Kit Karşılığı Cihaz Edinme yürütmeyi durdurma kararı

Toplantı No	:	2010/076
Gündem No	:	58
Karar Tarihi	:	07.12.2010
Karar No	:	2010/MK-201

Şikayetçi:

Polinom Tıbbi Sağlık Gereçler ve Kimya Gıda San. Tic. Ltd. Şti. – Serkan Sağlık Hiz. Kim. ve Med. Sam. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi

İhaleyi yapan idare:

Konya İl Sağlık Müdürlüğü

Gündem Konusu:

Kamu İhale Kurulunun 31.05.2010 tarih ve 2010/UM.II-1559 sayılı Kurul Kararının Y.D ve iptali istemiyle açılan davada; Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 22.10.2010 tarih ve E:2010/1589 sayılı Y.D kararına ilişkin; işlem tesis edilmesi.

Karar:

Konya İl Sağlık Müdürlüğü tarafından 24.03.2010 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "2010-2011 Yılları Kit Karşılığı Cihaz Edinme" ihalesine ilişkin olarak Polinom Tıbbi Sağlık Gereçler ve Kimya Gıda San. Tic. Ltd. Şti. – Serkan Sağlık Hiz. Kim. ve Med. Sam. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin 05.05.2010 tarih ve 10570 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 05.05.2010 tarihli dilekçe ile itirazen şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 31.05.2010 tarih ve 2010/UM.II-1559 sayılı Kararı ile, *"4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine"* karar verilmiştir.

Davacı Polinom Tıbbi Sağlık Gereçler ve Kimya Gıda San. Tic. Ltd. Şti. – Serkan Sağlık Hiz. Kim. ve Med. Sam. Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi vekili Av. Ercan Şen tarafından anılan Kurul Kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada, Ankara 8. İdare Mahkemesince 22.10.2010 tarih ve E:2010/1589 sayılı karar ile, *"Dava, Konya İl Sağlık Müdürlüğü tarafından 24.03.2010 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "2010-2011 Yılları Kit Karşılığı Cihaz Edinme" ihalesine ilişkin olarak davacılar tarafından yapılan itirazen şikayet başvurusunun reddine dair 31.05.2010 tarih ve 2010/UM.II-1559 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.*

Kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesinde; ihalelerde gözetilmesi gereken "Temel İlkeler" belirlenerek; idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, aynı Kanun'un 37. maddesinde, "İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz.

Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen istekllilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan istekllilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen istekllilerin tekliflerı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır.

Diğer taraftan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin "Belgelerin sunuluş şekli" başlıklı 29 uncu maddesinin birinci fıkrasında; "Bu Yönetmeliğin uygulanmasında idareler; belgelerin aslını veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerini isterler. Bu kapsamda sunulan fatura örnekleri de asıl olarak kabul edilir. Adaylar veya istekliler, istenen belgelerin aslı yerine ihale veya son başvuru tarihinden önce idare tarafından "aslı idarece görülmüştür" veya bu anlama gelecek şerh düşülen surettelerini başvuruları veya tekliflerı kapsamında sunabilirler. Bu yönde yapılacak başvuruların, ihaleden önce idarenin ilgili birim şefliğini veya bu hususta görevlendirileş personelince karşılanması zorunludur." düzenlemesi yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Konya İl Sağlık Müdürlüğü tarafından 24.03.2010 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "2010-2011 Yılları Kit Karşılığı Cihaz Edinme" ihalesine 3 isteklinin katıldığı, bu isteklilerden Polinom Tıbbi Sağ. Ger. Kim. Gıd. San. Tic. Ltd. Şti. – Serkan Sağ. Hiz. Kim. Med. San. Tic. Ltd. Şti. ortak girişiminin teklifinin, teklif ettikleri cihazlara ilişkin sundukları orijinal tıbbi dokümanın yabancı dilde olduğu, Türkçe onaylı tercümesinin bulunmadığı gerekçesiyle, Detay Laboratuvar Cihazları San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin teklifinin ise teklif ettikleri biyokimya kitlerini çalışacak cihazın TTTUBB kaydı olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılarak geçerli teklif olarak değerlendirilen Mekromed Tıb. Tek. Mak. Sağ. Mal. San. Tic. Ltd. Şti. üzerinde ihalenin bırakıldığı, anılan ihaleye ilişkin olarak davacılar tarafından 16.04.2010 tarihinde yapılan şikayet başvurusunun, reddi üzerine, davacıların, "1) Teklif ettikleri cihazların görülebileceği orijinal tıbbi ve teknik dokümanların yabancı dilde olduğu, Türkçe onaylı tercümelerinin bulunmadığı gerekçesiyle tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, ancak teklif dosyalarında CD ortamında sunulan dokümanların içerisinde Türkçe kullanma kılavuzunun bulunduğu, dolayısıyla değerlendirme dışı bırakılma gerekçelerinin yerinde olmadığı, ayrıca bu kararın kamu zararına yol açtığı,

2) Teknik şartnamenin 1.11 inci maddesinde; "Cihazlara ait UBB kaydı bulunmalıdır ve noter onaylı birer sureti ihale dosyasına konmalıdır." düzenlemesinin bulunduğu, ancak ihale üzerinde bırakılan istekline teklif ettiği cihazlara ilişkin sunduğu UBB çıktılarının noter onaylı olmadığı,

3) Detay Laboratuvar Cihazları San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin biyokimya kitlerini çalışacak cihaz için teklif ettikleri ürünün modüler nitelikte olduğu, bu durumun teknik şartnameye aykırı olduğu" iddialarıyla davalı idareye itirazen şikayet başvurusunda bulundukları, davalı idarece yapılan incelemede;

Davacıların birinci iddiasının, "ihale mevzuatında isteklilerce teklif dosyasında sunulacak belgelerin CD ortamında teslim edilebileceğine dair bir düzenlemenin bulunmadığı, teklif dosyasında belgelerin aslının veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerinin ya da ihale tarihinden önce idare tarafından "aslı idarece görülmüştür" şerhi düşülen örneklerinin sunulabileceği, CD'ye kaydedilerek sunulan teknik dokümanın belgelerin sunuluş şekline aykırı olduğu, dolayısıyla CD içerisinde yer alan bilgilerin değerlendirmeye alınmasının uygun olmadığı sonucuna varılmış, teklif dosyasında yer alan diğer belgeler incelendiğinde ise teklif edilen cihazlara ilişkin tıbbi ve teknik bilgileri içeren Türkçe dokümanın yer almadığı görüldüğünden, başvuru sahibinin teklifinin idarece değerlendirme dışı bırakılması işleminde aykırılık bulunmadığına" karar verildiği, davacıların 2. iddialarının, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 29. maddesinin 2. fıkrasında, "Adayın veya isteklinin ve/veya teklif edilen malın, ilaç ve tıbbi cihaz ulusal bilgi bankasına kayıtlı olduklarını tevsik edici belge veya belgeler, internet çıktısı olarak sunulabilir." hükmü yer aldığından ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklif ettiği kan sayım cihazlarının TTTUBB'a kayıtlı olduğunu gösteren belgelerin noter onaylı olarak sunulmamasında mevzuata aykırılık bulunmadığına karar verildiği, davacıların 3. iddialarının ise, Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilmesinin ön koşulunun, idareye usulüne uygun olarak şikayet başvurusunda bulunulması olduğu, yapılan inceleme sonucunda, başvuru sahibinin itirazen şikayet dilekçesinde beyan ettiği üzere idda ettiği hususu 20.04.2010 tarihinde öğrendiği, 4734 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükmü gereği şikayete yol açan durumun farkına varıldığı 20.04.2010 tarihini izleyen on gün içinde idareye şikayet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre içerisinde idareye bu hususa ilişkin başvuruda bulunmadığı, bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvuru sahibinin 3 üncü iddiasının süre yönünden de reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacıların 2. ve 3. sırada yer alan iddialarının davalı idarece yerinde görülmemesinde yürürlükteki mevzuat hükümlerine herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır.

Ancak, davacının 1. sırada yer alan iddiasıyla ilgili olarak davalı idarece tesis edilen işlemin ayrıca incelenmesi gerekmektedir:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yukarıda yer verilen 37. maddesinin 2. fıkrası ile ihaleyi yapan idarelere, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan, belgelerdeki bilgi eksikliklerini belirli bir süre tayin ederek istekllilerden tamamlatılmasını yazılı olarak isteme yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, idareler belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekllilerin tekliflerini değerlendirme dışı bırakarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesine karar verirler.

Anılan Yasa hükmünde bu şekilde bir düzenleme getirilmiş olmasının temel sebebi, kamu ihalelerine katılımı arttırmak suretiyle rekabeti arttırmak ve bunun sonucunda kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılmasını sağlamaktır.

Dava konusu Kamu İhale Kurulu Kararı'nda da belirtildiği üzere, davacılar tarafından teklif edilen cihazlara ilişkin olarak teknik dokümanı içeren 2 adet CD sunulmuştur. Prospektüsler, kullanım kılavuzları, referans listeleri ve genel bilgileri içeren CD incelendiğinde teknik dokümanlar arasında teklif edilen cihazlara ilişkin Türkçe operatör kılavuzlarının da yer aldığı, bu kılavuzlarda cihazlara ilişkin özelliklere ulaşılabildiği tespit edilmiştir.

Diğer taraftan, davacılar tarafından Kamu İhale Kurulu'na yapılan itiraz şikayet başvurusunda, CD içeriğini oluşturan belgelerin teklif edilen ürünlere ait üretici Siemens Firması tarafından Tanıtım ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği'ne uygun olarak hazırlanan orijinal Türkçe dokümanlar olduğu iddia edilmektedir.

Bu bilgiler ışığında, ihaleyi yapan idarece davacıların teklifi değerlendirilirken, CD ortamında sunmuş olduğu belgeler orijinal Türkçe belgeler ise bu belgelerin çıktısını, yabancı dilden tercüme ise noter onaylı çıktısını sunması için, 4734 sayılı Yasa'nın yukarıda yer verilen 37. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davacılara belirli bir süre tanınması ve bu eksikliğin tamamlattırılması suretiyle ihalenin sonlandırılması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Bu durumda, davacıların teklifinin, teklif edilen cihazlara ilişkin tıbbi ve teknik bilgileri içeren Türkçe dokümanın CD ortamında sunulması sebebiyle değerlendirme dışı bırakılmasının yerinde olduğu yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir." şeklinde gerekçe belirtilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Ameyasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirmeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktirmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında ise; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin 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 Kurulu'nca işlem tesis edilmesi gerektiğinden,

Açıklanan nedenlerle,

1) Kamu İhale Kurulu'nun 31.05.2010 tarih ve 2010/UM.II-1559 sayılı Kararının anılan mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı belirtilen bölümü ile *"4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine"* ilişkin hüküm fıkrasının iptaline,

2) Başvuru sahibinin 2 nci iddiası yönünden 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun reddine,

3) Başvuru sahibinin 3 ncü iddiası yönünden başvurunun reddine,

4) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine

Oybirliği ile karar verildi.

Dr. Hasan GÜL **Başkan**		
Ali Kemal ANKOÇ **II. Başkan**	**Nicabi ECE** **Kurul Üyesi**	**Bahattin IŞIK** **Kurul Üyesi**
Hakan GÜNAL **Kurul Üyesi**	**Abdullah DÖNDAR** **Kurul Üyesi**	**Erhan DÜNİŞTAŞ** **Kurul Üyesi**