

Hizmet Alım ihale Sözleşme maddesinin dipnotu yönünde bir düzenleme bulunmadığı ancak isteklilerin ihale konusu işin yürütülmesi sırasında sözleşmeye aykırı davranışlarının kaç kez tekrarı hâlinde sözleşmenin feshedileceğini bilmeleri hâlinde dahi sözleşmenin feshedileceği tehdidi altında teklif sunmalarının işin doğasına uygun olmadığı, bu hususun verilecek teklifin miktarını değiştirmeyeceği teklif verenler arasında bir eşitsizlik yaratmayacağı, sözleşme tasarısındaki bu

eksikliğin dava konusu ihaleye teklif vermeye engel bir durum teşkil edip etmeyeceği hk

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2018/3833

Karar No:2019/481

TEMYİZ EDENLER : 1. (DAVALI) Kamu İhale Kurumu

VEKİLİ : ...

2. (DAVACI) ...

MÜDAHİL

(DAVALI İDARE YANINDA) : ...

VEKİLİ : ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Davacı şirketin, Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nce 10/04/2018 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan "Mhrs ve Diğer Çağrı Hizmetleri Alımı (Faz-10)" ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 31/05/2018 tarih ve 2018/UH.II-... sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce; itirazın şikâyet başvurusundaki 1. iddianın incelenmesinden; davacı şirketin, ihaleyi yapan idareye ait olması gereken kıdem tazminatı ödemelerinin, ihaleye ilişkin Teknik Şartname'nin 5.16. maddesiyle yüklenici üzerine bırakıldığı ve bu nedenle Teknik Şartname'nin ilgili maddesinin kamu ihale

mevzuatına aykırı olduğu iddiasına ilişkin olarak; anılan düzenlemenin ihaleye katılmak isteyen isteklilerin teklif vermelerine engel olacak veya teklif verenler arasında eşitsizlik yaratacak nitelikte bulunmadığı; 2. iddianın incelenmesinden; davacı şirketin, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde sözleşmeye aykırılık hâllerinin belirlendiği, fakat bunların ardı ardına veya aralıklı olarak kaç kez gerçekleştiğinde sözleşmenin feshedileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, bu nedenle Sözleşme Tasarısı'nın ilgili maddesinin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu iddiasına ilişkin olarak; dava konusu ihaleye ait Sözleşme Tasarısı'nda, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde bulunan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 16. maddesinin 26 sayılı dipnotu yönünde bir düzenleme bulunmadığı, ancak isteklilerin, ihale konusu işin yürütülmesi sırasında sözleşmeye aykırı davranışlarının kaç kez tekrarı hâlinde sözleşmenin feshedileceğini bilmeleri hâlinde dahi, sözleşmenin feshedileceği tehdidi altında teklif sunmalarının işin doğasına uygun olmadığı, bu hususun verilecek teklifin miktarını değiştirmeyeceği, teklif verenler arasında bir eşitsizlik yaratmayacağı, sözleşme tasarısındaki bu eksikliğin dava konusu ihaleye teklif vermeye engel bir durum teşkil etmeyeceği; 3. iddianın incelenmesinden; davacı şirketin, Sözleşme Tasarısı'nın 22.2. maddesinde, yüklenicinin, personelin sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunun düzenlendiği, fakat bu kapsamda çalışacak iş güvenliği uzmanları ve hekimlerinin toplam personel sayısına ve teklif fiyatına dahil edilmesi ve buna ilişkin olarak birim fiyat teklif cetvelinde ayrıca bir satır açılması gerektiği iddiasına ilişkin olarak; dava konusu ihalenin, personel çalıştırılmasına dayalı olmayan hizmet alımı ihalesi olduğu, bu niteliği gereği iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hususların, birim fiyat teklif cetvelinde ayrıca bir satır açılmak suretiyle düzenlenmesine gerek bulunmadığı, zira bu hususta gerekli tedbirleri alma ve bu tedbirler kapsamında çalışacak personel sayısını belirleme yetkisinin yüklenicinin üzerinde olacağı, bu hususun birim fiyat teklif cetvelinde

belirlenen iş kalemleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle söz konusu düzenlemenin ihaleye teklif sunanlar arasında rekabeti engelleyici bir durum yaratmayacağı gibi teklif sunmaya engel de teşkil etmeyeceği; 4. iddianın incelenmesinden; 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 hâlinde ertesi günün de bayram ve tatil günü olduğu, bu günlerde çalışan personelin hakedişlerinin bir buçuk kat fazla olduğu, bu hâliyle yüklenici üzerine birim fiyatta belirlenenden daha fazla maliyet yüklendiği ve bu hususun teklif oluşturulması noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiği iddiasına ilişkin olarak; 2429 sayılı Kanun'da ulusal bayram ve genel tatil günleri ve bunlar gibi sayılacak olan günler belirlenmişken, 4857 sayılı Kanun'da, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ödenecek ücretin oranının düzenlendiği, bu iki Kanun'un birbirinden farklı konuları düzenlediği, bu nedenle diğerinden sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı, dava konusu ihaleye ait olan Teknik Şartname'de ulusal bayram ve genel tatil günleri ile bu günlerde çalışacak personelin sayısının açık bir şekilde belirlendiği, ancak bu sayısal belirleme yapılırken 2429 sayılı Kanun'daki son günü Cuma gününe rastlayan tatil günlerinin ertesi gününün de tatil olarak kabul edilmesine ilişkin düzenlemenin dikkate alınmadığı, bu durumun ise sözleşmenin uygulanması esnasında, ihale üzerinde kalan yüklenici aleyhine ek bir mali yük yaratacağı, sözleşmenin uygulanması süresince çalışılacak ulusal bayram ve genel tatil günlerinin sayısı Teknik Şartname'de belirlenecekse, bu hususun da dikkate alınarak bir belirleme yapılması gerektiği, bu nedenlerle, aksi yönde olan Teknik Şartname düzenlemesine ilişkin olarak davacı şirketin iddialarının yerinde olduğu; 5. iddianın incelenmesinden; davacı şirketin, ihalenin kısmi teklife kapalı olmasının ihaleye katılımı ve rekabeti engelleyici nitelikte olduğu

iddiasına ilişkin olarak; davacı şirketin, ihale mevzuatına aykırı olduğunu iddia ettiği bu hususun ihale ilanında düzenlendiği, ihale ilanının ise 09/03/2018 tarihinde yayınlandığı, dolayısıyla davacı şirketin ihale ilanından itibaren 4734 sayılı Kanun'da belirlenen süreler dâhilinde şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarını kullanması gerektiği, davacı şirketin ihale ilanına ilişkin olan bu iddiasını 04/04/2018 tarihli şikâyet başvurusuyla dile getirdiği, bu hâliyle davacı şirketin bu iddiasının süre yönünden reddine ilişkin Kurul kararının yerinde olduğu, bu durumda; 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 hâliyle 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, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararının bu iddia yönünden reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da davacının iddia ettiği gibi bir düzenleme bulunsa da sonradan yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme olmadığı ve bu konu hakkında sonradan yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiği; Davacı tarafından, ihaleyi yapan idareye ait olması gereken kıdem tazminatı ödemelerinin, ihaleye ilişkin Teknik Şartname'nin 5.16. maddesiyle yüklenici üzerinde bırakıldığı ve bu nedenle Teknik Şartname'nin ilgili maddesinin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde sözleşmeye aykırılık hâllerinin belirlendiği, fakat bunların ardı ardına veya aralıklı olarak kaç kez gerçekleştiğinde sözleşmenin

feshedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle sözleşme tasarısının ilgili maddesinin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 22.2. maddesinde yüklenicinin, personelin sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunun belirtildiği, fakat bu kapsamda çalışacak iş güvenliği uzmanları ve hekimlerinin toplam personel sayısına ve teklif fiyatına dâhil edilmesi ve buna ilişkin olarak birim fiyat teklif cetvelinde ayrıca bir satır açılması gerektiği, ihalenin kısmi teklife kapalı olmasının ihaleye katılımı ve rekabeti engelleyici nitelikte olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava konusu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı bir ihale olmadığı, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinde kıdem tazminatının idarelerin yükümlülüğünde bulunduğu, sözleşme tasarısında sözleşmenin hangi hâllerde feshedileceğinin belirlendiği, ihalenin kısmi teklife açık olmadığı ve bu durumun ihale ilanında belirtildiği, bu nedenle şikâyet başvurusunun süresinde olmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Karar No:2019/481

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... 'NİN DÜŞÜNCESİ : Temyiz istemlerinin kısmen kabulüne karar verilmesi 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 işin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

USUL YÖNÜNDEN:

Temyize konu Mahkeme kararının davacı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmı yönünden; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164. maddesinin 1. fıkrasında, "Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının

karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder.”, son fıkrasında ise, “Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir.” kuralına yer verilmiştir.

Davacı şirket tarafından dosyaya sunulan dava dilekçesinin şirket yetkilisi tarafından imzalandığı, dolayısıyla davacı şirketin vekil ile temsil edilmediği anlaşılmaktadır.

Vekâlet ücreti yalnızca vekille temsil edilenler lehine hükmedilebileceğinden, davacı şirketin vekil ile temsil edilmemesi nedeniyle, Mahkeme tarafından davacı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinde usule uygunluk bulunmamaktadır.

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY:

Dosyanın incelenmesinden, Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nce 10/04/2018 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Mhrs ve Diğer Çağrı Hizmetleri Alımı (Faz-10)” ihalesine ilişkin olarak davacı şirketin 04/04/2018 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 09/04/2018 tarihli yazısı ile reddi üzerine; “ihaleyi yapan idareye ait olması gereken kıdem tazminatı ödemelerinin, ihaleye ilişkin Teknik Şartname'nin 5.16. maddesiyle yüklenici üzerine bırakıldığı ve bu nedenle Teknik Şartname'nin ilgili maddesinin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde sözleşmeye aykırılık hâllerinin belirlendiği, fakat bunların ardı ardına veya aralıklı olarak kaç kez gerçekleştiğinde sözleşmenin feshedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle sözleşme tasarısının ilgili maddesinin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu, Sözleşme Tasarısı'nın 22.2. maddesinde yüklenicinin, personelin sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunun düzenlendiği, fakat bu kapsamda çalışacak iş güvenliği uzmanları ve hekimlerinin toplam personel sayısına ve teklif fiyatına dahil edilmesi ve buna ilişkin olarak birim fiyat teklif cetvelinde ayrıca bir satır açılması gerektiği, 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 hâlinde ertesi günün de bayram ve tatil günü olduğu, bu günlerde çalışan personelin hakedişlerinin bir buçuk kat fazla olduğu, bu hâliyle yüklenici üzerine birim fiyatta belirlenenden daha fazla maliyet yüklendiği ve bu hususun teklif oluşturulması noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiği, ihalenin kısmi teklife kapalı olmasının ihaleye katılımı ve rekabeti engelleyici nitelikte olduğu” iddialarına yer vererek itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu; ileri sürülen iddiaların yerinde olmadığından bahisle başvurunun reddine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu’nun 31/05/2018 tarih ve 2018/UH.II-... sayılı kararının iptali istemi ile bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “İhalelere yönelik başvurular” başlıklı 54. maddesinde; “İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır...”; “İdareye şikâyet başvurusu” başlıklı 55. maddesinde; “şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımaya diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar...

Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde

alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir...” kuralı bulunmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.1.1. maddesinde, “Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden hizmet alımlarını ifade eder.” şeklinde tanımlanmış, 78.1.2. maddesinde ise, “Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetleri, 78.1.1 inci maddede yer alan koşullara bakılmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edilmez.” kuralına yer verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5. maddesinde, bu Kanun'un uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin “Tip Sözleşmeler”in Resmî Gazete’de yayımlanacağı ve idarelerce yapılacak sözleşmelerin “Tip Sözleşme” hükümleri esas alınarak düzenleneceği kurala bağlanmış; 7. maddesinin (t) bendinde, bu Kanun’a göre düzenlenecek sözleşmelerde sözleşmenin feshine ilişkin şartların belirtilmesinin zorunlu olduğu kural altına alınmıştır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin “Cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16.1.1. maddesinin 26 numaralı dipnotunda, “Bu madde aşağıda belirtilen açıklamalara uygun olarak idare tarafından düzenlenecektir:

(1) Kısmi kabul öngörülme işlerinde, yüklenicinin işi süresinde bitirmemesi durumunda, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için kesilecek ceza miktarı, sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere oran olarak belirtilecektir. Ancak, gecikmeden

kaynaklanan aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, **4735** sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceği, sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde ise sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere idarece bu maddede belirlenecek oranda ceza uygulanacağı hususuna maddede yer verilecektir.

...

(3) İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde, idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarı, sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere oran olarak belirtilecektir. Ayrıca, bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, yukarıda öngörülen ceza uygulanmakla birlikte **4735** sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı (iki veya daha fazla) idarece belirlenerek bu maddede yazılacaktır. Ancak ağır aykırılık hâllerinde, bu aykırılık hâlleri maddede belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi yukarıda öngörülen şekilde sözleşmenin feshedilebileceği hususuna da idarece gerek görülmesi hâlinde bu maddede yer verilecektir..." açıklaması yer almaktadır.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, "Aşağıda sayılan resmî ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü genel tatil günleridir.

A) Resmi bayram günleri şunlardır:

1. 23 Nisan günü Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramıdır.
2. 19 Mayıs günü Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı günüdür.
3. 30 Ağustos günü Zafer Bayramıdır.

Karar No:2019/481

B) Dini bayramlar şunlardır:

1. Ramazan Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gündür.

2. Kurban Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gündür.

C) 1 Ocak günü yılbaşı tatili, 1 Mayıs günü Emek ve Dayanışma Günü ve 15 Temmuz günü Demokrasi ve Milli Birlik Günü tatilidir.

D) Ulusal, resmî ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü resmî daire ve kuruluşlar tatil edilir.

Bu Kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.

Mahiyetleri itibarıyla sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler saklıdır.

29 Ekim günü özel iş yerlerinin kapanması zorunludur.”; 3. maddesinde, “A) Hafta tatili Pazar günüdür. Bu tatil 35 saatten az olmamak üzere Cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlar.

B) 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu ve diğer kanunlardaki hafta tatili ile ilgili hükümler saklıdır.

C) Yemek, içmek, giyinmek gibi zaruri ihtiyaçların giderilmesi için alışveriş yapılan dükkan ve mağazalar hakkında Hafta Tatili Kanunu'nun Cumartesi günüyle ilgili hükümleri uygulanmaz.” kuralı yer almaktadır.

01/09/1971 tarih ve 13943 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğü giren 1475 sayılı İş Kanunu'nun (Mülga) “Hafta tatili” başlıklı 43. maddesinde, “394 sayılı Hafta Tatili Kanunu'nun 1, 4, 5, 6 ıncı maddeleri veya 16/9/1960 gün ve 79 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi gereğince hafta tatilinden istisna olunan işyerlerinde çalışan işçilere haftanın diğer bir gününde hafta tatili verilmesi mecburi olup o güne ait gündelikleri aynı esaslara göre ve bir iş karşılığı olmaksızın ödenir.” kuralına yer verilmiştir.

10/06/2003 tarih ve 25134 Resmî Gazete'de yayımlanarak

yürürlüğü giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Hafta tatili ücreti" başlıklı 46. maddesinde, "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63'üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir."; "Genel tatil ücreti" başlıklı 47. maddesinde, "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir." kuralına yer verilmiştir.

Karar No:2019/481

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

1. Temyize konu Mahkeme kararının, davacının itirazen şikâyet başvurusundaki 1.,3. ve 5. iddiaları yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine yönelik davanın reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

2. Temyize konu Mahkeme kararının, davacının itirazen şikâyet başvurusundaki "Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde, Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 26 no.lu dipnotunda belirtilen aykırılıklara ve bu aykırılıkların art arda veya aralıklı kaç defa gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin feshedileceğine ilişkin düzenlemenin yer almamasının mevzuata aykırılık teşkil ettiği" yolundaki 2. iddiası yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine yönelik davanın reddine ilişkin kısma gelince;

İhale dokümanında işin süresinde bitirilmemesine ilişkin ceza oranının belirlendiği, ancak işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde idarece her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere kesilecek ceza miktarının ve bu aykırılıkların art arda veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda sözleşmenin feshedileceği hususunda bir belirleme yapılmadığı, bu çerçevede, ihale dokümanında yer alan mevcut

düzenlemelerin Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 26 numaralı dipnotunda yer verilen açıklamalara uygun olmadığı açık olup, söz konusu eksikliğin, idarelerce yapılacak sözleşmelerin "Tip Sözleşme" hükümleri esas alınarak düzenleneceği ve sözleşmelerde sözleşmenin feshine ilişkin şartların belirtilmesinin zorunlu olduğu yönündeki **4735** sayılı Kanun'da yer alan emredici kurallara aykırı olduğu görülmektedir.

Her ne kadar Kamu İhale Kurulu'nca, anılan düzenlemenin, işin yürütülmesi aşamasında sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesine bir engel oluşturmayacağı, bu hâliyle yapılan düzenlemelerin yeterli olduğu, ayrıca bu hususun sözleşmenin yürütülmesi aşamasına ilişkin olduğu ve teklif vermeye engel teşkil etmediği, isteklilerden birini diğerine karşı avantajlı duruma getirmediği belirtilerek anılan iddia yerinde görülmemiş ise de; 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale dokümanının parçası olan sözleşme tasarısında mevzuata aykırı hususların tespit edilmesi hâlinde, anılan aykırılıkların teklif vermeye engel teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, aksi kabulün, dokümana itiraz hakkının işlevsizleştirilmesine sebep olacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu itibarla, **4735** sayılı Kanun ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'ye uygun olarak hazırlanmayan Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesi ile ilgili iddia yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukukî isabet görülmemiştir.

3. Temyize konu Mahkeme kararının, davacının itirazın şikâyet başvurusundaki 4. iddiası bakımından itirazın şikâyet başvurusunun reddine yönelik dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmına gelince;

Dava konusu ihaleye ait Teknik Şartname'nin 4.2.8. maddesinde; "Resmî 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 resmî ve dini tatil gününde çalışacak personelleri önceden tespit ederek ilgili vardiya planında onaya sunacaktır. İstlenen 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. Resmî ve Dini Bayram Günlerinde "7,5" net çalışma saati (8,5 saat-1saat 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" resmî tatil günü ödeme tutarı 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 $7,9 \times 15 \text{ TL} = 118,50 \text{ TL}$ ' lik ödeme gerekmektedir. İdare bu personel için yükleniciye 7,5 saatlik kısmı ($7,5 \times 15 = 112,50 \text{ TL}$) ödeyecektir. Kalan 6 TL' lik farkın personele ödenmesi yüklenicinin yükümlülüğünde olacaktır.)

Hizmet süresince toplam 46,5 gün "Resmî ve Dini Tatil Günleri" bulunmaktadır. Bu günlerde toplamda aşağıdaki tabloda belirtilen sayılarda personel çalışacağı öngörülmektedir. İlgili resmî 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 idare 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.

Resmî Tatil Günlerinde Çalıştırılarak Toplam Personel/Gün Sayısı

Toplam Resmî 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 yer almaktadır.

Karar No:2019/481

Davacı şirket tarafından, 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 hâliyle yüklenici üzerine birim fiyatta belirlenenden daha fazla maliyet yüklendiği ve bu hususun teklif oluşturulması noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiği iddia edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2429 sayılı Kanun’da sayılan ulusal bayram ve genel tatil günlerinin son gününün cuma gününe denk gelmesi hâlinde cumartesi gününün de “genel tatil günü” sayılıp sayılmayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır.

Yorum kavramı, hukuk sözlüğünde; “yasa, tüzük, yönetmelik, karar gibi her türlü belgedeki ifadenin açıklanması ve belirlenmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda yorum kavramı, hukuk normunun anlam ve kapsamının belirlenmesi faaliyeti şeklinde tanımlanabilir. Hâkimin, önüne gelen bir uyuşmazlıkta soyut hukuk kuralını somut olaya uygulayabilmesi

için, öncelikle o kuralın anlamını, amacını ve kapsamını saptaması gerekmektedir. Hâkim bu “anlama faaliyeti” kapsamında bir takım yorum yöntemleri kullanır. Bunlar, lafzî, sistematik, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemleridir.

Bütün hukuk kuralları gibi, kanunlar da her zaman açık ve anlaşılır olmayabilir.

Nitekim, somut uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için de, 2429 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yer alan, “Bu Kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.” kuralının anlamının, amacının ve kapsamının ortaya konulması gerekmektedir.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinin son gününün cuma gününe denk gelmesi durumunda, cuma ile pazar günleri arasında kalan cumartesi gününe “köprü gün” denilmektedir. Bu deyim esasen Fransa ve İsviçre hukukunda kullanılmakla birlikte, 02/01/1924 tarih ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun ile cuma günü olarak belirlenen hafta tatilinin, 27/05/1935 tarih ve 2739 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ile pazar gününe alındığı ve “Bu tatil 35 saatten eksik olmamak üzere cumartesi günü saat 13:00’te başlar.” kuralına yer verildiği; ayrıca, 01/09/1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu’nun (Mülga) 38. maddesinde cumartesi ücretinin ayrıca belirlendiği görüldüğünden, cumartesi gününün bizim mevzuatımız açısından da köprü gün özelliğini taşıdığı kabul edilmektedir.

2429 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği dönemde, her ne kadar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 30/05/1974 tarih ve 12 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 99. maddesinde, cumartesi ve pazar günlerinin tatil olduğu düzenlenmiş ise de, 2429 sayılı Kanun’un 3. maddesinde hafta tatilinin pazar günü olduğuna ilişkin düzenlemenin aynen korunduğu görüldüğünden cumartesi gününün belirtilen (köprü gün) özelliğinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

Kanun’un en önemli amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. 2429 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği dönemde pazar günlerinin hafta tatili olması ve tatilin saat 13:00’ten

itibaren başlaması sebebiyle, arada kalan ve yarım gün (saat 13:00'e kadar) çalışılan cumartesi gününün tatil edilmesi kamu yararı amacına uygun düşmektedir. Başka bir anlatımla, anılan maddenin düzenleniş amacı, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte cumartesi günleri saat 13:00'e kadar çalışma yapıyor olmasıdır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, kanun koyucu tarafından söz konusu düzenleme ile, ulusal bayram ve genel tatilin son gününün cuma gününe rastlaması hâlinde, cumartesi yarım gün olan hafta tatilinin uzatılarak tam güne çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, kanun koyucunun amacı dikkate alındığında cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Nitekim benzer bir uyuşmazlıkta, davacı tarafından genel tatil gününün son gününün cuma gününe rastladığı, cumartesi gününde de çalıştırılması sebebiyle Toplu İş Sözleşmesine göre genel tatil günü ücreti ödenmesine karar verilmesinin talep edildiği, yerel mahkemece genel tatil gününü takip eden cumartesi gününün de 2429 sayılı Kanun uyarınca genel tatil günü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde karar verildiği, bu kararın davalı tarafça temyizi üzerine konunun Yargıtay'ın önüne geldiği, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen 23/10/2003 tarih ve E:2003/17723, K:2003/17653 sayılı karar ile, "Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 2/D maddesinde: "Bu Kanunda belirtilen ulusal bayram ve genel tatil günleri cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip cumartesi gününün tamamı tatil yapılır." hükmü yer almaktadır. Kanunun bu maddesinin düzenleniş amacı, Kanunun yayınlandığı tarihte cumartesi günleri saat 13'e kadar çalışma yapılmasıdır. Yasa, belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olup, cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabulü mümkün değildir. Bugünün de normal cumartesi günü olarak değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca yukarıda belirtilen Yasada genel tatil günlerinin kaç gün olduğu da belirtilmiştir. İlgili toplu iş sözleşmesinde cumartesi günleri çalışma yapılması hâlinde ödenecek ücret de açıkça belirtilmiştir. Yine 1475 sayılı İş Kanununun 38.

maddesinde cumartesi günü ücreti düzenlendiği gibi, aynı Yasanın 42. maddesinde de genel tatil günü ücretinin hangi günler için ödeneceği belirtilmektedir. Bütün bu yasal düzenlemeler karşısında son günü cumaya gelen genel tatil gününü takip eden cumartesi gününün de genel tatil günü olarak kabul edilmesi mümkün değildir.” gerekçesiyle mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda 30/05/1974 tarih ve 12 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklik ve 10/06/2003 tarihinde 25134 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte cumartesi gününün köprü gün önemini yitirdiği ileri sürülebilecek ise de; 2429 sayılı Kanun’un hafta tatilinin pazar günü olduğunu düzenleyen maddesinin hâlen yürürlükte olduğu görüldüğünden, cumartesi gününün öneminin eskiye nazaran azalmakla birlikte hâlen devam ettiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, söz konusu madde lafzî olarak incelendiğinde de, ulusal bayram ve genel tatilin son gününün cuma gününe rastlaması hâlinde, cumartesi gününün “tamamı”nın tatil yapılacağına vurgulandığı, dolayısıyla, cumartesi yarım gün yapılan hafta tatilinin tam güne çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

2429 sayılı Kanun’un sistematığına ve söz konusu düzenlemenin Kanun içerisindeki yerine bakılacak olursa; Kanun’un 1. maddesinde, 29 Ekim Ulusal Bayram Günü’nün ayrıca düzenlendiği; 2. maddesinin birinci fıkrasında, genel tatil günlerinin tahdidi olarak sayıldığı; ikinci fıkrasında, “Bu Kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.” şeklindeki uyumsuzluğa konu kurala yer verildiği; üçüncü fıkrasında, mahiyeti itibarıyla sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarına atıf yapıldığı; 3. maddesinde ise, hafta tatiline ilişkin kurala yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan, Kanunda tek tek sayılan ulusal bayram ve genel tatil günlerinin niteliğinin ya da sayısının yargı kararıyla (yorumla) değiştirilmesi hukuken mümkün değildir.

Önemle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu ulusal bayram ve genel tatil günlerinin son gününün cuma gününe rastladığı durumlarda "cumartesi" gününün de genel tatil günü olduğunu murâd etmiş olsaydı, genel tatil günlerinin tahdidi olarak sayıldığı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında bu hususu açıkça düzenleyebilirdi.

Belirtilen açıklamalara rağmen "cumartesi" gününün genel tatil günü olduğu kabul edilecek olursa, yorum yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen "anlama" faaliyetinin sınırı aşılıp doğrudan doğruya yeni bir hukuk kuralı konulmuş olacaktır.

Bu itibarla, uyuşmazlığa konu ihaleye ilişkin olarak, davacı şirket tarafından dokümana itiraz kapsamında yapılan itirazın şikâyet başvurusunun, 2429 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereğince ulusal bayram ve genel tatil günleri cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip cumartesi gününün tamamının tatil yapılacağı kurala bağlanmış olsa da, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun'da ulusal bayram ve genel tatil günlerinin son gününün cuma gününe denk gelmesi durumunda cumartesi gününün tatil günü olarak kabul edileceği ve bu gün çalışan işçilere ayrıca ek ödeme yapılacağına dair bir kuralın yer almadığı ve bu hususa ilişkin olarak sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu yönüyle iptaline ilişkin temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,
2. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:...sayılı kararının, davacının itirazın şikâyet başvurusundaki 1., 3. ve 5. iddialarına ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, anılan Mahkeme kararının davacının 1., 3. ve 5. iddialarına ilişkin kısmının ONANMASINA,

3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne;
4. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:...sayılı kararının, davacının, Sözleşme Tasarısı'nın 16. maddesinde sözleşmeye aykırılık hâllerinin belirlendiği, fakat bunların ardı ardına veya aralıklı olarak kaç kez gerçekleştiğinde sözleşmenin feshedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı yönündeki 2. iddiasına yönelik kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA ,
5. Bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE,
6. Davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne;
7. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:...sayılı kararının, davacının, 2429 sayılı Kanun'a göre ulusal bayram ve genel tatil gününün son gününün cuma gününe rastlaması hâlinde ertesi günün de bayram ve tatil günü olduğu, bu günlerde çalışan personelin hakedişlerinin bir buçuk kat fazla olduğu, bu hâliyle yüklenici üzerine birim fiyatta belirlenenden daha fazla maliyet yüklendiği ve bu hususun teklif oluşturulması noktasında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiğine yönelik 4. iddiasına ilişkin dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
8. Bu kısım yönünden DAVANIN REDDİNE,
9. Kararın davacı şirkete vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmının BOZULMASINA, VEKÂLET ÜCRETİNE HÜKMEDİLMEMESİNE,
10. Dava kısmen iptal, kısmen ret ile sonuçlandığından, davacı tarafından ilk derece ve temyiz aşamalarında yapılan ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL yargılama giderinin yarısı olan ...-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ...-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, kalan ...-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine; davalı idare tarafından temyiz aşamasında yapılan toplam ...-TL yargılama giderinin yarısı olan ...-TL'nin davalı idare üzerinde bırakılmasına, kalan ... -TL'nin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine; ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam ...-TL müdahil yargılama giderinin yarısı olan

...-TL'nin davacıdan alınarak müdahile verilmesine, kalan ...-TL'nin müdahil üzerinde bırakılmasına;

11. Posta giderleri avansından artan tutarların davacıya, davalı idareye ve müdahile iadesine, istemi hâlinde temyiz aşamasında kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine,

12. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

13. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 20/02/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.