# HBYS Hizmet Alımı İşi yürütmeyi durdurma kararı

| | | |
|---|---|---|
| **Toplantı No** | : | 2009/081 |
| **Gündem No** | : | 13 |
| **Karar Tarihi** | : | 23.11.2009 |
| **Karar No** | : | 2009/MK-158 |

**Şikayetçi:**

Birim Bilgi Teknolojileri Ticaret A. Ş.

**İhaleyi yapan idare:**

Eyüp Devlet Hastanesi Baştabipliği

**Gündem Konusu:**

Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-67 sayılı Kararının iptali hakkındaki Ankara 16 ncı İdare Mahkemesi kararının Hukuk Danışmanlığınca temyizi üzerine Danıştay 13 üncü Daire Başkanlığınca verilen "İdare mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması" kararının uygulanması hususunda işlem tesis edilmesi.

**Karar:**

Eyüp Devlet Hastanesi Baştabipliği'nce 18.10.2007 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan2007/140675 İKN"li "HBYS Hizmet Alımı" ihalesi ihalesine ilişkin olarak Birim Bilgi Teknolojileri Ticaret A. Ş. tarafından yapılan itirazen şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-67 sayılı Kararı ile;

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

Anılan Kurul Kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle, M. S. Yazılım ve Bilgisayar A. Ş. vekili tarafından açılan davada, Ankara 16 ncı İdare Mahkemesi tarafından verilen 10.06.2008 tarih ve E:2008/98 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Karara davacı tarafından itiraz edilmesi üzerine, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 22.07.2008tarih ve E:2008/3227 sayılı Kararı ile;

"– – –

*Her ne kadar 4734 sayılı Yasanın 58. maddesi hükmünün uygulanmasına ilişkin 25.07.2005 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 (M) maddesinde, "4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması sebebiyle aynı Kanunun 58 nci maddesinin 1 nci 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 ve/veya sermayesinin yarısından 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 nci 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 durumu; 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, dava idareye 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 vesihale kararının iptali yolundaki Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarihli ve 2008/UH.Z-67 sayılı kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.*

*Öte yandan dava konusu ihaleye ilişkin İdari Şartnamenin 7.3.2.4. maddesinde; şartnamenin tüm maddelerine cevap verilmemesi halinden ilgilinin sorumlu olacağı ve tekliflerin istenilen koşuyla ve formatta olmaması durumunda tekliflerin geçersiz sayılabileceği konusunda ihaleyi yapan idareye yetki verildiği ancak uyuşmazlık konusu ihalede ihaleyi alan davacı şirketin Teknik Şartnamenin bir kısım maddelerinin karşılığının boş bırakılmasının ihaleyi yapan kurumca teklifinin geçersiz sayılması için geçerli bir neden olarak görülmediği kaldı ki davacı şirketin Teknik Şartname GenelTaahhütnamesinde Teknik şartnamedeki tüm şartları karşıladığını ve karşılayacağını taahhüt ettiği, bu itibarla dava konusu işlemin tesis edilmesinde gerek bu gerekçenin gerekse idarenin ihale sonucunda mevcuttaaykırı olarak sözleşme imzalattığı gerekçesinin hukuken dava konusu işleme dayanak alınamayacağı sonucuna varılmıştır.*

*Açıklanan nedenlerle itirazın kabulüne, Ankara 16. idare Mahkemesinin10.06.2008 gün ve E:2008-98 sayılı kararının kaldırılmasına, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesindeki koşullar gerçekleştiğinden teminat aranmaksızın yürütmenin durdurulmasına 22.07.2008 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi." gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş ve bu Karar 07.08.2008 tarihinde Kurama tebliğ edilmiştir.*

Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-67 sayılı Kararının, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 22.07.2008 tarih ve E:2008/3227 sayılı Kararı ile yürütmesinin durdurulması nedeniyle Kamu İhale Kurulunca anılan Kararın icaplarına göre işlem tesis edilmesi gerektiğinden 12.08.2009 tarih ve 2008/M.K.-103 sayılı karar ile;

*– –*

*"1) 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-67 sayılı Kurul Kararının iptaline,*

*2) Anılan Mahkeme Kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına"*

Karar verilmiştir.

Ardından, Ankara 16. İdare Mahkemesinin 06.04.2009 tarih ve E: 2008/98, K: 2009/484 sayılı kararı ile anılan Kurul kararının iptaline karar verilmiştir.

Ancak Kamu İhale Kurulu'nun 12.08.2008 tarih ve 2008/M.K.-103 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulması kararı üzerine yargı kararı uygulandığından, anılan mahkeme kararınınicaplarına göre işlem tesis edilmesini teminen alınacak kararın da 2008/M.K.-103 sayılı kararla aynı doğrultuda olması ve bu haliyle anılan mahkeme kararının gereklerinin de yerine getirilmiş olması nedeniyle bu aşamada Kurummuzca farklı bir işlem tesisine gerek bulunmadığından söz konusu mahkeme kararı idareye ve davacı firmaya bildirilmiştir.

Daha sonra, bu karara karşı KİK Hukuk Danışmanlığı tarafından Danıştay nezdinde yürütmenin durdurulması istemli olarak temyiz başvurusunda bulunulmuş ve Danıştay 13. Dairesinin 03.11.2009 tarih ve E:2009/5894 sayılı kararı ile *"İdare Mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulmasına"* karar verilmiştir.

Anayasanın 138 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında; yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirmeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktirmeyeceği hüküm bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasında; Danıştay veya İdari 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 esasına 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.

Bu defa bu kararın uygulanması için Kurummuzca işlem tesisi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Danıştay 13 üncü Daire Başkanlığının Ankara 16 ncı İdare Mahkemesinin 06.04.2009 tarih ve E: 2008/98, K: 2009/484 sayılı "dava konusu işlemin iptaline" dair kararının yürütmesinin durdurulması isteminin kabulüne dair 03.11.2009 tarih ve E:2009/5894 sayılı kararının uygulanması için 12.08.2008 tarih ve 2008/MK-103 sayılı Kurul Kararının iptaline,

2- Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-67 sayılı kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, "4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline,"

Oybirliği ile karar verildi.

| | | |
|---|---|---|
| **Hicabi ÜÇÜ**<br>**II. Başkan** | | |
| **Bahattin IŞIK**<br>**Kurul Üyesi** | **Ali Kemal AKKOÇ**<br>**Kurul Üyesi** | **Kazım ÖZKAN**<br>**Kurul Üyesi** |
| **Adem KAMALI**<br>**Kurul Üyesi** | **Abdullah DÜNDAR**<br>**Kurul Üyesi** | **Erkan DEMİRTAŞ**<br>**Kurul Üyesi** |