

ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesinde sağlık ile ilgili iş yaptığına dair bir ibarenin bulunmadığı hk

Toplantı No : 2019/056

Gündem No : 75

Karar Tarihi : 26.12.2019

Karar No : 2019/UM.I-1758

BAŞVURU SAHİBİ:

Avm Sağlık Hizmetleri San. ve Dış Tic. Ltd. Şti.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü (Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü),

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2011/1520 İhale Kayıt Numaralı “Yenidoğan İşitme Tarama Cihazı Alımı” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 17.02.2011 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Yenidoğan İşitme Tarama Cihazı Alımı” ihalesine ilişkin olarak Avm Sağlık Hizmetleri San. ve Dış Tic. Ltd. Şti.nin 28.03.2011 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 06.04.2011 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 18.04.2011 tarih ve 20121 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 18.04.2011 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. Kamu İhale Kurulu'nun 11.12.2019 tarih ve

2019/MK-342 sayılı kararı gereğince yapılan incelemeye aşağıda yer verilmiştir.

Başvuruya ilişkin olarak 2011/1248-01 sayılı itirazın şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazın şikâyet dilekçesinde özetle,

1) İhale sonrasında, ihaleye katılan firmalardan demonstrasyon istendiği, firmalarının da demonstrasyona katıldığı ve demo sırasında ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklif dosyasından fotokopisi alınmış olan broşürünün firma yetkililerince görüldüğü ve bu broşürün İdari Şartname'nin 7.5.6'ncı maddesine aykırı olduğu, bu sebeple anılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği,

Bununla birlikte, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklif ettiği cihazın Teknik Şartname'nin 4'üncü maddesinde öngörülen kriteri karşılamadığı ve Marmaris Devlet Hastanesi'nin 12.07.2010 tarihinde yapmış olduğu ihalede anılan isteklinin teklif ettiği cihazın 35 db HL özelliği bulunmadığı gerekçesiyle ihale dışı bırakıldığı, bu bağlamda, teknik dokümanlarla sabit olmayan özelliklerin demonstrasyonda gösterilmiş olmasının yeterli olmadığı, isteklilerin bu özellikleri belgelemek zorunda oldukları,

Ayrıca, ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesinde sağlık ile ilgili iş yaptığına dair bir ibarenin bulunmadığı,

2) Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenen isteklinin teklif ettiği cihazın teknik şartnamenin 4, 9 ve 12'nci maddelerinde öngörülen kriterleri

karşılımadığı,

Ayrıca Teknik Şartname'nin 9'uncu maddesinde istenilen altın elektrot kriterinin anılan istekli tarafından karşılandığı kabul edilse bile isteklinin buna ilişkin UBB kaydının bulunmadığı iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nce 17.02.2011 tarihinde yapılan 2011/1520 İhale Kayıt Numaralı "Yenidoğan İşitme Tarama Cihazı Alımı" ihalesine ilişkin olarak, AVM Sağlık Hizmetleri San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 20.06.2011 tarihli ve 2011/UM.I-2093 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

AVM Sağlık Hizmetleri San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 24.10.2013 tarih ve E:2011/2674, K:2013/1365 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmiş, bunun üzerine yapılan temyiz başvurusu sonucunda ise Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27.09.2019 tarihli ve E:2014/1063, K:2019/2778 sayılı kararı ile "1. Temyize konu Mahkeme kararının, ihale kapsamında teklif edilen cihazın Teknik Şartname'de öngörülen kriterleri sağlamadığına yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

2. Temyize konu Mahkeme kararının, şikâyet dilekçesinde yer verilmeyen iddianın itirazın şikâyet başvurusunda dikkate alınamayacağına yönelik Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kısmı incelendiğinde:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasında, ihale 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 olabileceklerin, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Anılan Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kurum, itirazın şikâyet başvurusunu başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceler." kuralı yer almaktadır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazın şikâyet başvurusuna konu edilemez." kuralına yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz." hükmü yer almakta olup, bu hükümlerle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü daraltması nedeniyle dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin onuncu fıkrası hükmünün ihmal edilerek Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetle yer alan iddiaların anlaşılacağı, Kanun'da böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazın

şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacı şirketin şikâyet başvurusunun reddi üzerine, 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşıldığından, itirazın şikâyet aşamasında davacının ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesine ilişkin iddiasının da esasın değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk, davanın reddine yönelik Mahkeme kararının bu kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle,

"1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,

2. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 24/10/2013 tarih ve E:2011/2674, K:2013/1365 sayılı kararının, davacının ihale kapsamında teklif edilen cihaza ilişkin iddiası yönünden davanın reddine ve davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmının ONANMASINA

Oybirliğiyle,

3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne;

4. Temyize konu Mahkeme kararının şikâyet aşamasında ileri sürülmeyen iddianın itirazın şikâyet aşamasında ileri sürülemeyeceğine yönelik davanın reddine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA oyçokluğuyla,

5. Bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE oyçokluğuyla" karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararı üzerine alınan 11.12.2019 tarihli ve

2019/MK-342 sayılı Kurul kararında, "1) Kamu İhale Kurulu'nun 20.06.2011 tarihli ve 2011/UM.I-2093 sayılı kararında, ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesine yönelik 1'inci iddia kapsamında yapılan değerlendirmenin iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin, ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesine ilişkin iddiasının esasının incelenmesine," karar verilmiştir.

Bu çerçevede, başvuru sahibinin 1'inci iddiası kapsamında yer alan "ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesinde sağlık ile ilgili iş yaptığına dair bir ibarenin bulunmadığı" şeklindeki iddianın incelemesine aşağıda yer verilmiştir.

İhale ilan tarihi itibarıyla yürürlükte olan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Aday veya isteklinin mesleki faaliyetini sürdürdüğünü ve teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgeler" başlıklı 36'ncı maddesinde "(1) İhalelerde aday veya isteklilerden;

a) Gerçek kişi olması halinde, kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odasından ya da esnaf ve sanatkârlar odasından, ilk ilan veya davet tarihinin ya da ihale veya son başvuru tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, odaya kayıtlı olduğunu gösterir belgenin,

b) Tüzel kişi olması halinde, ilgili mevzuatı gereği kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odasından, ilk ilan veya davet tarihinin ya da ihale veya son başvuru tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, tüzel kişiliğin odaya kayıtlı olduğunu gösterir belgenin,

c) Gerçek kişi olması halinde, noter tasdikli imza beyannamesinin,

ç) Tüzel kişi olması halinde, ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir Ticaret

Sicil Gazetesi, bu bilgilerin tamamının bir Ticaret Sicil Gazetesinde bulunmaması halinde, bu bilgilerin tümünü göstermek üzere ilgili Ticaret Sicil Gazeteleri veya bu hususları gösteren belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirkülerinin,

istenilmesi zorunludur...” hükmü,

İdari Şartname'nin “İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri” başlıklı 7'nci maddesinde “7.1. İsteklilerin ihaleye katılabilmeleri için aşağıda sayılan belgeleri teklifleri kapsamında sunmaları gerekir:

a) Mevzuatı gereği kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odası veya ilgili meslek odası belgesi;

1) Gerçek kişi olması halinde, kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odasından ya da esnaf ve sanatkârlar odasından, ilk ilan veya ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, odaya kayıtlı olduğunu gösterir belge,

2) Tüzel kişi olması halinde, ilgili mevzuatı gereği kayıtlı bulunduğu ticaret ve/veya sanayi odasından, ilk ilan veya ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, tüzel kişiliğin odaya kayıtlı olduğunu gösterir belge,

b) Teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren imza beyannamesi veya imza sirküleri;

1) Gerçek kişi olması halinde, noter tasdikli imza beyannamesi,

2) Tüzel kişi olması halinde, ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir Ticaret Sicil Gazetesi, bu bilgilerin tamamının bir Ticaret Sicil Gazetesinde bulunmaması halinde, bu bilgilerin tümünü göstermek üzere ilgili Ticaret Sicil Gazeteleri veya bu hususları gösteren belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli

imza sirküleri, ..." düzenlemesi yer almaktadır.

İhale üzerinde bırakılan Gümaş Oto. San. ve Tic. A.Ş. tarafından teklif dosyası kapsamında İstanbul Ticaret Odası tarafından anılan istekli adına düzenlenen 24.01.2011 tarihli ve 141157 sicil numaralı Faaliyet Belgesinin (Sicil Kayıt Sureti) sunulduğu, söz konusu belge üzerinde meşgale olarak "Nakil vasıtaları, iş makinaları, traktörler, makine ve tezgahlar ile bunlara ait yedek parça ve aksamın ve teçhizatlarının ithalat, imalat ve alım satımı ile uğraşmak, bu konularla ilgili resmi ve özel sektöre ait taahhüt ve nakliye işleri yapmak ve 31.12.2002 tarihinde tescil edilen tadil mukavelesinde yazılı olan diğer işler." ifadeleri,

Anılan istekli tarafından teklif dosyası kapsamında sunulan 08.01.2003 tarih ve 5713 sayılı Ticaret Sicil Gazetesi suretinin 824'üncü sayfasında "Şirketin Maksat ve Mevzuu Madde 6

Şirketin maksat ve mevzuu başlıca şunlardır:

...

c) İşitme cihazları sağır ve dilsizlerin rehabilitasyonu ve eğitimi için her nevi makine teçhizat ve malzeme ile tıbbi cihazlar makinalar ve aletler her nevi makinalar teçhizat ile malzeme alıcı ve verici radyo cihazları bilgisayarlar ve bunlarla ilgili malzeme alet ve edevatın ithali imali satışı ile iştigale etmek ve bunlarla ilgili olarak resmi ve özel sektöre ait her nevi taahhüt işlerine girmek. ..." ifadeleri yer almaktadır.

Bu çerçevede, ihale üzerinde bırakılan Gümaş Oto. San. ve Tic. A.Ş. tarafından sunulan Faaliyet Belgesinin (Sicil Kayıt Sureti) konusunda "31.12.2002 tarihinde tescil edilen tadil mukavelesinde yazılı olan diğer işler." ifadelerine yer verilmek suretiyle atıf yapılan işler kapsamında, ihale konusu işin konusu olan işitme cihazları alım satımının yer aldığı, dolayısıyla başvuru sahibinin "ihale üzerinde bırakılan

isteklinin faaliyet belgesinde sağlık ile ilgili iř yaptığına dair bir ibarenin bulunmadığı" şeklindeki iddiasının yerinde olmadığı 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.