

ihale Sözleşmesine aykırılık halinin 10 gün boyunca devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğine ilişkin düzenleme

Sözleşmeye aykırılık halinin 10 gün boyunca devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğine ilişkin düzenleme hk.

Danıştay Kararı – 13. D., E. 2018/4006 K. 2019/43 T. 7.1.2019
İSTEMİN KONUSU :Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 31/10/2018 tarih ve E:2018/1547, K:2018/2017sayılı kararının temyizden incelenerek bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem:Kocaeli Üniversitesi Rektörlüğü Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı tarafından 25/05/2018 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "01.08.2018 İle 30.06.2020 Tarihleri Arasında 23 Ay Olmak Üzere Kocaeli Üniversitesi Öğrenci ve Personeline Malzeme Dahil Öğlen ve Akşam Yemeği Verme İşi" ihalesine ilişkin olarak 01/06/2018 tarihinde yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun (Kurul) 05/07/2018 tarih ve 2018/UH.I-1287 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti:Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce; dava konusu ihalede davacı şirketin döküman aldığı ancak ihaleye teklif sunmadığı, ihale dökümanında aykırılık ve çelişkiler bulunduğu bahisle teklif sunulmadığı ileri sürülerek ihalenin iptali istemiyle

21/05/2018 tarihinde şikâyet başvurusu yaptığı, başvurunun idarece 23/05/2018 tarihinde reddi üzerine, 01/06/2018 tarihinde 8 başlık altında toplanabilecek iddialarla itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu, başvurunun dava konusu Kurul kararıyla reddi üzerine davanın açıldığı, davacının;

(1) "İdari Şartname'nin 25'inci maddesinde ihale konusu iş kapsamındaki tüm giderlere yer verilmesi gerekirken personel giderleri, yemek yapımında kullanılacak gıda maddeleri ile Teknik Şartname'de belirtilen ekipman giderlerine yer verilmediği, ihale konusu iş kapsamındaki en önemli maliyet kalemlerini oluşturan bu giderlere teklif fiyatına dahil giderler arasında yer verilmemesinin, Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname'nin 25'inci maddesinin dipnotunda yer alan "Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri dışındaki tüm ihalelerde, gider kalemleri, ihale konusu işin özelliğine uygun olarak ilgili mevzuatına, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve Kamu İhale Genel Tebliği ile Kurumun diğer düzenleyici işlemlerine aykırı olmamak kaydıyla idare tarafından belirlenerek buraya yazılacaktır." açıklamasına ve tekliflerin hazırlanması ve değerlendirilmesi aşamasında oluşturacağı belirsizlik nedeniyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesine aykırılık teşkil ettiği" iddiası incelendiğinde; Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname'nin 25. maddesinin 30 numaralı dip notunda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde teklif fiyata dahil olan giderlerin işçilik ücreti, yemek ve yol giderleri, malzeme giderleri ve diğer giderler şeklinde ayrıntılı olarak yazıldığı, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri dışındaki tüm ihalelerde ise böyle bir ayrıntıya yer verilmeyerek gider kalemlerinin ihale konusu işin özelliğine uygun olarak ilgili mevzuatına aykırı olmamak kaydıyla idare tarafından belirleneceğinin ifade edildiği, mevzuat hükümleri ve dava konusu ihale dökümanları bir arada değerlendirildiğinde, ihalede teklif fiyata dahil olan tüm giderlerin idari şartnamede yer almasına gerek bulunmadığı, işçilik ücreti,

yemek ve yol giderleri ile malzeme giderlerinin de personel çalıştırılmasına dayalı olmayan dava konusu ihalenin idari şartnamesinde bulunmasına gerek olmadığı, ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin teklif fiyatına dahil olacağına ise idari şartnamede yer aldığı, idare tarafından İdari Şartname'de bulunması gereken zorunlu hususlara yer verildiği anlaşıldığından davacının bu iddiasının reddine ilişkin kısımda hukuka aykırılık bulunmadığı,

(2) "İhale dokümanının birçok yerinde çalıştırılacak personele ilişkin düzenlemelere yer verildiği, söz konusu düzenlemelerden ihalede tam zamanlı olarak çalıştırılması zorunlu olan personel bulunduğunun anlaşıldığı, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 9'uncu maddesi çerçevesinde yüklenici veya vekilinin işin devamı süresince işyerinden ayrılamayacağı, proje müdürü ve 7 kişi olarak belirlenen birim sorumlularının yüklenicinin vekili sıfatında olduğu göz önünde bulundurulduğunda söz konusu personellerin tam zamanlı olarak çalışmasının zorunlu olduğu, bu çerçevede ihale dokümanının tam zamanlı personel çalıştırılan işler için geçerli mevzuat hükümlerine göre düzenlenmesi gerektiği, ancak idare tarafından İdari Şartname'nin 25'inci maddesinde çalıştırılacak personelin sayısı ve niteliğine ilişkin net düzenlemelere yer verilmediği, bu durumun tekliflerin hazırlanmasını ve aşırı düşük teklif açıklamalarının eşit şartlarda değerlendirilmesini olanaksız hale getirdiği, işçilik giderinin tespiti ve aşırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesinde belirsizlik ve keyfiliğe yol açtığı, tam zamanlı personel çalıştırılan işlerde fiyat farkı hesaplanmasının zorunlu olmasına karşın idarece fiyat farkı hesaplanmayacağı şeklinde düzenleme yapıldığı,

İş kapsamında %3 oranında engelli personel istihdam edilmesinin zorunlu olup olmadığının veya kaç tane engelli personel çalıştırılacağına ilişkin muallak olduğu,

Ayrıca ihalede tam zamanlı çalıştırılması gereken personel bulunmasına karşın İdari Şartname'nin 25.5'inci maddesinde iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası prim oranının yer

almadığı, bu hususun Kamu İhale Genel Tebliği'ne aykırılık teşkil ettiği" iddiası incelendiğinde; mevzuat hükümleri ve ihale dökümanı bir arada değerlendirildiğinde, malzeme dahil yemek hizmet alımına ilişkin dava konusu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı niteliğinde olmadığı, kısa vadeli sigorta kolları prim oranının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde belirlenip idari şartnamelerinde bu orana yer verilmesi gerektiği düzenlemesi karşısında idarece İdari Şartname'de kısa vadeli sigorta kolları prim oranına yer verilmemesinin mevzuata aykırılık teşkil etmediği,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin anılan 78. maddesinde personel çalıştırılmasına dayalı işler için belirleme yapıldığı açık olup, Teknik Şartname'de idarece öngörülen personel sayısının isteklilerin personel maliyetine ilişkin öngörüsünü arttırmak amacıyla belirlendiği, personelin haftalık çalışma saatlerinin tamamını idarede geçirmek zorunda olmadığı hususları dikkate alındığında, işin ihale dokümanı ve sözleşmeye uygun yürütülmesi için yüklenicinin personel sayısını belirleyebileceği, öngörüsü nispetinde belirlediği personel sayısına göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri doğrultusunda engelli işçi çalıştırılması gerektiği, bu sebeple davacının %3 oranında engelli personel istihdam edilmesinin zorunlu olup olmadığının ve kaç tane engelli personel çalıştırılacağıının muallak olduğu yönündeki iddiasının yerinde olmadığı, İş Kanunu'nda aranan şartlar çerçevesinde çalıştıracağı engelli işçi sayısını yüklenicinin belirlemesi gerektiği,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'da ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 81. maddesinde ihale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatinin tamamının idarede kullanıldığı hizmet alımlarında fiyat farkı hesaplanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmesinin zorunlu olduğu ve fiyat farkı uygulanabilmesi için idari şartname ve sözleşme tasarılarında fiyat farkı hesaplanacağıının belirtilmiş olması gerektiği, personele ilişkin teknik

şartnamede ayrıntılı düzenleme yapıldığı anlaşılmakla, anılan düzenlemeler çerçevesinde gıda mühendisi, proje müdürü ve birim sorumluları dahil aşçıbaşı, aşçı ve diğer personelin de ihale konusu iş haricinde yüklenicinin farklı işlerinde çalışabileceği, davacı tarafından yüklenici vekilinin sürekli olarak işin başında bulunması gerektiğinden gıda mühendisi, proje müdürü ve birim sorumlularının tam zamanlı çalışması gerektiği iddia edilmekteyse de yüklenici vekilinin tek kişi olduğu ve yüklenicinin kendisinin işin başında bulunması gerektiği, yüklenicinin gelmemesi halinde yerine görevlendireceği vekilin personel olarak nitelendirilemeyeceği, dava konusu ihalede tam zamanlı olarak çalışması gereken personel bulunmadığı, davacının fiyat farkına ilişkin düzenleme yapılması gerektiği yönündeki iddiasının da yerinde olmadığı,

(3) "İdari Şartname'nin 8'inci maddesinde ihalenin yerli ve yabancı tüm isteklilere açık olduğu düzenlenmesine karşın yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanmadığı, bu durumun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihalelerde yerli mal ve hizmetlerin tercih edilmesi ve yerli istekli lehine fiyat avantajı tanınmasına yönelik olarak ihale dokümanlarında düzenleme yapılmasına ilişkin 2008/20 ve 2011/13 sayılı Başbakanlık genelgelerine aykırılık teşkil ettiği" iddiası incelendiğinde; 25/05/2018 tarihinde gerçekleştirilen ihalenin ilanının 25/04/2018 tarihinde yayımlandığı, İhale İlanı'nın 6. maddesinde ihalenin yerli ve yabancı tüm isteklilere açık olduğu düzenlemesinin varlığı karşısında 25/04/2018 tarihli İhale İlanı'na yansıyan bu hususa karşı mevzuat hükümleri doğrultusunda ilan tarihinden sonraki 10 gün içerisinde idareye başvuru yapılması gerektiğinden, davacı tarafından bu süre geçtikten sonra 21/05/2018 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulduğunun anlaşılması üzerine 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 11. fıkrasının (c) bendi ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Kurul kararının, davacının bu iddiasının süre yönünden reddine ilişkin kısımda hukuka aykırılık bulunmadığı,

(4) “İhale konusu işin hem öğlen hem de akşam yemeği verilmesi işi olmasına karşın Teknik Şartname’de yer alan iki haftalık örnek yemek menüsünün öğlen ve akşam yemekleri için ayrı ayrı hazırlanmadığı, bu durumun Kamu İhale Genel Tebliği’nin 79.2.6’ncı maddesine aykırılık teşkil ettiği” iddiası incelendiğinde; Teknik Şartname’nin 6 numaralı ekinde Eylül ayı örnek yemek menüsüne ve 8 numaralı ekinde öğlen veya akşam yemeği şeklinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın yemek gramaj listesine yer verildiği, Tebliğ açıklamalarından malzemeli yemek hizmet alımı ihalelerinde aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılmak üzere teknik şartnamede asgari iki haftalık örnek menü düzenlemesi yapılacağı ve bu menüde yer alan yemeklerin içerikleri ile çığ girdi miktarlarının belirtileceği anlaşılmakla, Teknik Şartname’de öğlen ve akşam yemeklerinin farklı girdiler ile hazırladığına ve farklı menülerden oluştuğuna yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığı, birim fiyat teklif cetvelinin de 2.750.000 adet malzeme dahil öğlen ve akşam yemeği verme işi şeklinde tek bir iş kaleminden oluştuğu, mevcut dokümandan öğlen ve akşam yemeklerinin aynı nitelikte olduğu değerlendirilmiş olup bu çerçevede idarece yapılan örnek yemek menüsünün tek bir menü şeklinde hazırlanmasının mevzuata uygun olduğu,

(5) “Sözleşme Tasarısı’nın “Ödeme Yeri ve Şartları” başlıklı 12’nci maddesinin, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nin 42’nci maddesinde yer alan hakedişin tahakkuka bağlandığı tarihten itibaren 30 gün içinde ödeme yapılacağına ilişkin açıklamasına aykırılık teşkil ettiği, mevcut düzenlemenin ödemenin yapılacağı tarihi belirsiz kıldığı ve idarenin takdirine bıraktığı” iddiası incelendiğinde; Sözleşme Tasarısı’nda ödeme işleminin, işin şartname esaslarına uygun olarak yerine getirilmesi ve gerekli işlemlerin yapılmasından sonra Maliye Bakanlığı’nca vize edilen programlar çerçevesinde yüklenicinin banka hesaplarına aktarılmak suretiyle yapılacağı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 7066 sayılı 2018 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ve muhtelif kanunlarla bütçe uygulama sürecine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin Maliye Bakanlığı’na verildiği ve Maliye Bakanlığı

Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 2018 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Uygulama Tebliği'nde ödeneklerin etkin, verimli, mali disiplini gözeten ve finansman maliyetlerini düşüren bir anlayışla kullanılmasına yönelik olarak, ayrıntılı harcama programları (AHP) ile ayrıntılı finansman programlarının (AFP) uygulamasının yönlendirilmesine ve gerçekleştirilecek bütçe işlemlerine ilişkin usul ve esasların belirlendiği, bu çerçevede idarenin ödeme işlemlerini söz konusu Tebliğ açıklamaları çerçevesinde yapmasının yasal bir zorunluluk olduğu görülmekle, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin ilgili maddesinde ödeme işleminin hakediş raporunun yüklenici tarafından imzalandığı tarihten başlamak üzere en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer sözleşmede bu hususta bir kayıt yoksa otuz gün içinde gerçekleştirileceği açıklaması doğrultusunda sözleşmede 30 günden farklı bir düzenleme yapılabileceği anlaşılmış olup idarece söz konusu hususa ilişkin olarak yapılan işlemlerin mevzuata uygun olduğu,

(6) "Sözleşme Tasarısı ile Teknik Şartname'nin "Cezalar ve Sözleşmenin Feshi"ne ilişkin maddelerinde birbiriyle çelişen düzenlemelerin bulunduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde iki ayrı yerde "sözleşme bedelinin 0,0006'sı (onbindealtı) oranında ceza uygulanacağı" ifade edilmesine karşın bunlardan birinin hangi aykırılığa ilişkin olduğunun anlaşılamadığı, söz konusu ifadeye Teknik Şartname'de bir kez yer verildiği,

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 16'ncı maddesinin 26 numaralı dipnotundaki düzenleme çerçevesinde sözleşmeye aykırılık olarak belirlenen her bir durumun art arda veya aralıklı olarak kaç defa gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshedileceği hususunun düzenlenmesi gerekmesine karşın Teknik Şartname'nin 16'ncı maddesi haricindeki 77 maddesi için bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı, bu durumun 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'nci maddesine aykırılık teşkil ettiği,

Ayrıca Sözleşme Tasarısı ile Teknik Şartname'de ceza konusu durumun 10 gün süreyle devam etmesi halinde 4735 sayılı

Kanun'a göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği düzenlemesine yer verilmesine karşın 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20'nci maddesine göre sözleşmenin feshedilebilmesi için idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi gerektiği" iddiası incelendiğinde; Sözleşme Tasarısı ile Teknik Şartname'nin maddeleri bir arada değerlendirildiğinde söz konusu maddeler arasında herhangi bir çelişki olmadığı, birbirine uygun olarak düzenlendiği, Sözleşme Tasarısının 16.1.1. maddesinin 4. paragrafında yer alan "sözleşme bedelinin 0,0006 sı (onbindealtı) oranında; İdaremizce uyarı yapılmaksızın her bir durum için ayrı ayrı günlük ceza uygulanıp, ilgili ayın hakedişinden kesilecektir." ibaresinin sehven yazıldığı ve bu durumun herhangi bir çelişki ve tereddüt oluşturmadığı,

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16. maddesine ait 26 numaralı dipnotta yapılan açıklamalardan, sürekli tekrar eden işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi halinde her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının sözleşme bedelinin %1'ini geçmeyecek şekilde oran olarak belirleneceği, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, öngörülen ceza uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısının (iki veya daha fazla) idarece belirleneceği, ancak ağır aykırılık hallerinde, bu aykırılık halleri maddede belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi öngörülen şekilde sözleşmenin feshedilebileceği hususuna da idarece gerek görülmesi halinde bu maddede yer verilmesi gerektiği anlaşılmakla, idare tarafından hizmetin ifasında yükleniciden kaynaklanan bir kusurun meydana gelmesi halinde her bir aykırılık hali için belli oranda ceza kesileceğine, kesilecek cezanın toplam tutarının, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu

geçmeyeceğine, gıda kaynaklı vaka durumunun vuku bulması halinde 2. seferde, diğer hallerde ceza konusu durumun 10 gün süreyle devam etmesi halinde sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın feshedileceğine yönelik düzenleme yapıldığı görülmekle, 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin anılan (a) ve (b) bentlerinin gerçekleşmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceğinin ve sözleşmenin feshedileceğinin hüküm altına alındığı, (a) bendinde yer alan ihtar konusunun ise cezanın uygulanmasına ilişkin olduğu, nitekim Sözleşme Tasarısı'nın 16.3. maddesinde ihtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatın gelir kaydedilerek sözleşmenin feshedileceğinin düzenlendiği, bu çerçevede idare tarafından ihtar yapılmayacağına yönelik bir düzenleme yapılmadığı, aynı husus 10 gün boyunca devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğinin belirtildiği ve bu durumun mevzuata aykırılık teşkil etmediği sonucuna varıldığı,

(7) "Teknik Şartname'nin 20'nci maddesinde sözleşmenin süresinden önce herhangi bir nedenle feshedilmesi ya da sözleşme süresinin bitiminden sonra idarenin talebi halinde Teknik Şartname ek-3 ve ek-4'te yer alan yükleniciye ait demirbaş ve mutfak malzemelerinin 3 ay süreyle ve ücretsiz olarak idarenin kullanımına bırakılacağı düzenlenmesine yer verildiği, ek bir maliyet oluşturan böylesi bir durumda ücret ödenmeyeceği öngörülen söz konusu düzenlemenin 4735 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine aykırılık teşkil ettiği" iddiası incelendiğinde; dava konusu işin süreklilik arz eden bir hizmet alımı niteliğinde olduğu ve idarenin işin kesintisiz olarak gerçekleştirilebilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu dikkate alındığında böyle bir düzenleme yapılmasının mevzuata aykırılık teşkil etmediği, demirbaş ve malzemelerin idarenin kullanımına bırakılmasından ötürü maddi talepte bulunulmayacağı şeklindeki düzenlemenin bu hususun

ücretsiz olarak gerçekleştirileceği anlamına gelmediği, isteklilerin bahse konu demirbaş ve malzemeleri sözleşmeden sonra üç ay süre ile idarenin kullanımına bırakacaklarını hesaba katarak teklif fiyatlarını oluşturmaları gerektiği sonucuna varıldığı,

(8) "Teknik Şartname ek-8'de yer alan yemek gramaj listesinde en temel yemek girdilerinden olan ve örnek yemek menüsü ile yemek listesindeki yemeklerin hemen hemen tamamında kullanılan sıvı ayçiçek yağı ile süt girdilerinin birimlerinin gram olarak belirlendiği, ancak sıvı gıdaların ölçü birimlerinin litre olduğu ve piyasadan da litre üzerinden temin edilebildiği, gıdaların her birinin farklı yoğunlukta olması ve tekliflerin hazırlanması ile aşırı düşük tekliflerin sorgulanması aşamalarında söz konusu gıdaların fiyatlarının sadece litre üzerinden tevsik edilmesinin mümkün olduğu, bu çerçevede yapılan düzenlemenin belirsizlik oluşturduğu ve ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılmasını olanaksız hale getirdiği" iddiası incelendiğinde; Teknik Şartname'nin 8 numaralı ekinde yemek gramaj listesine yer verildiği ve söz konusu listede ayçiçek yağı ve sütün ölçü birimlerinin gram olarak ifade edildiği görülmekle, söz konusu gıdaların ölçü birimlerinin her ne kadar litre olduğu ve yemek gramaj listesinde ölçüsünün litre üzerinden verilmesinin daha uygun olacağı anlaşılmaktaysa da istekliler tarafından iddia konusu gıdaların idarece istenilen miktarlarının kaç litreye denk geldiği hesaplanarak teklif fiyatının oluşturulabileceği ve aşırı düşük teklif sorgulamasının da bu şekilde gerçekleştirilebileceği, bahse konu hususun tekliflerin hazırlanmasına ve değerlendirilmesine engel teşkil etmeyeceğinden bu iddia yönünden de davacının başvurusunun reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu 05/07/2018 tarih ve 2018/UH.I-1287 sayılı Kurul kararı hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :Davacı tarafından, Mahkeme kararında ihale dokümanına yönelik yapılan başvurunun hatalı

değerlendirilerek kendilerinin zeyilname düzenlenmesini istemediği gerekçesiyle basiretli bir tacir gibi davranmadığı sonucuna varıldığı, ihale dokümanına yönelik yapılan başvurunun zeyilname düzenlenmesi amacıyla yapıldığı, idarenin teklif fiyatına dahil olan bütün gider kalemlerine İdari Şartname'de yer vermesinin zorunlu olduğu, dava konusu ihalenin niteliği göz önüne alındığında İdari Şartname'nin 25. maddesinde isteklilerde tereddüte sebep olacak şekilde gider kalemlerinin ayrıntılı olarak açıklanmadığı, iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası prim oranının idari şartnamede belirtilmemiş olmasının ihaleye teklif verilmesini engellediği, dava konusu ihalede çalıştırılacak personel sayısının idare tarafından Teknik Şartname'de belirlendiği, ancak buna rağmen prim oranlarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye ihale dokümanında yer verilmediği, yüklenicinin hangi dönemde kaç engelli veya eski hükümlü çalıştıracağını düzenlenmemesinin hukuka aykırı olduğu, İş Kanunu'nda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ile personel çalıştırılmasına dayalı olmayan hizmet alımları arasında ayırım yapılmadığı, engelli işçi çalıştırılmasının teklif fiyatı oluştururken önemli bir unsur olduğu, ihale dokümanında engelli işçi sayısının belirlenmemesinin mevzuata aykırı olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinin Tip Sözleşme Tasarısı'nın 26'nolu dipnotuna göre düzenlenmemesinin ihalenin iptali sebebi olduğu, sözleşmeye aykırılık olarak belirlenen her bir durumun art arda veya aralıklı olarak kaç defa gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshedileceği hususunun düzenlenmesi gerektiği, dava konusu ihaleye ilişkin dokümanda bu konuda bir düzenlemenin bulunmadığı, sözleşmenin süresinden önce herhangi bir nedenle feshedilmesi ya da sözleşme süresinin bitiminden sonra idarenin talebi halinde yükleniciye ait demirbaş ve mutfak malzemelerinin 3 ay süreyle ve ücretsiz olarak idarenin kullanımına bırakılacağı düzenlenmesine yer verildiği, ancak bu hususun teklif fiyatına dahil edilemeyeceği, bu durumun hukuk devleti ilkesine de aykırı olduğu, çiğ girdi miktarlarına ilişkin belirsizlikler ve hatalar bulunduğu, sıvı ayçiçek yağı ile süt girdilerinin

birimlerinin gram olarak belirlendiği, ancak sıvı gıdaların ölçü birimlerinin litre olduğu ve piyasadan da litre üzerinden temin edilebildiği, gıdaların her birinin farklı yoğunlukta olması ve tekliflerin hazırlanması ile aşırı düşük tekliflerin sorgulanması aşamalarında söz konusu gıdaların fiyatlarının sadece litre üzerinden tevsik edilmesinin mümkün olduğu, bu çerçevede yapılan düzenlemenin belirsizlik oluşturduğu ve ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılmasını olanaksız hale getirdiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :Davalı idare tarafından,Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname'nin 25. maddesinin 30 numaralı dip notunda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde teklif fiyata dahil olan giderlerin işçilik ücreti, yemek ve yol giderleri, malzeme giderleri ve diğer giderler şeklinde ayrıntılı olarak yazıldığı, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri dışındaki tüm ihalelerde ise böyle bir ayrıntıya yer verilmeyerek gider kalemlerinin ihale konusu işin özelliğine uygun olarak ilgili mevzuatına aykırı olmamak kaydıyla idare tarafından belirleneceğinin ifade edildiği, 4734 sayılı Kanun'un 27. maddesinde de idari şartnamelerde yer verilecek asgari hususların belirtildiği, dava konusu ihalede anılan mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenlemeler yapıldığı, kısa vadeli sigorta kolları prim oranının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde belirlenip idari şartnamelerinde bu orana yer verilmesi gerektiği, ancak dava konusu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı niteliğinde olmadığı, dava konusu ihalede açıkça düzenlendiği üzere işin ihale dokümanı ve sözleşmeye uygun yürütülmesi için yüklenicinin personel sayısını belirleyebileceği, bu çerçevede personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı niteliğinde olmayan ihalede çalıştırılacak engelli işçi sayısının belirtilmesinin zorunlu olmadığı, kaldı ki Teknik Şartname'de açıkça %3 oranında engelli işçi çalıştırılması gerektiğinin düzenlendiği, ihale dokümanında cezaların tespitine ilişkin herhangi bir çelişki bulunmadığı, ayrıca idare tarafından ihtar yapılmayacağına yönelik bir

düzenleme de yapılmadığı, sözleşmeye aykırılık halinin 10 gün boyunca devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğinin belirtildiği ve bu durumun mevzuata aykırılık teşkil etmediği, dava konusu işin süreklilik arz eden bir hizmet alımı niteliğinde olduğu ve idarenin işin kesintisiz olarak gerçekleştirilebilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu, bu çerçevede demirbaş ve malzemelerin idarenin kullanımına bırakılmasında hukuka aykırılık görülmediği, idarenin kullanımına bırakılmadan ötürü maddi talepte bulunulmayacağı şeklindeki düzenlemenin bu hususun ücretsiz olarak gerçekleştirileceği anlamına da gelmediği, bazı gıdaların ölçü birimlerinin litre olmasına karşın gramaj listesinde ölçüsünün litre üzerinden verilmediği, ancak istekliler tarafından iddia konusu gıdaların idarece istenilen miktarlarının kaç litreye denk geldiği hesaplanarak teklif fiyatının oluşturulabileceğinin açık olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K1'NİN DÜŞÜNCESİ :Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

- 1.Davacının temyiz isteminin reddine,
- 2.Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki Ankara
3. İdare Mahkemesi'nin 31/10/2018 tarih ve E:2018/1547, K:2018/2017 sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA,
- 3.Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
- 4.Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine,
- 5.Kullanılmayan 59,10-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
- 6.Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
- 7.2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere),07/01/2019tarihinde oybirliğiyle karar verildi.