

Hizmetin alınış biçiminde farklılığa gidilmek suretiyle yeniden ihale yapılmasının ihalenin iptal kararı hk.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2020/3348 K.

2020/3157 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3157

Karar No:2020/3348

TEMYİZ EDEN (DAVALI): ... Kurumu

VEKİLİ: ...

KARŞI TARAF (DAVACI): ... Ltd. Şti.

VEKİLİ: ...

İSTEMİN_KONUSU: ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ:

Dava konusu istem: Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nce 30/10/2019 tarihinde açık **ihale** usulüyle gerçekleştirilen ... **ihale** kayıt numaralı “İki (2) Yıl Süreli Yemek Hazırlama, Yemek Servisi ve Fırın İşçilikleri” **ihalesine** ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair 13/05/2020 tarih ve ... sayılı Kamu **İhale** Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; uyuşmazlığın esasının çözümlenebilmesi için 4734 sayılı Kanun'la tanınan ve idarece **ihalenin** iptali yönünde kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığının irdelenmesi gerektiği, olayda her ne kadar idarece covid-19 salgını sebep gösterilerek **ihalenin** iptaline karar verilmiş ise de, söz konusu salgın sebebiyle işin mahiyetindeki değişmeden bahisle **ihale** sürecinin aksayacağı kabul edilse dahi sözleşmenin yürütülmesi aşamasında 4735 sayılı Kanun'la öngörülen iş eksilişi yoluyla sözleşmenin icra edilmesinin mümkün olabileceği, yine **ihale** dokümanında yer alan birim fiyat teklif cetvelinde kumanya menüsüne yer verildiği ve covid-19 süreci nedeniyle personele kumanya dağıtımı gerçekleştirilmesi hâlinde mevcut **ihale** dokümanında yer alan örnek kumanya menüleri ile sözleşmenin icra edilebileceği, bu bağlamda, idarenin mevcut **ihale** dokümanı ile **ihale** sürecinin yürütülemeyeceği yönündeki iddiasının yerinde olmadığı, ayrıca **ihalenin** iptaline ilişkin olarak koronavirüs salgınının ne zaman sona ereceğinin belirsiz olmasının da gerekçe olarak gösterildiği görülmekle birlikte, bu belirsizlik devam etmekte iken idareden yeniden aynı yönde **ihale** gerçekleştirilmesinin beklenemeyeceği, öte yandan, 17/04/2020 tarihli yönetim kurulu kararında belirsizlik sürecinin atlatılarak salgının son bulması ve yeni çalışma şartlarının oluşmasına kadar geçecek süreç içerisinde yemek dağıtım işlerine ... Tarım İşletmesi Müdürlüğü'nün kendi imkânları ile devam etmesi kararlaştırıldığı hâlde EKAP üzerinden ... **ihale** kayıt numaralı "Aşçılık, Garsonluk ve Temizlik İşleri" **ihalesinin** gerçekleştirileceğinin duyurulduğu, Mahkemenin 16/07/2020 tarihli ara kararı gereği davalı idarece sunulan belgelerden ... **ihale** kayıt numaralı **ihalenin** mevcut **ihale** ile benzer yönlerinin bulunduğu, bu itibarla, idarenin 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerinden olan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi ile güvenilirlik ilkesine aykırı hareket ettiği anlaşıldığından, idarece takdir yetkisinin kamu yararına aykırı olarak kullanılması

suretiyle **ihalenin** iptali yönünde alınan karara yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI: Davalı idare tarafından, **ihalenin** iptaline ilişkin temel gerekçenin Covid-19 salgını nedeniyle alımı yapılacak hizmet niteliğinin değişmesi olduğu, bahse konu alımın yemek hizmetine ilişkin olması nedeniyle hizmetin kurum personeline verileceği, söz konusu salgın sürecinde ülke genelinde muhtelif önlemler alınarak yeni çalışma modellerinin kullanıldığı, personel çalışma şekillerinin değiştirildiği, hizmetin ana unsurunun personele verilecek yemek olması nedeniyle önemli ölçüde düşüş göstereceği ve salgın sürecinin ne kadar devam edeceğinin belirsiz olması nedeniyle genel niteliği değişen hizmetin mevcut **ihale** dokümanına uygun devam ettirilemeyeceği, söz konusu gerekçelerin öngörülebilir olmayan salgın olayı ile ilgili olduğu, henüz sözleşmesi imzalanmayan yemek hizmetine yönelik oluşan yeni şartlara göre değerlendirme yapılması gerekliliğinin ortaya konulduğu, **ihale** konusu işin ana unsuruna ilişkin hizmet verilemeyeceği açık olan somut durumda sözleşme sürecinde iş eksilişi yapılabileceği gerekçesi kullanılarak **ihale** işlemlerine devam edilmesinin uygun olmayacağı, **ihalenin** iptal edilmesi işleminde, 4734 sayılı Kanun'da **ihalenin** iptali konusunda idarelere tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıldığı, davacının iddialarının yerinde olmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI: Davacı tarafından, takdir yetkisinin idarece hem keyfi hem de kamu yararı ve menfaatlerini zedeler şekilde kullanıldığı, covid-19 salgınının ülkemizde görülmeye başladığı 08/03/2020 tarihinden ve bu konuda alınan tedbirlerden yaklaşık bir ay sonra, Kamu **ihale** Kurulu

tarafından **ihalenin** iptaline ilişkin kararın iptal edilmesinin hemen akabinde **ihalenin** yeniden iptal edilmesinin salgının fırsat sayılması suretiyle **ihalenin** iptal edildiğini gösterdiği, covid-19 salgını sebep gösterilerek **ihalenin** iptaline karar verilmişse de sözleşmenin yürütülmesi aşamasında 4735 sayılı Kanun'la öngörülen iş eksilişi yoluyla sözleşmenin icra edilmesinin mümkün olduğu, **ihale** dokümanında yer alan birim fiyat teklif cetvelinde kumanya menüsüne yer verildiği ve covid-19 süreci nedeniyle personele kumanya dağıtımını gerçekleştirilmesi halinde mevcut **ihale** dokümanında yer alan örnek kumanya menüleri ile sözleşmenin icra edilebileceği, bu bağlamda idarenin mevcut **ihale** dokümanı ile **ihale** sürecinin yürütülemeyeceği yönündeki iddiasının yerinde olmadığı, ayrıca covid-19 salgınınındaki belirsizlik sona erene ve yeni çalışma şartlarının oluşmasına kadar geçecek süreç içerisinde yemek dağıtım işlerine ... Tarım İşletmesi Müdürlüğü'nün kendi imkânları ile devam etmesi kararlaştırılmış olmasına rağmen EKAP üzerinden ... **ihale** kayıt numaralı "Aşçılık, Garsonluk ve Temizlik İşİ" **ihalesinin** gerçekleştirileceğinin duyurulduğu belirtilerek Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü 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 görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nce 30/10/2019 tarihinde ... **ihale** kayıt numaralı "İki (2) Yıl Süreli Yemek Hazırlama,

Yemek Servisi ve Fırın İşçilikleri” ihalesinin gerçekleştirildiği, ihaleyi gerçekleştiren idarece alınan 17/04/2020 tarihli yönetim kurulu kararı ile, “... Üretime yönelik en önemli lojistik desteklerden biri olan yemek yapımı ve dağıtımının büyük önem arz ettiği, ayrıca Dünya üzerinde salgın hâline gelen ve bütün çalışma hayatını her boyutuyla etkileyen Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11/03/2020 tarihinden itibaren pandemi olarak kabul edilen Covid-19 Koronavirüs salgını sonrası hijyen şartları ve gıda güvenliğinin öneminin bir kat daha arttığı görülmüştür. Ayrıca, yemek hizmetlerinin herhangi bir aksamaya sebep vermeden ve kesintiye uğramadan hijyen şartları ve gıda güvenliğini en üst seviyede tutarak yürütülebilmesi için ... Tarım İşletmesi Müdürlüğü tarafından tüm tedbirler alınmıştır. ... Tarım İşletmesi Müdürlüğünce, yoğun dönemde işletme mutfaklarından her gün yaklaşık 3.500 kişilik öğle ve akşam yemeği hazırlanmakta ve servis edilmektedir. Korona virüs salgını nedeniyle içerisinde bulunduğumuz bu sıkıntılı süreçte, yayımlanan genelgeler kapsamında esnek çalışma programı dâhilinde asgari düzeyde personel ile çalışılması, 60 yaş üstü ve kronik rahatsızlığı olan personele de idari izin verilmesine bağlı olarak günlük hazırlanan yemek sayısında önemli ölçüde düşüşler olduğu da göz önünde bulundurularak, virüsün yayılmasına önlem alınması bakımından, yaşanan gelişmelere paralel olarak sürekli yeni stratejiler geliştirilerek yeni kararlar alınmak zorunda kalmaktadır. Bu bağlamda önümüzdeki dönemlerde kahvaltı ve yemek servisleri yerine kumanya dağıtılması veya çiğ girdi ya da nakdi ödeme yapılarak tüm personelin yemeğini evinden getirmesi yöntemleri birer seçenek olarak değerlendirilerek alternatif planlar yapılmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere Dünyada pandemi hâline gelen Covid-19 Koronavirüs salgın nedeniyle tüm çalışma şartları değişmiş, buna bağlı olarak ... Tarım İşletmesi Müdürlüğünde hazırlanan yemek menülerinde, dağıtım şekillerinde değişiklikler kaçınılmaz hâle gelmiştir. Önümüzdeki süreçte mevcut salgın hastalığın süresi, oluşacak yeni durumlarla ilgili olarak belirsizlikler devam etmekte, konu üzerinde çalışan Bilim Kurulu ve Hükümet kararları ile

her gün yeni bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Bilim Kurulunca alınan kararlara paralel yayınlanan Genelgelere bağlı olarak İşletme Müdürlüğü de sürekli yeni stratejiler geliştirilmekte ve kararlar alarak uygulamaya koymaktadır. Önümüzdeki dönemde yaşanacak gelişmelere bağlı olarak alınacak tedbirler arasında yemek dağıtımına ilişkin olarak uygulamaya konulması planlanan seçeneklerden bir kaçı ise yukarıda bahsedildiği üzere yemek yerine kumanya dağıtımına geçilmesi veya çığ kumanya verilerek ya da nakit ödeme yapılarak çalışanların evinden yemek getirmesi olarak değerlendirilmektedir. Covid-19 salgını bütün çalışma hayatını etkilemiş, üretimin kesintiye uğramadan sürdürülebilmesi için yeni uygulamalar geliştirilmesi zorunda kalınmıştır. Salgının bitiş zamanıyla ilgili bir öngörü bulunmamakla birlikte, salgın sona erse dahi sonrasında çalışma hayatımızda yaşanacak değişiklikler bilinmemektedir. Bu nedenle, önümüzdeki dönemler için de çalışma planlarımızı buna göre yapmamızda bir zorunluluk hâline gelmiştir. Bu bağlamda, bahse konu iptal kararımız Kamu **ihale** Kurumu'nun 01/04/2020 tarih ve ... sayılı kararı gereği geri alınmış olsa da, yukarıda sayılan gerekçelerden dolayı yemek hazırlama ve dağıtım işinin mevcut **ihale** dokümanı ile yürütülmesinin imkânsız hale geldiği açık bir şekilde görüldüğünden, önümüzdeki belirsizlik süreci atlatılarak salgının son bulması ve yeni çalışma şartlarının oluşmasına kadar geçecek süreç içerisinde yemek dağıtım işlerine ... Tarım İşletmesi Müdürlüğünün kendi imkânları ile devam edilmesi, ileride oluşacak şartlar doğrultusunda işin **ihale** yapılmak suretiyle alt yüklenicilere yaptırılmasının düşünülmesi hâlinde ise, **ihale** dokümanının yeni oluşacak şartlara göre mutlak suretle yeniden hazırlanarak yeniden **ihaleye** çıkılmasının daha uygun olacağı değerlendirildiğinden **ihalenin** tekrar iptal edilmesi hakkındaki 16/04/2020 tarih ve ... sayılı **ihale** komisyon kararının onaylanmasına" karar verilmek suretiyle davaya konu **ihalenin** iptal edildiği, davacı şirketin **ihalenin** iptaline ilişkin bu karara karşı 27/04/2020 tarihli dilekçeyle itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, Kamu **ihale** Kurulu'nun

13/05/2020 tarih ve ... sayılı kararı ile itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu **İhale** Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5'inci maddesinde, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak **ihale**lerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur..."; "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve **ihalenin** iptali" başlıklı 39'uncu maddesinde, "**İhale** komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek **ihale**yi iptal etmekte serbesttir. **İhalenin** iptal edilmesi hâlinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması hâlinde, **ihalenin** iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir."; "**İhalenin** karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40'inci maddesinde, "...**İhale** yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde **ihale** kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. **İhale**; kararın onaylanması hâlinde geçerli, iptal edilmesi hâlinde ise hükümsüz sayılır. **İhale** kararları **ihale** yetkilisince onaylanmadan önce idareler, **ihale** üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin **ihale**lere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi **ihale** kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda **ihale** iptal edilir." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

4734 sayılı Kamu **İhale** Kanunu'na göre yapılan **ihale**lerde **ihalenin** iptali hususunda **ihale** komisyonlarına ve dolayısıyla idarelere takdir yetkisi tanınmakla birlikte, bu takdir yetkisi mutlak ve

sınırsız bir yetki niteliğinde olmadığından, takdir yetkisinin anılan Kanun'un temel ilkelerine uygun şekilde, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kullanılması ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Dosya incelendiğinde, **ihale**nin iptaline ilişkin gerekçenin covid-19 salgını nedeniyle alımı yapılacak hizmet niteliğinin değişmesi olduğu gerekçede, bahse konu alımın yemek hizmetine ilişkin olduğu ve hizmetin kurum personeline verileceği, salgın sürecinde ülke genelinde muhtelif önlemler alınarak yeni çalışma modellerinin kullanıldığı, personel çalışma şekillerinin değiştirildiği, hizmetin ana unsurunun personele verilecek yemek olması nedeniyle yemek hizmetinde önemli ölçüde düşüş olacağı, salgın sürecinin ne kadar devam edeceğinin belirsiz olması nedeniyle genel niteliği değişen hizmetin mevcut **ihale** dokümanına uygun olarak devam ettirilemeyeceğinin ifade edildiği, bu çerçevede söz konusu gerekçelerin öngörülebilir olmayan salgın olayı ile ilgili olduğu ve henüz sözleşmesi imzalanmayan yemek hizmetine yönelik oluşan yeni şartlara göre değerlendirme yapılması gerekliliğinin ortaya konulduğu, **ihale** konusu işin ana unsuruna ilişkin hizmet verilip verilemeyeceğinin belirsiz olduğu somut durumda sözleşme sürecinde iş eksilişi yapılabileceği gerekçesiyle **ihale** işlemlerine devam edilmesinin uygun olmayacağı göz önüne alındığında, **ihale**nin iptali konusunda idarelere tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullanılmadığı sonucuna varılmış olup, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, Mahkeme kararının gerekçesinde, "covid 19 salgını nedeniyle belirsizlik devam etmekte iken idareden yeniden aynı yönde **ihale** gerçekleştirmesinin beklenemeyeceği, ancak 17/04/2020 tarihli yönetim kurulu kararında belirsizlik süreci atlatılarak salgının son bulması ve yeni çalışma şartlarının oluşmasına kadar geçecek süreç içerisinde yemek dağıtım işlerine ... Tarım İşletmesi Müdürlüğü'nün kendi imkânları ile devam etmesi kararlaştırılmış olmasına rağmen EKAP üzerinden ... **ihale** kayıt numaralı "Aşçılık, Garsonluk ve Temizlik

İşi" **ihalesinin** gerçekleştirileceğinin duyurulduğu, 16/07/2020 tarihli ara kararı gereğince davalı idarece sunulan belgelerden ... **ihale** kayıt numaralı **ihalenin** mevcut **ihale** ile benzer yönlerinin bulunduğu, bu itibarla, idarenin, 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerinden olan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi ile güvenilirlik ilkesine aykırı hareket ettiği" belirtilmekte ise de, ... **ihale** kayıt numaralı "Aşçılık, Garsonluk ve Temizlik İşleri" **ihalesine** ilişkin dokümanın EKAP üzerinden incelenmesinden, bu **ihalede** davaya konu **ihaleden** farklı olarak malzeme tedarikinin sözleşmeyi imzalayan firma tarafından değil idarece sağlanacağı, ikinci **ihalenin** dava konusu **ihaleden** farklı olarak yalnızca personel çalıştırmaya yönelik olduğu, dava konusu **ihalede** yaklaşık maliyet ...-TL iken idarece daha sonra yapılan **ihalenin** yaklaşık maliyetinin ...-TL olduğu, idarece iptal edilen **ihale** ile benzer nitelikte **ihaleye** çıkıldığından söz etmenin mümkün olmadığı, dava konusu **ihalenin** iptaline ilişkin kararın alındığı Nisan ayının ülkemizde salgının yaygınlığının hızla artmaya ve olağanüstü tedbirlerin alınmaya başladığı döneme tekabül ettiği, içinde bulunulan belirsizlikte kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olan idarece bahsi geçen hususlar dikkate alınarak hizmetin alınış biçiminde farklılığa gidilmek suretiyle yeniden **ihale** yapılmasının, dava konusu **ihalenin** iptali kararını sakatlamayacağı sonucuna varıldığından, ihtiyacın uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile kamu yararı gözetilerek **ihalenin** iptal edilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu itibarla, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı

kararının BOZULMASINA,

3. DAVANIN REDDİNE,

4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

5. ...-TL temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

6. Posta giderleri avansından artan tutar ile istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine,

7. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

8. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 25/11/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.