

itirazen şikayet başvurusunun
başvuru sahibinin iddiaları
ile idarenin şikayet üzerine
aldığı kararda belirtilen
hususlar yönünden
inceleneceğinin hüküm altına
alınmasına rağmen davalı
idarece alınan kararda
itirazen şikayet dilekçesinin
tüm yönleri ile incelenmediği
ve davalı idarece eksik
inceleme yapılmak suretiyle
karar verildiği sonucuna
varılmış olup dava konusu
Kurul kararında hukuka
uyarlık bulunmamaktadır

Toplantı No	: 2022/006
Gündem No	: 21
Karar Tarihi	: 26.01.2022
Karar No	: 2022/MK-24

İHALEYİ YAPAN İDARE: Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma Ve Uygulama Hastanesi Döner Sermaye İşletmesi Birimi
BASVURUYA KONU İHALE: 2021/288474 İhale Kayıt Numaralı "36 Ay Süreli Radyasyon Onkoloji Anabilim Dalına Radyoterapi Hizmet Alımı" İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi Döner Sermaye İşletmesi Birimi tarafından yapılan 2021/288474 ihale kayıt numaralı "36 Ay Süreli Radyasyon Onkoloji Anabilim Dalına Radyoterapi Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak V.O.S.S. Varınak Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 02.09.2021 tarihli ve 2021/UH.I-1629 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir. Davacı V.O.S.S. Varınak Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş. vekili tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 17.İdare Mahkemesinin 21.12.2021 tarihli ve E:2021/1753 sayılı kararıyla "Davacının itirazen şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü 1. ve 2. iddialar yönünden; Davacı şirket tarafından, teknik Şartname'nin 4.1.1, 4.1.2, 4.1.8, 4.2.1, 4.4.1, 4.4.3, 4.4.4, 4.4.5, 4.5.4, 4.5.5, 4.5.6, 4.6.2, 4.6.13, 4.6.15, 4.6.16, 4.6.23.3, 4.6.23.4, 5.1 ve 5.3'üncü maddelerinde yer alan kriterlerin Accuray Marka-Radixact tedavi teslim sistemini işaret ettiği, bu düzenlemelerin rekabeti engelleyici hususlar içerdiği, dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 5'inci maddesi ve "Şartnameler" başlıklı 12'nci maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde söz konusu ihalenin iptal edilmesi gerektiğinin ileri sürülmesi üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından, idare ile yazışma yapıldığı, ayrıca teknik görüş alındığı ve bu hususların birlikte incelenmesi sonucunda; her ne kadar idare tarafından hazırlanan Teknik Şartname içeriğinde yer alan teknik ölçütlerin yalnızca Accuray Marka Radixact Tedavi Sistemi tarafından karşılanabildiği anlaşılmış olsa da, idarenin mevcut durumdaki ihtiyacının bu teknoloji olduğu, ihtiyacının genişletilmiş ölçütler ile karşılanmasının mümkün olmadığı, anılan Şartname düzenlemelerinin aynı teknolojiye sahip cihazlar arasında katılıma daraltmak adına kullanılmadığı, idarenin ihtiyacı olan radyoloji teknolojisine ilişkin olarak hazırlandığı, teknik görüşün de bu durumu destekler nitelikte olduğu hususları ile Kanun tarafından idarelerin ihtiyaçlarının belirlenmesi aşamasında bir takdir hakkı verildiği durumu birlikte değerlendirdiğinde başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı yönünde karar verilmiş ise de; uyumsuzluk konusu olayda, gerek davalı Kurul tarafından alınan akademik görüş gerekse de dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde, davaya konu ihaleye ait teknik şartnamenin davaya konu olan maddelerinin tek bir marka ve modele işaret ettiği, güncel tedavi yaklaşımlarının ülkemizde bulunan başka prensipler çerçevesinde çalışan diğer firmalara ait ileri düzey Lineer Akseleratör cihazları ile de yapılıp yapılamayacağı yönünde araştırma yapılmadığı, ayrıca teknik şartname maddelerinde yer alan özelliklerin verilmişlik ve fonksiyonellik açısından gereklilik arz edip etmediği hususlarında somut bir tespitin yer almadığı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında bu iddialar yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Davacının itirazen şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü 3. iddia yönünden; 3.1)Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2. maddesinin Tip Sözleşmenin 16'ncı maddesine aykırı olduğu, 16.1.1. maddesinin, işin yürütülmesi sürecine ilişkin tüm ayrırlık hallerini kapsayacak ve mükerrek ceza uygulanmasına sebep olacak şekilde düzenlendiği, yüklenicinin işin ifası sırasında ihale dokümanına aykırı davranışta bulunması şeklindeki düzenlemenin, istekliler açısından belirsizliğe yol açtığı, yükleniciye ihtar çekilip çekilmeyeceği ve ne kadar ceza uygulanacağı konusunda istekliler açısından belirsizliğe yol açacak şekilde düzenlendiği yönündeki iddiaya ilişkin olarak: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kuruma İtirazen Şikâyet Başvurusu" başlıklı 56.maddesinde; "İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyetle konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir." hükmü ile aynı maddenin ikinci fıkrasında; "Kurum itirazen şikâyet başvurusunu başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarının inceler. İdare tarafından şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir." hükmü yer almaktadır. Kurul kararında, idarenin son yayınlanmış olan ihale dokümanında Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde ağır ayrırlık hallerinin neler olduğuna ilişkin bilgilerin düzenlendiği, ayrıca yüklenicinin sözleşmenin ifasına ilişkin aksaklıklarında yazılı ihtar süresinin 10 gün olarak düzeltiltiği ve doküman içerisindeki gelişkil tarihlerin de ortadan kaldırıldığı, her ne kadar Tip İdari Şartname'nin 45'inci maddesinde cezalar ve sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemelere Sözleşme Tasarısı içerisinde yer verilmesi gerektiği belirtilmiş olsa da, İdari Şartname'nin diğer hususlar kısmında da anılan düzenlemelere yer verilmesi durumunun ihaleye katılımı ve rekabeti engellemediği, Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde yer alan düzenlemelere aykırı bir bilgiye de yer verilmediği belirtilerek iddia yerinde görülmesi ise de, dava konusu olayda, davacı şirket tarafından, davalı idareye yapılan itirazen şikâyet başvurusu üzerine verilen kararda Sözleşme Tasarısının 16.1.2 maddesine yönelik itirazda bulunmasına rağmen, sadece Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde ağır ayrırlık hallerinin neler olduğuna ilişkin olarak değerlendirme yapılmak suretiyle karar verildiği, oysa asıl istem dikkate alındığında; Sözleşme Tasarısının 16.1.1. maddesi ile, işin yürütülmesi sürecine ilişkin tüm ayrırlık hallerini kapsayacak şekilde düzenleme yapıldığı, bu durumun da aynı fiil için mükerrek ceza uygulanmasına sebep olduğu, 16.1.2. maddesinin, 16.1.1 maddesinde belirtilen haller dışında kalan özel ayrırlık hallerini içerecek şekilde düzenlenmesi gerektiği,16'ncı maddesinde yer alan düzenlemelerde yüklenicinin işin ifası sırasında ihale dokümanına aykırı davranışta bulunması" ifadesinin istekliler açısından belirsizliğe yol açtığı, ayrıca 16.1.2. maddesinin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme hükümlerine aykırı olduğu iddiaları yönünden inceleme yapılması gerektiği anlaşıldığından, 4734 sayılı Yasanın "Kuruma İtirazen Şikâyet Başvurusu" başlıklı 56. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, itirazen şikâyet başvurusunun başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar yönünden inceleneceğinin hükmü altına alınmasına rağmen davalı idarece alınan kararda itirazen şikâyet dilekçesinin tüm yönleri ile incelenmediği ve davalı idarece eksik inceleme yapılmak suretiyle karar verildiği sonucuna varılmış olup dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ... 3.3)Sözleşme Tasarısı'nın 9.1. ve 10.2. maddelerinde, işe başlama tarihine ilişkin olarak sözleşmenin imzalanmasından itibaren 120 gün içerisinde iş yeri teslimi yapılarak işe başlanacağı, işin süresinin 36 ay olduğunun belirtildiği, Teknik Şartname'nin ilgili maddesinde ise, işin süresinin ilk hasta tedavisinden itibaren 36 ay olduğundan bahsedildiği, söz konusu düzenlemelerin birbiriyle çeliştiği, işe başlama tarihi konusunda istekliler nezdinde belirsizlik oluşturduğu iddiası yönünden: Sözleşme Tasarısı'nın 9'uncu maddesinde; "9.1. İşin süresi, işe başlama tarihinden itibaren 36 (OtuzAltı) aydır" düzenlemesi, 10.2'nci maddesinde, "İşyerinin teslimine ilişkin esaslar ve işe başlama tarihi: Sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 120 (YüzYirmi) gün içinde idare işyeri teslimi yapılarak işe başlanır. Yüklenici veya vekili ile idare yetkilisi/yetkilileri arasında düzenlenen işyeri teslim tutanağının imzalanmasıyla yükleniciye işyeri teslimi yapılmış olur. Ancak, işyeri teslim tutanağında, işyeri tesliminin, tutanağın onaylanması halinde gerçekleşmiş olacağının belirtildiği halinde, tutanağın onaylandığının yükleniciye tebliğ edildiği tarihte işyeri teslimi yapılmış sayılır." düzenlemesi yer almaktadır. Teknik Şartname'nin 2.30'uncu maddesinde ise, "İşin süresi, ilk hasta tedavisinden itibaren 36 (otuzaltı) aydır." düzenlemesine yer verilmektedir. Mahkememizce verilen 11/11/2021 tarihli ara kararıyla; Teknik Şartname'nin 2.2. maddesinde; "Sözleşmenin imzalanmasını takiben, cihazın kurulacağı ve faaliyet göstereceği alanların firmalara tesliminden sonra yeni kurulacak sistemler en geç 120 (yüzyirmi) gün içinde çalışır, bu süreyle TAEK ve FMO başvuruları dahil değildir. Aksi takdirde idari şartname ve/veya sözleşme metninde belirtilen ceza hükümleri uygulanır. Cihazların FMO ve TAEK başvuru işlemleri firmanın desteği alınarak hastane tarafından yapılacaktır ve ücretleri firma tarafından karşılanacaktır. FMO ve TAEK izinlerinin alınması hastanenin sorumluluğundadır." şeklinde düzenlemenin yer aldığı belirtilerek, idare tarafından FMO ve TAEK lisans izinlerinin yer tesliminden sonra 120 günlük süre içerisinde mi yoksa 120 günlük sürenin bitiminden sonra mı alındığı, ayrıca ilk hasta tedavisine başlanmanın 120. günden itibaren mümkün olup olmadığı hususları sorulmuş ve bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin gönderilmesi istenilmiş; Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesince; işe başlama süresinin 120 gün olduğu, fakat FMO ve TAEK lisans izinleri alma işlemlerinin bu süreyi aşması halinde, hasta tedavilerinin bu izinlerden sonra başlayacağı, ayrıca lisans izin sürelerinin 120 günlük süreye dahil olmadığı yönünde cevap verildiği görülmüştür. Öte yandan, Kurul kararında, sözleşmenin süresinin her halükarda işe başlama tarihinden itibaren 36 ay olduğu isteklilerin tekliflerini 36 aylık hizmet işi için oluşturmaları gerektiği, idarenin yukarıda anılan düzenlemelerinin iş yeri teslimi yapıldığından ilk hastanın tedavisine de başlanacağı şeklinde ele alınması gerekeceği kanaatine varıldığı ve anılan düzenlemelerin istekliler açısından belirsizlik yarattığı yönündeki iddianın yerinde olmadığı belirtilmiş ise de, yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve ara karar cevabı birlikte değerlendirildiğinde; İdari Şartnameye göre; işin süresinin, işe başlama tarihinden itibaren 36 ay olduğu, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 120 gün içinde iş yeri tesliminin yapılması işe başlanacağı, taraflarca iş yeri teslim tutanağının imzalanmasıyla da yükleniciye iş yeri tesliminin yapılmış sayılacağı, ancak Teknik Şartnameye göre; işin süresinin, ilk hasta tedavisinden itibaren 36 ay olduğu anlaşıldığından, ayrıca hastane tarafından FMO ve TAEK lisans izinleri alma işlemlerinin 120 günlük süreyi aşması halinde ilk hasta tedavisine başlanamayacağı hususları dikkate alındığında Teknik Şartnamenin 2.30 maddesi ile İdari Şartnamenin 9.1 ve 10.2 maddelerin birbiriyle çeliştiği açık olup Kurul kararında bu yönden hukuka uyarlık bulunmamıştır. ... Kurul kararında; başvuru sahibinin 6. iddiası olduğu belirtmek suretiyle yapılan değerlendirme yönünden; İtirazen şikâyet dilekçesinde bu yönde bir iddia bulunulmadığı halde Kurulca değerlendirme yapıldığı, ayrıca bu hususlara dair idare tarafından hazırlanmış olan zeyilname ile gerekli düzenlemelerin yapıldığı anlaşıldığından, Kurul tarafından herhangi bir iddia olmaksızın yapılan inceleme sonucu verilen kararda bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır. ... Diğer yandan, hukuka ayrırlılığı tespit edilen dava konusu işlemin ihaleye ilişkin olması nedeniyle uygulanması halinde telifisi güç ve imkansız zararların doğabileceği de açıktır." gerekçesiyle 02.09.2021 tarihli ve 2021/UH.I-1629 sayılı kararın 1, 2, 4 ve 6'ncı iddialara yönelik kısımlarının yürütmesinin durdurulmasına 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 hükmü 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 geçmeyeceği hükmü 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, Açıklanan nedenlerle; 1- Kamu İhale Kurulunun 02.09.2021 tarihli ve 2021/UH.I-1629 sayılı kararının 1, 2, 4 ve 6'nci 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.
