

**ihaleden yasaklama
işlemlerinin başlatılmasına
ilişkin işlemlerin ve
ihaleden yasaklama
kararlarının hukuka
uygunluğunu değerlendirme
konusunda Kamu İhale
Kuruđu'nun herhangi bir
yetkisi bulunmamaktadır**

Toplantı No : 2019/054

Gündem No : 37

Karar Tarihi : 11.12.2019

Karar No : 2019/MK-338

BAŞVURU SAHİBİ:

Altiva Yazılım ve Bilgi Sis. Elektronik Tıbbi Malz. Tur. İnş.
Mak. San. Tic. Ltd. Şti.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Karacabey Devlet Hastanesi Baştabipliđi

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2012/174739 İhale Kayıt Numaralı "2013 Yılı Hbys" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Karacabey Devlet Hastanesi Baştabipliği tarafından yapılan
2012/174739 ihale kayıt numaralı "2013 Yılı Hbys" ihalesine
ilişkin olarak, Altiva Yazılım ve Bilgi Sis. Elektronik Tıbbi

Malz. Tur. İnş. Mak. San. Tic. Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 18.02.2013 tarihli ve 2013/UH.II-1029 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali istemiyle, Altiva Yazılım ve Bilgi Sis. Elektronik Tıbbi Malz. Tur. İnş. Mak. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 11.03.2014 tarihli E:2013/1004, K:2014/343 sayılı kararı ile "...Bakılan uyuşmazlıkta; ihalede davacı şirket tarafından kurulması taahhüt edilen Winsoft Hastane Bilgi Yönetim Sistemi adlı yazılımın Prestij Bilgi Sistemleri Ar-Ge Yazılım İnş. Mob. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne ait olduğu, davacı şirketin adı geçen firmanın bayisi olduğu, ayrıca ihaleye katılırken söz konusu programa ilişkin olarak Prestij Ltd. Şti'den YZ20'2-510 yetki belgesi aldığı, bu belgeye göre Altiva Ltd. Şti.'nin, firmalarınca üretilen WinSoft HBYS yazılımını kendilerinden alıp satmaya (05.12.20'2 tarihinde ihalesi yapılacak olan 20121174739 ihale kayıt numaralı Karacabey Devlet Hastanesi Karacabey/Bursa -2013 yılı HBYS hizmeti ihale şartnamesinde belirtilen garanti süreleri dahil) yetkili kılındığı; öte yandan, Prestij Ltd. Şti.'nin bir başka ihaledeki eylemi nedeniyle Sağlık Bakanlığı'nın 05/10/2012 tarihli ve 28432 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile, 2 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklandığı görülmektedir.

Davacı şirket ile Prestij Ltd. Şti arasındaki bayilik sözleşmesi ve yetki belgesinin; Teknik Şartname'nin 1.1, 2.12, 2.69 ve 4.1.1 numaralı maddeleri ve İdari Şartnamenin 15.1 maddesi çerçevesinde irdelendiğinde, idarece yazılımla ilgili talep edilebilecek değişiklik ve ilavelerin yüklenici tarafından yapılması zorunlu olmasına karşın, dava konusu ihalenin yetkili bayi olan davacı şirket uhdesinde bırakılması halinde, adı geçen firmanın işi ifa edecek yüklenici konumunda olmasına karşın, söz konusu firmanın yazılım sahibi Prestij

Ltd. Şti. tarafından uygun görülmemesi halinde idarece yapılan değişiklik ve ilave taleplerini karşılamasının mümkün olmadığı; bayi sözleşmesinde, bayi için öngörülen kısıtlamaların, Teknik Şartname'nin yukarıda değinilen ilgili maddelerine aykırılık teşkil etmesinden dolayı ihalenin davacı üzerinde bırakılması durumunda bu firmanın ihale konusu işi Teknik Şartnameye uygun bir şekilde ifa etmesinin mümkün olmayacağı kanaatine varıldığından davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işlemin kamu ihale mevzuatına uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan; davacı şirket tarafından kullanılacak yazılımın sahibi olan Prestij Ltd. Şti.'nin, 05.10.2012-05.10.2014 tarihleri arasında ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu, adı geçen firmanın %45 hissesine sahip ortağı İbrahim Uzun'un da hakkında kamu davası açılmış olması sebebiyle 11.05.2012 tarihinde itibaren yasaklı konumunda olduğu, aynı kişinin, yetkili bayi konumundaki davacı şirketin de ortağı iken 10.08.2012 tarihli ortaklar kurulu kararı ile şirket müdürlüğünden ve ortaklığından ayrıldığı, bu iki şirketin aynı binada ikamet ettiği, ancak kapı numaralarının farklı olduğu, davacı firmanın bahsi geçen adrese geçişinin, Prestij Şti.'den 11 gün sonra olduğu, Prestij Şti.nin halihazırdaki şirket müdürünün Halil Uzun, ortaklarının ise Halil Uzun, İbrahim Uzun, Mert Uzun ve Efe Uzun olduğu, Havva Uzun'un ise Mert Uzun ve Efe Uzun adına kayyum olarak görev yaptığı, davacı şirketin halihazırdaki şirket müdürünün Mustafa Uzun, şirket ortaklarının ise Mehmet Şükrü Mülazımoğlu, Mustafa Uzun ve Havva Uzun olduğu, adı geçen iki şirket arasında imzalanan ve yukarıda bahsi geçen bayi sözleşmesinin 4. maddesinde, "Satış ve bakım hizmetleri üretici firma adına yapılacaktır.

Faturayı üretici firma olarak Prestij Ltd. Şti. kesecektir. Bayi kâr payı oranına göre komisyon faturası kesecektir. Kesilen komisyon faturasına vade konmayacaktır. Komisyon faturası firmanın parayı tahsil ettiği tarihte ödenecektir. Bayi, firmanın yazılı izni olmadan hiçbir kuruma HBYS

yazılımları ile ilgili fatura kesmeyecektir...” düzenlemesinin mevcut olduğu, bu düzenlemeye göre, başvuru konusu ihalenin Altiva Ltd. Şti. üzerinde bırakılması durumunda, adı geçen firmanın yüklenici sıfatıyla kendi adına idareye fatura kesmeyeceği, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 28. göre, yasaklı durumundaki bir firmanın ürününün yetkili bayi tarafından teklif edilmesinde kamu ihale mevzuatı açısından bir kısıtlama bulunmamakta ise de, yukarıda aktarılan bilgilere göre, her iki firmada da ortaklığı bulunan İbrahim Uzun'un yetkili bayi konumundaki şirket ile bağının kalmadığı görülmekle birlikte, her iki firmanın adresleri ve ortaklık yapısı açısından konuya bakıldığında ve özellikle de Altiva Ltd. Şti.nin ortaklarından Havva Uzun'un, yetkili bayi tarafından kullanılacak yazılımın sahibi ve yasaklı durumunda olan Prestij Şti.nin ortaklarından Mert Uzun ve Efe Uzun adına kayyum olarak görev yaptığı ve adı geçen şirketin bütün kararlarına katıldığı ve ihalenin Altiva Ltd. Şti. üzerinde bırakılması durumunda, iki firma arasındaki bayilik sözleşmesi uyarınca mezkûr firmanın yüklenici olarak idareye kendi adına değil yasaklı konumundaki Prestij Ltd. Şti. adına fatura kesebileceği hususları dikkate alındığında, adı geçen iki firmanın ortak hareket ettiği ve yasaklı Prestij Ltd. Şti.nin davacı şirket üzerinden dolaylı olarak dava konusu ihaleye iştirak ettiği sonucuna varılmaktadır.

Bu duruma göre; gerek ihale konusu yazılım programının sahibi olmayan davacı şirketin yazılımın sahibi firma ile imzaladığı bayilik sözleşmesi ve yetki belgesine göre ihale konusu işi teknik şartnameye uygun olarak ifa edemeyecek olması gerekse davacı şirketin yasaklı konumda olan Prestij Ltd. Şti adına ihaleye katıldığı kanaatine varılması nedeniyle davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işlemine karşı yapılan itirazın şikâyet

başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Her ne kadar, Prestij Ltd. Şti.'nin bütün kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin Sağlık Bakanlığı işlemine

karşı Mahkememizde açılan davada, 10.01.2013 tarihinde yürütmenin durdurulmasına, sonrasında ise 20.6.2013 tarihli ve E:2012/1852, K:201311043 sayılı kararlar ile işlemin iptaline karar verilmiş ise de, söz konusu yasağın 05.10.2012-05.10.2014 tarihlerini kapsadığı ve mahkeme kararından önce anılan yasağın yürürlükte olduğu 05.12.2012 tarihinde yapılan ihaleye davacı şirketin yasaklı Prestij Ltd. Şti. adına katılmış olması nedeniyle bahsi geçen mahkeme kararıyla yasaklama kararının iptal edilmiş olması işlemi sakatlar nitelikte bulunmamıştır.” şeklinde gerekçe belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Ankara 7. İdare Mahkemesinin söz konusu kararı üzerine, anılan Kurul kararının iptali istemiyle, Altiva Yazılım ve Bilgi Sis. Elektronik Tıbbi Malz. Tur. İnş. Mak. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 10.10.2019 tarihli E:2014/2976, K:2019/2976 sayılı kararı ile “İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizden bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen kararın;

1- Dava konusu Kurul kararının, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasıyla ilgili kısmı usul ve hukuka uygun olup, davacı tarafından bu kısım yönünden ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

2- Dava konusu Kurul kararının, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin kısmının incelenmesi;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “İkinci Kısım” başlığı altında yer alan ve 18. maddeden 53. maddeye kadar olan bölümü “İhale Süreci”, “Üçüncü Kısım” başlığı altında yer alan 53.

maddeden 58. maddeye kadar olan bölümü “Kamu İhale Kurumu, Şikâyetlerin İncelenmesi ve Anlaşmazlıkların Çözümü”, “Dördüncü Kısım” başlığı altında yer alan ve 58. maddeden 62. maddeye kadar olan bölümü “Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu” şeklinde düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde, “idare”, ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar; “ihale”, bu Kanun’da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler şeklinde tanımlanmış; 53. maddesinde, bu Kanun’la verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu’nun kurulduğu, Kurum’un bu Kanun’da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu, (b) bendinin 1. alt bendinde, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurum’un görev ve yetkilerinden olduğu; 58. maddesinin 1. fıkrasında ise, 17. Maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı hâlde mücbir sebep hâlleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği; katılma yasaklarının, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kurulusu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceği kurala bağlanmıştır.

Kanun maddelerinde yer alan kuralların tek basına değil Kanun'un tümü göz önünde bulundurularak yorumlanması gerekir. Çünkü, bir kuralın anlamı, kuralın kanunda yer aldığı kısım ve bölümler, diğer kurallarla ilişkisi, kanunun sistematığı içerisindeki konumu dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıca, amaçsal yorum yöntemi de, kuralın anlamına, düzenlemenin amacına ya da temel gerekçesine, kanunun çıkarılış nedenine göre yorumlanmasını gerekli kılar.

4734 sayılı Kanun sistematik olarak incelendiğinde, Kamu İhale Kurulu'nun görev ve

yetkilerinin Kanun'un üçüncü kısmında düzenlendiği görülmektedir. Kanun'un üçüncü kısmında yer alan 53. maddesinde, "ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece (ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarca) yapılan işlemlerde Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri sonuçlandırmak" ve "haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak" Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama ise, Kanun'un dördüncü kısmında yer alan 58. maddede ayrıca düzenlenmiş, yasaklama kararlarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verileceği belirtilerek yasaklamaya yetkili makamlar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde, ihaleye katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderildiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumu'na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin

sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve

ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği, yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığından ve ihaleyi yapan eğer bir bakanlık değilse ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlıkça, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelere ilişkin olarak ise İçişleri Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu'nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin kısmında hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır." şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin kısmen 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 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 18.02.2013 tarihli ve 2013/UH.II-1029 sayılı kararının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin ile ilgili kısmının iptaline,

Oybirliđi ile karar verildi.