

**ihale komisyonunun tarafından klinik bir önemi haiz olmadığı değerlendirilen ürün özelliğinin Teknik Şartname'de yer almasının bir anlamının olmayacağı ve söz konusu ürün özelliğinin ihalede rekabeti daraltabileceği ve dokümanda yapılacak yeni bir düzenlemenin düzeltici işleme yapılmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, anılan Teknik Şartname maddesinin Kanun'un 5'inci maddesinde sayılan rekabetin sağlanması temel ilkesini zedeleyeceği**

# değerlendirilerek, hazırlanacak yeni bir teknik şartname ile tekrar ihale yapmak üzere ihalenin iptal edilmesi

Toplantı No : 2020/003

Gündem No : 68

Karar Tarihi : 23.01.2020

Karar No : 2020/UM.II-181

BAŞVURU SAHİBİ:

Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Rektörlüğü Döner Sermaye İşletmesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (Hastane) Birimi,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/536710 İhale Kayıt Numaralı "Aferez Trombosit Ayırma Seti" İhalesi

KURUMCA YAPILAN İNCELEME:

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi REktörlüğüDöner Sermaye İşletmesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (Hastane) Birimi tarafından 26.11.2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Aferez Trombosit Ayırma Seti" ihalesine ilişkin olarak Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından 27.12.2019 tarih ve 57165 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 27.12.2019 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2019/1711 sayılı şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

**KARAR:**

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi:

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle;

10.12.2019 tarihli ihale komisyonu kararıyla ihalenin kendi üzerlerinde bırakıldığı, ancak GST Med. San. Tic. A.Ş. tarafından yapılan şikâyet başvurusu üzerine 23.12.2019 tarihli ihale komisyonu kararı ile ihalenin idarece iptal edildiği, idarece alınan ihalenin iptal edilme gerekçesinin yerinde olmadığı, ihalenin iptali kararının Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkelerini ihlal ettiği, şöyle ki;

a) GST Med. San. Tic. A.Ş. tarafından yapılan şikâyet başvurusunun ihale dokümanına ilişkin olduğu, dolayısıyla söz konusu başvurunun süresinde yapılmadığı, bu nedenle başvurunun idarece uygun görülmesinin usul açısından yerinde olmadığı,

b) İhalede sunulan tekliflerin, mevcut Teknik Şartname'ye göre sunulduğu, ihaleye katılım yeterlik şartlarına ihale ilanı ve İdari Şartname'de yer verildiği, İdari Şartname'de "cihazın tek ve çift kol setlerle çalıştırılacağı"na dair bir düzenleme bulunmadığı, bu noktada isteklileri tereddüte düşüren bir husus bulunmadığı, ihale ilanı ve İdari Şartname'de ihalenin demo yapılarak sonuçlandırılacağına düzenlendiği, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif ve kendileri tarafından yapılan demonun uygun bulunarak tekliflerin değerlendirildiği, ihalede rekabet şartlarının oluştuğu ve idarece alınan kararın bu nedenle esas açısından yerinde olmadığı iddialarına yer verilmiştir.

İptal gerekçeleri ile sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5'inci maddesinde "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmü,

Aynı Kanun'un "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39'uncu maddesinde "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir." hükmü,

Bahse konu Kanun'un "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54'üncü maddesinde "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler.

...

Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması,

usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine,

...

karar verilir.” hükmü,

Anılan Kanun’un “Kuruma itirazın şikayet başvurusu” başlıklı 56’ncı maddesinde “ ... İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir. ...” hükmü yer almaktadır.

Kanun’un 39’uncu maddesinden idarenin tüm teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, tüm tekliflerin reddedilmesi hususunda idarenin herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığı anlaşılmıştır. Ancak idarenin tüm teklifleri reddederek ihaleyi iptal etme hususunda takdir yetkisi verilmiş olsa da bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda usule ve amaca uygun kullanılması gerektiği değerlendirilmiştir.

Kanun’un 54’üncü maddesinden ise idareye yapılan bir başvuru üzerine ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde idarece ihalenin iptaline karar verilebileceği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanun’un 56’ncı maddesiyle idareye yapılan şikâyet başvurusu üzerinde idarece alınan ihalenin iptaline ilişkin kararına karşı yapılacak itirazın şikâyet başvurularının idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı inceleneceği hüküm altına alınmıştır.

İhaleye ait İdari Şartname’nin 1 ve 2’nci maddelerinde yer alan düzenlemelerden şikayete konu ihalenin Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Sağlık Uygulama

ve Araştırma Merkezi (Hastane) Birimi'nin Aferez Trombosit Ayırma Seti alımı olduğu anlaşılmıştır.

Aynı Şartname'nin "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesi" başlıklı 34'üncü maddesinde "34.1. İhale komisyonu kararı üzerine İdare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlölük altına girmez." düzenlemesi yer almaktadır.

İşe ait Teknik Şartname'nin 1'inci maddesinde "Cihaz; Tek ve çift kol setleriyle herhangi bir ilave yapılmadan sürekli akım prensibiyle çalışıyor olmalıdır." düzenlemesi yer almaktadır.

Yapılan incelemede 10.12.2019 tarihli ihale komisyonu kararı ile "İsteklilerce teklif edilen malzemelere ilişkin sunulmuş numune ve kataloglar uzman üyelerimizce kontrol edilip teknik Őartnameye uygunluğu değerlendirilmiş ve ekteki raporun düzenlenmesinden sonra 10.12.2019 günü saat 14.00 da eksiksiz toplanan komisyonumuzca yapılan değerlendirmeler neticesinde 1 sıra no'lu kaleme ekonomik açıdan en avantajlı 1'inci teklifin Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin teklifi olduğu tespit edilmiş olup söz konusu malzemenin bu firmadan alınmasında ve belirlenen 2'nci avantajlı teklifin ihale yetkilisinin onayına sunulmasına ..." karar verildiği görölmüştür.

10.12.2019 tarihli ihale komisyonu kararından 3 adet ihale dokümanının indirildiği, ihaleye 2 isteklinin teklif verdiği, ihaleye teklif veren 2 istekli tarafından teklif edilen ürünlere ilişkin sunulan numune ve katalogların ihale komisyonunda yer alan uzman üyelerce incelenerek teknik Őartnameye uygunluklarının değerlendirildiği, tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin anılan işlemler neticesinde başvuru sahibi Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.ye ait teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği görölmüştür.

Anılan ihale komisyonu kararının isteklilere tebliğ edilmesinden sonra 16.12.2019 tarihinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli olarak belirlenmiş GST Med. San. Tic. A.Ş. tarafından idareye şikayet başvurusunda bulunulduğu görülmüştür.

GST Med. San. Tic. A.Ş. tarafından idareye yapılan şikâyet başvurusunda "... Bilindiği üzere ihale teknik şartnameleri ihalenin ayrılmaz bir parçası olup, teknik şartname hükümlerine uymayan tekliflerin değerlendirme dışı bırakılmaları gerekmektedir.

Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından ihaleye teklif edilen Terumo marka Trima model aferez cihazı ve seti ihale teknik şartnamesinin 1. maddesini karşılamamaktadır.

"Aferez Trombosit Ayırma Seti Teknik Şartname

1. Cihaz; Tek ve çift kol setleriyle herhangi bir ilave yapılmadan sürekli akım prensibiyle çalışıyor olmalıdır"

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, Temel İlkeler, Şartnameler

"Madde12- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır" maddesinde belirttiği üzere Teknik Şartname madde 1 ile alımı yapılacak üründen beklenen çalışma şartı ve fonksiyonellik NET bir şekilde ifade edilmiştir. İlgili madde ile teklif edilen sistemin "Tek ve çift kol setleriyle" çalışması teknik kriterine yer verilmiştir.

Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından teklif verilen Terumo marka Trima model aferez cihazı sadece tek kol seti ile işlem yapabilmektedir. Bu nedenle teknik şartname hükmüne uymayan bu teklifin değerlendirme dışı bırakılması

gerekmektedir.

Firmamız tarafından teklif edilen Fresenius Marka Comtec aferez cihazı ve setleri hem tek kol, hem de çift kol çalışabilme özelliğine sahiptir.” ifadelerinin yer aldığı görülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, GST Med. San. Tic. A.Ş. tarafından 16.12.2019 idareye yapılan şikâyet başvurusuna Teknik Şartname'nin 1'inci maddesi gereğince Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından teklif edilen ürünün, tek kol setleriyle herhangi bir ilave yapılmadan sürekli akım prensibiyle çalışabilme özelliğini karşıladığı, ancak çift kol setleriyle herhangi bir ilave yapılmadan sürekli akım prensibiyle çalışabilme özelliğini karşılamadığı, bu nedenle Bies Sağ. Ür. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.ye ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği hususunun konu edildiği ve ihale dokümanına yönelik bir başvuru olmadığı anlaşılmıştır.

GST Med. San. Tic. A.Ş. tarafından idareye yapılan şikâyet başvurusundan sonra idarece alınan 23.12.2019 tarihli ihale komisyonu kararının alındığı ve söz konusu ihale komisyonu kararında “GST Med. San. Tic. A.Ş.’nin ihale ile ilgili kesinleşen karar bildirimimize yapmış olduğu itirazın şikâyet üzerine ihale dosyası ihale yetkilisince görevlendirilen aşağıda ismi yazılan uzman üyelerimizce tekrar değerlendirilmiştir.

Yapılan inceleme sonucunda; Teknik Şartname'nin 1. maddesinde cihaz; “Tek ve çift kol setleri ile herhangi bir ilave yapılmadan sürekli akım prensibiyle çalışıyor olmalıdır.” ibaresi yer almaktadır. Son ürün kalitesi sağlandığı sürece işlemin tek veya çift kolla yapılmasının tarafımızca sakıncası yoktur. Bu bağlamda Teknik Şartname'nin 1. maddesindeki ifade rekabet ortamını bozmaktadır. Bu nedenle ihalenin iptal edilerek düzeltilmiş yeni teknik şartname ile tekrar yapılması için ihale yetkilisinin onayına sunulmasına komisyonumuzca oy



çokluğu/

Oybirliği ile karar verilmiştir.” ifadesinin yer aldığı ve söz konusu ihale komisyonu kararınının 24.12.2019 tarihinde ihale yetklisi tarafından onaylandığı görölmüştür.

23.12.2019 tarihli ihale komisyonu kararından, GST Med. San. Tic. A.ř. tarafından yapılan şikâyet başvurusuna konu edilen hususa ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı, Teknik Şartname'nin 1'inci maddesinde yer alan düzenlemenin rekabeti engellediği değerlendirilerek ihalenin iptal edildiği anlaşılmıştır.

Yapılan incelemede GST Med. San. Tic. A.ř. tarafından idareye yapılan başvuruya ilişkin olarak ihale komisyonunun uzman iki üyesi tarafından hazırlanan değerlendirme raporunda “Teknik Şartname'nin 1. maddesinde cihaz; “Tek ve çift kol setleri ile herhangi bir ilave yapılmadan sürekli akım prensibiyle çalışıyor olmalıdır.” ibaresi yer almaktadır. Son ürün kalitesi sağlandığı sürece işlemin tek veya çift kolla yapılmasınının tarafımızca sakıncası yoktur. Bu bağlamda Teknik Şartname'nin 1. maddesindeki ifade rekabet ortamını bozmaktadır. Bu nedenle ihalenin iptal edilerek düzeltilmiş yeni teknik şartname ile tekrar yapılması gerekmektedir.” ifadelerinin,

İsteklilerce yapılan demoda Teknik Şartname'nin 1'inci maddesinde yer alan düzenlemedeki ürün özelliğine yönelik değerlendirmeye ilişkin ise “Yapılan Aferez Trombosit Süspansiyonu ihale sürecindeki demo işlemlerinde Bies Sağlık Ürünleri Ltd. Şti. tek kol ve sürekli akım sistemi ile çalışan setleri ile demo yapmıştır. GST Medikal firması setlerini çift kol prensibi ile sürekli akım sistemiyle çalışan setleri ile demo yapmıştır ve tek kol ile çalışan setlerinin olduğunu beyan etmiştir. Son ürün kalitesi belirtilen standartlara uygun olduğu sürece tek veya çift kol ile ürün toplanması klinik açıdan önemli değildir.” ifadelerinin yer aldığı görölmüştür.

Yukarıda aktarılan değerlendirme raporunda Bies Sağlık Ürünleri Ltd. Şti.nin tek kol ile çalışan set ile, GST Medikal firması setlerini çift kol ile çalışan set ile demo yapıldığının ifade edildiği görülmüştür. Dolayısıyla her iki istekli tarafından teklif edilen ürünlere ilişkin yapılan demo sırasında Teknik Şartname'nin 1'inci maddesinde yer alan ürün özelliğinin (hem tek kol hem çift kol ile çalışabilme) gözlemlenebildiğine yönelik değerlendirme yapılmamasına karşın, her iki istekli tarafından teklif edilen ürünün uygun olduğunun tespit edilerek 10.12.2019 tarihli ilk ihale komisyonu kararı ile ihalenin sonuçlandırılmasının nedeninin, işin uzmanı ihale komisyonu üyelerince bahse konu ürün özelliğinin esasında klinik açıdan bir önemi haiz olmadığı yönünde yapılan değerlendirme olduğu anlaşılmıştır.

Aktarılanlar neticesinde ihale komisyonun tarafından klinik bir önemi haiz olmadığı değerlendirilen ürün özelliğinin Teknik Şartname'de yer almasının bir anlamının olmayacağı ve söz konusu ürün özelliğinin ihalede rekabeti daraltabileceği ve dokümanda yapılacak yeni bir düzenlemenin düzeltici işleme yapılmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, anılan Teknik Şartname maddesinin Kanun'un 5'inci maddesinde sayılan rekabetin sağlanması temel ilkesini zedeleyeceği değerlendirilerek, hazırlanacak yeni bir teknik şartname ile tekrar ihale yapmak üzere ihalenin iptal edilmesi yönündeki ihale komisyonu kararının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.