

dava konusu işlemin Teknik Şartnamenin 6.5.1.8'inci maddesinde yer alan "Yüklenici, idarenin onayı olmayan hiçbir personeli çalıştırmayacaktır." düzenlemesine yönelik davacının itirazen şikayet başvurusunun reddine ilişkin kısmının iptaline, davacının diğer iddiaları yönünden itirazen şikayet başvurusunun yerinde görülmemesine ilişkin kısımları yönünden davanın reddine," karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2018/014
Gündem No	: 37
Karar Tarihi	: 06.03.2018
Karar No	: 2018/MK-82

<u>BASVURU SAHİBİ:</u> İz Sosyal Hizmetler Tur.Eğt. Karg Bil. İnş. Gıd. Tem.San. Tic. Ltd. Şti.
<u>İHALEYİ YAPAN İDARE:</u> Trakya Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü
<u>BASVURUYA KONU İHALE:</u> 2017/325885 İhale Kayıt Numaralı "2018-2019-2020 Yılları 36 Aylık Hasta Taşıma Ve Yemek Dağıtım Hizmeti Alım İşi (208 Kişi)" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Trakya Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü tarafından yapılan 2017/325885 ihale kayıt numaralı "2018-2019-2020 Yılları 36 Aylık Hasta Taşıma ve Yemek Dağıtım Hizmeti Alım İşi (208 Kişi)" ihalesine ilişkin olarak, İz Sosyal Hizmetler Tur.Eğt. Karg Bil. İnş. Gid. Tem. San. Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan, 04.10.2017 tarihli ve 2017/UH.I-2697 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı İz Sosyal Hizmetler Tur. Eğt. Karg Bil. İnş. Gid. Tem. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 16. İdare Mahkemesinin 28.12.2017 tarih ve E:2017/3149, K:2017/3378 sayılı kararı ile "Bakılan uyuşmazlıkta davacı şirketin iddiaları incelendiğinde; Teknik Şartname'nin 5.3.7'nci maddesinde yer alan "5.3.7.Yüklenici, çalıştırdığı elemanların her türlü özlük haklarını ve sosyal haklarını karşılamak ve ödemek zorundadır (4857, 506 ve 5510 sayılı yasalara göre). Bu konularda idarenin hiçbir sorumluluğu yoktur. Çalışan elemanların doğum, ölüm, raporlu olma vb. gibi nedenlerle eksilmeleri halinde, eksik eleman Yüklenici tarafından ücret talep edilmeden karşılanacaktır." düzenlemesi ve 6.5.3'üncü maddesinde yer alan Sosyal Güvenlik Mevzuatının her türlü işçi ve işveren hakkındaki yasalardan dolayı sorumluluk firmaya aittir." düzenlemesinin 4857 sayılı İş Kanunu, 6331 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25'inci maddesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmekte ise de,

Yukarıya alınan Yasa hükümleri çerçevesinde Teknik Şartnamenin 5.3.7 ve 6.5.3. maddeleri değerlendirildiğinde, öngörülen düzenlemelerin yükleniciyi çalıştırdığı elemanların iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan her türlü özlük ve sosyal haklarını karşılamak ve ödemekle sorumlu tuttuğu, bu anlamda mevzuatla çizilen genel sınırlamalar içerisinde kaldığı, idarenin kamu hizmetinin sürekli ve aksadana yürütülmesi adına yürütmek istediği idare faaliyetinde görev alacak personelin sayısını belirleyebileceği ve bu personelin iş yerinde daimi olarak istihdam edilmesini isteyebileceği, şartname hükmü ile hem idarenin hem yüklenicinin iş mevzuatında yer alan sınırlamalara uymak zorunda oldukları da dikkate alındığında, işçiler yönünden yıllık izin bakımından çalışılmış sayılan günler yönünden yükleniciye ilave personel istihdam etme yükümlülüğü yüklenicinin anlamının doğmayacağı, bu itibarla anılan düzenlemelerin mevzuata aykırılık taşımadığı sonucuna varılmıştır.

Teknik Şartname'nin 5.3.10'uncu maddesinde yer alan "...İdarenin değiştirilmesini talep ettiği personeli ise derhal değiştirecektir." düzenlemesi ve 6.5.1.8'inci maddesinde yer alan "Yüklenici, idarenin onayı olmayan hiçbir personeli çalıştırmayacaktır." düzenlemesinin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.26'ncü maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiaları incelendiğinde;

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dâhil olacak giderler" başlıklı 78'inci maddesinde; "78.26. 4857 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, hizmet alım sözleşmelerini çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulmayacaktır. İdarelerce, çalışan personel açısından denetim, sadece teknik şartnamede istenen kriterlere göre ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak olup, ihale dokümanında, anılan Kanun maddesinde ve ilgili mevzuata aykırı şekilde, işe alınacak veya işten çıkarılacak personelin idarece belirleneceğine yönelik düzenlemelere yer verilmeyecektir." hükmü, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin "İdare ve Kontrol Teşkilatının İtirazına Karşı" başlıklı 2'nci maddesinde; "İdare ve kontrol teşkilatı, yükleniciden çalıştırılmasında veya işyerinde bulunmasında engel durumu olduğuna tespit ettiği, uygunsuz davranışları veya görevlerini yerine getirmekte yetersiz olduğu kanısında olduğu veya işyerinde çalıştırılmasında sakınca gördüğü her kademe ve nitelikteki elemanların (teknik ve idareci personel, hizmetli, işçi ve diğerleri) ve alt yüklenicilerin iş başından veya işyerinden uzaklaştırılmasını talep etme hakkına sahiptir. Yüklenici, bu talebi idare veya kontrol teşkilatı tarafından yapılacak tebligat üzerine ve verilen süre içinde yerine getirmek zorundadır.

Yüklenicinin bu yükümlülüğü verilen süre içinde yerine getirmemesi halinde, söz konusu kişiler idare veya kontrol teşkilatı tarafından uzaklaştırılır veya uzaklaştırılmaları sağlanır.

Uzaklaştırılmaları istenilenler, idarenin veya kontrol teşkilatının izni ve onayı alınmaksızın bir daha işlerde görev alamaz. Yüklenici, uzaklaştırılan kişilerin yerine en kısa zamanda uygun nitelikli başkalarını getirmek zorundadır." hükmü yer almaktadır.

Davalı idarece her ne kadar Teknik Şartname'de yer alan düzenlemelerin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin yukarıda belirtilen hükmü uyarınca idareye verilmiş olan hakkın kullanılmasına yönelik bir düzenleme olduğu ve söz konusu düzenlemenin personeli işe almaya veya işten çıkarmaya yönelik değil, söz konusu çalışanların kontrol teşkilatının onayı ile firma tarafından alınan personel arasından belirleneceği şeklinde anlaşılan bir düzenleme olduğu, bahis konusu düzenlemelerin 4857 sayılı İş Kanunu'na aykırı nitelikte olmadığı, anılan Kanun ve Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer aldığı şekliyle işe alınacak/çıkarılacak personel ile ilgili bütün yetkiyi idareye veren nitelikte bir düzenleme olmadığı anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığına karar verilmiş ise de, Şartnamenin 6.5.1.8. maddesinde yer alan yüklenicinin, idarenin onayı olmayan hiçbir personeli çalıştırmayacağı düzenlemesinin, idarece istihdamı uygun görülmeyen personelin işyerinde çalışamayacağı sonucunu doğurduğu, bu anlamda işyerinde çalışacak (işe alınacak) yüklenici firma personelinin dolaylı olarak idarece belirlenmesi anlamına geleceği, bu itibarla anılan düzenlemenin mevzuata uygun olmadığı ve bu iddia yönünden itirazın şikâyet başvurusunun kabul edilmesini gerektirdiği anlaşılmış olup, aksi yönde tesis edilen işlemler hukuka aykırı bulunmamıştır. Nitekim, benzer bir düzenlemeye yönelik yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucu, Kamu İhale Kurulunun 07.06.2017 günlü, 2017/UH.II-1606 sayılı kararıyla anılan düzenleme mevzuata aykırı görülerek ihalenin iptaline karar verilmiş, anılan karar ise Mahkememizin 04.10.2017 günlü, E:2017/1871, K:2017/2575 sayılı kararıyla hukuka uygun bulunmuştur.

Bununla birlikte, Teknik Şartname'nin 5.3.10'uncu maddesinde yer alan "...İdarenin değiştirilmesini talep ettiği personeli ise derhal değiştirecektir." düzenlemesinin ise, mevzuatla, çalıştırılmasında veya işyerinde bulunmasında engel durumu olduğuna tespit ettiği, uygunsuz davranışları veya görevlerini yerine getirmekte yetersiz olduğu kanısında olduğu veya işyerinde çalıştırılmasında sakınca gördüğü her kademe ve nitelikteki elemanların işyerinden ve iş başından uzaklaştırılmasını isteme yetkisi verilerek idareye sebebe binaen personel değişikliği talep etme hakkının tanınması karşısında, söz konusu düzenlemenin mevzuatla tanınan yetki sınırları içerisinde kaldığı dolayısıyla mevzuata aykırılık taşımadığı anlaşılmıştır.

Teknik Şartname'nin 6.5.1.12'nci maddesinde yer alan "Yüklenici çalıştırdığı tüm personelin ücretini firma tarafından ya da sağlık sigortasından karşılanacak şekilde her yeni işe girişte, giriş öncesi ya da en geç 15-30 gün içerisinde; HbsAg, AntiHbs, AntiHIV, AntiHCV, Anti Rubella IgG, Suçiçeği, Kabakulak Hemogram, Akciğer Grafisine bakılıp test sonuçları Çalışan Sağlığı Birimine iletilmektedir." düzenlemesine yönelik iddialara gelince;

Öngörülen giderlerin İdari Şartname'de teklif fiyata dâhil edildiği, ancak birim fiyat teklif cetvelinde satır açılmadığından, birim fiyat teklif cetveli ve İdari Şartname'nin 25'inci maddesinde belirtilen giderlerin ihaleye katılan istekliler tarafından dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla düzenlemelerin teklif fiyatı verilmesine engel bir durum teşkil etmediği anlaşıldığından, söz konusu düzenlemeye yönelik iddialar yerinde görülmemiştir.

Teknik Şartname'nin 6.9.1 'inci ve 6.9.2'nci maddeleri ile Sözleşme Tasarısı'nın 33.1.1'inci maddesi karşılaştırıldığında çalıştığı, söz konusu maddelerde belirtilen eğitimlerin mesai saatleri içerisinde yapılacağı ve oluşacak söz konusu gider kalemine birim fiyat cetvelinde ve yaklaşık maliyette yer verilmesinin zorunlu olduğu ileri sürülmekte ise de,

Yukarıda yer alan Şartname düzenlemelerinden, işverenin çalışanların branşları ile ilgili eğitim sağlayacağı, bu eğitimlerde geçen süresinin çalışma süresinden sayılacağı, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, çalışanlara verilecek eğitim giderlerinin mesai saatleri içinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, söz konusu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olduğu ve bazı eğitim giderlerinin sözleşme ve genel giderler içerisinde değerlendirilebileceği, ihale dokümanında aktarılan düzenlemelere göre verilmesi öngörülen eğitim mesai saatleri içerisinde gerçekleştirileceğinin düzenlendiği, eğitimin mesai saatleri içerisinde verilmesinden dolayı verilecek eğitimin fazla çalışmaya yol açmayacağı, bu nedenle fazla çalışma giderlerinin teklif fiyata dahil edilemeyeceği, İdari Şartnamenin 25'inci maddesinde teklif fiyata dahil olduğu belirtilen giderlerin istekli tarafından öngörülecek ilgili maliyet kaleminin fiyat teklifine yansıtılabileceği, idare tarafından yaklaşık maliyet hesabında sözleşme ve genel giderler için maliyet kalemine yer verildiği göz önüne alındığında, mevcut doküman düzenlemelerine göre verilecek eğitimin ihaleye katılma engel olmayacağı ve teklif maliyetlerini etkilemeyeceği anlaşılmış olup, dava konusu işlemin söz konusu iddiaları kabul görülmesinin gerektirdiği kısımlarda da hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin Teknik Şartnamenin 6.5.1.8'inci maddesinde yer alan "Yüklenici, idarenin onayı olmayan hiçbir personeli çalıştırmayacaktır." düzenlemesine yönelik davacının itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmının iptaline, davacının diğer iddiaları yönünden itirazın şikâyet başvurusunun yerinde görülmemesine ilişkin kısımları yönünden 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 hükme 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 günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

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

Açıklanan nedenlerle;

1- Kamu İhale Kurulunun 04.10.2017 tarihli ve 2017/UH.I-2697 sayılı kararının Teknik Şartname'nin 6.5.1.8'inci maddesine yönelik kısmının iptaline,

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

Oybirliği ile karar verildi.
