

ihale şartnamesinde açıklama istenilmeksizin ekonomik açıdan en avantajlı teklif üzerinde bırakılarak sonuçlandırılacağına ilişkin düzenleme yapıldığı yayınlanan zeyilname ile ihalenin, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılarak sonuçlandırılacağı şeklinde İdari Şartname'de değişiklik yapıldığı, İdari Şartname maddesinde değişiklik yapıldığı ve bu hususa ilişkin olarak bir düzeltme ilanının yapılmadığı, mezkûr değişikliğin ihaleye katılım

**için istenilen yeterlik belgelerine ve kriterlerine ilişkin olmadığı, bu çerçevede zeyilname ile yapılan değişikliğin ihale konusu alanda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin ihaleye katılım kararlarını ve isteklilerce tekliflerin hazırlanmasını etkileyebilecek nitelikte olmadığı, davacının ihaleye teklif verdiği hususları nazara alındığında bu iddia yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir**

ihale şartnamesinde açıklama istenilmeksizin ekonomik açıdan en avantajlı teklif üzerinde bırakılarak sonuçlandırılacağına

ilişkin düzenleme yapıldığı yayınlanan zeyilname ile ihalenin, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılarak sonuçlandırılacağı şeklinde İdari Şartname'de değişiklik yapıldığı, İdari Şartname maddesinde değişiklik yapıldığı ve bu hususa ilişkin olarak bir düzeltme ilanının yapılmadığı, mezkûr değişikliğin ihaleye katılım için istenilen yeterlik belgelerine ve kriterlerine ilişkin olmadığı, bu çerçevede zeyilname ile yapılan değişikliğin ihale konusu alanda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin ihaleye katılım kararlarını ve isteklilerce tekliflerin hazırlanmasını etkileyebilecek nitelikte olmadığı, davacının ihaleye teklif verdiği hususları nazara alındığında bu iddia yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir

Toplantı No	: 2021/015
Gündem No	: 30
Karar Tarihi	: 14.04.2021
Karar No	: 2021/MK-155

**BAŞVURU SAHİBİ:**

Fonet Bilgi Teknolojileri Anonim Şirketi

**İHALEYİ YAPAN İDARE:**

Eğitim Ve Araştırma Hastanesi-Kartal Koşuyolu Yüksek İhtisas Sağlık Bakanlığı Bakan Yardımcılıkları

**BAŞVURUYA KONU İHALE:**

2020/618072 İhale Kayıt Numaralı "36 Ay Süreli Hastane Bilgi Yönetim Sistemi (Hbys) Hizmet Alımı" İhalesi

**KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:****KARAR:**

Kartal Koşuyolu Yüksek İhtisas Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği tarafından yapılan 2020/618072 ihale kayıt numaralı "36 Ay Süreli Hastane Bilgi Yönetim Sistemi (HBYS) Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak Fonet Bilgi Teknolojileri A.Ş. tarafından itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuş ve Kurulca alınan 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.II-149 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Fonet Bilgi Teknolojileri A.Ş. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 23. İdare Mahkemesinin 30.03.2021 tarihli ve E:2021/271, K:2021/583 sayılı kararında "Davacı şirketin birinci iddiasının incelenmesinden; ..mevzuat hükümleri ile davacının iddiasının ve maddi olayın birlikte değerlendirilmesinden; ihale dokümanında hizmetin ifa şekli ve kaynakları bir kusurun meydana gelmesi halinde her bir ayrıklık için verilecek ceza oranının belirlendiği, bu ayrıkların art arda veya aralıklı olarak 6 defa tekrarlanması halinde protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğinin düzenlendiği ancak ağır ayrıklık halleri maddede belirtilmek suretiyle bu hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin feshedilebileceği belirtilmeliyken ağır ayrıklık halleri belirlenmeden ayrıklık bir defa gerçekleşse dahi protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceğinden bahsedildiği, bu çerçevede, ihale dokümanında yer alan mevcut düzenlemenin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 26 numaralı dip notunda yer verilen açıklamalara uygun olmadığı açık olup, söz konusu eksikliğinin, idarelerce yapılacak sözleşmelerin "Tip Sözleşme" hükümleri esas alınarak düzenleneceği ve sözleşmelerde sözleşmenin feshine ilişkin şartların belirtilmesinin zorunlu olduğu yönündeki 4735 sayılı Kanunda yer alan emredici kurallara aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Her ne kadar davalı idarece, anılan düzenlemenin, işin yürütülmesi aşamasında sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesine bir engel oluşturmayacağı, bu hâliyle yapılan düzenlemelerin yeterli olduğu, ayrıca bu hususun sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu ve teklif vermeye engel teşkil etmediği, isteklilerden birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmedeği belirtilerek anılan iddia yerinde görülmemiş ise de; 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale dokümanının parçası olan sözleşme tasarisında mevzuata aykırı hususların tespit edilmesi hâlinde, anılan ayrıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlem tesis edilmesi gerekmemekte olup, aksi kabulün, dokümana itiraz hakkının işsizleştirilmesine sebep olacağı sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'ye uygun olarak hazırlanmayan Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesi ile ilgili iddia yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Davacı şirketin ikinci iddiasının incelenmesinden; ..20.11.2020 tarihinde yayınlanan ihale ilanında ihalenin, Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin ekonomik açıdan en avantajlı teklif üzerinde bırakılarak sonuçlandırılacağına ilişkin düzenleme yapıldığı, 03.12.2020 tarihinde yayınlanan zeyilname ile ihalenin, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılarak sonuçlandırılacağı şeklinde İdari Şartname'de değişiklik yapıldığı, 03.12.2020 tarihinde yayınlanan zeyilname ile ihalenin, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılarak sonuçlandırılacağı şeklinde İdari Şartname'nin 33. maddesinde değişiklik yapıldığı ve bu hususa ilişkin olarak bir düzeltme ilanının yapılmadığı, mezkûr değişikliğin ihaleye katılım için istenilen yeterlik belgelerine ve kriterlerine ilişkin olmadığı, bu çerçevede zeyilname ile yapılan değişikliğin ihale konusu alanda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin ihaleye katılım kararlarını ve isteklilerce tekliflerin hazırlanmasını etkileyebilecek nitelikte olmadığı, davacının ihaleye teklif verdiği hususları nazara alındığında bu iddia yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirketin üçüncü iddiasının incelenmesinden; ..mevzuat hükümleri ile davacının iddiasının ve maddi olayın birlikte değerlendirilmesinden; idarelerin yapılacak ihalelerde, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu, sözleşme aşamasında iş artışına ilişkin hükümlere yer verildiği, ücretsiz değiştirileceği veya yapılacak ifade edilen iş veya modüllerin açık ve kuşkuyla yer verilmeyecek şekilde teknik şartnamede belirlenmesi gerektiği ancak teknik şartnamede bu açıklık ve belirginliğin bulunmadığı ve bu durumun rekabet koşullarını engellediği anlaşıldığından, bu iddia yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Davacı şirketin dördüncü iddiasının incelenmesinden; ..Başvuruya konu ihalenin "36 Ay Süreli Hastane Bilgi Yönetim Sistemi (HBYS) Hizmet Alımı" ve aktarılan Tebliğ açıklaması gereğince personel çalıştırılmasına dayalı olmayan bir hizmet alımı olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan, şikâyete konu edilen Teknik Şartname düzenlemesinin ihale konusu iş dikkate alındığında sözleşme aşamasında personel kaynaklı gizlilik ihlalinin ortaya çıkması durumuyla ilgili olduğu, olası bir gizlilik ihlali durumuna ilişkin idarece yüklenicinin sorumlu olduğunun düzenlendiği anlaşılmış olup, söz konusu hususun başvuru sahibinin iddiasının aksine asıl işveren-alt işveren ilişkiden doğacak sorumluluğa (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb.) ilişkin olmadığı anlaşılmıştır. Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve açıklamaları bir arada değerlendirildiğinde, başvuruya konu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı olmayan bir hizmet alımı olduğu, bu durumda söz konusu düzenlemenin alt işveren – asıl işveren ilişkisinden kaynaklanan olası sorumluluklara ilişkin olmadığı, öte yandan, iddia konusu düzenlemenin sözleşmenin uygulanması aşamasına yönelik olarak muhtemel bir duruma ilişkin olduğu anlaşılmış olup, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır." denilmek suretiyle reddedilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirketin beşinci iddiasının incelenmesinden; ..mevzuat hükümleri ile davacının iddiasının ve maddi olayın birlikte değerlendirilmesinden; bu iddia bakımından davalı idare tarafından "Yukarıda aktarılan Teknik Şartname düzenlemelerinden, sözleşme süresi boyunca, yeni gelen cihazların veya sistemden çıkarılması gereken cihazların idarenin isteği doğrultusunda ücret talep edilmeksizin entegrasyonunun sağlanması gerektiği, sözleşme süresince mevcut envanter listesinden bulunmayan yeni cihaz ve sistem entegrasyon taleplerinde ise Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan cihaz ve sistem entegrasyon puantaj tablosuna göre yüklenici tarafından ücret talep edilebileceği, söz konusu cihaz ve yazılımlar için sözleşme süresince 2015/17 sayılı Genelgede tarif edilen 750 puanlık entegrasyon işini teklifine dahil edeceği, sözleşme süresi içerisinde 750 puanın aşılması durumunda cihaz ve sistem entegrasyon puantaj tablosuna göre ücret talep edilebileceği hususunun açık şekilde düzenlendiği görülmüştür. İddia konusu Teknik Şartname'nin 7.1.5, 7.1.6 ve 7.1.7'nci maddelerindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, sözleşme süresi boyunca yeni gelen cihazların veya sistemden çıkarılması gereken cihazların entegrasyonunda ücret talebine ilişkin herhangi bir çelişki olmadığı tespit edildiğinden, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır." denilmek suretiyle reddedilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı şirketin altıncı iddiasının incelenmesinden; ..mevzuat hükümleri ile davacının iddiasının ve maddi olayın birlikte değerlendirilmesinden; ihale konusu işin özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle teknik şartnamelerde belirlenecek kriterlerin idarelerin asgari ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olarak rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacak şekilde hazırlanması gerektiği, idarenin ihtiyacını karşılarken ihaleye konu hizmet alımının kriterlerini belirlemek konusunda takdir hakkı ve yetkisi bulunduğu, Sağlık Bilgi Yönetim Sistemi Alım Kılavuzunun "Kullanıcı Arayüzü" başlıklı 14. maddesinde sisteme erişimlerde bot ve robotlar tarafından sisteme girişleri engelleyecek CAPTCHA gibi resim doğrulama önlemleri kullanılmasına ilişkin düzenlemenin yer aldığı ve ihaleyi yapan idare tarafından Teknik Şartname'nin yukarıda aktarılan ilgili maddesinde sisteme erişimlerde CAPTCHA kullanılabileceğine dair düzenleme yapıldığı, bu yöntemin tek başına zorunlu tutulduğunda dair bir hükme yer verilmediği, Teknik Şartname maddesinde yer alan düzenlemenin ihaleyi yapan idarenin kendi ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde ve ihale konusu işin niteliği göz önünde bulundurularak ihale konusu işin uygun şartlarda yürütülmesi amacıyla yapıldığı, idarenin takdir yetkisi ve sorumluluğu kapsamında yapılan düzenlemenin fırsat eşitliğini bozucu nitelikte olmadığı hususları nazara alındığında bu iddia yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir." gerekçesiyle dava konusu işlemin 1 ve 3'üncü iddia ile ilgili kısımlarının iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, 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 hükmüne bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde karardan idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

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

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

1- Kamu İhale Kurulunun 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.II-149 sayılı kararının 1 ve 3'üncü iddialar ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.