

**itirazen şikâyet aşamasında
davacının ihale üzerinde
bırakılan isteklinin faaliyet
belgesine ilişkin iddiasının
da esastan değeriendirilmesi
gerekirken sekil yönünden
reddine dair dava konusu
Kurul kararının bu kısmında
hukuka uygunluk, davanın
reddine yönelik Mahkeme
kararının bu kısmında hukukî
isabet yoktur**

Toplantı No : 2019/054

Gündem No : 56

Karar Tarihi : 11.12.2019

Karar No : 2019/MK-342

BAŞVURU SAHİBİ:

AVM SAĞLIK HİZMETLERİ SAN. VE DIŞ TİC. LTD. ŞTİ.

İHALEYİ YAPAN İDARE:

SAĞLIK BAKANLIĞI Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2011/1520 İhale Kayıt Numaralı "Yenidoğan İşitme Tarama Cihazı
Alımı" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nce 17.02.2011 tarihinde yapılan 2011/1520 İhale Kayıt Numaralı "Yenidoğan İşitme Tarama Cihazı Alımı" ihalesine ilişkin olarak, AVM Sağlık Hizmetleri San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 20.06.2011 tarihli ve 2011/UM.I-2093 sayılı karar ile; "4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine," karar verilmiştir.

AVM Sağlık Hizmetleri San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 24.10.2013 tarih ve E:2011/2674, K:2013/1365 sayılı kararı ile "davanın reddine" karar verilmiş, bunun üzerine yapılan temyiz başvurusu sonucunda ise Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27.09.2019 tarihli ve E:2014/1063, K:2019/2778 sayılı kararı ile,

"1. Temyize konu Mahkeme kararının, ihale kapsamında teklif edilen cihazın Teknik Şartname'de öngörülen kriterleri sağlamadığına yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

2. Temyize konu Mahkeme kararının, şikâyet dilekçesinde yer verilmeyen iddianın itirazın şikâyet başvurusunda dikkate alınamayacağına yönelik Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kısmı incelendiğinde:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya

istekli ile istekli olabileceklerin, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Anılan Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kurum, itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceler." kuralı yer almaktadır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuruların şekil unsurları" başlıklı 8. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemez." kuralına yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz." hükmü yer almakta olup, bu hükümle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü daraltması nedeniyle dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin onuncu fıkrası hükmünün ihmal edilerek Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetinde yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, Kanun'da böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacı şirketin şikâyet başvurusunun reddi üzerine, 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşıldığından, itirazın şikâyet aşamasında davacının ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesine ilişkin iddiasının da esaslan değerlendirilmesi gerekirken şekil yönünden reddine dair dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk, davanın reddine yönelik Mahkeme kararının bu kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle,

"1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,

2. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 24/10/2013 tarih ve E:2011/2674, K:2013/1365 sayılı kararının, davacının ihale kapsamında teklif edilen cihaza ilişkin iddiası yönünden davanın reddine ve davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmının ONANMASINA

Oybirliğiyle,

3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne;

4. Temyize konu Mahkeme kararının şikâyet aşamasında ileri sürülmeyen iddianın itirazın şikâyet aşamasında ileri sürülemeyeceğine yönelik davanın reddine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA oyçokluğuyla,

5. Bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE oyçokluğuyla" 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 Kurulu'nun 20.06.2011 tarihli ve 2011/UM.I-2093 sayılı kararında, ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesine yönelik 1'inci iddia kapsamında yapılan değerlendirmenin iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru sahibinin, ihale üzerinde bırakılan isteklinin faaliyet belgesine ilişkin iddiasının esasının incelenmesine,

Oybirliği ile karar verildi.