

ihalenin personel  
çalıştırılmasına dayalı  
olmayan malzeme dahil yemek  
pişirme yoluyla mamul yemek  
alımı dağıtımı ve sonrası  
işler için konulu dava farklı  
olarak personel  
çalıştırılmasına dayalı  
hizmet alımı ihalesi olduğu  
dolayısıyla bakılan dava ile  
bu yönüyle benzerlik  
taşımadığı hk (Danıştay  
kararlı)

Toplantı No	: 2021/050
Gündem No	: 42
Karar Tarihi	: 15.12.2021
Karar No	: 2021/MK-493

**BAŞVURU SAHİBİ:**

Hayat Organizasyon Ve Dan. San. Tic. Ltd. Şti.

**İHALEYİ YAPAN İDARE:**

Kütahya Aile Çalışma Ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü

**BAŞVURUYA KONU İHALE:**

2020/535541 İhale Kayıt Numaralı "Kuruluş Mutfağında, Malzeme Dahil Yemek Pişirme Yoluyla Mamul Yemek Alımı Dağıtım Servisi Ve Sonrası İşler" İhalesi

**KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:****KARAR:**

Kütahya Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü tarafından yapılan 2020/535541 ihale kayıt numaralı "Kuruluş Mutfağında, Malzeme Dahil Yemek Pişirme Yoluyla Mamul Yemek Alımı Dağıtım Servisi ve Sonrası İşler" ihalesine ilişkin olarak Hayat Organizasyon ve Dan. San. Tic. Ltd. Şti. itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 23.12.2020 tarihli ve 2020/UH.II-2150 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Hayat Organizasyon ve Dan. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 14. İdare Mahkemesinin 16.03.2021 tarihli ve E:2021/181, K:2021/602 sayılı kararında "İdari Şartname'nin "Teklif fiyata dahil giderler" başlıklı 25'inci maddesinde; "25.3.2. İşçilik ücreti, yemek ve giyecek giderleri:

Kadın Konukevi için; Yemeklerin kuruluştaki pişirildiği ve bu hizmetin sunulması işiyle ilgili olarak aylık (26) gün üzerinden fiilen çalışan personelin tüm mesaisini kuruluştaki geçirdiği hallerde, hizmetin sunulmasıyla görevli;  
(1) aşçı  
(1) servis elemanı,  
işçilik giderleri (işçi ücreti, sigorta prim giderleri, yemek, yol, giyim, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılacak toplam 31 gün (2 personel için), Huzurevi için; Yemeklerin kuruluştaki pişirildiği ve bu hizmetin sunulması işiyle ilgili olarak aylık (26) gün üzerinden fiilen çalışan personelin tüm mesaisini kuruluştaki geçirdiği hallerde, hizmetin sunulmasıyla görevli;

(2) aşçı,

(1) aşçı yardımcısı,

(9) servis elemanı,

işçilik giderleri [(işçi ücreti, sigorta prim giderleri, yemek, yol, giyim, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılacak toplam 186 gün (10 personel için)..."düzenlemesi,

47.17. maddesinde; "Yüklenici tarafından çalıştırılan işçiler İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatı hükümlerine tabi olup, çalıştırılan işçilerin mevzuatla ilgili tüm hakları saklıdır. Yüklenici firma, idare tarafından talep edilmesi halinde, yıllık izin hariç, evlenme, doğum, ölüm, hastalık raporu ve özel izinler nedeniyle hizmette aksamaya meydan vermemek için personel temin etmek zorundadır. Sosyal güvenlik mevzuatı ile işçi alınması, işçi haklarının ödenmesi, işçi çıkartılması ve sair konularda tüm sorumluluk yüklenici firmaya ait olup, idare bu konularda sorumlu sayılmayacaktır..." "düzenlemesi yer almaktadır.

Olayda söz konusu düzenlemenin ilgili mevzuattan kaynaklanan parasal hakların tamamının karşılanacağı şeklinde anlaşılmasının kaçınılmaz olduğu, bunlar arasında ilk aklâ gelenin de kıdem ve ihbar tazminatı olduğunda duraksama olmadığ, bu haliyle mevcut düzenlemelerin hem mevzuata aykırı olduğu, hem de tekliflerin oluşturulmasını engelleyici veya isteklileri tereddüde düşürücü nitelikte olduğu anlaşılmalı davacının anılan iddiası yönünden dava konusu işlemler hukuka uygunluk görülmemiştir.

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 19.10.2018 tarihli ve E: 2018/3003, K: 2018/2927 sayılı kararı da bu yöndedir... Açıklanan nedenlerle; dava konusu Kurul kararının birinci iddia yönünden iptaline, ikinci, üçüncü ve dördüncü iddialar yönünden ise davanın reddine." gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının birinci iddia yönünden iptaline karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının gereklerini yerine getirmek üzere Kurulca alınan 11.08.2021 tarihli ve 2021/MK-342 sayılı Kurul kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 23.12.2020 tarihli ve 2020/UH.II-2150 sayılı kararının birinci iddia ilgili kısmının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline" karar verilmiştir.

Bu defa, anılan Mahkeme kararı üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 13. Dairesi'nin 28.09.2021 tarihli ve E:2021/3750, K:2021/3043 sayılı kararı ile "İdare Mahkemesi kararının yalnızca iptale ilişkin kısmı temyiz edildiğinden bu kısım sınırlı inceleme yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine atıfta bulunularak kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin öncelikli muhatabın ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğunun kurala bağlandığı, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin ise, personel çalıştırmasına dayalı ihalelere ilişkin olduğu açıklanmıştır.

Uyuşmazlığa konu ihalenin, personel çalıştırılmasına dayalı olmayan malzeme dahil yemek pişirme yoluyla mamul yemek alımı, dağıtım, servisi ve sonrası işler için hizmet alımı ihalesi olduğu, ihale kapsamında toplam 338.726 adet öğün yemeğin alınacağı görülmektedir.

Bu durumda, personel çalıştırılmasına dayalı olmayan bir hizmet alımı olan uyuşmazlıkta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesi yer alan ve kıdem tazminatının idarelerce ödenmesi hususuna ilişkin kuralların söz konusu ihalede uygulanmayacağı, bu itibarla, başvuruya konu ihaleye ilişkin İdari Şartname'nin 47.17. maddesinde yer alan düzenlemenin ve dolayısıyla çalıştırılacak personele ilişkin olarak iş mevzuatından kaynaklanan yükümlülükler konusunda 4857 sayılı İş Kanunu ve ilgili diğer mevzuata atıfta bulunulması hukuka aykırı olmadığı gibi isteklilerin tekliflerini sunmasına da engel teşkil etmediği sonucuna varıldığından, Kurul kararının bu kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Mahkeme kararında atıf yapılan Dairemizin 19/10/2018 tarih ve E:2018/3003, K:2018/2927 sayılı kararı incelendiğinde, karara konu ihalenin bakılan uyuşmazlıktan farklı olarak personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesi olduğu, dolayısıyla bakılan dava ile bu yönüyle benzerlik taşımadığı görülmüştür.

Bu itibarla, dava konusu Kurul kararının davacının birinci iddiasının reddine yönelik kısmının 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 Ankara 14. İdare Mahkemesi'nin 16/03/2021 tarih ve E:2021/181, K:2021/602 sayılı kararının dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına,  
3. Bu kısım yönünden de davanın reddine,

...

9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere) 28/09/2021 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi." ifadelerine yer vermek suretiyle Mahkeme kararının dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına, bu kısım yönünden de davanın reddine 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 hükmüne 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 eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün 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 Kurulunun 11.08.2021 tarihli ve 2021/MK-342 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Danıştay kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulunun 23.12.2020 tarihli ve 2020/UH.II-2150 sayılı kararının hukuken geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.