

itirazen şikayet dilekçesinde iş ortaklığının özel ortağı tarafından sunulan sözleşmede iş artışına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı mevzuata aykırı süre uzatımı verilerek iş artışı yapıldığı bunun ise ilk sözleşmeden farklı bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin gerektiği uzatılan süreye ilişkin tutar farklı bir sözleşmenin tutarı olduğundan bu tutarın özel ortak tarafından sunulan sözleşmenin bedeline dahil edilemeyeceği hk (Danıştay Kararlı)

Toplantı No	: 2021/048
Gündem No	: 53
Karar Tarihi	: 01.12.2021
Karar No	: 2021/MK-469

BAŞVURU SAHİBİ:

Pusula Call Center İletişim A.Ş.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Sağlık Bakanlığı Sağlıkın Geliştirilmesi Genel Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2021/63133 İhale Kayıt Numaralı "Alo 184 Sabim Çağrı Merkezi Hizmetleri Alımı" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:**KARAR:**

Sağlık Bakanlığı Sağlıkın Geliştirilmesi Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 2021/63133 ihale kayıt numaralı "Alo 184 Sabim Çağrı Merkezi Hizmetleri Alımı" ihalesine ilişkin olarak Pusula Call Center İletişim A.Ş. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 09.06.2021 tarihli ve 2021/UH.I-1141 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine" karar verilmiştir.

Davacı Pusula Call Center İletişim A.Ş. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 10.11.2021 tarihli E:2021/1386, K:2021/2006 sayılı kararında "...Davacı şirketin itirazın şikâyet dilekçesindeki "İhale üzerinde barakılan iş ortaklığının özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş. tarafından idareye sunulan iş deneyim belgesi kapsamında sunulan sözleşmede, birden fazla sözleşmenin bir araya getirilerek bu sözleşmeler üzerinden hesaplanan toplam tutar ile idarece aranan oranın sağlanmaya çalışıldığı, ancak bir araya getirilen birden fazla sözleşmenin benzer iş kapsamında kullanılmayacağı, yine benzer iş kapsamında olmayan faturaların iş deneyim tutarı hesabında dikkate alınmayacağı halde çağrı hizmetinin sunulmasına ilişkin olmayan faturaların hesaplamada dikkate alındığı" şeklindeki 2. İddiası yönündendir;

Olayda, davacı şirketin bu iddialarının dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında başvuru sahibinin 1. İddiası bölümünde "Lapis Eğitim Org. ve Sos. Hizm. Ltd. Şti.-Pluscom İletişim A.Ş. İş Ortaklığı özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş.nin iş deneyimi özel sektöre gerçekleştirilen iş üzerine alınan sözleşme ve faturalarla tevsik ettiği, fakat bunu birden fazla sözleşmeyi birleştirerek yaptığı, çağrı hizmetinin sunulmasına ilişkin olmayan faturaların hesaplamaya dahil edilmemesi gerektiği" şeklinde özetlendiği görülmektedir.

Diğer taraftan, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu hususa yönelik olarak yalnızca "Ayrıca aynı Yönetmelik hükümlerinden 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 toplamının, toplam sözleşme tutarı olarak kabul edileceği de anlaşılmaktadır... Başvuru konusu husus ile ilgili olarak ihale üzerinde bırakılan Lapis Eğitim Org. ve Sos. Hizm. Ltd. Şti.-Pluscom İletişim A.Ş. İş Ortaklığının özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş. tarafından iş deneyimini tevsik amacıyla sözleşme ve fatura ile SGK belgelerinin sunulduğu görülmüştür." değerlendirmelerine yer verildiği görülmektedir.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in yukarıda yer verilen hükümleri uyarınca itirazın şikâyet başvurusunun başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar yönünden ayrıntılı şekilde incelenmesinin ve Kamu İhale Kurulunca gerekçeli olarak karar verilmesinin gerektiği, davacı şirket tarafından davalı idareye yapılan itirazın şikâyet başvurusu neticesinde, davacı şirketin itirazın şikâyet dilekçesinde yer verdiği "İhale üzerinde barakılan iş ortaklığının özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş. tarafından idareye sunulan iş deneyim belgesi kapsamında sunulan sözleşmede, birden fazla sözleşmenin bir araya getirilerek bu sözleşmeler üzerinden hesaplanan toplam tutar ile idarece aranan oranın sağlanmaya çalışıldığı, ancak bir araya getirilen birden fazla sözleşmenin benzer iş kapsamında kullanılmayacağı, yine benzer iş kapsamında olmayan faturaların iş deneyim tutarı hesabında dikkate alınmayacağı halde çağrı hizmetinin sunulmasına ilişkin olmayan faturaların hesaplamada dikkate alındığı" şeklindeki 2. iddiasının da ayrıntılı şekilde incelenmesi gerekirken davalı idarece bu hususta yeterli bir inceleme ve değerlendirme yapılmadığı, dolayısıyla davalı idarece eksik inceleme yapılarak karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu yönüyle hukuka aykırık görülmüştür.

Nitekim, Danıştay 13. Dairesinin 07.05.2019 tarihli, E: 2019/543, K: 2019/1575 sayılı kararı ile Danıştay 13. Dairesinin 27.09.2017 tarihli E:2017/1941, K: 2017/2443 sayılı kararı da aynı yöndedir.

Öte yandan, işbu iptal kararının doğrudan müdahil şirketin değerlendirme dışı bırakılması anlamına gelmediği, iptal kararı uyarınca davalı idarece davacı şirketin itirazın şikâyet dilekçesindeki 2. İddiası ayrıntılı şekilde incelenerek yeni bir işlem tesis edileceği de açıktır...

Davacı şirketin itirazın şikâyet dilekçesindeki "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 47'nci maddesinin 1. Fıkrasının (c) bendinde: "Gerçek kişilere veya iş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili olmayan kurum ve kuruluşlara gerçekleştirilen işlere ilişkin iş deneyim tutarının tespitinde, diğer belgelerin de bu tutarı doğrulaması şartıyla işin sözleşmesinde yazılı bedelli aşmamak üzere fiilen yapılan iş tutarı dikkate alınır. Sözleşmede iş artışına ilişkin hüküm bulunması durumunda, ayrıca sözleşme tutarının %10'unu aşmamak üzere tamamlanan iş tutarı da dikkate alınır." Hükümünün bulunduğu, ancak iş ortaklığının özel ortağı Pluscom İletişim Anonim Şirketi tarafından sunulan sözleşmede iş artışına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, mevzuata aykırı süre uzatımı verilerek iş artışı yapıldığı, bunun ise ilk sözleşmeden farklı bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin gerektiği, dolayısıyla uzatılan süreyle ilişkin tutar farklı bir sözleşmenin tutarı olduğundan bu tutarın özel ortak tarafından sunulan sözleşmenin bedeline dahil edilemeyeceği" şeklindeki 2. iddiasının da ayrıntılı şekilde incelenmesi gerekirken davalı idarece bu hususta yeterli bir inceleme ve değerlendirme yapılmadığı, dolayısıyla davalı idarece eksik inceleme yapılarak karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu yönüyle hukuka aykırık görülmüştür.

Olayda, davacı şirketin bu iddialarının dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında başvuru sahibinin 1. İddiası bölümünde "Ayrıca sözleşmede iş artışına ilişkin bir düzenlemenin olmamasına rağmen mevzuata aykırı olarak iş artışı yapıldığı, dolayısıyla uzatılan süreye ilişkin tutarın ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilerek sözleşmenin bedeline dahil edilmemesi gerektiği" şeklinde özetlendiği görülmektedir.

Diğer taraftan, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu hususa yönelik herhangi bir değerlendirilmenin yer almadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in yukarıda yer verilen hükümleri uyarınca itirazın şikâyet başvurusunun başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar yönünden ayrıntılı şekilde incelenmesinin ve Kamu İhale Kurulunca gerekçeli olarak karar verilmesinin gerektiği, davacı şirket tarafından davalı idareye yapılan itirazın şikâyet başvurusu neticesinde, davacı şirketin itirazın şikâyet dilekçesinde yer verdiği "iş ortaklığının özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş. tarafından sunulan sözleşmede iş artışına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, mevzuata aykırı süre uzatımı verilerek iş artışı yapıldığı, bunun ise ilk sözleşmeden farklı bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin gerektiği, dolayısıyla uzatılan süreye ilişkin tutar farklı bir sözleşmenin tutarı olduğundan bu tutarın özel ortak tarafından sunulan sözleşmenin bedeline dahil edilemeyeceği" şeklindeki 7. İddiasının da incelenmesi gerekirken davalı idarece eksik inceleme yapılarak karar verildiği anlaşıldığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu yönüyle hukuka aykırık görülmüştür.

Nitekim, Danıştay 13. Dairesinin 07.05.2019 tarihli, E: 2019/543, K: 2019/1575 sayılı kararı ile Danıştay 13. Dairesinin 27.09.2017 tarihli E:2017/1941, K: 2017/2443 sayılı kararı da aynı yöndedir.

Öte yandan, işbu iptal kararının doğrudan müdahil şirketin değerlendirme dışı bırakılması anlamına gelmediği, iptal kararı uyarınca davalı idarece davacı şirketin itirazın şikâyet dilekçesindeki 7. İddiası ayrıntılı şekilde incelenerek yeni bir işlem tesis edileceği de açıktır..." gerekçesiyle Kurul kararının 1'inci iddiasında yer alan ilgili iddialarına yönelik değerlendirmenin iptaline, davanın aynı kurul kararının birinci iddianın diğer kısımları ile ikinci, üçüncü ve dördüncü iddialara yönelik kısmının ise reddine 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 kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü 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 tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

1- Kamu İhale Kurulunun 09.06.2021 tarihli ve 2021/UH.I-1141 sayılı kararının birinci iddiasının "Lapis Eğitim Org. ve Sos. Hizm. Ltd. Şti.-Pluscom İletişim A.Ş. İş Ortaklığı özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş.nin iş deneyimi özel sektöre gerçekleştirilen iş üzerine alınan sözleşme ve faturalarla tevsik ettiği, fakat bunu birden fazla sözleşmeyi birleştirerek yaptığı, çağrı hizmetinin sunulmasına ilişkin olmayan faturaların hesaplamaya dahil edilmemesi gerektiği,

Ayrıca sözleşmede iş artışına ilişkin bir düzenlemenin olmamasına rağmen mevzuata aykırı olarak iş artışı yapıldığı, dolayısıyla uzatılan süreye ilişkin tutarın ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilerek sözleşmenin bedeline dahil edilmemesi gerektiği, kaldı ki sözleşmeyi imzalayan kişi yetkisiz olduğundan sözleşmenin geçersiz olduğu" ile ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin birinci iddiasının "Lapis Eğitim Org. ve Sos. Hizm. Ltd. Şti.-Pluscom İletişim A.Ş. İş Ortaklığı özel ortağı Pluscom İletişim A.Ş.nin iş deneyimi özel sektöre gerçekleştirilen iş üzerine alınan sözleşme ve faturalarla tevsik ettiği, fakat bunu birden fazla sözleşmeyi birleştirerek yaptığı, çağrı hizmetinin sunulmasına ilişkin olmayan faturaların hesaplamaya dahil edilmemesi gerektiği,

Ayrıca sözleşmede iş artışına ilişkin bir düzenlemenin olmamasına rağmen mevzuata aykırı olarak iş artışı yapıldığı, dolayısıyla uzatılan süreye ilişkin tutarın ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilerek sözleşmenin bedeline dahil edilmemesi gerektiği, kaldı ki sözleşmeyi imzalayan kişi yetkisiz olduğundan sözleşmenin geçersiz olduğu" ile ilgili kısmının esasının yeniden incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.