenen kriteri sağlamış kabul edilecektir.

13- Son olarak, ikincil mevzuatta ihale konusu işle ilgili cironun tevsiki için faturaların yerine Yönetmeliklerin ekinde yer alan standart formlara uygun ciro bilgileri tablolarının sunulması yönünde değişiklik yapılmıştır. İkincil mevzuatta geçen «*taahhüdü altında devam eden işlerin/hizmetlerin gerçekleştirilen veya bitirilen kısmının parasal tutarı*» şeklindeki ibareler de ihalenin türüne göre «*hizmet/mal... alımları/işleri ile ilgili ciro tutarı*» şeklinde değiştirilmiştir.

14- 7161 Sayılı Kanun ile yapılan ikinci değişiklik Tüzel Kişinin Başkasına Ait İş Deneyim Belgesini Kullanmasının Koşullarının değiştirilmesine ilişkindir. Yasa koyucu iş deneyim belgelerinin belge sahipleri dışında kişilerce kullanılması konusunda belgenin düzenlendiği yer bakımından ikili bir ayrıma gitmiştir. Diğer bir ifadeyle, yurt içinde

düzenlenen iş deneyim belgelerinin kullanımı ile yurt dışından elde edilmiş belgelerin kullanımı için gerekli şartları farklılaştırmıştır.

15- Yurt içinden elde edilen iş deneyim belgelerine ilişkin olarak; 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında "...İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. (Değişik cümle: 17/01/2019-7161/30; yürürlük: 18/03/2020) Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişilerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması ve bu sürede bu Kanuna göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olması, bu şartların her ihalede aranması ve teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi zorunludur..." hükmü yer almaktadır. Yasa hükmünün yürürlük tarihi 18.03.2019'dur.

16- Anılan hükme göre yurt içinde elde edilen belgeler,

Belge sahibinin

- en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olması ve
- bu sürede 4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihalelere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesi konusunda temsile ve yönetime yetkili olması,

Halinde tüzel kişi tarafından kullanılabilir.

Ayrıca, bu şartların teminat süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi zorunludur.

Son olarak, Yapım Tip Sözleşme 22.2 maddesi uyarınca, ortağına ait belgeyi kullanarak katıldığı ihale sonrasında sözleşme imzalayan yüklenici her hakedişte bu durumun devam ettiği beyan etmekle mükelleftir.

17- Yurtdışından elde edilen iş deneyim belgelerinin belge sahipleri dışından kullanılması hususu Kanununun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "*Kanun kapsamındaki idarelere gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgeler hariç yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen belgelerden sadece iş bitirme belgeleri, belge sahipleri tarafından ve bunların bünyesinde buldukları şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılabilir. Bu belgelerin, şirketler topluluğu veya benzeri ortaklık ilişkisi içerisinde kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir. Ortak girişim olarak ihaleye teklif verilmesi hâlinde yurt dışında gerçekleştirilen işlerden alınan iş bitirme belgesini kullanan belge sahibinin ortak girişimdeki hissesi oranında geçici ve kesin teminat vermesi zorunludur.*" şeklinde eklenen hükümlerle düzenlenmiştir.

18- Yasa hükmünden; kanun kapsamındaki idareler dışında yurtdışında yapılanlar işlerden elde edilen iş deneyim belgelerinden sadece iş bitirme belgeleri kamu ihalelerinde kullanılabilir. Bu durumda, iş durum, iş denetleme ve iş yönetme belgelerinin, bunlar yurt dışından elde edilmeleri durumunda, kamu ihalelerinde kullanılması mümkün olmayacaktır. Öte yandan, iş bitirme belgeler, belge sahipleri tarafından veya belge sahibinin şirketler topluluğu ilişkisi içinde bulunduğu şirketlerde kullanılabilir. Son olarak, yurtdışından elde edilen iş bitirme belgesini kullanan ortak girişim ortağının, hissesi oranında teminat vermesi zorunludur.

19- Şirketler topluluğu ilişkisi kavramı Türk Ticaret Kanununun Ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümleri içeren kısmında, 195. Maddesi ve devamında düzenlenmiş olup, esasında bir hâkimiyet ilişkisini tanımlamaktadır. Anılan yasa maddesinde hakimiyet ilişkisinin bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya
2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya
3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,
4. Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa oluşacağı hüküm altına alınmış olup, birinci şirket hâkim (ana), diğeri bağlı (yavru) şirket olarak adlandırılmıştır. Bu şirketlerden en az birinin merkezinin Türkiye’de olması halinde yasadaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.

Ayrıca, Pay çoğunluğu karinesinin varlığı, yani bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip bulunması halinde de şirketler topluluğu ilişkisinin var olduğu kabul edilmektedir.

20- Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir. Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Grafikte de hakim şirket ile bu şirkete doğrudan ve dolaylı olarak bağlı olan şirketler gösterilmektedir.

21- 7161 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe dair uygulamayı yönlendirmek amacıyla 13.06.2019 tarihinde uygulama yönetmeliklerinde düzenleme yapılmıştır. 23.06.2019 tarihinde yürürlüğe giren ikincil mevzuat düzenlemeleri ile

- Yurtdışından elde edilmiş iş bitirme belgesi dışındaki belgelerin kamu ihalelerinde kullanılamayacağı, ayrıca iş bitirme belgesi dahi olsa tüzel kişinin yarısından fazlasına sahip kişinin belgesini kullanamayacağı,
- Yurt dışından elde edilen iş bitirme belgelerinin belge sahipleri dışında yalnızca Şirketler topluluğunun sadece pay çoğunluğuna dayanarak kurulması durumunda; hakim şirket tarafından bağlı şirketin belgesinin kullanılabilmesi,
- Neticede, Başka bir tüzel kişinin yurtdışından elde ettiği iş bitirme belgesinin kullanılabilmesi için, belgesi kullanılmak istenilen şirketin yarısından fazla hissesine sahip olunması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

22- Yurtdışından elde edilmiş iş bitirme belgesinin belge sahibi dışında şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılmasına ilişkin kuralların daha iyi anlaşılabilmesi için konuyu örneklerle ele alırsak;

Örnek 1: Merkezi Türkiye’de olan Türk Mavi A.Ş., merkezi yurt dışında olan Blue Ltd. adlı şirketin yurt dışından elde ettiği iş bitirme belgesini kullanmak için eski uygulamada (7161 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde) kendi hisselerinin yarısını yabancı şirkete devretmesi gerekiyordu.

7161 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında, belgeyi kullanmak için kendi hisselerini

devretmek yerine yabancı Blue Ltd.'nin hisselerinin yarısından fazlasına sahip olmak zorunda olacaktır.

23- Örnek 2: Bir sermaye şirketi olan (Z) Şirketinin sermayesinin yüzde 80'i (A) gerçek kişisine, yüzde 20'si ise (B) gerçek kişisine aittir. Ayrıca, Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen yapım işi için düzenlenen bir iş bitirme belgesi sahibi olan (Y) şirketinin %70 hissesine (Z) Şirketine aittir.

24- Grafikte 3 şirketin ortaklık ilişkisi gösterilmektedir.

25- Bu durumda (Z) Şirketi;

Kendisinin yarıdan fazla hissesine sahip (A) gerçek kişinin yurt içinde veya Kanun kapsamındaki idarelere yurt dışında gerçekleştirilen işlerden elde edilen iş deneyim belgesini kullanabilir.

Ayrıca pay çoğunluğuna dayanarak kurulan şirketler topluluğu ilişkisinde olduğu (Y) Şirketinin hâkim ortağı olduğu için bu şirketin Kanun kapsamındaki idarelere taahhüt edilenler dışında yurt dışında gerçekleştirilen işler için düzenlenen iş bitirme belgesini de kullanabilir.

26- 23.06.2019 tarihinde yürürlüğe giren ikincil mevzuat düzenlemelerine bakıldığında, yurt dışından elde edilen iş bitirme belgelerinin şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabilmesi için gerekli şartların tevsik edilmesini teminen yeni bir standart formun oluşturulduğu görülmektedir. Ortaklık Tespit Belgesi olarak adlandırılan standart formun ilk ilan veya davet tarihinden sonra meslek mensubu veya ticaret sicili müdürlüğü tarafından düzenlenmesi, ayrıca pay çoğunluğuna dayanan şirketler topluluğu ilişkisini tescil edildiğinin, hakların donması veya hakimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması durumlarının ortaya çıkmadığının; bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin usulüne uygun biçimde yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir. Öte yandan, 13.06.2020 tarihinden sonra ilanı veya yazılı duyurusu yapılan ihalelerde, belgenin şirketler topluluğu ilişkisi içinde kullanılabilmesi için gerekli şartların anılan standart formun düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak sağlandığının gösterilmesi gerekmektedir.

27- Yurt dışından elde edilen belgelerin kamu ihalelerinde kullanımına ilişkin mevzuattaki diğer bir değişiklik, belgenin bir otak girişimin ortağı tarafından kullanılması durumunda tatbik edilecektir. Gerçekten, ortak girişimlerde yurtdışından elde edilen belgeyi kullanan ortak tarafından, iş ortaklıklarındaki hissesi oranında veya konsorsiyumlarda işin uzmanlık gerektiren kısımlarına verilen teklif tutarının toplam teklif tutarına karşılık gelen oranda geçici ve kesin teminat verilmesi zorunludur. 23.06.2019 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenleme ile belgeyi kullanan ortağa, ortak girişimce verilmesi gereken teminatın kendi hissesi oranına tekabül eden bizzat vermesi yükümlülüğü getirilmekte olup, söz konusu teminat ortak girişimce verilmesi gereken teminata ek bir teminat değildir. Konuya ilişkin Kamu İhale Genel Tebliğinin 18.7.2. maddesinde bir örnek mevcuttur.

28- Teminat sunma zorunluluğuna ilişkin kuralların daha iyi anlaşılabilmesi için konuyu örneklerle ele alırsak;

Örnek 1: A&B iş ortaklığının % 30 hissesine sahip (B) ortağının yurt dışında gerçekleştirilen bir yapım işi için düzenlenen iş bitirme belgesini kullanması ve ortaklığın 100.000 TL teminat sunma zorunluluğu olması durumunda, bu teminatın asgari 30.000 TL'lik kısmının ilgili belgeyi kullanan (B) tarafından karşılanması gerekir.

29- Örnek 2: C&D konsorsiyumunun sınır değerin üzerindeki 100 milyon TL'lik toplam teklifinin 20 milyon TL'lik özel uzmanlık gerektiren kısmına teklif sunan (D) özel ortağının yurt dışında gerçekleştirilen bir yapım işi için düzenlenen iş bitirme belgesini kullanması durumunda,

Sözleşmenin imzalanması aşamasında verilmesi gereken 6 milyon TL'lik kesin teminatın asgari ($6 \times 0,20=$) 1,2 milyon TL'sinin (D) tarafından karşılanması zorunludur.

30- Aynı örnekte 100 milyon TL'lik teklifin sınır değerin altında olması ve ihalenin yaklaşık maliyetinin 150 milyon TL olması durumunda, yaklaşık maliyetin yüzde 9'u oranında verilmesi gereken 13,5 milyon TL'lik kesin teminatın asgari ($13,5 \times 0,2=$) 2,7 milyon TL'sinin (D) tarafından karşılanması zorunludur.