

4857 sayılı Kanun maddesinde sayılan hallerde izin kullanan işçilerin fiilen çalışmış kabul edileceği ve yerine işçi ikame edilemeyeceği buna karşın Sözleşme Tasarısının anılan maddesine bakıldığında herhangi bir sebeple rapor vb personelin gelmemesi halinde belirtilen özelliklere sahip personelin sağlanmadığı her gün için kişi başı sözleşme bedelinin %005 inin (on binde beşi) yüklenici firmanın hakedişinden ceza olarak kesileceğinin belirtildiği dikkate alındığında herhangi

bir sebeple personelin gelmemesi halinin 4857 sayılı Kanun maddesinde sayılan halleri de barındırdığı her ne kadar ihaleyi yapan idarece cevapta anılan maddede yıllık izinli personelin değil iş göremez haldeki personelin kastedildiği ifade edilmiş ise de anılan Tasarı maddesinde böyle bir açıklık bulunmadığı dolayısıyla söz konusu Tasarı maddesinin emredici hukuk kurallarına aykırı bulunduğu anlaşılmakta olup davacı tarafından ileri sürülen iddianın reddine

yönelik dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır

Toplantı No	: 2021/035
Gündem No	: 59
Karar Tarihi	: 25.08.2021
Karar No	: 2021/MK-381

BASVURU SAHİBİ: Şd Sosyal Hizmetler Temizlik Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi
İHALEYİ YAPAN İDARE: Aksaray İl Sağlık Müdürlüğü
BASVURUYA KONU İHALE: 2020/559391 İhale Kayıt Numaralı "18 Aylık Malzemeli Yemek Pişirme Ve Sonrası Hizmetler" İhalesi
KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
KARAR:

Aksaray İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2020/559391 ihale kayıt numaralı "18 Aylık Malzemeli Yemek Pişirme ve Sonrası Hizmetler" ihalesine ilişkin olarak Şd Sosyal Hizmetler Temizlik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi itirazzen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.1-180 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazzen şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Şd Sosyal Hizmetler Temizlik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyi açılan davada, Ankara 17.İdare Mahkemesinin 08.07.2021 tarihli E:2021/348 sayılı kararında "Dava konusu Kurul Kararının, davacı şirketin itirazzen şikâyet başvurusunda ileri sürdüğü 3. iddia yönünden incelenmesi; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2/6. maddesinde, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerin sadece bu işyerinde olduğu işe çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkiye asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." hükmüne, "Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı" başlıklı 112. maddesinde, "Kanuna veya Kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu Kanun ve 854, 5953, 5434 sayılı kanunların hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır."

4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları; 1. Alt işverenlerin değişik değişiminde bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından; 2. Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından, işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırılmaya devam olunmuş ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı talebi halinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla aşağı ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarda üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir. Bu şekilde hesaplanarak ödenen kıdem tazminatı tutarının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden aynı süreler dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından daha düşük olması halinde, işçinin aradığı farkı alt işverenden talep hakkı saklıdır. (...) hükmüne yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 5.maddesinde; "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamouyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmüne, "İhalelere Yönelik Başvurular" başlıklı 54. maddesinde; "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasını muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazzen şikâyet başvurusunda bulunabilirler" hükmüne, "İdarelerce uyulması gereken diğer kurullar" başlıklı 62/1. maddesinin (e) bendinde ise (...) Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirtildiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanılacağı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının aşağı işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder. Mahallî idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanılacağı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin hizmet alımları personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilir. Hizmet alımı sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirmeye hizmet türü için ayrı ayrı yapılır. Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmez. (...) hükmüne yer verilmiştir.

Teknik Şartname'nin 5.4'üncü maddesinde; .. 6) Yüklenici hastanede çalıştığı elemanların tüm haklarını; yürürlükteki iş kanunu, kanuna bağlı yönetmelikler, genelgeler ve yürürlükteki SGK yasasına göre düzenleyecektir. Bununla ilgili doğabilecek her türlü hukuki sorumluluk, yaptırım ve müeyyidelerle karşı yüklenici sorumludur. 7. Yürürlükte bulunan iş ve işveren hakkındaki yasa ve diğer mevzuatlara göre personelin işe alınması, personelin işten çıkartılması ve personelin tüm haklarının ödenmesi yükleniciye aittir. İdare bu konuda hiçbir sorumluluk taşımaz.

8. Yüklenici tarafından çalıştırılan (yemek pişirme ve sonrası dağıtım hizmetlerinde çalışan) personel ile hastane idaresi arasında hiçbir kanuni bağ ve sorumluluk ilişkisi olmayacaktır. Yüklenici, bu personellerin işvereni olup kanuni tüm yükümlülükleri (aylık ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, izin ücreti, SGK primleri, işçi ve işveren primleri, vergi mevzuatlarından doğan ödemeler vb.) yerine getirmeye yükümlüdür. 12. Yüklenici çalıştırdığı personelin ücretini ödeyecek ve bu işçilerin özlük hakları ile Sosyal Güvenlik Kurumu Bülge Çalışma Müdürlüğü, vergi daireleri ve ilgili resmi mercilere karşı her türlü prim, vergi ve benzeri ödemelerden sorumlu olacaktır." düzenlemeleri yer almaktadır.

Davacı tarafından itirazzen şikâyet başvurusunda ileri sürülen üçüncü iddia, Teknik Şartname'nin 5.4.12. "inci maddesi gereğince çalıştırılması öngörülen personelin kıdem tazminatlarının yüklenici tarafından ödenmesi gerekeceği, kıdem tazminatının yüklenici tarafından ödenmesi durumunda hem mevzuata aykırı olduğu hem de kaç kişilerin hak ettiğiinden önceden bilinmesini imkân bulunmadığından söz konusu düzenlemeler nedeniyle tekliflerin sağlıklı şekilde oluşturulmasını mümkün olmadığı şeklindedir.

Mahkememizin 07/04/2021 tarihli ara kararıyla, "18 Aylık Malzemeli Yemek Pişirme ve Sonrası Hizmetler" ihalesi kapsamında bir iş birliği kalemine ilişkin personel sayılarını ve personel giderlerini (varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil) ayrı ayrı gösteren yaklaşık maliyet tablosunun (personel giderlerinin ihale bedelinin yüzdesi olarak gösterilmesi) gönderilmesinin ihaleyi yapan idare Ankaray İl Sağlık Müdürlüğünden istenildiği, söz konusu ara kararına verilen cevapta, söz konusu ihale kapsamında işçilerimizin yaklaşık maliyetinin 23.334.750,00-TL, işçilik maliyetinin 5.941.733,54-TL olduğu, buna göre her ne kadar ihale dokümanında belirtilen personelin tüm maaşlarını ihale konusu işte geçirmeleri öngörülmesi olsa da yaklaşık maliyet içerisinde işçilik maliyetinin toplam yaklaşık maliyetin %70'inin altında olduğu anlaşıldığından uyusmazlık konusu ihalenin kamu ihale mevzuatı açısından personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesi olarak işe alınması olarak bulunmadığı açıktır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin düzenlenmesi İş Kanunu'nun 2. maddesinde, alt işverenlerin üstlenicileri için belli bir bölümünde alt işverene verilebileceğinin hükmü altına alındığı, kanun koyucunun, asıl işvereni alt işverenin işçileri arasında herhangi bir sözleşmesiz ilişki bulunmasına rağmen, alt işverenin asıl işverene oranla ekonomik bakımdan güçsüz durumda olmasını gözetecek alt işverenin işçilerinin haklarını korumak amacıyla, asıl işvereni alt işverene müteselsil olarak işlere karşı sorumlu tuttuğu, müteselsil sorumluluğa alacakların borçlularından dilediğine alacağını tamamı için başvurabilirdiği, bahsedilen sorumluluğun kapsamında işçinin ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi tazminatı, sendikâ tazminatları ve sair işçilik alacaklarının bulunduğu, işçilik alacaklarına ilişkin her ne kadar müteselsil sorumluluk öngörülmişse de 4734 sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilen personel çalıştırılmasına dayalı hizmet işlerinde kıdem tazminatlarının ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin öncelikle ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğu, idare ile sözleşme imzalanmış ve alt işveren kurumunda olan yüklenicilerin kıdem tazminatının ödenmesinden öncelikle sorumlu bulunmadığı hususları anlaşılmaktadır.

Bakılan uyusmazlıkta, uyusmazlık konusu ihalenin kamu ihale mevzuatı açısından personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesi olmadığı, buna göre somut olayda işçinin ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi tazminatı, sendikâ tazminatları ve sair alacaklarının asıl işveren olan ilgili kamu kurum ve kuruluşu (somut olayda ihaleyi yapan Aksaray İl Sağlık Müdürlüğü) ile alt işveren olan yüklenicinin (somut olayda davacı şirket) birlikte (müteselsil) sorumlu oldukları, her ne kadar davacı tarafından kıdem tazminatının yüklenicinin sorumlu olduğu yolundaki düzenlemeler mevzuata aykırı olduğu öne sürülmüş ise de yukarıda yer verilen düzenlemeler doğrultusunda yüklenicinin kıdem tazminatından sorumlu olduğu bulunmadığı hususunda kuşku bulunmadığı, ancak ele alınan Teknik Şartname hükümlerinden idarenin söz konusu işçilik alacakları yönünden hiçbir sorumluluğu bulunmadığı şeklindeki düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu, zira kanun koyucunun alt işverenin asıl işverene oranla ekonomik bakımdan güçsüz durumda olmasını gözetecek alt işverenin işçilerinin haklarını korumak amacıyla, asıl işvereni alt işverene müteselsil olarak işlere karşı sorumlu tuttuğu, dolayısıyla ihale dokümanında Kanuna aykırı düzenlemelere yer verilemeyeceği dikkate alındığında belirtilen sebeple davacı tarafından ileri sürülen 3 numaralı iddia bakımından dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin itirazzen şikâyet başvurusunda ileri sürdüğü 9. iddia yönünden incelenmesi; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2/6. maddesinde, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerin sadece bu işyerinde olduğu işe çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkiye asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." hükmüne, "Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı" başlıklı 112. maddesinde, "Kanuna veya Kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu Kanun ve 854, 5953, 5434 sayılı kanunların hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır."

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79.2.6. "ncı maddesinde, "Malzemeli yemek hizmet alan ihalelerde aşağı düşük tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılan azami fiyatlık örnek menü düzenlemesi yapılır ve bu menüde yer alan yemeklerin içerikleri ile çig girdi miktarları belirtilir." hükmüne yer verilmiştir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Tablo I'de yetiştirilen için normal yemek istihkak cetvelinde günlük azami 200 gram kemikli etin verileceği, haftalık da azami yedi kez verileceği belirtilmiştir.

Davacı tarafından itirazzen şikâyet başvurusunda ileri sürülen dokuzuncu iddia, Teknik Şartname içeriğinde yer alan örnek menülere yer alan gramajların Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde belirtilen azami gramajların üzerinde olduğu, ayrıca anılan Yönetmelik'te kemikli et girdisi şeklinde belirtilmesinde rağmen örnek menü içerisinde kemikli et kemiksiz et farklılığına yer verilmediği, anılan durumun isteklistlerin sağlıklı şekilde oluşturulmasını engeller nitelikte olduğu ve bu durum rekabet ilkesini zedeleyeceği şeklindedir. Teknik Şartnamede ekinde bulunan "14 günlük normal yemek menüsü" içeriğinde yer alan ama yemeklerdeki et gramajlarının, yine Teknik Şartname içeriğinde yer alan "Yemeklerin Cinsi ve İçerdiği Ana Çig Girdi Miktarlarını Gösteren Liste"ye göre hesaplaması yapıldığında,

1. gün için; (öğle yemeği) pürelî rosto et=150 gram kemiksiz et, (akşam yemeği) etli taze fasulye=50 gram kemiksiz et, dolayısıyla birinci gün için 200 gram kemiksiz et, 2. gün için; (öğle yemeği) etli yaz türlü=50 gram kemiksiz et, (akşam yemeği) taze kebabı=120 gram kemiksiz et, dolayısıyla ikinci gün için 170 gram kemiksiz et, 3. gün için; (öğle yemeği) pilav üstü et döner =150 gram kemiksiz et, (akşam yemeği) etli taze bezelye=50 gram kemiksiz et, dolayısıyla üçüncü gün için 200 gram kemiksiz et, 4. gün için; (öğle yemeği) kabak musakka =50 gram kemiksiz et, (akşam yemeği) et sote-pirinç pilav=150 gram kemiksiz et, dolayısıyla dördüncü gün için 200 gram kemiksiz et, 5. gün için; (öğle yemeği) tavuk sote-pirinç pilav =50 gram kemiksiz et, (akşam yemeği) patlıcan musakka=150 gram kemiksiz et, dolayısıyla beşinci gün için 200 gram kemiksiz et, 6. gün için; (öğle yemeği) terbiyeli et haşlama =150 gram kemiksiz et, (akşam yemeği) sebze li fırın tavuk pirzola=250 gram kemikli et, dolayısıyla altıncı gün için 400 gram et. .) şeklinde olduğu görülmektedir. Buna göre, anılan Yönetmelikteki 200 gram kemikli etin verileceğinin düzenlendiği, anılan Yönetmelik'te kemikli et girdisi şeklinde belirtilmesinde rağmen örnek menü içerisinde kemikli et kemiksiz et farklılığına yer verilmediği, ancak örnek menüde belirtilen söz konusu yemekler için Teknik Şartname içeriğinde yer alan "Yemeklerin Cinsi ve İçerdiği Ana Çig Girdi Miktarlarını Gösteren Liste"de belirtilen et gramajları üzerinden hesaplama yapıldığında söz konusu örnek menülerdeki günlük et gramajlarının sözü geçen Yönetmelikte belirtilen azami gramajların üzerinde olduğu görülmekte olup, davalı idarece her ne kadar söz konusu örnek menülerin malzemeli yemek hizmet ihalelerinde aşağı düşük tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılacak üzere idare tarafından hazırlandığı, isteklistlerin teklif bedellerini ihale dokümanını oluşturan İdare Şartname, Teknik Şartname ve Sözleşme Tasarısı'nda yer alan tüm giderler, işin süresi, ögün sayısı, tarifler doğrultusunda hazırlanmaları gerektiği öne sürülmüş ise de Teknik Şartname ekinde yazılan söz konusu menülerin tekliflerin hazırlanması sürecinde isteklistler tarafından görmezden gelinmeyeceği ve söz konusu örnek menülerin tekliflerin hazırlanması sürecine etki edilebileceği kanaatine varıldığından anılan durumu tekliflerin sağlıklı şekilde oluşturulmasını engeller nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, davacının itirazzen şikâyet başvurusundaki 9 numaralı iddiasının reddine ilişkin Kurul kararının bu kapsamda hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin itirazzen şikâyet başvurusunda ileri sürdüğü 10. iddiası yönünden incelenmesinde gelince; Davacı tarafından itirazzen şikâyet başvurusunda ileri sürülen onuncu iddia, iznli veya raporlu kişilerin yerlerine başka personelin istihdam edilmesi, aksi takdirde cezai işlem uygulanacağı yolundaki Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.2.p maddesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 55. maddesi ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25'inci maddesine aykırı olduğu şeklindedir.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre, 4857 sayılı Kanunun 55. maddesinde işçiler için yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan sürelerle yer verildiği, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25'inci maddesinde ise, 4857 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin haklarını idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanacakları ve izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceğinden, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilmesi sayının tamamlanmasa yoluna gidilemeyeceğinden ifade edildiği, dolayısıyla ihale dokümanında Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25'inci maddesinde belirtilen açıklama gereği 4857 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca izin kullanan işçiler yerine işçi getirilmesi yönündeki düzenlemelere ihale dokümanında yer verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, 4857 sayılı Kanunun 55. maddesinde sayılan hallerde izin kullanan işçilerin fiilen çalışmış kabul edileceği ve yerine işçi ikame edilemeyeceği, buna karşın Sözleşme Tasarısı'nın anılan maddesinde bakıldığında, "herhangi bir sebeple (rapor vb.)" personelin gelmemesi halinde belirtilen özelliklere sahip personelin sağlanmadığı her gün için kişi başı sözleşme bedelinin %0,05'inin (on binde beşi) yüklenici firmanın hak edeceğinden ceza olarak kesileceğinin belirtildiği dikkate alındığında "herhangi bir sebeple (rapor vb.)" personelin gelmemesi halinde 4857 sayılı Kanunun 55. maddesinde sayılan hallerde de barındırıldığı, her ne kadar ihaleyi yapan idarece 09/12/2020 tarihli cevapta anılan maddede yıllık iznli personelin değil iş göremez haldeki personelin kastedildiği ifade edilmiş ise de anılan Tasarı maddesinde böyle bir açıklık bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu Tasarı maddesinin emredici hukuk kurallarına aykırı bulunduğu anlaşılmakta olup, davacı tarafından ileri sürülen 10 numaralı iddianın reddine yönelik dava konusu Kurul kararının bu kapsamda hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, dava konusu işlemin ihaleyi almakla ilgili olması nedeniyle uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğabileceği de açıktır." gerekçesiyle anılan Kurul kararının 3. 9 ve 10'uncü iddialarına ilişkin kısmının yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasına, 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 fıkrasına, 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, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliği edildiği veya tebliği edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

1- Kamu İhale Kurulunun 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.1-180 sayılı kararının 3. 9 ve 10'uncü iddialar 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,

Öybirliği ile karar verildi.