

pazarlık usulüyle yapılan
ihaleye davet edilme
isteminin haklı ve makul bir
sebeple gösterilmeksizin ve
“eşit muamele ve rekabet”
ilkeleri doğrultusunda mali
ve teknik yeterlikler
değerlendirilmeksizin
reddedilmesi suretiyle
gerçekleştirilen ihalede
hukuka uygunluk
bulunmadığından, dava konusu
işlemin iptali yolundaki
temyize konu İdare Mahkemesi
kararında sonucu itibarıyla
hukukî isabetsizlik
görülmemiştir (Danıştay K)

pazarlık usulü ihaleye davet edilme

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/398 K.

2022/4973 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/4973

Karar No:2023/398

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Valiliği

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Yemek Gıda ve Servis Hizmetleri
Sanayi Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: İstanbul Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü'nce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulü ile ...tarihinde gerçekleştirilen ...ihale kayıt numaralı “Malzeme Dahil Yemek Hazırlama ve Dağıtımı” ihalesinin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ...İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; uyuşmazlığa konu ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle yapıldığı, davacı şirket tarafından ihalenin pazarlık usulüyle yapılamayacağından bahisle 18/08/2022 tarihinde gerçekleştirilen ihalenin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, dosya içerisinde yer alan tüm bilgi ve belgeler

incelendiğinde ihale konusu işin hizmet alımı açısından özellik arz eden işlerden olmadığı, ihalenin hizmetin kesintiye uğramaması açısından yapıldığı ifade edilse de, ivedilikle yapılmasını zorunlu kılan herhangi somut bir gerekçenin davalı idare tarafından dosyaya sunulmadığı ve ayrıca ihale konusu işin tamamlanma süresinin 6 ay olarak belirlenmiş olması hususları dikkate alındığında ihale edilen işin ivedi olarak gerçekleştirilmesini gerekli kılan bir durumun bulunmadığı, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması için açıklık ve rekabetin sağlanması kamu yararı açısından gerekli olduğundan, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin dava konusu ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, daha önce yapılan ihalenin bazı kısımları Kamu İhale Kurumu tarafından iptal edildiğinden hizmetin aksamaması adına açık ihale usulüyle ihale yapılınca kadar 6 aylık bir süre için pazarlık usulüyle ihale yapıldığı, 4734 sayılı Kanun'da ihaleye kimlerin davet edileceğini belirleme konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı, pazarlık usulüyle yapılan ihalelerde davet yönteminin uygulanabilmesi için teklif vermesi gereken istekli veya geçerli teklif sayısı konusunda asgari bir sayının öngörülmediği, idarenin davet edilmeyenlere doküman satma zorunluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla bu hükmün davet edilmeyi talep edenlerin de davet edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı anlamını içerdiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının gerekçeli olarak 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 gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

İstanbul Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü'nce, ...tarihinde ...sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulü ile ...ihale kayıt numaralı "Malzeme Dahil Yemek Hazırlama ve Dağıtımı" ihalesi gerçekleştirilmiştir. İhaleye ilişkin olarak davacı şirket tarafından davalı idareye başvurularak, yapılacak ihaleye kendilerinin de davet edilmesi talep edilmiştir. Söz konusu başvuruya idarece herhangi bir yanıt verilmeksizin uyuşmazlık konusu ihalenin 18/08/2022 tarihinde 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde, idarelerin, bu Kanuna göre gerçekleştirecekleri ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu; "Pazarlık usulü" başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda pazarlık usulüyle ihale yapılabileceği; ikinci fıkrasında, (b), (c) ve (f) bentlerinde

belirtilen hâllerde ilan yapılmasının zorunlu olmadığı, ilan yapılmayan hâllerde en az üç istekli davet edilerek yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceği; “İhale ve ön yeterlik dokümanının verilmesi” başlıklı 28. maddesinde ise, ihale ve ön yeterlik dokümanının idarede bedelsiz görülebileceği ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almalarının zorunlu olduğu, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı, doküman bedelinin, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edileceği kurala bağlanmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca; kamu kurumlarının görev ve sorumluluklarını yerine getirirken gerçekleştirdikleri ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla, zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla yükümlü olduğu, ihalelere yönelik temel ilkelerin 4734 sayılı Kanun’da temel ihale usulleri olarak belirlenen açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünde olduğu gibi pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalelerde de geçerli olduğu, dolayısıyla, pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek ihalelerde de ihalelere yönelik temel ilkelerin gereğini yerine getirmek üzere, prensip olarak, daha fazla isteklinin ihaleye katılmasına ve teklif sunmasına imkân sağlanması gerektiği anlaşılmakta olup, 4734 sayılı Kanun’un 28. maddesinde, ilan yapılmayan ihalelerde ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı kurala bağlanmış ise de, davacının ihaleye davet edilmemesi yönünde idarece kullanılan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı; dolayısıyla, davacının ihaleye davet edilmesi istemini içeren başvurusunun haklı ve makul bir sebep gösterilmeksizin reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu itibarla, pazarlık usulüyle yapılan ihaleye davet edilme isteminin, haklı ve makul bir sebep gösterilmeksizin ve “eşit

muamele ve rekabet" ilkeleri doğrultusunda mali ve teknik yeterlikler değerlendirilmeksizin reddedilmesi suretiyle gerçekleştirilen ihalede hukuka uygunluk bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin reddine,
2. Dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi'nin ...tarih ve E:..., K:...sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen GEREKÇEYLE ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davalıya iadesine,
5. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
6. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 06/02/2023 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun pazarlık usulünü düzenleyen 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda pazarlık usulünün uygulanabileceği kuralına; aynı maddenin devamında ise, (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hâllerde ilan yapılmasının zorunlu olmadığı, ilan yapılmayan hâllerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri gerektiği kuralına; "İhale ve ön yeterlilik dokümanının verilmesi" başlıklı 28. maddesinde ise, "İhale ve

ön yeterlilik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlilik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı almaları zorunludur. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.” kuralına yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davalı idarece uyuşmazlığa konu işin 4734 sayılı Kanun’un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulü ile ihale edilmek üzere ihaleye çıkarıldığı, davacı şirketin davalı idareye müracaat ederek ihaleye kendisinin de davet edilmesini talep ettiği, bu talebin cevap verilmemek suretiyle zımnen reddi üzerine, davacı şirket ihaleye davet edilmeden gerçekleştirilen ihalenin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının ihaleye davet edilmemesi nedeniyle 4734 sayılı Kanun’un 28. maddesi uyarınca idarenin doküman satma zorunluluğu bulunmayıp, davacı şirket davet edilmeden gerçekleştirilen dava konusu ihale işleminde hukuka aykırılık, işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmadığından, davalının temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması ve davanın reddine karar verilmesi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.



ihal

e