Hastane Bilgi Yönetim Sistemi Tam Otomasyon HizmetiYürütmeyi Durdurma Kararı

Toplantı No	:	2008/033
Gündem No	:	110
Karar Tarihi	:	10.06.2008
Karar No	:	2008/MK-72

Şikayetçi:

Birim Bilgi Teknolojileri Tic. A.Ş.'

İhaleyi yapan idare:

Sait Çiftçi Kamu Sağlığı Merkezi

Gündem Konusu:

07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-69 sayılı Kurul kararın iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 10.04.2008 tarih ve 2008/189 sayılı yürütmenin durdurulması kararına ilişkin işlem tesis edilmesi.

Karar:

Sait Çiftçi Kamu Sağlığı Merkezi tarafından 17.10.2007 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan "Hastane Bilgi Yönetim Sistemi Tam Otomasyon Hizmeti Alımı İşi" ihalesine ilişkin olarak,

Birim Bilgi Teknolojileri Tic. A.Ş.'nin başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-69 sayılı Kararı ile ;

" ….

Sonuç olarak; Melsoft Bilgisayar ve Yazılım Hizmetleri Elektronik Tic. ve San. Ltd. Şti. ve yarıdan fazla hissesine sahip ortağı Ramazan KURT hakkında verilen yasaklama kararı nedeniyle, Ramazan KURT'un yarıdan fazla sermayesine sahip olmamakla birlikte hakkında yasaklama kararı verildiği tarih itibariyle şirketi tek başına temsil ve ilzama yetkili yönetim kurulu üyesi ortağı olduğu MS Yazılım ve Bilgisayar San. Tic. A.Ş.'in de Kamu İhale Genel Tebliğinin anılan hükmü uyarınca 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yasaklılık süresince kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacağı belirlenmiştir.

4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde; "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar.
b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir. ",

Aynı Kanunun 17 nci maddesinde; "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır. ***a)*** *Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*
b) *İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*
c) *Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
d) *Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.*
e) *11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.*

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır. "

hükümleri yer almaktadır.

Yukarıda yapılan tespitler çerçevesinde Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan düzenleme uyarınca 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirlenen MS Yazılım ve Bilgisayar San. Tic. A.Ş.'nin, geçici teminatının gelir kaydedilerek aynı Kanunun 17 nci maddesi uyarınca Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümlerin uygulanması gerekmektedir.
…..
Yapılan tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde; şikayetçinin iki ve üçüncü iddiaları yerinde görülmemekle birlikte şikayetçinin birinci iddiasına ilişkin yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda ihaleye katılamayacak durumda olan MS Yazılım ve Bilgisayar San. Tic. A.Ş, ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiğinden 4734 sayılı Kanunun 11 nci maddesinin son fıkrası uyarınca anılan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedilerek, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilemediği ve ihalenin adıgeçen istekli üzerinde bırakılarak ihale kararının ihale yetkilisince onaylandığı anlaşıldığından anılan Kanun hükmüne göre ihalenin iptali gerekmektedir.

Sonuç olarak; yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline,

…" karar verilmiştir.

MS Yazılım ve Bilgisayar A.Ş. tarafından anılan kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 10.04.2008 tarih 2008/189 sayılı kararı ile;

" ….

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinde, "17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının İhalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 138/4 üncü maddesinde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hüküm bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında kamu davası açılanlar ile haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilecektir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Sait Çiftçi Kamu Sağlığı Merkezi tarafından 17.10.2007 tarihinde yapılan 2007/147310 kayıt numaralı Hastane Bilgi Yönetim Sistemi Tam Otomasyon Hizmeti Alımı İşi ihalesi ile ilgili olarak Birim Teknolojileri Tic. A.Ş. 'nin itirazen şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulunca yapılan değerlendirme sonucunda; ihale üzerinde kalan davacı şirketin hissedarı ve aynı zamanda sorumlu müdürü olan Ramazan Kurt'un sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu Melsoft Bilgisayar ve Yazılım Hizmetleri Elektronik Tic. ve San. Ltd. Şti. hakkında yasaklama kararı olması nedeniyle anılan kişi hakkında da 2.8.2007 tarihli ve 26601 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2.8.2007-2.8.2008 tarihleri arasında bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklı olduğuna ilişkin karar bulunduğu , bu nedenle adı geçen kişinin sorumlu müdürü olduğu davacı şirketin dava konusu ihaleye katılamayacak durumda olduğu gerekçesiyle davacı şirket üzerinde bırakılan ihaleye ilişkin işlemlerin ve ihale kararının iptali yolunda dava konusu 7.1.2008 tarihli ve 2008/UH.Z-69 sayılı kararın alındığı anlaşılmaktadır,

Her ne kadar 4734 sayılı Yasanın anılan 58. maddesi hükmünün uygulanmasına ilişkin 25.7.2005 tarih ve 25886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinin "İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar" başlıklı XV numaralı maddesinin "Haklarında Yasaklama Kararı Verilen Şirket Ortak veya Ortaklarının Durumu" alt başlıklı (H) maddesinde, "4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması sebebiyle aynı Kanunun 58 inci maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının;

1) Ortağı olduğu şahıs şirketi,
2) Sermayesinin yarısından fazlasına sahip olması veya sermayesinin arısından fazlasına sahip olmamakla birlikte idare ve temsile yetkili yönetim kurulu üyesi veya müdürü olması koşuluyla ortağı olduğu sermaye şirketi,

ortak hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılmayacaktır." açıklamasına yer verilmiş ise de 4734 sayılı Kanunun 58. maddesinde; sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmamakla birlikte idare ve temsile yetkili yönetim kurulu üyesi veya müdürünün ortağı olduğu sermaye şirketi hakkında yasaklılık yaptırımı uygulanacağına ilişkin hüküm bulunmamakta olup Yasa kapsamını genişleten anılan düzenlemeye itibar etmek olanaklı değildir.

Bu durumda; sermaye şirketi niteliğindeki davacı şirketin, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi hakkında yasaklama kararı bulunması halinde bu durumun davacı şirket açısından bağlayıcı olacağı, hakkında yasaklama kararı bulunan Ramazan Kurt adlı kişinin davacı şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmadığı, davalı idarece belirtildiği üzere adı geçen kişinin şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üyesi olsa dahi 4734 sayılı Yasanın 58. maddesinde öngörülen koşulun davacı şirket açısından gerçekleşmediği açık olup Yasanın kapsamında bulunmayan ancak Tebliğ'de yer alan bir koşulun gerçekleştiği ve buna bağlı olarak davacı şirketin ihaleye katılamayacak durumda olduğundan bahisle tesis olunan ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptali yolundaki Kamu İhale Kurulunun 7.1.2008 tarihli ve 2008/UH.Z-69 sayılı kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin, uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden, 2577 sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütmesinin durdurulmasına, kararın tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz yolu açık olmak üzere 10.4.2008 tarihinde
Oybirliğiyle …" karar verilmiştir.
Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27/2 maddesinde; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28/1 maddesinde ise; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin 10.04.2008 tarih ve 2008/189 sayılı yürütmenin durdurulması kararı ile; Kamu İhale Kurulunun 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince alınan ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptali yönündeki Kararının gerekçesi de ortadan kalktığından, mahkeme kararındaki gerekçeler dikkate alınarak Kurulca anılan Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi uyarınca itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığını karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1) Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-69 sayılı Kararının iptaline,

2) Birim Bilgi Teknolojileri Tic. A.Ş.'nin 30.11.2007 tarih ve 35534 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan itirazen şikayet başvurusu hakkında 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi uyarınca itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına,

Oybirliği ile karar verildi.

Dr. Hasan GÜL **BAŞKAN**		
Ali KAYA **II. Başkan**	**Bahattin IŞIK** **Kurul Üyesi**	**Ali Kemal AKKOÇ** **Kurul Üyesi**
Kazım ÖZKAN **Kurul Üyesi**		**Çağatay ÖZCAN** **Kurul Üyesi**
Adem KAMALI **Kurul Üyesi**	**Abdullah DÜNDAR** **Kurul Üyesi**	**Hicabi ECE** **Kurul Üyesi**