

MASSİAD

YÜKLENİCİ FİRMALAR AÇISINDAN KAMU VE DMO İHALELERİNDEKİ

İhale Sürecine, İdari Şartnameye, Sözleşmeye, Vadeye
İtiraz Hakları Ve Geciken Alacakların Tahsili Hakkında

Hukuki Bilgilendirme Toplantısı

(30.09.2021, Perşembe saat 10:00)

Av. Emine DURMUŞ

Sağlık Bakanlığı'na ve Üniversitelere bağlı sağlık işletmeleri, tıbbi cihaz tedarikini Kamu İhale Mevzuatı kapsamında yapılan ihaleler veya Devlet Malzeme Ofisi (DMO) mevzuatı kapsamında yapılan e-ihaleler ile temin etmektedir.

Ancak üniversite hastaneleri ve devlet hastanelerinin ödeme vade süreleri 2 yılı geçmeye başlamıştır.

Çerçeve Anlaşma Metninin “Faturalama ve Ödeme” başlıklı 19. Maddesinde açıkça yazılmasına rağmen vadelerinde 90 gün vadesi üzerine en az +30, +75 günü aşan beklenmedik gecikmeler yaşanmaktadır.

Derneğimizin ve diğer STK'ların yaptığı tüm görüşmelere rağmen, bu konuda bir çözüm bulunamamakta; tıbbi cihaz şirketleri kamuoyunda sorunun kaynağı olarak lanse edilmek istenmektedir.

Ödemelerdeki gecikmeye karşı, tıbbi cihaz firmalarının hukuki yollara başvurmaları zorunlu hale gelmiştir. Tıbbi cihaz tedariğine ilişkin işlemlerde en başından itibaren hukuki süreçler işletilmeli; bu yolla hastaneler ve Sağlık Bakanlığı'na baskı oluşturmak gerekmektedir.

İtiraz ve itirazın şikâyet yollarının tıbbi cihaz firmalarınca sık bir şekilde kullanılması; hastanelere ve devlete ek bir iş yaratacak, ihalelerin gecikmesi halinde ise ek maliyet getirecektir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kamu mallarının haczedilmezliği kuralının mülkiyet hakkına aykırı olduğuna, devletten olan alacaklarını tahsil edemeyen kişi ve kurumların mülkiyet hakkının engellediğine dair kararlar vermiş olsa da; Anayasa Mahkemesi kamu mallarının haczedilemezliğine ilişkin İİK. 82/1. maddesinin iptali ile ilgili davayı reddetmiş, bu kuralın Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

İİK. 82/1 maddesinin yürürlükte olması nedeni ile halen uygulamada yerel mahkemeler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kamu mallarının haczedilemeyeceği konusunda kararlar verilmekte olup, kamu kurumlarından olan alacakların tahsili konusunda zorluklar yaşanmaya devam etmektedir.

Yine de icra takibi başlatmak veya dava açmak kamu üzerinde ağır bir ekonomik yük oluşturduğundan, sıklıkla kullanılması gereken bir yöntemdir.

İcra takibi ve dava gibi hukuki yolların kullanılması; hastanelere ve devlete en az %20 ek bir maliyet getirmekte olup, bu durum Hastane yöneticileri, Sağlık Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı'na yönelik bir baskı yöntemi olarak kullanılabilir.

Ödemeleri, Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği 22. maddesi vs. mevzuata uygun bir sırayla yapmayan sorumlular hakkında, TCK. 257. Maddesi kapsamında tanımlanan görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılacak şikâyetler de kurumlar üzerinde baskı oluşturacak yöntemlerden biridir.

YUKARIDA KISACA BAHSEDİLEN HUKUKİ YOLLARI TEK TEK AÇIKLAMAK GEREKİRSE:

I-)İhale dokümanındaki ödeme vadelerine ilişkin maddelere itiraz etmek. Sonrasında KİK'e itirazın şikâyet talebinde bulunmak:

Kamu ihale sözleşmesi imzalanıncaya kadar sözleşme, teknik şartname, idari şartname, ilan vs. ihalenin tüm aşamalarında, idarelerin hukuka aykırı tüm işlem ve eylemlerinin öncelikle idare nezdinde şikâyete konu edilmesi; şikâyetin olumsuz sonuçlanması halinde Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikâyet yolu ile başvuru yapılması gerekmektedir.

Şikâyete konu edilmeyen herhangi bir işlem ve eyleme karşı yargı yoluna başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi gereği, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem ve eylemlerin iptali için; aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından öncelikle idareye şikâyet başvurusunda bulunulması zorunludur.

Vade tarihlerinin malın tesliminden 1-1,5 yıl yazılmasının: Anayasa ile korunan mülkiyet hakkına, özgürce sözleşme yapma hakkına müdahale olduğu; Kamu İhale Kanunu 5. Maddesinde düzenlenen ***“Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz”*** hükümlerine aykırı olduğu belirtilerek idareye şikâyet yapılması, reddi halinde KİK'e itirazın şikâyet ve devamı hukuki yolların kullanılması gerekmektedir.

a-) İdareye şikâyet,

-İlana ilişkin başvurularda, ilk ilan tarihinden itibaren 10 (on) gün içinde,

-Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümlerine ilişkin başvurularda, dokümanın EKAP üzerinden e-imza kullanılarak indirildiği tarihten itibaren 10 (on) gün içinde,

-Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerine ilişkin başvurularda, ihale dokümanının teslim alındığı tarihten itibaren 10 (on) gün içinde,

-Zeyilnameye ilişkin başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihten itibaren 10 (on) gün içinde;

-Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine (pazarlık usulü) göre yapılan ihalelere ilişkin başvuruların ise 5 (beş) gün içinde yapılması gerekmektedir.

b-) İdareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine, idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması (başvurudan itibaren 10 gün içinde) hallerinde veya şikâyet ya da itirazen şikâyet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan Kamu İhale Kurulu'na itirazen şikâyet başvurusu yapılabilmektedir.

Kurula itirazen şikâyet süresi; şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine idare tarafından alınan iptal kararına karşı yapılacak doğrudan başvurularda beş gün, diğer hallerde on gündür.

c-) Kamu İhale Kanununun 57. maddesi gereği, Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan iş ve eylemler nedeni ile doğrudan Mahkemelerde dava açılmamaktadır.

Ancak Kamu İhale Kurulu (KİK) kararlarına karşı, kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihten itibaren 60 (altmış) gün içerisinde, Ankara İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılabilmektedir.

II-) Faizin işlemeye başlaması için ihtarname göndermek.

Kamu İhale Sözleşmelerinde vade tarihi açıkça yazılmamakta, malın tesliminden itibaren 15 ay sonra ödenir vs. ifadeler ile vade belirtilmektedir. Bu durumda borç muaccel (ödenmesi gereken) olmasına rağmen sözleşmede borcun ödenmesi için bir vadenin bulunmaması nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu 117. Maddesi 1. Fıkrası gereği borçluya, Noter aracılığıyla ihtarname ya da en azından PTT'den iadeli taahhütlü mektup aracılığıyla ihtarname yollanmalıdır. Borçlunun temerrüde düşürülmesi için iş bu ihtarname zorunludur.

Sözleşmeden kaynaklanan borcun vadesinde ödenmeyerek, borçlunun temerrüde düşürülmesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesi gereği sözleşmede belirtilen faiz oranında; faiz oranı sözleşmede belirtilmemiş ise faiz borcunun doğduğu (borçlunun temerrüde düşürüldüğü) anda yürürlükte olan yasal mevzuat hükümlerinin belirlediği faiz oranına göre faiz uygulanacaktır. Sözleşmede uygulanacak faiz oranı belirlenmemiş ise faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun hükümlerine göre belirlenecektir.

III-) İcra takibi açılması, borçlunun itirazı halinde dava açılması,

Devlet hastaneleri, Eğitim ve Araştırma Hastaneleri ile Devlet Üniversitelerine bağlı Tıp fakülteleri ticari şekilde işletilen işletmeler olmayıp, kamu hizmeti sunan kurumlardır. Devlet Hastaneleri ile Eğitim ve Araştırma Hastaneleri; Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun Hükmünde Kararname gereğince Sağlık Bakanlığı'na bağlı devlet kurumu olarak faaliyet göstermektedirler. Yine Yüksek Öğretim Kanunu'nun 3.d maddesinde açıklandığı üzere Üniversiteler, bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip kurum olarak tanımlanmış olup, Tıp Fakülteleri de kamu kurumu niteliğine haizdir. (Vakıf Üniversiteleri Tıp Fakülteleri bu kapsam dışındadır.)

Kamu Kurumundan vadesi gelmiş alacağını tahsil edemeyen kişi veya şirketlerin, Kamu Kurumlarından olan alacaklarını icra takibi yolu ile tahsil etmesi mümkündür. Ancak kamu düzeni ile ilgili kurumların işleyişlerini devam ettirebilmeleri amacı ile İcra İflas Kanunu'nun 82. 1 maddesi gereği devlet mallarının haczi yasaklanmıştır. Hatta Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70. maddesi ile kamu kurumlarının birbirlerinden olan alacaklarının tahsilinde dahi devlet mallarının haczedilmesi yasaklanmıştır. Kamu Kurumu niteliğindeki Devlet Hastaneleri, Eğitim ve Araştırma Hastaneleri ile Devlet Üniversitelerine bağlı Tıp Fakültelerinden olan alacakların tahsili için icra takibi açma olanağı bulunmasına rağmen, bu kurumların mal varlığının haczi kanun gereği mümkün olmadığından icra marifeti ile de alacağın tahsili zaman almaktadır.

Yine de yoğun bir şekilde icra takiplerinin açılması kurumlar üzerinde ağır bir ekonomik baskı oluşturacaktır. Ayrıca icra takibinin açılmasıyla, daha önce ihtar gönderilmemiş ise icra takibinin açıldığı tarihten itibaren alacağa faiz işlemeye başlayacak; ayrıca vekâlet ücreti ve takip giderleri nedeniyle en az %20 daha fazla ödeme yapmak zorunda kalındığından, devlet ekonomik olarak zarar edecektir

III.a-) Kamu kurumu yöneticileri hakkında görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle şikayet:

İcra takibine rağmen borcunu ödemeyen Kamu Kurumu yöneticilerinin, borcu süresinde ödememede kastının veya ihmalinin bulunması halinde; ilgili kurumun yöneticileri hakkında TCK. 257. Maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçu nedeni ile Cumhuriyet Başsavcılıklarına şikâyette bulunma olanağı vardır. Bu yolla, kişilerin devletten olan alacaklarını haklı bir nedene dayanmadan ödemeyen kamu kurumlarının yöneticilerinin yargılanması ve cezalandırılması sağlanabilmektedir

III.b-) İtirazın iptali davası:

Borçlu kamu kurumları bazen borçlu olmalarına rağmen zaman kazanmak için icra takiplerine itiraz etmekte ve takibi durdurmaktadırlar. Bu durumda takibin devamını sağlamak için borçlu kurum aleyhine itirazın iptali davası açmak gerekmektedir. Takibe itiraz eden kurum aleyhine açılan itirazın iptali davası sonunda borçlu kurum; %20 icra inkâr tazminatı, faiz, yargılama gideri ve mahkeme vekâlet ücretini ödemek zorunda kalmaktadır. Yani İcra takibine itiraz edilmesi ve dava açılmasına sebebiyet verilmesi halinde ilgili kamu kurumunun borcu yaklaşık olarak %50 artmaktadır. Bu durum da devlete ek bir maliyet getirmektedir.

IV-) DMO aleyhine icra takibi açılması,

Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünün 4. Maddesinde: DMO'nun iktisadi devlet teşekkülü olduğu, 233 sayılı KHK. ve Ana Statü'de olan hakları saklı kalmak kaydıyla özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmektedir.

233 sy. Kamu İktisadi Teşekkülleri Hakkında Kanun'un (KHK.) "Devlet Malı Sayılma" başlıklı 57. maddesinde; Teşebbüslerin, müesseselerin, işletmelerin ve bağlı ortaklıkların malları ve her çeşit mevcudu aleyhine işlenen suçların, devlet malı aleyhine işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere DMO'nun malları sadece ceza hükümleri açısından devlet malı sayılmakta ancak ceza hükümleri dışında (icra hukuku vs.) devlet malı olarak kabul edilmemektedir.

İİK. 82. Maddesi, Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak DMO. nun malları icra hukuku açısından devlet malı sayılmadığından haczi mümkündür. Bu nedenle DMO aleyhine icra takibi açılması halinde, haciz uygulayarak alacağı tahsil etme olanağı bulunmaktadır.

Av. Emine DURMUŞ

**Abdülhakhamit Cad. Elmas Apt. No: 3
K: 4, D: 16, Taksim, Beyoğlu / İstanbul
Tel. 0212. 2374425, faks. 0212. 2374610**