

ihalede sunulan özel sektör iş deneyimlerinde kamu ihale mevzuatına uygunluğu şart değildir 2

Toplantı No : 2019/026

Gündem No : 42

Karar Tarihi : 15.05.2019

Karar No : 2019/MK-163

BAŞVURU SAHİBİ:

Pusula Call Center İletişim A.Ş.-İsnet İstanbul Net Telekomünikasyon Elektronik Servis Hizmetleri Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi Ortak Girişimi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü Sağlık Bakanlığı Müsteşarlık

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2018/92410 İhale Kayıt Numaralı "Mhrs Ve Diğer Çağrı Hizmetleri Alımı (Faz-10)" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/92410 ihale kayıt numaralı "Mhrs ve Diğer Çağrı Hizmetleri Alımı (Faz-10)" ihalesine ilişkin olarak Pusula Call Center İletişim A.Ş.-İsnet İstanbul Net Telekomünikasyon Elektronik Servis Hizmetleri Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi Ortak Girişimi itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 31.05.2018 tarihli ve 2018/UH.II-1077 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine"

karar verilmiştir.

Davacı Assistt Rehberlik ve Müşteri Hizmetleri Anonim Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 04.10.2018 tarihli E:2018/2037, K:2018/1910 sayılı kararında "Dava konusu ihalede, müdahil iş ortaklığının, iş deneyimini belgelemek üzere, dava dışı Türk Telekom Şirketler Grubuyla akdedilen bir sözleşmeye dayalı olarak imzalanan 5 adet ek protokol ve 3 adet iş emri sunduğu, bu protokol ve iş emirlerinin, her birinde farklı olacak şekilde, TTNET A.Ş, Türk Telekomünikasyon A.Ş ve Avea İletişim Hizmetleri A.Ş ile imzalandığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar anılan şirketlerin Türk Telekom Şirketler Grubu bünyesinde faaliyet gösterdiği görülse de her birinin ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğundan, imzalanan ek protokol ve iş emirleri tek bir sözleşme kapsamında görülmemiştir.

Kaldı ki; anılan ek protokol ve iş emirlerinin ihtiyaç duyulan belirsiz zamanlarda imzalandığı ve bu nedenle iş deneyimini belgeleme noktasında, işin süresi ve bedelinin açık bir şekilde belirlenebilir olmadığı anlaşılmaktadır. Zira davalı idare, çerçeve sözleşmeyle yüklenici üzerinde bırakılan, son üç yıla ait çağrı kayıtlarının saklanması ve istenildiğinde iş sahiplerine verilmesi görevinden, sözleşmenin süresinin üç yıl olduğu varsayımına ulaşmıştır. Ancak anılan çerçeve sözleşme kapsamında olan ek protokol ve iş emirleri kapsamında Türk Telekom Şirketler Grubu bünyesinde faaliyet gösteren şirketlerle yapılan işlerin sürelerinin toplamının hiçbiri üç yılı bulmamaktadır. Bu haliyle anılan ek protokol ve iş emirlerinin, dava konusu ihalede iş deneyimini belgeleme hususunda çerçeve sözleşme kapsamında imzalanan tek bir sözleşme olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda; müdahil iş ortaklığının sunduğu iş deneyim belgesinin, yukarıda aktarılan mevzuat ve dava konusu ihaleye ait İdari Şartnameye uygun olmadığı görüldüğünden, müdahil şirketin itirazın şikayet başvurusunun kabul edilerek,

teklifinin değerlendirmeye alınmasına ilişkin olan dava konusu Kurul kararında mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği,

Mahkeme kararının uygulanmasını teminen alınan 01.11.2018 tarihli ve 2018/MK-371 sayılı Kurul kararı ile “1- Kamu İhale Kurulunun 31.05.2018 tarihli ve 2018/UH.II-1077 sayılı kararının 3, 4 ve 5’inci iddialar ile ilgili kısmının iptaline,

2- 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verildiği,

Kamu İhale Kurumu tarafından anılan mahkeme kararının bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusu üzerine verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 20.02.2019 tarihli E:2018/3857, K:2019/483 sayılı kararında “...İhaleye teklif veren ortak girişimin pilot ortağı Pusula Call Center İletişim A.Ş. tarafından, iş deneyimini tevsik amacıyla Türk Telekom Grubu Şirketler (TTNET A.Ş., Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve AVEA İletişim Hizmetleri A.Ş.) ile imzalanmış “Çağrı Hizmetleri Satınalma Sözleşmesinin sunulduğu; sözleşmenin “Taraflar” başlıklı 1. maddesinde, “işbu çağrı hizmetleri sözleşmesi bir tarafta TTNET A.Ş. ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve AVEA İletişim Hizmetleri A.Ş. ile diğer tarafta Pusula Strateji ve Çağrı Merkezi İletişim Ltd. Şti. arasında aşığıda yazılı şartlar dâhilinde akdedilmiştir. İşbu sözleşme kapsamında Türk Telekom, TTNET ve AVEA birlikte “grup şirketleri” veya “TTG”, ayrı ayrı grup şirketi; her bir şirket ayrı ayrı “Taraflar”, grup şirketleri ile yüklenici birlikte “Taraflar” olarak anılacaktır.” düzenlemesinin, “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde, “Sözleşme: Bu çerçevede sözleşme ve tüm diğer eklerini,” “Ek Protokol: Sözleşme kapsamında TTG tarafından tedarikçiden yapılacak alıma ilişkin özellikli hususları ve bu hususlara binaen düzenlenecek ek sözleşmeyi... kapsar.” “Hizmetler: Yüklenici tarafından verilecek olan ve detayları işbu Sözleşme ekinde yer alan Sözleşmeye eklenecek olan ön

ofis hizmetleri, dışa arama ve çağrı karşılama yapma gibi tüm hizmetleri başta olmak üzere her bir Ek Protokol üzerinden detayları ve çerçevesi açıklanan olan hizmetler” düzenlemelerinin: “Sözleşmenin konusu” başlıklı 3. maddesinde, “İşbu sözleşmenin konusu, yüklenici tarafından verilecek olan, tür ve detayları ek protokoller dâhil işbu sözleşme eklerinde yer alan, ön ofis hizmetleri, çağrı karşılama hizmetleri, dışa arama yapma gibi tüm çağrı merkezi hizmetlerinin sunumuna ilişkin tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesidir” düzenlemesinin; “Bedel, Ödeme Koşulları ve Diğer Mali Hükümler” başlıklı 6. maddesinde, “6.1. işbu sözleşme çerçeve niteliğinde olup, bedele ilişkin detaylar ek protokoller ile belirlenecektir.” düzenlemesinin; “Süre ve Yürürlük” başlıklı 19. maddesinde, “19 ana maddeden oluşan bu sözleşme tarafların yetkili temsilcilerince okunarak bir asıl nüsha hâlinde 01/07/2015 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 25/08/2015 tarihinde imzalanmıştır.” düzenlemesinin bulunduğu; sözleşmenin TTNET A.Ş., Türk Telekomünikasyon A.Ş., AVEA İletişim Hizmetleri A.Ş. ve pilot ortak Pusula Call Center İletişim A.Ş. yetkilileri tarafından imza altına alındığı; pilot ortak tarafından ana sözleşme kapsamında 5 adet ek protokol ve 3 adet iş emrinin ve bu belgelere ek olarak TTNET A.Ş., Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve AVEA İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından pilot ortağa çekilen fesih ihbarlarının, sözleşmelere ilişkin olarak düzenlenen faturalar ile SGK hizmet listelerinin ve tahakkuk fişlerinin sunulduğu görülmektedir. Anılan çerçeve sözleşme kapsamında imzalanmış ek protokollerin ilgili maddelerinde, ek protokollerin amacının ana sözleşme kapsamında genel çerçevesi belirlenen hizmetlerin özel şartlarının tespiti olduğu, ek protokollerin ana sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu ve ana sözleşme ile birlikte yorumlanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Aktarılan sözleşme maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden imzalanmış sözleşmenin bir çerçeve (ana) sözleşme niteliğinde bulunduğu, sözleşmenin bir tarafının grup şirket olarak adlandırılan Türk Telekomünikasyon A.Ş., TTNET A.Ş. ve AVEA

İletişim Hizmetleri A.Ş.'den oluşan Türk Telekom Şirketler Grubu olduğu, bu sözleşmeye ilişkin detayların (birim fiyat ve diğer özel şartlar) ek protokoller ile belirleneceği ve çerçeve sözleşme kapsamında akdedilecek ek protokollerin her birinin tarafının ise grup şirket kapsamında yer alan firmalardan biri olduğu anlaşılmaktadır.

Özel sektörde gerçekleştirilen işlerin 4734 sayılı Kanuna tâbi ihalelerde iş deneyimini tevsik etme amaçlı kullanılması durumunda, kamu ihale mevzuatında özel sektörde gerçekleştirilen işlere yönelik kullanılması zorunlu standart bir sözleşme metni bulunmamaktadır. Özel sektörde gerçekleştirilen işlere ilişkin sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme serbestisi çerçevesinde emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla serbestçe tanzim edilebilmektedir. Bu bilgiler ışığında, özel sektörde gerçekleştirilen işlere ilişkin sözleşmelerin tip, şekil ve içerik itibarıyla kamunun yaptığı sözleşmelere göre çok daha geniş ve farklı bir yapı arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu çerçevede, ihale mevzuatında özel sektörde yapılmış sözleşmelere yönelik kısıtlayıcı ve sınırlayıcı açık bir düzenleme olmayan durumlarda, özel sektörde yapılmış sözleşmelerin kamu ihale mevzuatıyla uyumsuzluğundan bahsetmek uygun olmayacaktır. Somut olayda da, iş sahibi olarak grup şirket kavramı ve çerçeve (ana) sözleşme kavramı kamu ihale sözleşmelerinde ortaya çıkmayan ve şirketlerin kendine özgü yapısından kaynaklanan nitelikte bir durumdur.

Bu çerçevede, Türk Telekom Grup Şirketleri ile Pusula Call Center İletişim A.Ş. arasında imzalanmış çerçeve sözleşmenin Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 47. Maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde yer alan "Birim fiyat üzerinden bağitlanan ve toplam sözleşme tutarı bulunmayan süresi belirli bir sözleşmeye dayalı olarak ve sözleşme süresi içinde gerçekleştirilen işin tutarını gösteren faturalardaki tutarların toplamı, toplam sözleşme tutarı olarak kabul edilir." kuralı bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

Çerçeve sözleşmenin “Yüklenicinin Yükümlülükleri” kısmında yer alan 4.22. maddesinde, “Yüklenici sözleşme tarihi ve/veya her İlgili kampanya bildirim tarihi itibarıyla son 3 yıla ait çağrı kayıtlarını saklamak ve istendiğinde yeniden ilgili grup şirketlerine sağlamakla yükümlüdür,,.”; 4,23. maddesinde ise, “Yüklenici her yılın sonunda ilgili grup şirketlerine ses kayıtlarını ve veri tabanında yer alan müşteri görüşme kayıtlarını (çağrı kayıtlarını) aktaracaktır..” kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere sözleşmenin 4.22. maddesinde, sözleşme tarihi itibarıyla son 3 yıla ilişkin kayıtları saklamak ifadesi kullanılmış ise de, sözleşme tarihinden geriye doğru son 3 yıllık kayıt saklanması söz konusu olamayacağına göre bu madde ile sözleşme tarihinden ileriye doğru 3 yıllık bir kayıt saklama yükümlülüğünün öngörüldüğü; 4.23. maddesinde ise her yılın sonunda ilgili kayıtların aktarılacağına ifade edildiği, bu durumda çerçeve (ana) sözleşmenin ileriye yönelik 3 yıllık bir kurgu/öngörü üzerine dayalı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim, çerçeve (ana) sözleşmeye bağlı ek protokoller bu kapsamda üç yıllık süreden daha kısa bir sürede sonlandırılmıştır. (Türk Telekomünikasyon A.Ş.-2 yıl 3 ay, AVEA-2 yıl 1 ay, TTNET-1 yıl 2 ay)

Anılan çerçeve sözleşmenin 6.1. maddesinde “İşbu sözleşme çerçeve niteliğinde olup, bedele ilişkin detaylar ek protokoller ile belirlenecektir” kuralının yer aldığı, bu kural ile birim fiyatların ek protokoller ile belirleneceğinin kararlaştırıldığı, grup kapsamındaki her bir şirket ile imzalanan protokollerde de çağrı hizmetine ilişkin ayrıntılı birim fiyat ve tarife bedellerine yer verildiği görülmüştür. Çerçeve sözleşme ek protokolleri ile birlikte değerlendirildiğinde çerçeve sözleşmenin birim fiyat üzerinden akdedilmiş bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan bu tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde, somut olayda birim fiyat üzerinden akdedilmiş ve 3 yıllık bir süre üzerine kurulu bir çerçeve sözleşme bulunmakta olup bu

kapsamda 3 yıllık süre içerisinde gerçekleştirilen işlerin tutarım gösteren faturaların toplam tutarının sözleşme bedeli olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Ana sözleşme süresinin 3 yıl olduğu değerlendirildiğinde, ek protokollerde yer alan bir yıllık protokol süresi, bu sürenin bir yıl daha uzatılabileceği ve sonraki yıllar için ise tarafların mutabakatının aranacağı belirtilmesi protokol süresinin 3 yılı aşmadığı durumda ana sözleşmenin süresi ile uyumlu olarak değerlendirilmelidir. Nitekim, somut olayda ek protokollerin süresi hiçbir durumda 3 yılı aşmamaktadır (Türk Telekomünikasyon A.Ş. – 2 yıl 3 ay, AVEA- 2 yıl 1 ay, TTNET -1 yıl 2 ay)

Ana sözleşme 01/07/2015 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 25/08/2015 tarihinde imzalanmıştır. Ana sözleşmenin 6.1. maddesinde, “...Hizmetin sözleşme ve eklerinde belirtilen şekilde ifa edilmesini müteakip fatura düzenlenecektir...” kuralı yer almaktadır. Ana (çerçeve) sözleşmenin ek protokolleri ile birlikte bir bütün olduğu, faturaların İşin ifasını müteakip düzenleneceği, sözleşme kapsamında düzenlenmiş ek protokollere ilişkin ilk faturaların tarihinin ana sözleşmenin İmza tarihinden sonraki bir tarih olduğu (Türk Telekomünikasyon A.Ş. İlk fatura tarihi 14/09/2015; AVEA ilk fatura tarihi 14/11/2015; TTNET ilk fatura tarihi 24/10/2016) hususları bir arada değerlendirildiğinde, sözleşmenin sona erdirildiği 31/12/2017 tarihine kadar olan faturaların tamamının dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, sunulan faturaların çerçeve sözleşme kapsamında verilen çağrı hizmetlerine ilişkin olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Öte yandan, kamu ihale mevzuatında özel sektöre gerçekleştirilen işlerde iş deneyimini gösteren belge olarak sözleşme ve bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak düzenlenen faturaların sunulması gerektiği düzenlenmiş olup, faturalarda birim fiyatın detaylı olarak belirtilmesi veya sözleşmelerin ya da faturaların ekinde ayrıca belge sunulması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu

çerçeve, faturalarda birim fiyatların yer almadığı ve sözleşmeler ekinde olduğu belirtilen ancak istekli tarafından sunulmayan ya da sunulması gerekmediği hâlde faturalar ekinde sunulan belgeler gerekçe gösterilerek teklifin değerlendirme dışı bırakılması uygun olmayacaktır.

Bu itibarla, pilot ortak Pusula Call Center İletişim A.Ş.'nin iş deneyimini gösterir belgesinin uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmaması gerektiği sonucuna ulaşıldığından dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu İşlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle "2. ... Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 04/10/2018 tarih ve E:2018/2037, K:2018/1910 sayılı kararının BOZULMASINA, 3. DAVANIN REDDİNE..." 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 hükme 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 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.

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,

1- Kamu İhale Kurulunun 01.11.2018 tarihli ve 2018/MK-371

sayılı kararının iptaline,

2- Kamu İhale Kurulunun 31.05.2018 tarihli ve 2018/UH.II-1077 sayılı kararının hukuken geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliđi ile karar verildi.