

vergi borcu bulunması halinde, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi,

Toplantı No : 2012/047 Gündem No : 120 Karar Tarihi : 08.08.2012 Karar No : 2012/UM.I-3250

Şikayetçi: Cochlear Tıbbi Cihazlar Ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti., ÇUBUKLU MAHALLESİ BOĞAZIÇI CADDESİ BOĞAZIÇI PLAZA NO:6/1 KAVACIK /İSTANBUL **İhaleyi**

yapan idare: İstanbulEğitim Ve Araştırma Hastanesi, Kasap İlyas Mah. Org. Abdurrahman Nafiz Gürman Cad. 34098İSTANBUL **Gündem Konusu:** 2012/35672 İhale Kayıt Numaralı “Hastanemiz Eczane Deposu İhtiyacı Koklear İmplant Cihaz Sistemi Alımı” İhalesi **Karar:**

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi:

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; idare tarafından yapılan çerçeve sözleşme ihalesi sonucunda firmalarının 19.06.2012 tarihli yazı ile çerçeve sözleşme imzalamak üzere davet edildiği, idare tarafından sözleşme imzalamak için talep edilen tüm belgeleri şartnamede belirtilen süreye uygun olarak

05.07.2012 tarihinde idareye teslim ettikleri, ancak idare tarafından şifahi olarak şirket müdürlerinin tamamının adli sicil kaydının teslim edilmesi gerektiğine dair bildirimde bulunulduğu, bunun üzerine, ihale ve sözleşmelerle ilgili olarak B ve C grubu imza yetkililerinin yetkili tayin etmiş oldukları Finans ve İdari İşler Müdürü Ela Erdemli'nin adli sicil kaydının sunulduğu, ayrıca diğer şirket müdürü Havva Nalan Ataç'ın da adli sicil kaydının eklendiği, diğer şirket müdürlerinin yabancı uyruklu oldukları ve yurt dışında ikamet ettiklerinden adli sicil kayıtlarının kendilerinden noter tasdikli ve apostilli vekaletname alınması gerektiğinden ve sözleşme imzalamak için gerekli süre içinde bu işlerin yetiştirilmesi mümkün olmayacağından, yabancı uyruklu şirket müdürlerinin adli sicil kayıtlarının idareye sunulmadığı, süresi içinde şirket müdürlerinin tamamının adli sicil kaydının sunulmadığı gerekçesiyle şirketle sözleşme yapılmamasına ve Kamu İhale Genel Tebliğinin 17.6.4 üncü maddesi hükmünce şirket hakkında işlem yapılmasına karar verildiği, idare işleminin hukuka uygun olmadığı, aynı idare tarafından yapılan başka ihalelerde sadece Finans ve İdari İşler Müdürü Ela Erdemli'nin adli sicil kaydının sunulması suretiyle sözleşme imzalandığını, ancak bu ihalede idarenin hukuka aykırı bir şekilde firmaları ile sözleşme imzalamadığı iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

Koklear implant cihaz sistemi iç parça ve koklear implant cihaz sistemi dış parça olarak iki kalem halinde çıkılan ihalede Cochlear Tıbbi Cihazlar ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin teklifinin geçerli kabul edilerek listeye alındığı ve 19.06.2012 tarihli yazı ile çerçeve anlaşma imzalamak üzere davet edildiği, davet yazısında; "...çerçeve anlaşma ihalesinde

teklifiniz listeye alınmıştır. Tebliğ tarihini izleyen günden itibaren en geç on gün içinde ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığınızda dair belgeleri vermek ve diğer yasal yükümlülükleri de yerine getirmek suretiyle ihale konusu işe ilişkin anlaşmayı imzalamanız gerekmektedir.

Bu mektubun iadeli taahhütlü posta yoluyla gönderilmesi halinde postaya verildiği tarihi izleyen yedinci (7) gün (bu tarihten önce tarafınıza tebliğ edilmesi halinde fiili tebliğ tarihi esas alınır.) tebliğ tarihi sayılacaktır." ifadesine yer verildiği, 19.06.2012 tarihinde postaya verilen sözleşmeye davet yazısının 25.06.2012 tarihinde tebliğ edildiği, tebliğ tarihini izleyen onuncu günün 05.07.2012 tarihinde dolduğu, Cochlear Tıbbi Cihazlar ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin şirket müdürü olarak görünen dört yabancı uyruklu şahsa ait adli sicil kaydının süresi içinde ibraz edilmediği gerekçesiyle anılan istekli hakkında Kamu İhale Genel Tebliğinin 17.6.4 üncü maddesi uyarınca işlem yapılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında; "Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

1. a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
2. b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat

hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

- 3. c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.*
- 4. d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.*
- 5. e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.*

...

- 1. g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan..." hükmü,*

Kamu İhale Genel Tebliğinin "İsteklilerden 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasına göre istenecek belgeler" başlıklı 17 nci maddesinde; "...17.5. 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendine ilişkin olarak,

1/1/2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendinde ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere

katılamayacakları hüküm altına alınmıştır.

17.5.1. Mesleki faaliyete ilişkin mahkumiyet kararının kapsamı:

17.5.1.1 Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden alınacak adli sicil istatistik bilgilerini içeren belgeden veya gerekçeli mahkumiyet kararından, asli veya ferî ceza olarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 11, 25 ve 35 inci maddelerinde tanımlandığı şekliyle “muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası”na ilişkin süreli ya da süresiz mahkumiyet hali, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir.

17.5.1.2 İhale dışı bırakma, ancak yargı kararıyla “tatili icrasına hükmedilen meslek ve sanat”la sınırlı olmak üzere uygulanabilir.

17.5.1.3 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca; Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne bağlı birimlerden alınacak adli sicil istatistik bilgilerini içeren belgeden veya gerekçeli mahkumiyet kararından Türk Ceza Kanununun 50/e maddesi gereğince “belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya” veya 53/e maddesi gereğince “bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılmaya” ilişkin süreli ya da süresiz mahkumiyet hali, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilecektir.

17.5.2. Süre:

17.5.2.1. İdarelerce isteklilerin haklarında

mesleki faaliyetlerinden dolayı kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunduğu tespit edilmesi halinde, ihale tarihinden önceki beş yıllık sürenin başlangıcı olarak Mahkemece verilen hükmün kesinleştiği tarih esas alınacaktır.

17.5.2.2. 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelerde istekliler hakkında ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı mercilerince verilmiş mahkûmiyet kararı bulunması halinde, bu durumdaki isteklilerin 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale dışı bırakılmaları gerekmektedir.

17.5.3. Belgelerin temin edileceği yerler:

17.5.3.1. Yerli istekliler yönünden:

17.5.3.1.1. İsteklinin gerçek kişi olması halinde; ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetleri ile ilgili mahkumiyet kararına ilişkin belgeler Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne bağlı birimlerden alınacaktır.

17.5.3.1.2. İsteklinin tüzel kişi olması halinde; Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca; anonim şirket ise yönetim kurulu üyelerinin, limited şirket ise şirket müdürünün, yoksa ortaklarının tamamının, kolektif şirket ise ortakların tamamının, komandit şirkette komandite ortakların hepsinin, komanditer ortaklardan kendilerine şirketi temsil yetkisi verilmiş olan ortakların, kooperatiflerde yönetim kurulu üyelerinin Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne bağlı birimlerden alacakları belgeler İdarelerce kabul edilecektir. Öte yandan, sermaye şirketinde yönetim kurulu üyesi veya limited şirket müdürü olmasa dahi şirketin idaresinde hakim etkisi bulunan ortak veya ortakların da 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca

adli sicil kaydını ibraz etmeleri gerekmektedir.

...

17.5.4. Yerli ve yabancı istekliler adına ihaleye katılacakların adli sicil belgeleri:

4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yerli veya yabancı istekliler adına veya nam ve hesabına (temsilci, vekil, vasi veya veli olarak) ihalelere katılanların da 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunmamaları gerekmektedir. Bu bakımdan yabancı firmaların Türkiye mümessili aracılığıyla 4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak bir ihaleye katılmaları halinde de, Türkiye mümessilinin Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen durumda olmaması gerekir.

17.6. İhale üzerinde kalan isteklilerin kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri sözleşmeden önce sunamaması

17.6.1 İhale Uygulama Yönetmeliklerinin “İhale dışı bırakılma” başlıklı maddelerinde; İhale üzerinde kalan istekliden, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (Değişik ibare: 20/4/2011-27911R.G./ 11. md.)(a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığına dair belgelerin sözleşme imzalanmadan önce istenilmesinin zorunlu olduğu ve bu belgelerin, ihale usulüne göre son başvuru ve/veya ihale tarihinde isteklinin anılan bentlerde belirtilen durumlarda olmadığını göstermesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

17.6.1.1. (Değişik : 20/4/2011-27911R.G./ 11. md.) İhale üzerinde kalan gerçek veya tüzel kişi isteklinin ya da ortak girişimin ortaklarından en az birinin yabancı istekli olması durumunda, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin

dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olunmadığına dair belgelerin sunulması ile sözleşmenin imzalanmasına ilişkin diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi için idare tarafından sözleşmeye davet yazısının tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yirmiiki gün süre verilmesi gerekmektedir. İdarelerce sözleşmeye davet amacıyla kullanılan “Üzerine İhale Yapılan İsteklinin Sözleşmeye Davet Edilmesine İlişkin Formda”, ihale üzerinde kalan isteklinin yerli veya yabancı istekli olması durumu dikkate alınarak on günlük ya da yirmiiki günlük sürenin seçilmesi gerekmektedir.17.6.2. İhale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri veya kesin teminatı vermemesi ya da sözleşme imzalamaması durumunda, Kanunun 44 üncü maddesi hükümlerine göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının, ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilecektir.

17.6.2.1. Anılan belgelerin isteklilerin “son başvuru ve/veya ihale tarihindeki” durumunu göstermesi gerektiğinden, isteklilerin ilgili idarelere (vergi daireleri, sosyal güvenlik il müdürlükleri vb.) yaptığı başvurularda bu belgeleri son başvuru ve/veya ihale tarihindeki durumlarını gösterecek şekilde istemeleri, adı geçen idarelerin de isteklilerin son başvuru ve/veya ihale tarihindeki durumunu gösterecek şekilde belgeleri düzenleyerek vermeleri gerekmektedir.

17.6.3. 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentleri gereğince, ihaleye katılan isteklinin teklifinin başka bir sebeple değerlendirme dışı bırakılıp bırakılmadığı, bu isteklinin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olup olmadığı veya ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, isteklilerin taahhüt edilen duruma aykırı

hususlarının bulunduğunun anlaşılması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, ancak haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.

17.6.4. İhale üzerinde kalmasına rağmen süresi içinde sözleşme imzalamaya gelmeyenlerin ise Kamu İhale Kanununun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve anılan Kanunun 58 inci maddesi uyarınca kamu ihalelerinden yasaklanması gerekmektedir. Bu çerçevede; sözleşme imzalamaya davet edilen istekli tarafından taahhüt edilen hususlara ilişkin yukarıda belirtilen belgelerin sözleşme imzalama süresi içinde sunulmaması halinde, bu istekli hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar” kapsamında değerlendirme yapılacaktır ve ayrıca anılan Kanunun 44 üncü maddesi gereğince geçici teminatı gelir kaydedilecektir. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine ilişkin belgelerin ihale üzerinde kalan istekli tarafından ilgili yerlerden temin edilerek süresi içersinde ihaleyi yapan idareye sunulması ve bu belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiğinin anlaşılması (sosyal güvenlik prim veya vergi borcu bulunması gibi) halinde, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi, fakat haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.” açıklaması yer almaktadır.

Anılan Tebliğin 17.5.3.1.2 nci maddesi uyarınca, limited şirketlerde şirket müdürünün yoksa şirket ortaklarının tamamının 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (e) bendi uyarınca adli sicil kaydını ibraz

etmeleri gerekmektedir.

Cochlear Tıbbi Cihazlar ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin yerli istekli olduğu, Christopher Graham Roberts, Neville John Mitchel, Richard John Brook ve David Thomas Mark Ashton isimli dört şirket müdürünün olduğu, anılan yabancı uyruklu şirket müdürleri haricinde şirket müdürü bulunmadığı, Cochlear Tıbbi Cihazlar ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin Finans ve İdari İşler Müdürü Ela Erdemli'nin 19.06.2012 tarihinde alınmış adli sicil kaydı ile Satış ve Pazarlama Müdürü Havva Nalan Ataç'ın 06.07.2012 tarihinde alınmış adli sicil kaydının sunulduğu, anılan şirket müdürlerinden hiç birinin adli sicil kaydının sunulmadığı anlaşılmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 17.5.3.1.2 nci maddesi uyarınca, şirket müdürlerinin adli sicil kayıtlarının sunulması gerekirken, Cochlear Tıbbi Cihazlar ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin şirket müdürlerine ait adli sicil kaydını sunmadığı anlaşıldığından, anılan istekli hakkında Kamu İhale Genel Tebliğinin 17.6.4 üncü maddesi uyarınca işlem yapılmasına ilişkin idare işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanunun 65 inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

Anılan Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliđi ile karar verildi.