

**Vergi Usul Kanununa istinaden çıkarılan Tebliğlere göre düzenlenmiş amortisman oranları listesi incelendiğinde iddia konusu atık toplama konteyneri ve tıbbi atık konteynerinin çöp konteyneri niteliğinde olduğu ve çöp konteynerinin amortismanına tabi kıymetler arasında sayıldığı (faydalı ömür süresi ile normal amortisman oranının sırasıyla 4 yıl ve %25 olduğu) görülmüş olup söz konusu ekipman maliyetinin %3 sözleşme ve genel gider içerisinde kabul edilmesi gerektiği açık olup**

**bu malzemeye ilişkin ayrıca isteklilerden bir bedel öngörülmemesi gerektiği anlaşıldığından ve Tebliğ gereğince personel çalıştırılmasına davalı hizmet alımı ihalelerinde amortisman giderlerinin %3 oranındaki sözleşme ve genel giderler içerisinde yer alacağı belirtildiğinden idarenin düzenlemesinde ve bu düzenlemeyi uygun bularak davacı şirketin buna ilişkin itirazın şikayet başvurusunu reddeden davaya konu Kurul kararında mevzuata uygunluk bulunmamaktadır 1**

**Karar:** Ankara 5. İdare Mahkemesinin 04.03.2014 tarih ve E:2014/176 sayılı kararı.

**Özet:** Fırat Üniversitesi Hastanesi Başhekimliği tarafından 20.11.2013 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "24 Aylık (01 Ocak 2014-31 Aralık 2015) 850 Kişilik (700 Kişi Destek/150 Temizlik) Hastane Temizlik ve Destek Hizmeti Alımı" ihalesine ilişkin olarak İz Sosyal Hizmetler Turizm Eğitim Kargo Bilişim İnşaat Gıda Temizlik San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 13.11.2013 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 14.11.2013 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 02.12.2013 tarih ve 37429 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 27.11.2013 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş ve Kurulca alınan 13.01.2014 tarihli ve 2014/UH.I-271 sayılı ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı İz Sosyal Hizmetler Turizm Eğitim Kargo Bilişim İnşaat Gıda Temizlik San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 04.03.2014 tarihli ve E:2014/176 sayılı kararında "Dava konusu ihalede davacının itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemin 7 kısımdan oluştuğu görüldüğünden, her bir iddia ayrı ayrı incelenecek olursa; 1. iddiaya yönelik olarak: ihale konusu işin 850 kişi üzerinden birim fiyat teklif usulü ile ihaleye çıkıldığı, hakediş ödemelerinin de kontrol teşkilatı tarafından yüklenici ile birlikte hesaplanarak bulunacak miktarlar ve teklif edilen birim fiyatlarla çarpılmak suretiyle ödeneceği ve 4735 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesi uyarınca birim fiyat üzerinden teklif alınan ihalelerde Kanun'da öngörülen şartlar dahilinde iş artışı ve eksilişi yapılmasının mümkün olduğu göz önüne alındığında, personel sayısının arttırılabileceği veya azaltılabileceğine ilişkin düzenlemede mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı ve yapılan düzenlemenin teklif fiyatlarının belirlenmesinde ve ihaleye teklif verilmesinde engel teşkil etmediği sonucuna varıldığından, düzenlemede herhangi bir hukuka aykırılık görülmemiştir.

2. İddiaya yönelik olarak; söz konusu düzenleme ile çalıştırılan personelin gerek verilen hizmet sırasında, gerekse de hizmet haricinde idareye, idare personeline ve üçüncü kişilere vereceği zararlardan yüklenicinin sorumlu olduğu ifade edilmektedir. "Gerek verilen hizmet sırasında, gerekse hizmet haricinde ifadesinden işyerindeki mesai başlangıç ve bitiş saatleri arasındaki zaman aralığının, işyerindeki çalışma süresinin anlaşılması gerekmekte olup, bu açıdan düzenlemede bir belirsizlik olmadığı belirlenmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun "Adam çalıştıranın sorumluluğu" başlıklı 66'ncı maddesinde "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır. Borçlar Kanununun yukarıda anılan 66'ncı maddesi hükmü gereği yüklenicilerin maiyetinde çalıştırdığı kimselerin işlerini yaptıkları sırada verdikleri zarardan sorumlu olduğu, adam çalıştıranın sorumluluğu için ortaya çıkan zararlarla görülen iş arasında uygun illiyet bağı olması gerektiği ve yüklenicinin ödediği tazminatı çalışana sorumluluğu ölçüsünde rücu hakkına sahip olduğu dikkate alındığında Teknik Şartname'de yapılan düzenleme ile Kanun hükmünün ortadan kaldırılmasının hukuken mümkün olmadığı ve yapılan düzenlemenin ihaleye teklif verilmesinde engel teşkil etmeyeceği anlaşıldığından, düzenlemede herhangi bir hukuka aykırılık görülmemiştir.

3. İddiaya yönelik olarak; Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin

“İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması” başlıklı 19’uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında “Yüklenici, kazaların, zarar ve kayıpların meydana gelmesini önlemek amacı ile gereken bütün önlemleri almak ve kontrol teşkilatı tarafından, kaza, zarar ve kayıp ihtimallerini azaltmak için verilecek talimatların hepsine uymak zorundadır.

Yüklenici, işin devamı süresince iş yerinde yapılacak çalışmalarda her türlü güvenlik önlemini almak zorundadır. İş sahasında veya çevresindeki bölgede yeterli güvenlik önleminin alınmaması nedeniyle doğabilecek hasar ve zararın ödenmesinden yüklenici sorumludur. Ayrıca yüklenici, işyerinde kullanılan ekipmanın neden olabileceği kazalardan korunma usullerini ve önlemlerini çalışanlara öğretmek zorundadır. Bu konularda gerek kontrol teşkilatı tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir.” düzenlemesi.

Aynı Şartname’nin “Çalışanların sağlık işleri” başlıklı 39’uncu maddesinde “Yüklenici bütün giderleri kendisine ait olmak üzere hizmetinde çalışanlar için, gerek teker teker ve gerekse topluca yaşadıkları ve çalıştıkları yerler bakımından, yürürlükte olan sağlık ve güvenlik mevzuatı hükümlerine uygun olarak her türlü sağlık önlemlerini almak ve çalışanların yerel şartlara göre sağlıklı bir şekilde yiyip içmeleri, yatıp kalkmaları ve yıkanmaları, hastalıklardan korunmaları, hastalık veya bir kaza halinde tedavileri konularında ilgili mevzuat hükümlerine ve idare veya kontrol teşkilatının kendisine vereceği talimata uymak zorundadır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nin yukarıda yer verilen düzenlemelerine göre yüklenici, hizmetin yürütülmesi aşamasında ilgili mevzuatına göre alınması zorunlu olan güvenlik ve sağlık tedbirlerini almakla yükümlü olup başvuru sahibi tarafından, isteklilerce teklif fiyata dâhil edilmesi gerektiği iddia edilen işyeri hekimliği, iş güvenliği uzmanı

vb. maliyetlerin hizmet alımı ihalelerinin temel maliyet bileşenleri arasında yer almadığı ve aktarılan Şartname düzenlemelerinin bir gereği olduğu anlaşılmıştır.

Öte yandan. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79'uncu maddesinde her bir personelin işçilik maliyeti üzerinden %3 oranında hesaplanması gerektiği düzenlenen sözleşme giderleri ve genel giderler kapsamında iş yeri hekimliği ve bu mahiyetteki genel giderlerin yer aldığı belirtilerek, sözleşme giderleri ve genel giderlerin anılan maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı vurgulandığı ve hizmetin temel maliyet bileşenleri dışında kalan giderlerin genel giderler kapsamında kabul edilebileceğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, söz konusu giderlerin, kamu ihale mevzuatı uyarınca sözleşme giderleri ve genel giderler kapsamında değerlendirilmesi ve teklif fiyata dâhil giderler arasında kabul edilmemesi gerektiği neticesine varılmış ve anılan düzenlemede de herhangi bir hukuka aykırılık görülmemiştir.

4.İddiaya yönelik olarak; Teknik Şartname'nin 9. maddesinde konsantre temizlik kimyasallarının her biri için malzeme dağıtım deposuna seyreltme istasyonu kurulacağı ve işin bitimine kadar temizlik kimyasallarının seyreltilmesinde kullanılacağı ifade edilmekte olup bir tabloya yer verildiği görülmektedir. İddia konusu duşakabin ve banyo temizleme maddesi, cilalı yüzey bakım ürünü ve toz toplama maddesinin birim fiyat teklif cetvelinde yer verilen konsantre malzemelerin seyreltilmesi sonucu elde edilebileceği anlaşıldığından teklif vermeye engel bir olmadığı sonucuna varılmış olup, anılan düzenlemede de herhangi bir hukuka aykırılık görülmemiştir.

5.İddiaya yönelik olarak; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na istinaden çıkarılan 333, 339, 365, 389, 399, 406 ve 418 No'lu Genel Tebliğlere göre düzenlenmiş amortisman oranları listesi incelendiğinde iddia konusu atık toplama konteyneri ve tıbbi

atık konteynerinin çöp konteyneri niteliğinde olduğu ve çöp konteynerinin amortismanına tabi kıymetler arasında sayıldığı (faydalı ömür süresi ile normal amortisman oranınının sırasıyla 4 yıl ve %25 olduğu) görülmüş olup söz konusu ekipman maliyetinin %3 sözleşme ve genel gider içerisinde kabul edilmesi gerektiği açık olup, bu malzemeye ilişkin ayrıca isteklilerden bir bedel öngörülmemesi gerektiği anlaşıldığından ve Kamu İhale Genel Tebliği gereğince personel çalıştırılmasına davalı hizmet alımı ihalelerinde amortisman giderlerinin %3 oranındaki sözleşme ve genel giderler içerisinde yer alacağı belirtildiğinden idarenin düzenlemesinde ve bu düzenlemeyi uygun bularak davacı şirketin buna ilişkin itirazın şikayet başvurusunu reddeden davaya konu Kurul kararında mevzuata uygunluk bulunmamaktadır.

Ayrıca birim fiyat teklif cetvelinde ayrı bir iş kalemi olarak belirtilmesi de mevzuata uygun olmayıp, dava konusu işlemin bu kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

6.İddiaya yönelik olarak; kural olarak Yeterlik kriterlerinin İdari Şartname'de, ihale konusu işin uygulanmasına yönelik kriterlerin ise Teknik Şartname'de düzenlenmesi gerekmekte ise de; 4734 sayılı Kanununun 12. maddesi uyarınca ihale dokümanınının bir parçası olan teknik şartname ile bir yeterlik kriteri getirilmesi ve bu şartnamenin şikâyet ya da itirazın şikayete konu edilmeyerek kesinleşmesi halinde teknik şartname ile getirilmiş bir kriter olup olmadığına bakılmaksızın ihaleye katılım için bir yeterlik kriteri olarak uygulanacağı açık olup başvuru konusu ihalenin Teknik Şartnamesi'nde isteklilerce teklif edilen ürünlerin markalarının teklif mektubunda belirtilmesi gerektiğine dair not şeklinde ifade edilen hususun da isteklilerin tekliflerinin değerlendirilmesi aşamasında bir yeterlik kriteri olarak uygulanacağı ve bu nitelikte teklif sunmayan teklif sahiplerinin tekliflerinin değerlendirmeye alınamayacağı anlaşıldığından, hukuka aykırı olarak teknik şartname ile getirilen söz konusu yeterlik kriteri ile ilgili itirazın şikayet başvurusunun

reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

7. İddiaya yönelik olarak; başvuru sahibinin 13.11.2013 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusuna ilişkin olarak idarece 14.11.2013 tarihinde karar alındığı, söz konusu kararın başvuru sahibinin beyanına göre 2.11.2013 tarihinde iadeli taahhütlü olarak tebliğ edildiği, başvuru sahibinin ihale dokümanının indirildiğine dair formda faks veya e-posta ile tebliği kabul etmediği yönünde beyanı olduğu tespit edilmiştir. İdarelerin şikâyet başvurularına cevap vermemesi durumunun (zımni ret) dahi ihale mevzuatına aykırı bir işlem olarak nitelendirilmediği dikkate alındığında, kararın ihale tarihinden iki gün sonra talep doğrultusunda iadeli taahhütlü olarak başvuru sahibine tebliğ edilmesinin ihale ve şikâyet sürecinin devam etmesi açısından önem arz etmediği, bu durumun ihaleye katılmaya istekli olan kişiler açısından ihaleye teklif verilmesini engellemeyeceği, başvuru sahibi tarafından süresi içerisinde Kamu ihale Kurumu'na itirazın şikâyet başvuru yolunun işletilmesine engel olmadığı anlaşıldığından, davacının bu iddiasının reddine yönelik kararın bu kısmında hukuka aykırı bir husus bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu işlemin ihale işine ilişkin olması, ihale sonucu uygulama yapılarak işlem tesisine devam edilmesi nedeniyle sürenin geçmesi ile kararın uygulanma olanağı kalmayacağından, işlemin hukuka aykırı olan kısımları açısından telafisi güç veya imkansız zarar bulunduğu da ortadadır.

Açıklanan nedenlerle, hukuka aykırılığı açık olan Kurul kararının davacının 5. ve 6. iddialarına yönelik kısmı açısından, işleminin bu kısımlarının uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütmesinin durdurulmasına, Kurul kararının davacının diğer iddialarının



*reddine yönelik kısmı açısından ise yürütmenin durdurulması isteminin reddine” karar verilmiştir.*