

İhalenin Teknik Şartname'sinde isteklilerin en az beş yıllık genetik tanı merkezi tecrübesine sahip olması gerektiğinin düzenlendiği, kamu ihale mevzuatında isteklilerin deneyiminin sadece iş deneyimini gösteren belgelerle değerlendirilebileceği, bu nedenle ilgili düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu

İhalenin Teknik Şartnamesinde isteklilerin en az beş yıllık genetik tanı merkezi tecrübesine sahip olması

gerektiğinin düzenlendiği,
kamu ihale mevzuatında
isteklilerin deneyiminin
sadece iş deneyimini gösteren
belgelerle
değerlendirilebileceği, bu
nedenle ilgili düzenlemenin
mevzuata aykırı olduğu

Toplantı No	: 2020/039
Gündem No	: 12
Karar Tarihi	: 09.09.2020
Karar No	: 2020/UH.II-1485

BAŞVURU SAHİBİ:

Dna Laboratuvarları Sağlık ve Bio Teknoloji Hizmetleri Anonim Şirketi,

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2020/384134 İhale Kayıt Numaralı “Diyarbakır Dicle Üniversitesi Hastanesi Başhekimliğine Bağlı Tıbbi Genetik Laboratuvarına Sonuç Karşılığı Genetik Testleri Hizmet Alımı” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü tarafından 01.09.2020 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Diyarbakır Dicle Üniversitesi Hastanesi Başhekimliğine Bağlı Tıbbi Genetik Laboratuvarına Sonuç Karşılığı Genetik Testleri Hizmet Alımı” ihalesine ilişkin olarak Dna Laboratuvarları Sağlık ve Bio Teknoloji Hizmetleri Anonim Şirketi nin 11.08.2020 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusu hakkında idare tarafından süresi içinde karar alınmaması üzerine, başvuru sahibince 27.08.2020 tarih ve 38086 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 26.08.2020 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2020/1313 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme sonucunda esas inceleme raporu düzenlenmiştir.

KARAR:

Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle,

1) İhalenin Teknik Şartname'sinde isteklilerin en az beş yıllık genetik tanı merkezi tecrübesine sahip olması gerektiğinin düzenlendiği, kamu ihale mevzuatında isteklilerin deneyiminin sadece iş deneyimini gösteren belgelerle değerlendirilebileceği, bu nedenle ilgili düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu

2) 4734 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi gereği ihalenin en az 40 gün süreyle ilan edilmesi gerektiği ancak ilanın bu süreden kısa yapıldığı

İddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

1) Başvuru sahibinin birinci iddiasına ilişkin olarak;

4734 sayılı Kanun'un ihaleye katılmda yeterlik kurallarını düzenleyen 10'uncu maddesinde, ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak maddede belirtilen bilgi ve belgeler istenebileceği; aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin 2 numaralı alt bendinde, istekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgelerin kullanılacağı; aynı Kanun'un 24'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde ise ihaleye katılabilme şartları ve istenilen belgelerin neler olduğunun idari şartnamede gösterileceği hüküm altına alınmıştır. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ikinci kısmında da ihaleye katılmda yeterlik değerlendirmesi için kullanılacak belgeler düzenlenmiş bu Yönetmelik'in eki Ek-2'de yer alan Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tıp İdari Şartname'nin 7.5.4'üncü maddesinde isteklinin teklifi kapsamında sunması gerektiği teknik şartnamede belirtilen belgelerin de mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeler kapsamında olduğu düzenlenmiştir.

Yukarıda aktarılan kurallar çerçevesinde ihaleye katılmda yeterliğin Kanun'un 10'uncu maddesindeki kurallar çerçevesinde idari şartnamede düzenleneceği, isteklilerin ihale konusu işe ilişkin mesleki yeterlikleri kapsamında iş deneyimini gösteren belgelerin istenebileceği, Hizmet Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin eki Tıp İdari Şartname'de yer alan ve yukarıda alıntılanan tip düzenleme gereğince idarelerin teknik şartnamelerde de yeterliğe ilişkin düzenleme yapmalarının mümkün olduğu, buna ilişkin düzenleme yapılması durumunda da isteklilerin bu belgeleri teklifleri kapsamında sunmaları gerektiği, ancak bu düzenlemelerin teknik şartnamelerin rekabet ilkesine uygun, verimlilik ve fonksiyonelliği içereceği kuralıyla uyumlu olması gerektiği anlaşılmaktadır.

İncelenen ihale, sonuç karşılığı genetik testleri hizmet alımı olup ihalenin İdari Şartname'sinin 7.5.1'inci maddesinde, istekli tarafından teklif edilen bedelin yüzde 25'den az olmamak üzere, ihale konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimini gösteren belgelerin veya teknolojik ürün deneyim belgesinin sunulması gerektiği; 7.6'ncı maddesinde, kamu veya özel sağlık kuruluşlarında yapılan laboratuvar tetkik işlemleri ile ilgili olan hizmet alımlarının benzer iş olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Öte yandan itirazen şikâyetle konu olan Teknik Şartname düzenlemeleri incelendiğinde, B.46 maddesinde şu düzenlemenin olduğu görülmüştür: “Genetik testlerin yaşamsal önem taşıyabilmeleri ve ömür boyu bir kez yapılmalı nedeniyle isteklinin en az 5 yıllık Genetik Tanı Merkezi Tecrübesine sahip olması (YÖK kurumlarına bağlı Genetik Tanı Laboratuvarları hariç) ve ileri teknoloji kullanımı ile hastanemize ait genetik test hizmet alımı işini uluslararası kalite kontrol protokollerinde belirtilen standart düzeyde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu amaçla, yükleniciye ait merkezde iç ve dış kalite kontrol sistemleri rutin prosedürlere dahil olmuş olmalıdır. Yüklenici; her bir alanda Avrupa veya Kuzey Amerika Merkezlerinde dış kalite kontrol amacıyla kendi adıyla katılmış olduğu en az 5'er adet olmak üzere sitogenetik, moleküler genetik, moleküler sitogenetik kalite kontrol programına katıldığını gösteren katılım belgesini ve bu hizmet alımı süresinde kullanılacak genetik tekniklerin en önemli kısmını oluşturan DNA dizileme alanında katıldığı program dahilinde tüm testleri doğru sonuçlandırdığını ihale esnasında komisyona sunmalıdır.”

Yukarıda aktarılan teknik şartname kuralları ve başvuru sahibinin iddiası bir arada değerlendirildiğinde, ilgili şartnamede isteklilerin en az beş yıllık genetik tanı merkezi tecrübesi bulunması kuralının getirildiği, İdari Şartname'nin 7.5.4'üncü maddesi gereği buna ilişkin belgelerin istekliler tarafından sunulmasının zorunlu olduğu, ancak kamu ihalelerinde isteklilerin geçmiş tecrübelerinin değerlendirilmesinin 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesindeki düzenleme gereğince ancak iş deneyimini gösteren belgelerle yapılabileceği, incelenen ihalede de buna ilişkin düzenleme ve benzer iş tanımlı yapıldığı, bu düzenlemenin yanında teknik şartnamede daha özel nitelikte bir tecrübe aranmasının ihaleye katılmda yeterlik kurallarına ilişkin yasal düzenlemenin yanında rekabet ve eşit muamele gibi temel ilkelere de aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim konuyla ilgili olarak, Kamu İhale Genel Tebliği'nin deneyime ilişkin referans başlıklı 12'nci maddesinde, “İhale Uygulama Yönetmeliklerinde mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgelerin taşınması gereken kriterler belirtilmiş olmakla birlikte, bazı ihalelerde bu düzenlemelerin aksine özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkeler veya diğer bazı yabancı ülkeler gibi belirlemeler yapılarak bu ülkelerde iş yapıldığına dair referans getirilmesi zorunluluğu konulduğu görülmektedir. Kamu İhale Kurulunun konuyla ilgili uyumsuzluk kararlarında, iş deneyimini gösteren belgelerin yanı sıra referansın istenemeyeceği, bu tür koşul koymanın rekabeti engellediği açıkça belirtildiğinden, idarelerce; şartnamelerin düzenlenmesi sırasında referansın hiçbir şekilde yeterlik kriteri olarak kabul edilemeyeceği hususunun dikkate alınması gerekmektedir.” düzenlemesi de getirilmiş olup incelenen ihaledeki Teknik Şartname düzenlemesi anılan Tebliğ kuralına da aykırıdır.

2) Başvuru sahibinin ikinci iddiasına ilişkin olarak;

4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinde, 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, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet başvurularının idareye, itirazen şikâyet başvurularının ise Kuruma hitaben yazılımsız imzalı dilekçelerle yapılacağı; aynı Kanun'un 56'ncı maddesinde, idareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabileceği, Kurum'un itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen konular ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılardan inceleyeceği hüküm altına alınmıştır. Konuyla ilgili olarak İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 8'inci maddesinin onuncu fıkrasında, idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilenler hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen konuların itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Yukarıda atfı yapılan kurallardan hareketle, itirazen şikâyet incelemesinin yapılabilmesi için başvuru sahiplerinin ihaleyi yapan idareye başvuru bulunarak uyumsuzluk konusu hakkında işlem tesis etmelerini talep edecekleri, bu başvurunun Kamu İhale Kurumu incelemesinin ön koşulu olduğu, bu nedenle de şikâyet başvurusunda yer almayan iddialar hakkında, idare iradesi olmadığından Kurum tarafından da inceleme yapmaya hukuki olanak bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İncelenen ihalede, başvuru sahibi tarafından ihale ilan sürelerinin kısa belirlendiği iddia edilmekle birlikte bu iddia idareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almadığından, bu konunun esasıyla ilgili inceleme yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle başvuru sahibinin ikinci iddiasının şekil yönünden reddi gerekir.

Sonuç olarak, başvuru sahibinin birinci iddiasına ilişkin tespit edilen aykırılığın düzeltici işlemle giderilmesi olanağı bulunmadığından ihalenin iptali 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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.

