

Devlet Hastanesinin Yemek Hizmet alımını 4734 / 3-e ihale yöntemi ile Meslek lisesinden temin etmesi hk Danıştay K 2023

Devlet Hastanesinin Yemek Hizmet alımını 4734 / 3-e ihale yöntemi ile Meslek lisesinden temin etmesi

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/1284 K.

2023/139 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2023/139

Karar No:2023/1284

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Valiliği

VEKİLLERİ : Av. ... Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Grup Yemek Gıda Temizlik Medikal
İnşaat

Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi’nin ... tarih ve E:... , K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: T.C. Sağlık Bakanlığı İstanbul İl Sağlık

Müdürlüğü Kamu Hastaneleri Hizmetleri Başkanlığı'nda 10/06/2022 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/e maddesinde yer verilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ve Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Döner Sermaye İşletmesi uhdesinde kalan ... ihale kayıt numaralı "Başkanlığımıza Bağlı Prof. Dr. Cemil Taşçioğlu Şehir Hastanesi İçin 24 Aylık Malzeme Dahil Yemek Hazırlama, Pişirme, Dağıtım ve Sonrası Hizmeti Alımı" ihalesinin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; dava konusu ihaleye ilişkin işin tanımı ve kapsamı incelendiğinde, hizmetin haftanın yedi günü yemek ve kahvaltı hizmetinin verilmesi, hizmet süresince yapılması gerekli bulaşık yıkama, temizlik, bakım-onarım, atıkların toplanması, servis ve dağıtım hizmetlerinin ifasına ilişkin olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin (e) fıkrası kapsamında ihale yapılabilmesi için bu hizmetin tamamının Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi bünyesinde üretiliyor olması gerektiği, diğer bir anlatımla yasada belirtilen "faaliyet konusu ile sınırlı olma" şartının sağlanması için anılan lise bünyesindeki üretim faaliyeti kapsamı dışına çıkılarak mal/hizmet satın alınmaması gerektiği, somut olayda, Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi tarafından 2022/692179 ihale kayıt numarası ile "Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Döner Sermaye İşletmesi 2022-2023-2024 Malzeme Dahil Taşıma Dağıtım ve Temizlik İşİ İhalesi"nin dava dışı ... Et Ürünleri Ticaret Ltd. Şti. – ... Gıda ve Ticaret Ltd. Şti. iş ortaklığı uhdesinde bırakıldığı, anılan bu ihale kapsamı ve işin/hizmetin tanımı incelendiğinde ise Prof. Dr. Cemil Taşçioğlu Şehir Hastanesi'ne yemek taşıma, dağıtım ve temizlik işlerinin yapılmasının düzenlendiğinin görüldüğü, esasen dava konusu ... ihale kayıt numaralı işbu davanın konusu olan ihale kapsamında yüklenici Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi tarafından yapılması gereken işlerin bir kısmının (taşıma-dağıtım-

temizlik) söz konusu Lise tarafından yapılan farklı bir ihale kapsamında farklı bir yüklenici eliyle gördürüldüğünden, bu lisenin taşıma-dağıtım-temizlik işlerini üstlenebilecek lojistik/fiziki imkânlara sahip olmadığı, 4734 sayılı Kanun'un "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin (e) fıkrası kapsamında ihale yapılabilmesi için aranan "faaliyet konusu ile sınırlı olma" şartının yüklenici Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi tarafından sağlanamadığı, aksi bir yaklaşımın (istisna kapsamında ihale yapılarak ihale uhdesinde kalan kurumun ihale konusu işin bir kısmını farklı bir ihale yaparak üçüncü kişi eliyle ifasını sağlaması) kanuna aykırı nitelik taşıdığı, bu sebeple dava konusu ihalenin yüklenicisi konumunda bulunan Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi'nin 4734 sayılı Kanun'un 3/e maddesi kapsamında yapılan bir ihalede aranan şartlara haiz olmadığından kabulü gerektiğinden, dava konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 3/e maddesinde yer verilen istisna kapsamında gerçekleştirilerek Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi'ne verilmesine ilişkin dava konusu ihalede hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, dava konusu hizmetin başlangıcından önceki dönemlerde 01/01/2021-31/12/2021 tarihleri arasında yapılan yatan hasta ve çalışan memnuniyet oranlarının düşük, yatan hasta şikâyetleri ve çalışan şikâyetlerinin oldukça fazla olduğu, 2021 yılı çalışan memnuniyet anketi görüş ve öneri analizinde 20 üzerinden 20 puanla "yemeklerin beğenilmemesinin" en yüksek oranda olduğunun tespit edildiği, 2021 ile 2022 yıllarının Ağustos-Eylül-Ekim-Kasım ayları karşılaştırıldığında yemek yeme oranlarında %10 artış görüldüğü, hizmetin iyileştirildiğinin en objektif verisinin bu olduğu, yüklenici okul tarafından ekte sunulan "Okul Tanıtım Belgesi" kapsamında İdari Şartname'de bulunan

“yeterince personel çalıştırılacağı” kuralının fazlasıyla karşılandığı, ihaleye ait İdari şartname’nin 18. maddesinde alt yüklenici alıştırılmasına imkân tanındığı, 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin “e” bendi kapsamında ihale edilen işler için alt yüklenici kullanılmasına ilişkin bir yasaklama bulunmadığı, temyize konu kararın idarenin takdir yetkisini sınırlandırdığı, yerindelik denetimi niteliğinde olduğu, ihale dokümanında personel sayısına ilişkin bir belirleme yapılmadığı, “yeterli sayıda personel” şartı getirildiğı ve bu şartın yüklenici okul tarafından 01/07/2022 tarihinden beri ihale dokümanı ve mevzuata uygun biçimde eksiksiz olarak yerine getirildiğı, ihale uhdesinde kalan kuruluş kendilerine bağlı bir kuruluş olduğundan hizmetin ifası sürecinde gerekli görüldüğü takdirde Valiliğimize bağlı diğer kamu kurum ve kuruluşlarından geçici ya da kalıcı görevlendirmeler yoluyla personel desteğı sağlanabileceğı, kanun koyucunun istisna kapsamına almakla güttüğü amaca aykırı biçimde muhakeme yapıldığı, yüklenici tarafından yapılan faaliyetin yemek üretim faaliyeti olduğu, istisna ihalelerinde yasada “faaliyet konusu ile sınırlı hizmet satın alma” şeklinde bir kısıtlama bulunmamakla birlikte yemek üretimi yapan yüklenici okulun faaliyet konusu ile ilgili hizmet sattığı, Milli Eğitim Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliğı’nin “Giderler” başlıklı 8. maddesinin “d” fıkrasında da döner sermayeli işletmelerin giderleri arasında üretim için gerekli ilk madde, malzeme ve hizmet alım giderlerinin sayıldığı, bu konuda hizmet alımı ihalesine çıkılabileceğı, ... Et Ürünleri Ticaret Ltd. şti. – ... Gıda ve Ticaret Ltd. şti. iş ortaklığına 13.147.200,00-TL bedelle verilen ihalenin bağımsız bir ihale olduğu ve bu ihale kapsamında bünyesinde yapılması gereken işlerin üretim ve iletim ağına ilişkin olup üretilen yemeklerin taşınması için yapıldığı, bağlı kuruluşça yapılan bu ihalenin, bağlı kuruluşun tek bir projesine ilişkin olmadığı, teknik altyapısı kullanılan hastanede üretilen yemeğin ek binalara taşınması hizmeti ile temizlik ve temizlik malzemesi hizmeti alınmasını kapsadığı,

bu hususun yardımcı hizmet olarak değerlendirilmesi gerektiği, yüklenici okulun davaya hasım olarak eklenmemesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN 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 gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

T.C. Sağlık Bakanlığı İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Kamu Hastaneleri Hizmetleri Başkanlığı'nca 10/06/2022 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/e maddesinde yer verilen istisna kapsamında ... ihale kayıt numaralı "Başkanlığımıza Bağlı Prof. Dr. Cemil Taşçioğlu Şehir Hastanesi İçin 24 Aylık Malzeme Dahil Yemek Hazırlama, Pişirme, Dağıtım ve Sonrası Hizmeti Alımı" ihalesi gerçekleştirilmiştir.

İhale 99.730.000,00-TL bedelle Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Döner Sermaye İşletmesi uhdesinde kalmış, anılan ihalenin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde, "Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları,

Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretim istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir." kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3. Maddesinin (e) Bendine Göre Yapılacak Alımlarda Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'in 2. maddesinin birinci fıkrasında, "Bu Yönetmelik idarelerin; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretim istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel

Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar hakkında uygulanır.” kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Aktarılan kurallardan, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “İstisnalar” başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde belirtilen kurum ve kuruluşlardan yapacakları alımların 4734 sayılı Kanun’a tâbi olmadığı, idarelerin kendi bünyelerinde kurulmuş birimleri niteliğinde bulunan ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan döner sermaye işletmelerinden, ürettikleri mal ve hizmetleri 4734 sayılı Kanun’da öngörülen ihale usullerine tâbi olmadan temin edebilecekleri, bu durumun Millî Eğitim Bakanlığı’na bağlı üretim yapan okullar ve merkezler tarafından üretilen mal ve hizmetleri de kapsadığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu ihale uhdesinde kalan Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Döner Sermaye İşletmesi tarafından 06/07/2022 tarihinde pazarlık usulü ile ... ihale kayıt numaralı "Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Döner Sermaye İşletmesi 2022-2023-2024 Malzeme Dahil Taşıma Dağıtım ve Temizlik İşi" ihalesi gerçekleştirilmiş, ihale 13.147.200,00-TL bedelle dava dışı iş ortaklığı uhdesinde bırakılmıştır.

Mezkûr ihalenin Teknik Şartnamesi’nin “Hizmetin Tanımı” başlıklı 1. maddesinde, “...Malzeme dahil taşıma, dağıtım ve temizlik işi İstanbul il merkezinde bulunan İl Sağlık Müdürlüğü’ne bağlı Prof. Dr. Cemil Taşçıoğlu Şehir Hastanesi’ndeki mutfaktan hastanenin ek hizmet binalarına ve hastane içindeki birimlere/yemekhanelere gerçekleştirilecektir. Araçlar gün içinde Döner Sermaye İşletmemizin bağlı olduğu Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi’ne geleceklerdir. Günlük toplam 400 km ulaşım ve

dağıtım hizmeti sağlanacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu ihale kapsamında Prof. Dr. Cemil Taşcıoğlu Şehir Hastanesi hizmetlerinin yanı sıra yüklenici okulun üretim ağına yönelik Gaziosmanpaşa Kaymakamlığı bünyesinde diğer projelere ilişkin üretilen yemeklerin dağıtımı ile temizlik malzemesi ve temizlik hizmetinin de alındığı anlaşılmıştır.

Mezkûr ihalenin temizlik malzemeleri ile temizlik hizmeti ve yemeklerin taşınarak dağıtım araçlarıyla dağıtılmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Dava konusu ihale ise malzeme dahil yemek hazırlama, pişirme, dağıtım ve sonrası hizmeti alımı olup, ihale konusu işin aslî unsurunu yemek hazırlanması ve pişirilmesi oluşturmaktadır. Nitekim dava konusu ihalede 99.730.000,00-TL bedel teklif edilmişken, mezkûr ihalenin bedeli çok daha azdır. Ayrıca istisna kapsamındaki ihalelerde alt yüklenici çalıştırılmayacağına ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Davaya konu ihaleye ait İdari Şartname’nin 18. maddesi ile de, ihale konusu hizmet kapsamında alt yüklenici kullanılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla dava konusu ihalenin tâli birtakım unsurlarına ilişkin yüklenici okul tarafından başka bir ihale ile hizmet alınmasının dava konusu ihaleyi kusurlandırmadığı açıktır.

Dava konusu ihaleye ait Teknik Şartname’nin “Hizmetin Yürütülmesi” başlıklı bölümünün 14. maddesinde, hizmetin yürütülmesi için ihale kapsamında yeterince personel çalıştırılacağı belirtilerek, tablo hâlinde uzman personel, aşçıbaşı, diyet aşçısı vd. şeklinde devam eden 14 adet personel türü listesi verilmiştir. Kural, hizmetin yürütülmesi aşamasında yüklenici tarafından yeterince personel çalıştırılmasına ilişkin olup, herhangi bir personel sayısı zorunluluğu getirilmemiştir. Bununla birlikte, davalı idarece temyiz dilekçesi ekinde sunulan belgelerden, yüklenici okulun işin başlayacağı 01/07/2022 tarihi itibarıyla hizmetin ifasında görevli personel listesinin ayrıntılı olarak bildirildiği, bu listenin 30/11/2022 tarihi itibarıyla güncellendiği görülmüştür. Bu

personellerin de ihale dokümanında belirtilen personel niteliklerini haiz olduğu anlaşılmaktadır. Yine bu husus işin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğundan, dava konusu ihaleyi kusurlandırmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu alımın “Prof. Dr. Cemil Taşçioğlu Şehir Hastanesi İçin 24 Aylık Malzeme Dahil Yemek Hazırlama, Pişirme, Dağıtım ve Sonrası Hizmeti Alımı” işine ilişkin olduğu, Gaziosmanpaşa Küçükköy Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi’nin de 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (e) bendinde yer alan Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı üretim yapan okullar ve merkezler arasında yer aldığı, söz konusu alımın 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (e) bendi uyarınca istisna kapsamında gerçekleştirildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır. Öte yandan, Mahkemece her ne kadar Kamu İhale Genel Tebliği’nin “İdarelerin kendilerine bağlı döner sermayelerden yapacakları alımlar” başlıklı 3.3. maddesi dikkate alınarak karar verilmiş ise de, mezkûr maddenin aynı idare bünyesinde, kendilerine bağlı döner sermayelerden yapılacak alımlara ilişkin olduğu, somut olayda ise Sağlık Bakanlığı tarafından, istisna kapsamında Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı üretim yapan okuldan hizmet alındığı açıktır.

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. Davalı idare harçtan muaf kurumlar arasında yer aldığından, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 13/j maddesi uyarınca temyiz aşamasında tahsil edilmeyen toplam ... -TL

harcın davacıdan tahsil edilerek Hazine'ye irat kaydedilmesine, gereği için Mahkemece ilgili vergi dairesine müzekkere yazılmasına,

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

7. Posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine,

8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 20/03/2023 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.