

dosyadaki bilgi ve belgelerle, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, davacı şirketin, birim fiyat teklif cetvelinde ulusal bayram ve genel tatil günlerinin ve bu günlerde çalışacak personelin sayı olarak belirlendiği, fakat 2429 sayılı Kanun'a göre ulusal bayram ve genel tatil gününün son gününün Cuma gününe rastlaması halinde ertesi günün de bayram ve tatil günü olduğu, bu günlerde çalışan personelin hakedişlerinin bir

buçuk kat fazla olduğu, bu haliyle yüklenici üzerine birim fiyatta belirlenenden daha fazla maliyet yüklendiği ve bu hususun teklif oluşturulması noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiği yolundaki iddiasının yerinde olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararının bu iddia yönünden reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır” gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının 4’üncü iddia ile ilgili kısmının iptaline

karar verilmiştir.

Toplantı No	: 2018/061
Gündem No	: 39
Karar Tarihi	: 01.11.2018
Karar No	: 2018/MK-370

<u>BASVURU SAHİBİ:</u> Elpa Temizlik Sosyal Hizmetler Bilgisayar İnsan Kaynakları Sağlık Hizmetleri İnşaat Tarım San. Ve Tic. Ltd. Şti.
<u>İHALEYİ YAPAN İDARE:</u> Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü Sağlık Bakanlığı Müsteşarlık
<u>BAŞVURUYA KONU İHALE:</u> 2018/92410 İhale Kayıt Numaralı "Mhrs Ve Diğer Çağrı Hizmetleri Alımı (Faz-10)" İhalesi
<u>KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:</u>
<u>KARAR:</u>

Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 2018/92410 ihale kayıt numaralı "Mhrs ve Diğer Çağrı Hizmetleri Alımı (Faz-10)" ihalesine ilişkin olarak Elpa Temizlik Sosyal Hizmetler Bilgisayar İnsan Kaynakları Sağlık Hizmetleri İnşaat Tarım San. ve Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 31.05.2018 tarihli ve 2018/UH.II-1078 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Elpa Temizlik Sosyal Hizmetler Bilgisayar İnsan Kaynakları Sağlık Hizmetleri İnşaat Tarım San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 04.10.2018 tarihli ve E:2018/1435, K:2018/1901 sayılı kararında "...Dava konusu ihaleye ait olan Teknik Şartnamenin 4.2.8. maddesinde; "Resmi ve Dini Bayram günleri için idare tarafından en az 14 takvim günü öncesinden yükleniciye asgari operatör, takım ve grup lideri sayıları iletilecek, bu günlerde de çağrı karşılama hizmeti kesintisiz sürdürülecektir. Yüklenici ilgili resmi ve dini tatil gününde çalışacak personelleri önceden tespit ederek ilgili vardiya planında onaya sunacaktır. İstenen sayıların altında personelin hizmet vermesi yüklenicinin sorumluluğunda olacak olup çalışması planlanan ancak herhangi bir sebeple hizmet vermeyen/veremeyen personel işe gelmemiş sayılacak olup ödemesi yapılmayacaktır.

Bu günlerde çalıştırılacak personele 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince belirlenecek ücret ödenecektir. Resmi ve Dini Bayram Günlerinde "7,5" net çalışma saati (8,5 saat- 1 saat mola=7,5 saat) üzerinden vardiya planlaması yapılacak ve onaya sunulacaktır. Hak ediş ödemesi; İlgili tatil günü için vardiya planında istenen "asgari kişi sayısı x 7,5 saat x birim fiyat teklif cetveli" resmi tatil günü ödeme tutan üzerinden yapılacaktır.

7,5 saat net çalışma süresinden fazla çalışmış personele fazla çalıştığı süreler için idare tarafından fazla çalışma ücreti ödenmeyecek olup, yüklenici fazla çalışma süresinden doğan ödemeler yüklenici sorumluluğundadır, (örneğin; personelin net 7,9 saat çalıştığı tespit edilmiş ve birim fiyat teklif cetveline göre saatlik ücret 15 TL. Bu birim fiyata göre ilgili personele 7,9 x 15 TL=118,50 TL'lik ödeme yapması gerekmektedir. İdare bu personel için yükleniciye 7,5 saatlik kısmı (7,5 X 15=112,50 TL) ödeyecektir. Kalan 6 TL'lik farkın personele ödemesi yüklenicinin yükümlülüğünde olacaktır.)

Hizmet süresince toplam 46,5 gün "Resmi ve Dini Tatil Günleri" bulunmaktadır. Bu günlerde toplamda aşağıdaki tabloda belirtilen sayılarda personel çalışacağı öngörülmektedir. İlgili resmi ve dini tatil günlerinde çalışacak personel sayısı için idare tarafından onaylanan vardiya planları esas alınarak hizmet vermiş personel sayısı kadar ödeme yapılacaktır. Onaylanan vardiya planındaki sayılarda fazla hizmet vermiş personelin ödemesi yapılmayacaktır. Örnek 1; 1 Ocak 2019 tarihi için İdare tarafından 500 operatör çalıştırılması talep edilerek onaylanan vardiyada 495 operatörün hizmet vermesi durumunda 5 operatör işe gelmemiş sayılarak ödemesi yapılmayarak cezai işlem uygulanacaktır. Aynı onaylanan vardiyada 510 operatörün hizmet vermesi durumunda ise 10 operatör için ödeme yapılmayacaktır.

Resmi Tatil Günlerinde Çalıştırılacak Toplam Personel/Gün Sayısı

Toplam Resmi Tatil Gün Sayısı	Operatör	Takım Lideri	Grup Lideri
46,5	30.000	1.200	300

Hizmet sonuna gelindiğinde; örneğin, toplamda 28.000 operatörlük plan yapılmış olabilecektir. Dolayısı ile hakediş dönemlerinde alınan hizmet kadar ödeme yapılmış olacaktır. (SMS ve Dakika kullanım ve ödeme modeline benzer uygulama yapılmış olacaktır.)" düzenlemesi bulunmaktadır.

2429 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan hükümlerinde, ulusal bayram ve genel tatil günleri ve bunlar gibi sayılacak olan günler belirlenmişken; 4857 sayılı Kanun'un yine yukarıda aktarılan hükümlerinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ödenecek ücretin oranı düzenlenmiştir. Bu iki Kanun'un birbirinden farklı konuları düzenlediği görüldüğünden, davalı idarenin, diğerinden sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüne itibar edilmemiştir.

Öte yandan; dava konusu ihaleye ait olan Teknik Şartnamede ulusal bayram ve genel tatil günleri ile bu günlerde çalışacak personelin sayısı açık bir şekilde belirlenmiştir. Ancak bu sayısal belirleme yapılırken 2429 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan ve son günü Cuma gününe rastlayan tatil günlerinin ertesi gününün de tatil olarak kabul edildiği düzenlemesi dikkate alınmamıştır. Bu durumun ise sözleşmenin uygulanması esnasında, ihale üzerinde kalan yüklenici aleyhine ek bir mali yük yaratacağı görülmektedir. Bu haliyle, sözleşmenin uygulanması süresince çalışılacak ulusal bayram ve genel tatil günlerinin sayısı Teknik Şartnamede belirlenecekse, bu hususun da dikkate alınarak bir belirleme yapılması gerekmektedir. Bu nedenlerle, aksi yönde olan Teknik Şartname düzenlemesine ilişkin olarak davacı şirketin iddialarının yerinde olduğu görülmüştür.

Bu durumda; dosyadaki bilgi ve belgelerle, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, davacı şirketin, birim fiyat teklif cetvelinde ulusal bayram ve genel tatil günlerinin ve bu günlerde çalışacak personelin sayı olarak belirlendiği, fakat 2429 sayılı Kanun'a göre ulusal bayram ve genel tatil gününün son gününün Cuma gününe rastlaması halinde ertesi günün de bayram ve tatil günü olduğu, bu günlerde çalışacak personelin hakedişlerinin bir buçuk kat fazla olduğu, bu haliyle yüklenici üzerine birim fiyatta belirlenen daha fazla maliyet yüklediği ve bu hususun teklif oluşturulması noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiği yolundaki iddiasının yerinde olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararının bu iddia yönünden reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır" gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının 4'üncü iddia ile ilgili kısmının iptaline 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 hükmüne 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 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, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

- 1- Kamu İhale Kurulunun 31.05.2018 tarihli ve 2018/UH.II-1078 sayılı kararının 4'üncü iddiası ile ilgili kısmının iptaline,
- 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği karar verildi.