

Danıştay kararında söz konusu düzenlemenin personeli işe almaya veya işten çıkarmaya yönelik değil, uygun olmayan personelin değiştirilmesine yönelik bir düzenleme olduğu, personelin yüklenici tarafından işten çıkarılabileceği, ancak işlerin yürütülmesine ve aksamamasına yönelik olarak personelin işten çıkarılmasında idarenin onayının aranmasının gerektiği, bahse konu düzenlemelerin 4857 sayılı İş Kanunu'na aykırı nitelikte olmadığı, anılan Kanun'da yer

aldığı şekliyle işe alınacak ya da çıkarılacak personel ile ilgili bütün yetkiyi idareye veren nitelikte bir düzenleme olmadığı ve idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak denetim kapsamında idarenin yükleniciden eleman değiştirilmesini talep etme hakkının bulunduğu ve idarenin onayı alınmadan herhangi bir personelin iş akdinin feshedilmemesi gerektiği anlaşıldığından, başvuru sahibinin dördüncü iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu

durumda, davacı şirketin dördüncü iddiası yönünden dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, bu kısmın iptaline ilişkin mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır...her türlü arızanın ve hasarın yüklenici tarafından giderileceği, bu amaçla ihtiyaç duyulacak malzemenin idare tarafından karşılanacağı göz önüne alındığında, teknik kriterler ve şartların yerine getirilmesi için katlanılması gereken maliyetlerin hesaplanarak, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan iş

kalemine ilişkin olarak birim fiyat oluşturulmasının mümkün olduğu, buna ilişkin masrafların teklif fiyatına yansıtılmasına herhangi bir engel olmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibinin dokuzuncu iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, davacı şirketin dokuzuncu iddiası yönünden dava konusu işlemden hukuka aykırılık, bu kısmın iptaline ilişkin mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.” denilerek Mahkeme kararının 1, 3, 5, 6,

7, 8, 10 ve 11'inci iddialara yönelik davanın reddine ilişkin kısmının onanmasına; 2, 4 ve 9'uncu iddialara yönelik iptale ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2017/039
Gündem No	: 52
Karar Tarihi	: 09.08.2017
Karar No	: 2017/MK-347

<u>BASVURU SAHİBİ:</u> Cevdet Albayrak
<u>İHALEYİ YAPAN İDARE:</u> Karayolları Genel Müdürlüğü / Program Ve İzleme Dairesi Başkanlığı
<u>BASVURUYA KONU İHALE:</u> 2015/20920 İhale Kayıt Numaralı "Karayolları Bölge Müdürlüklerinde Bulunan Tünellerin Bakımı, Elektrik-Elektronik-Elektromekanik Sistemlerinin Ve Scada (Uzaktan Kontrol Ve Gözleme Sistemi) Otomasyonunun Bakım, Onarım Ve İşletilmesi" İhalesi
<u>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</u> KARAR:

Karayolları Genel Müdürlüğü Program ve İzleme Dairesi Başkanlığı tarafından 06.04.2015 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2015/20920 ihale kayıt numaralı "Karayolları Bölge Müdürlüklerinde Bulunan Tünellerin Bakımı, Elektrik-Elektronik-Elektromekanik Sistemlerinin ve Scada (Uzaktan Kontrol ve Gözleme Sistemi) Otomasyonunun Bakım, Onarım ve İşletilmesi" ihalesine ilişkin olarak Cevdet Albayrak'ın 12.03.2015 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 18.03.2015 tarihli yazısı ile reddi sonrasında, başvuru sahibince 30.03.2015 tarih ve 28890 sayılı Kurum kayıtlarına alınan 30.03.2015 tarihli dilekçe ile itirazzen şikâyet başvurusunda bulunulması üzerine alınan 29.04.2015 tarihli ve 2015/UH.II-1254 sayılı Kurul kararı ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine," karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali istemiyle Cevdet Albayrak tarafından açılan davada, Ankara 17. İdare Mahkemesinin 11.08.2015 tarihli ve E:2015/1675 sayılı kararında "...fiyat farkı hesabında kullanılacak işçilik ağırlık oranı katsayısına dair itirazına ilişkin olarak, ihale konusu için kısımlarına ait Özel Teknik Şartname'de: "Yüklenici personeli aksi belirtilmedikçe Pazartesesi-Cuma mesai saatlerinde çalışacak olup, çağırılması halinde diğer zamanlarda da görevle gelecektir." hükmüne verildiği, dava konusu kurul kararında da personelin çalışma saatlerinin tamamını idarede geçireceğinin açık olduğunu ifade edildiği, öte yandan, ihalenin tüm kısımları için ihale konusu işte çalıştırılması gereken tüm personel maliyetinin ağırlık oranının, haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılmayan işçilerin ağırlık oranı (a2) olarak belirlendiği, haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılan işçilerin ağırlık oranı (a1) belirlenmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ihale konusu işçilerin çalışma saatlerinin tamamını idarede geçireceği açık olduğu halde, fiyat farkı hesabında işçilik ağırlık oranı katsayısı olarak (a1) kullanılması gerekirken (a2) kullanılması hukuka aykırı olup davacının bu yöndeki itirazzen şikâyet başvurusunun reddine dair anılan işlemlerde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Davacının ihale konusu işte çalıştırılacak personelin işe alınması ve işten çıkarılmasına dair öngörülen hükümlerin İş Kanunu'na aykırı olduğu iddiasına ilişkin olarak, ihale konusu işin tüm kısımlarına ait Özel Teknik Şartnamelerde "...Yüklenici hangi nedenle olursa olsun işten çıkarılması gereken veya işten çıkarılan personelin işine alınması gereken personel için İDARE'den onay almak zorundadır... Yüklenici bu şartname ve ekleri kapsamında çalıştıracacağı elemanların özgeçmişlerini (mezuniyet belgesi, sabıka kaydı, nüfus cüzdanı vb.) İdare'ye bildirecek ve İdare'nin onayı ile bu işte çalıştıracaktır. Eleman değişikliğinde yeni elemanlar için aynı işlem geçerlidir. Yüklenici işe alacağı ve işten çıkaracağı elemanlar için İdarenin onayını almak zorundadır... Yüklenici tarafından çalıştırılacak personel İdare personeli ile uyumlu çalışmak, işyeri kurallarına ve düzenine uymak zorundadır. İdarenin bu sebeplerden herhangi birini veya tamamını öne sürerek yüklenici personel veya personellerinin işten çıkarılmasını talep etmesi halinde yüklenici firma işten çıkarılması talep edilen kişi ya da kişilerin firmaya tebliğ edilmesinden itibaren en geç 3 gün sonra İdarenin bu talebini yerine getirmek zorundadır..." düzenlemesine yer verildiği, Bu düzenleme kapsamında, işe alınacak ve işten çıkarılacak tüm kişilerin idarenin onayından geçirilmesi şartı öngörülerek işte çalışacak kişilerin dolaylı olarak idare tarafından belirlenmesi fırsatı sunulduğu, ayrıca, idareye, yüklenici firmaya bildirim yoluyla birlikte çalışmak istemediği personelin işten çıkarılmasını temin etme imkanı tanıdığı İş Kanununda açıkça yasaklanmasına rağmen, işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin idareye bırakıldığı görülmekte davacının bu yöndeki itirazzen şikâyet başvurusunu reddine dair anılan idare işleminde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Davacının enerji kablolarında güzergah değişikliği öngören hükümlere dair itirazına ilişkin olarak, ihale konusu işin 4'üncü kısmına ait Özel Teknik Şartnamenin "E-Yüklenicinin Yerine Getireceği Hususlar" başlıklı maddesinde: "Enerji kablolarındaki güzergah değişikliği ile arızaların tespiti ve giderilmesi için gerekli her türlü işçilik (kazı işleri, ek yapılması, her türlü montaj ve demontaj) Yükleniciye aittir... Sisteme sudan eklenilecek yeni ekipmanların servis, bakım ve onarım hizmetleri Yüklenici tarafından yapılacaktır... Sistemde her ne şekilde olursa olsun (doğal afet, trafik kazası, yangın, kurum dışı peyzaj-altyapı çalışmaları vb.) her türlü arıza ve hasar Yüklenici tarafından giderilecektir. Bu amaçla ihtiyaç duyulacak malzeme, İdare tarafından karşılanacaktır." hükmüne yer verildiği görülmektedir.

Teknik Şartname'nin yukarıda belirtilen hükümlerinin incelenmesinden, enerji kablolarındaki güzergah değişikliği işinin ne oranda yapılacağından önceden belirlenmediği, bu işin maliyetinin yaklaşık maliyete olan etkisinin öngörülememesi, bu nedenle ihale konusu hizmet alımı olan ihalede yapılmış işine daha yakın bir nitelik taşıyan enerji kablolarındaki güzergah değişikliğinin istekler açısından belirsizlik oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Bu sebepten Özel Teknik Şartname'nin anılan hükümlerinde ve davacının bu yöndeki itirazzen şikâyet başvurusunun reddine dair anılan işlemlerde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Davacının ihale dokümanındaki hususlara ilişkin itirazının reddine ilişkin, yukarıda bahsedildiği kısımları ve ortaya konulan gerekçelerle hukuka aykırılığı açık olduğu gibi, söz konusu ihale gerçekleştirilmiş olduğundan, uygulanması halinde telifası güç veya imkânsız zararlar doğacağı tabiidir..."gereğince dava konusu işlemin davacının 2, 4 ve 9'uncu iddialarına yönelik kısımlarının yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararının uygulanmasını teminen Kamu İhale Kurulunun 16.09.2015 tarih ve 2015/MK-438 sayılı kararı ile "1) 29.04.2015 tarihli ve 2015/UH.II-1254 sayılı Kurul kararının iptaline,

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

Daha sonraki aşamada Ankara 17. İdare Mahkemesinin 11.03.2016 tarih ve E:2015/1675 K:2016/495 sayılı kararı ile dava konusu işlemin 2, 4 ve 9'uncu iddialarına yönelik kısım yönünden iptaline, 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10 ve 11'inci iddialarına yönelik kısım yönünden ise davanın reddine karar verilmiştir. Yapılan temyiz incelemesi neticesinde ise, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.04.2017 tarihli ve E:2016/3651, K:2017/1121 sayılı kararında "...Temyize konu Mahkeme kararının, itirazzen şikâyet başvurusunun 1., 3., 5., 6.,7., 8., 10 ve 11. iddiaların reddine ilişkin kısmı yönünden davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

...Fiyat farkının hesaplanabilmesi için düzenlenen esaslar dikkate alındığında, 6. maddede yer verilen kural gereği ihale dokümanında fiyat farkı hesabında kullanılacak işçilik ağırlık oranlarının "a2" olarak belirlenmesinin mevzuata aykırı olmadığı sonucuna varılmaktadır

Bu durumda, davacı şirketin ikinci iddiası yönünden dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, bu kısmın iptaline ilişkin mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır...

...söz konusu düzenlemenin personeli işe almaya veya işten çıkarmaya yönelik değil, uygun olmayan personelin değiştirilmesine yönelik bir düzenleme olduğu, personelin yüklenici tarafından işten çıkarılabileceği, ancak işlerin yürütülmesine ve aksamasına yönelik olarak personelin işten çıkarılmasında idarenin onayına aranmasının gerektiği, bahse konu düzenlemelerin 4857 sayılı İş Kanunu'na aykırı nitelikte olmadığı, anılan Kanun'da yer aldığı şekliyle işe alınacak ya da çıkarılacak personel ile ilgili bütün yetkiyi idareye veren nitelikte bir düzenleme olmadığı ve idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak denetim kapsamında idarenin yükleniciden eleman değiştirilmesini talep etme hakkının bulunduğu ve idarenin onayı alınmadan herhangi bir personelin iş akdinin feshedilmesini gerektirici anlaşıldığından, başvuru sahibinin dördüncü iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacı şirketin dördüncü iddiası yönünden dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, bu kısmın iptaline ilişkin mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır...her türlü arızanın ve hasarın yüklenici tarafından giderileceği, bu amaçla ihtiyaç duyulacak malzemenin idare tarafından karşılanacağı göz önüne alındığında, teknik kriterler ve şartların yerine getirilmesi için katlanılması gereken maliyetlerin hesaplanarak, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan iş kalemine ilişkin olarak birim fiyat oluşturulmasının mümkün olduğu, buna ilişkin masrafların teklif fiyatına yansıtılmasına herhangi bir engel olmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibinin dokuzuncu iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacı şirketin dokuzuncu iddiası yönünden dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, bu kısmın iptaline ilişkin mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." denilerek Ankara 17. İdare Mahkemesinin 11.03.2016 tarihli ve E:2015/1675 K:2016/495 sayılı kararının 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10 ve 11'inci iddialara yönelik davanın reddine ilişkin kısmının onanmasına; 2, 4 ve 9'uncu iddialara yönelik iptale ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'üncü 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.

Öte yandan, 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 eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Kamu İhale Kurulunun 16.09.2015 tarih ve 2015/MK-438 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Danıştay kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.

Hamdi GÜLEÇ Başkan		
Osman DURU Kurul Üyesi	Dr. Ahmet İhsan ŞATIR Kurul Üyesi	Hasan KOCAĞÖZ Kurul Üyesi
Mehmet ATASEVER Kurul Üyesi	Oğuzhan YILDIZ Kurul Üyesi	