

dava konusu ihalenin anılan
13/ maddesi kapsamında
pazarlık usulü ile
yapılmasında hukuka aykırılık
bulunmadığı öte yandan,
gizlilik içinde yürütülmesine
karar verilen ihalede davalı
idarece, bu kapsamda işi
şartnamede belirlenen
koşullarda, kalite ve
standartta yapabilecek
yeterliliğe sahip olduğu
değerlendirilen 7 şirkete
ihaleye katılım için davet
gönderildiği, bu şirketlerden
ikisinin teklif sunduğu ve
iki isteklinin de
tekliflerinin yaklaşık

malîyetin altında olduğu anlaşılması

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/3147 K.

2021/3962 E. ,

.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2021/3962

Karar No:2021/3147

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Eğitim Organizasyon ve Sosyal Hizmetler Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Bakanlığı

VEKİLİ : ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nce 11/03/2021 tarihinde “İçişleri Bakanlığı Tarafından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3’üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Alımlara İlişkin Usul ve Esaslar”ın 13. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendi uyarınca pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ... ihale kayıt numaralı “Çağrı Merkezi Hizmet Alımı” ihalesinin iptali istenilmiştir. İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi’nce verilen kararda; dava konusu ihalede işin yaklaşık maliyetinin 337.548.581,50-TL olarak belirlendiği, 7 şirketin ihaleye

davet edildiği ve söz konusu şirketlere doküman almaya ve teklif vermeye davet yazılarının 05/03/2021 tarihinde elden teslim edildiği, 3 şirketin doküman aldığı, davacı şirketin 08/03/2021 tarihinde idare kayıtlarına giren dilekçesi ile ihaleye katılmak istediğini belirttiği, bu dilekçeye davalı idarece cevap verilmediği, ihalenin 11/03/2021 tarihinde yaklaşık maliyetin altında teklif veren 2 isteklinin katılımıyla gerçekleştirildiği ve 329.104.970,00-TL ile en avantajlı teklif sahibi şirket ile 23/03/2021 tarihinde sözleşmenin imzalandığı;

Uyuşmazlıkta, ihalenin açık ihale usulü ile yapılmasının kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke menfaatleri açısından sakıncalar doğuracağı ve bu nedenle gizlilik içerisinde yürütölmesinin önem arz ettiği değerlendirilerek kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke güvenliği açısından, "İçişleri Bakanlığı Tarafından, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3'üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak Alımlara İlişkin Usul ve Esaslar"ın (Usul ve Esaslar) 13/ç maddesinde düzenlenen "pazarlık usulü" ile yapılmasına yönelik olarak Bakanlık Makamının 01/02/2021 tarihli Olur'unun alındığı, ayrıca, "Çağrı Merkezi Hizmet Alımı" işi ihalesinin daha önce de 07/02/2018 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendi kapsamında yapılacak ihalelere ilişkin Esasların yürürlüğe konulması hakkında 01/02/2010 tarih ve 2010/87 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin 10/c maddesi kapsamında Bakanlık Makamının 22/09/2017 tarihli Olur'u uyarınca pazarlık usulü gerçekleştirildiğinin görüldüğü;

Bu itibarla, ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütölmesi gerektiğine Cumhurbaşkanı veya ilgili bakanlık tarafından karar verilen hâllerle ilgili hizmet alımlarının istisna kapsamında olduğu, 01/02/2021 tarihli Bakan Oluru'nda da, "Çağrı Merkezi Hizmet Alımı" ihalesinin açık ihale usulü ile yapılmasının kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke menfaatleri açısından sakıncalar doğurma ihtimalinin bulunduğunun belirtildiği, bu nedenle söz konusu ihalenin gizlilik içerisinde yürütölmesi gerektiği anlaşıldığından,

dava konusu ihalenin anılan Usul ve Esaslar'ın 13/ç maddesi kapsamında pazarlık usulü ile yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Öte yandan, gizlilik içinde yürütülmesine karar verilen ihalede davalı idarece, bu kapsamda işi şartnamede belirlenen koşullarda, kalite ve standartta yapabilecek yeterliliğe sahip olduğu değerlendirilen 7 şirkete ihaleye katılım için davet gönderildiği, bu şirketlerden ikisinin teklif sunduğu ve iki isteklinin de tekliflerinin yaklaşık maliyetin altında olduğu anlaşıldığından, davacı şirketin diğer iddialarının da geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde yer alan şartlar oluşmamasına rağmen dava konusu işin pazarlık usulü ile ihale edildiği, "kişisel verilerin korunması ve ülke güvenliği"nin ihale konusu iş ile ilgisi ve işin 4734 sayılı Kanun'a göre temel usul olan açık ihale usulü ile yapılmamasının sakıncasının açık ve somut olarak ortaya konulmadığı, davalı idarenin aynı işi ... tarih ve ... ihale kayıt numaralı ile ... tarih ve ... ihale kayıt numaralı ihalelerde açık ihale usulü ihale gerçekleştirmesine karşın dava konu işi pazarlık usulü ile gerçekleştirmesinin hizmet gereği ile bağdaşmadığı, davalı idareyle aynı dönemde aynı nitelikteki başka idarelerce gerçekleştirilecek 4 adet çağrı merkezi işinin açık ihale usulü ile ihale edildiği, ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerinin gerçekleşmediği, ihale konusu işin icrası bakımından her türlü yeterliğe ve tecrübeye sahip olduğu, buna rağmen ihaleye davet edilmediği, 08/03/2021 tarihli davet edilme talepli başvurusunda yeterlik belgelerinin sunulmadığı ileri sürülmüş ise de ALO 170 SGK ihalesi, İBB çağrı merkezi hizmet alımı işlerini ifa ettiğine dair dilekçede bilgi verildiği, bunun EKAP üzerinden idarece sorgulayabileceği, dava konusu ihaleye davet edilen firmalar ile arasında güvenlik bakımından hiçbir fark olmadığı, aleyhine hiçbir

şekilde güvenlik ihlâlîne neden olacak karar, yazı ve soruşturma da bulunmadığı, kamuoyunun öğrenebileceği şekilde EKAP bülteninde veya EKAP üzerinden hiçbir şekilde ilan yapılmadan ihale yapılmasının mevzuata aykırı olduğu, yaklaşık maliyet ile ihale üzerinde kalan şirket teklifinin arasında %2'lik bir fark olduğu, işin başlangıç tarihinin 24/03/2021, ihalenin yapılacağı tarihin ise 11/03/2021 olduğu dikkate alındığında bu süre içerisinde hiçbir kurum ya da kuruluşun ihale şartlarını sağlayamayacağı, sadece içeride hâli hazırda işi yapan firmanın ihale şartlarını yerine getirebileceği, bu durumun ihalenin rekabet oluşturulmadan yapıldığını ortaya koyduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava konusu ihalenin Usul ve Esaslar'a uygun olarak gerçekleştirildiği, ihalenin ivedilikle gerçekleştirilmesi ve açık ihale usulü ile yapılmasının kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke menfaatleri açısından sakıncalar doğuracağı ve bu nedenle gizlilik içerisinde yürütülmesinin önem arz etmesi nedeniyle Usul ve Esaslar'ın 13. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendine göre pazarlık usulü ile yapılmasına karar verildiği, yaklaşık maliyetin tespiti sonrasında ödeme dosyasına esas harcama talimat onay belgesi alınarak, 7 şirketin ihaleye davet edilmesine karar verildiği, rekabetin oluşmasına engel bir hususun söz konusu olmadığı, davacı tarafından ihaleye katılma talebinde bulunulmuş ise de, bu işe ilişkin ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin herhangi bir belge sunulmadığı, yaklaşık maliyetin altında teklif veren iki isteklinin katılımı ile ihalenin gerçekleştirildiği ve sözleşmenin imzalandığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... 'IN 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 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 ... 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 ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine,
5. Kullanılmayan ... -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), 04/10/2021 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinde tahdidi olarak sayılan ihalelerin, ceza ve ihalelerden yasaklama hariç bu Kanun'a tâbi olmadığı belirtilmiş, anılan maddenin (b) bendinde ise, "Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya

gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine Cumhurbaşkanı veya ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hâllerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri” ihalelerinin istisna kapsamında olduğuna yer verilmiştir.

Aynı Kanun’un 5. maddesinin 1. fıkrasında, idarelerin, bu Kanun’a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu; dördüncü fıkrasında, bu Kanun’a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulünün ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu, diğer ihale usullerinin Kanun’da belirtilen özel hâllerde kullanılabileceği; 18. maddesinde, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak usullerin; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olduğu kuralları yer almıştır.

Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için öncelikle, dava konusu ihalenin “İçişleri Bakanlığı Tarafından, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3’üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak Alımlara ilişkin Usul ve Esaslar”ın 13. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendi uyarınca pazarlık usulü ile yapılıp yapılamayacağının incelenmesi gerekmektedir.

Buna ilişkin olarak Mahkemece 28/05/2021 tarihli ara kararı ile, söz konusu hizmet alım işinin daha önce hangi usul (açık ihale, pazarlık...) ile yapıldığının açıklanarak buna ilişkin bilgi ve belgelerin gönderilmesi istenilmiş, ara karara verilen cevapta, “Etkileşim Merkezi Hizmet Alımı”nın ilk olarak ... ihale kayıt numarasıyla açık ihale usulü ile gerçekleştirildiği ve sözleşme süresinin 24/09/2017 tarihinde sonra erdiği, 07/08/2017 tarihinde açık ihale usulü ile ihaleye çıkıldığı ancak ihalenin iptal edildiği; 18/09/2017 tarihinde İçişleri Bakanlığı Tarafından, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3’üncü Maddesinin (B) Bendi Uyarınca Yapılacak

Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar'ın 10/c maddesi uyarınca pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalenin rekabet koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle kamu yararı gözetilerek iptal edildiği, 22/09/2017 tarihinde 4734 sayılı Kanun'un 3/b maddesi ve 2010/87 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Esasların 11/h maddesi kapsamında doğrudan temin usulü ile 24/09/2017-23/03/2018 tarihleri arasında geçerli olmak üzere alımın gerçekleştirildiği; 07/02/2018 tarihinde 4734 sayılı Kanun'un 3/b maddesi ve 2010/87 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Esasların 10/C maddesi kapsamında pazarlık usulü ile 24/03/2018-23/03/2021 tarihleri arasında geçerli olmak üzere alımın gerçekleştirildiği belirtilmiştir. Dava konusu ihaleye ilişkin 01/02/2021 tarihli Bakan Oluru incelendiğinde, idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmelerin 23/03/2021 tarihinde sona ereceği, niteliği itibarıyla hizmetin yeni bir yükleniciye devri için süreye ihtiyaç duyulacağından alımın ivedilikle gerçekleştirilmesi ve açık ihale usulü ile yapılmasının kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke menfaatleri açısından sakıncalar doğuracağı ve bu nedenle gizlilik içerisinde yürütülmesinin önem arz ettiği değerlendirilmesine yer verilerek, "Çağrı Merkezi Hizmet Alımı"nın kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke güvenliği açısından, 2019/758 sayılı Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlüğe konulan "İçişleri Bakanlığı Tarafından, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak Alımlara İlişkin Usul ve Esaslar"ın 13. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendine göre pazarlık usulü ile yapılmasına karar verildiği görülmüştür.

Her ne kadar davalı idarece "kişisel verilerin gizliliği, korunması ve ülke güvenliği" gerekçesine yer verilerek söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasına karar verilmiş ise de, bu nitelikteki ihalelerde ihaleye katılacak olan tüm firma ve çalışanlar açısından gizlilik ve güvenliğin sağlanmasının öncelikli koşul olduğu ve salt bu gerekçenin ihale konusu işin pazarlık usulü ile yapılmasında belirleyici kriter olmayacağı anlaşıldığından, diğer taraftan söz konusu

ihalenin ilk olarak 2014 yılında açık ihale usulüyle yapıldığı ve 2017 yılında da sonradan ihale iptal edilmiş olsa da anılan işe ilişkin olarak açık ihale usulüyle ihaleye çıkıldığı dikkate alındığında, pazarlık usulü ile gerçekleştirilen dava konusu ihalede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Ayrıca, davacı şirketin ihaleye davet edilmesi talebine ilişkin olarak davalı idareye sunduğu 08/03/2021 tarihli dilekçede, çağrı merkezi sektöründe faaliyet gösterdiği ve geçmişte SGK, İBB gibi kamu kurumlarının çağrı merkezi hizmet alımlarını gerçekleştirdiğine dair bilgilere yer verildiği, davalı idarece bu başvuruya cevap verilmediği görülmüştür. Mahkemenin 28/05/2021 tarihli ara kararı ile, davacı şirketin katılmak istemesine rağmen ihaleye niçin davet edilmediğinin açıklanması istenilmiş, davalı idarece ara karara verilen cevapta, davacı tarafından ihaleye katılım talep edilmesine rağmen bu işe ilişkin ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliğine ilişkin herhangi bir belge sunulmadığı belirtilmiştir. Ancak, hem davacı şirketin başvuru dilekçesinde geçmiş dönemlerde benzer ihalelerde iş yaptığının beyan edildiği hem de 26/03/2021 tarihinde Sağlık Bakanlığı Sağlığın Geliştirilmesi Genel Müdürlüğü'nce gerçekleştirilen "Alo 184 SABİM Çağrı Merkezi Hizmetleri Alımı" işinin en avantajlı birinci teklif sahibi olarak arasında davacı şirketinde yer aldığı ortak girişimin üzerinde bırakıldığı görüldüğünden, davacı şirketin ihaleye davet edilmemesi yönünden de dava konusu ihalede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Bu itibarla, davacının temyiz isteminin kabulüyle davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.