

ihale birim fiyat teklif cetvelinde yer alan uyuşmazlık konusu sürelerin kesin süreler olmadığı, işin niteliği gereği kepçelerin iş süresince ne kadar süreyle kullanılacağına belirli olmadığı, ayrıca iş artışı veya iş eksilişinin yapılmasının da mümkün olduğu, sözleşme aşamasında ödeme yapılırken yüklenicinin araçlarının yapmış olduğu çalışma günlerinin aylık olarak toplanıp, aylık hak ediş hesabı yapıldıktan sonra ödemenin gerçekleşeceği, işin süresi boyunca mesai saatleri

dışında da ihtiyaç olması hâlinde sürücü (operatör) çalıştırılmasının mümkün olduğu, işin süresi boyunca aynı personelin çalıştırılma zorunluluğunun bulunmadığı, zira ihale konusu işin personel çalıştırılmasına dayalı bir iş olmadığı, tüm isteklilerin aynı süreler üzerinden teklif verecekleri, bu nedenlerle birim fiyat teklif cetvelinde yer alan ibarelerin eşit şartlarda ve mevzuata uygun olarak teklif vermeye engel olmadığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemden bu yönüyle

hukuka aykırılık, dava konusu işlemin bu bakımdan kısmen iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2021/131 K.

2020/3646 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2020/3646

Karar No:2021/131

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) : ... Medikal Taahhüt Eğitim Sağlık Temizlik İnşaat Elektrik Elektronik Gıda Otomotiv Ticaret Ltd. Şti.

İSTEMİN_KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının dava konusu işlemin davacının 1. iddiası yönünden iptaline ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanlığı Fen İşleri Daire Başkanlığı'nca 06/07/2020 tarihinde açık **ihale** usulüyle gerçekleştirilen “Şehrin Muhtelif Yerlerinde Kullanılmak Üzere 7 Adet Kazıcı Yükleyici (...) Kepçe

Kiralama İŖi" **ihale**si dokümanına iliŖkin olarak yapılan itirazın Ŗikayet baŖvurusunun reddine dair Kamu **ihale** Kurulu'nun (Kurul) 29/07/2020 tarih ve 2020/UH.I-1321 sayılı kararının iptali istenilmiŖtir. İlk Derece Mahkemesi kararının özetini: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacının dava dilekçesi ve itirazın Ŗikayet baŖvurusunda ileri sürdüğü 1. iddiası yönünden; **ihale** konusu işin Ŗehrin muhtelif yerlerinde kullanılmak üzere 7 adet kazıcı ve yükleyici (...) kepçe kiralama işi olduğı, 7 adet makinanın kullanılması için 8 adet operatör bulundurulacağı, idarece ihtiyaç duyulması halinde, 7 adet ... dışında, 3 adet daha makinanın hazır bulundurulacağı, ancak ihtiyaç duyulması halinde hazır bulundurulacak 3 adet makine için ilave operatör çalıştırılıp çalıştırılmayacağına iliŖkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğı, işin süresinin 365 gün olduğı, çalıştırılacak operatörlerin 4857 sayılı İş Kanunu'na göre çalıştırılacağı, **ihale** dokümanı eki birim fiyat teklif cetvelinin 2. satırında sürücülerin (operatörlerin), ulusal bayram, dini bayram ve genel tatil günlerinde 300 gün çalıştırılacağına belirtilmesine rağmen ülkemizde uygulanan ulusal ve dini bayramlar ile genel tatil günleri toplamının 15,5 gün olduğı, ilgili **ihale** dokümanında 8 operatör çalışacağı bildirildiğine göre $15,5 \times 8 = 124$ gün yazılması gerektiğı, kaldı ki davalı idarenin iddia ettiğı şekilde istenilen operatör sayısının 11 olduğı kabul edilse dahi $15,5 \times 11 = 170,5$ gün yazılması gerektiğı, yine birim fiyat teklif cetvelinin 3. satırında sürücülerin (operatörlerin) fazla çalışma saat bedelinin haftalık 45 saat üstü olacak şekilde 3000 saat olarak belirtildiğı, İş Kanunu hükümleri uyarınca fazla çalışma süresi toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamayacağından, $8 \times 270 = 2.160$ saat yazılması gerektiğı, kaldı ki davalı idarenin iddia ettiğı şekilde istenilen operatör sayısının 11 olduğı kabul edilse dahi $11 \times 270 = 2970$ saat olarak yazılması gerektiğı, çalışma sürelerinin İş Kanunu hükümlerine aykırı olarak düzenlendiğı, ayrıca idari Ŗartnamede isteklilerin tekliflerini her bir iş kaleminin teklif edilen birim fiyatlarının miktarlarla çarpımı sonucu bulunan toplam

bedel üzerinden birim fiyat şeklinde verecekleri belirtildiğinden, işin miktarı konusunda isteklilerin çelişkiye düşebileceği anlaşıldığından, davacının 1. iddiasının reddi yönünden dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacının dava dilekçesi ve itirazın şikayet başvurusunda ileri sürdüğü 2. iddiası yönünden; **ihale** konusu işin şehrin muhtelif yerlerinde kullanılmak üzere 7 adet kazıcı ve yükleyici (...) kepçe kiralama işi olduğu, davacının iddiasına konu yakıtı ve şoför maaşı yüklenici tarafından karşılanacak araçların Teknik Şartname'nin ilgili maddesinde belirtildiği üzere kontrol aracı olarak kullanılacağı, **ihaleye** konu asli edim olan 7 adet kazıcı yükleyici (...) kepçe dışında kalan kontrol araçlarının giderinin teklif fiyatına dahil olduğu ve isteklilerin maliyet hesaplaması yaparken bu hususu göz önünde bulundurarak tekliflerini sunmaları gerektiği, bu sebeple kontrol hizmet aracının kendisi, akaryakıt gideri ve şoför maliyeti için birim fiyat teklif cetvelinde ayrıca bir satır açılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varıldığından, davacının 2. iddiasının reddi yönünden dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlemin, davacının 1. iddiasına ilişkin kısmı yönünden iptaline, 2. iddiasına ilişkin kısmı yönünden ise davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, **ihale** konusu işin personel çalıştırılmasına dayalı bir iş olmadığı, ayrıca **ihaleyi** gerçekleştiren idarece, pazar günlerinde yapılacak çalışmaların da birim fiyat teklif cetvelinin ikinci satırında yer alan miktara (gün) eklendiğinin anlaşıldığı, dolayısıyla bu miktarın kesin olmadığı, sözleşme tasarısında iş artışı veya iş eksilişi yapılabileceğinin belirtildiği, sözleşme aşamasında ödeme yapılırken yüklenicinin araçlarının yapmış olduğu çalışma günlerinin aylık olarak toplanıp, aylık hak ediş hesabı yapıldıktan sonra ödemenin gerçekleşeceği, bu nedenle birim fiyat teklif cetvelinin ikinci satırında "Sürücü Operatör

(Ulusal Baydam, Dini Bayram, Genel Tatil Günleri)" yer alan 300 gün miktarının teklif vermeye engel olmadığı, birim fiyat teklif cetvelinin üçüncü satırında yer alan "Sürücü Operatör (Fazla Çalışma Saat Bedeli) (Haftalık 45 Saat Üstünü Kapsar)" kısmında sürücülerin fazla çalışmasına ilişkin birim fiyat teklif cetvelinde düzenleme yapıldığı, işin süresi boyunca mesai saatleri dışında da ihtiyaç olması halinde sürücü çalıştırılmasının mümkün olduğu, işte istenilen sürücü sayısının 11 olduğu ve iş boyunca aynı personelin çalıştırılma zorunluluğu bulunmadığı dikkate alındığında bu düzenlemenin teklif vermeye engel olmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü 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 gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

ESAS YÖNÜNDEN:

MADDİ OLAY :

Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanlığı Fen İşleri Daire Başkanlığı tarafından 06/07/2020 tarihinde açık **ihale** usulü ile "Şehrin Muhtelif Yerlerinde Kullanılmak Üzere 7 Adet Kazıcı Yükleyici (...) Kepçe Kiralama İşİ" **ihalesi** gerçekleştirilmiştir.

Mezkur **ihale** dokümanına ilişkin olarak davacı tarafından 30/06/2020 tarihinde yapılan şikâyet başvurusu, **ihaleyi** gerçekleştiren idarenin 03/07/2020 tarihli yazısı ile reddedilmiştir.

Bunun üzerine 10/07/2020 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, davalı idare tarafından bu başvurunun

reddi üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "1923 yılında Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günü Ulusal Bayramdır. Türkiye'nin içinde ve dışında Devlet adına yalnız bugün tören yapılır. Bayram 28 Ekim günü saat 13.00'ten itibaren başlar ve 29 Ekim günü devam eder.", 2. maddesinde, "Aşağıda sayılan resmi 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. 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, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü resmi 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 itibariyle sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler saklıdır. 29 Ekim günü özel iş yerlerinin kapanması zorunludur." kuralları bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Fazla çalışma ücreti" başlıklı 41. maddesinde, "Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaların ne şekilde uygulanacağı çıkarılacak yönetmelikle gösterilir." kuralı yer

almaktadır.

Uyuşmazlık konusu **ihale**ye ait İdari Şartname'nin "**İhale** konusu işe ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde, "2.1. **İhale** konusu işin/alımın; a) Adı: Şehrin Muhtelif Yerlerinde Kullanılmak Üzere 7 Adet Kazıcı ve Yükleyici (...) Kepçe Kiralama İşİ b) Türü: Hizmet alımı c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Hizmet Alımı **İhale**leri Uygulama Yönetmeliği... e) Miktarı: 365 günlük makine kiralanması..." kuralı, "Teklif ve sözleşme türü" başlıklı 19. maddesinde, "19.1. İstekliler tekliflerini, her bir iş kalemi için teklif edilen birim fiyatlarının miktarlarla çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat şeklinde vereceklerdir. **İhale** sonucu, **ihale** üzerinde bırakılan istekliyle her bir iş kalemi için teklif edilen birim fiyatların miktarlarla çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme imzalanacaktır." kuralına yer verilmiştir.

Sözleşme Tasarısı'nın "İşin Süresi" başlıklı 9. maddesinde; "9.1. İşin süresi, işe başlama tarihinden itibaren 365 (üç yüz altmış beş) gündür. 9.2. Bu sözleşmenin uygulanmasında sürelerin hesabı takvim günü esasına göre yapılmıştır." düzenlemesi, "Birim Fiyat Teklif Cetveli'nin" 2. satırında, "Sürücü Operatör (Ulusal Bayram, Dini Bayram, Genel Tatil Günleri) 300 gün, 3. satırında; "Sürücü Operatör (Fazla Çalışma Saat Bedeli) (Haftalık 45 Saat Üstünü Kapsar) 3.000 saat" düzenlemesi bulunmaktadır.

Özel Teknik Şartname'nin "Genel Hükümler" kısmında, "1. Yüklenici, sözleşme yapıldıktan itibaren 5 gün içerisinde, 7 adet Kazıcı ve yükleyici (...) kepçe sahada çalışacak şekilde hazır bulunduracaktır. 2. İdarenin ihtiyaç duyması halinde, 7 Adet ... dışında, 3 adet daha makinayı 2 gün içinde (...) tahsis etmek zorundadır. 3. İdarenin talebi sonucu Yüklenici tarafından verilen ...inlerin çalışma şartları, bir öncekinde verilen 7 adet ... makine ile aynı olacaktır. 4. Kazıcı ve yükleyici (...) kepçeler, Büyükşehir Belediyesi çalışmalarında kullanılacaktır. 5. Kazıcı ve yükleyici (...) kepçelerin,

yakıtları Kayseri Büyükşehir Belediyesi Tarafından verecektir. 6. Kazıcı ve yükleyici (...) kepçelerin operatörleri yüklenici tarafından verilecek. 7. Yüklenici 7 adet makinanın kullanılması için 8 adet operatör bulundurmayı taahhüt edecektir. ..." kuralı, "Yüklenicinin Sorumlulukları" kısmında, "21. Yüklenici iş Kanunu, İş Güvenliği ve Sağlığı ilgili hüküm ve kanunlara uymak zorundadır, ... 24. Yüklenici firma 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 4857 sayılı İş Kanununun getirdiği yükümlülüklerle karşı sorumludur. 25. Yüklenici, 8 (sekiz) adet G sınıf ehliyete sahip operatörü bulundurmayı taahhüt eder." kuralı, "Çalışma Durumları ve Göre Saatleri" kısmında, "37. İdare, iş yeri teslimi yapıldığından itibaren 7 adet kazıcı ve Yükleyici (...) kepçeyi aylık (30 gün resmi, dini bayramlar, hafta sonları dahil ihtiyaç olması durumunda çalıştırılacağından yüklenici, çalıştırılan operatörlerin fazla mesai ücretlerini birim fiyat cetvelinin 2 ve 3 nolu maddelere uygun ödeyecek ve yapılan ödeme maaş bordrolarında belirtecektir.) anlaşma yapılan bedel üzerinden çalıştıracaktır. İdare, yükleniciye ek bir asgari fiyat farkı ödemeyecektir... 43. Yüklenici, idarenin belirleyeceği çalışma saatlerine ve programına uymak zorundadır. 44. Yüklenici, İdare ihtiyaç olması durumlarında Pazar ve diğer resmi tatil (Dini ve Resmi Bayramlar ve Genel tatil günleri vs.) günlerinde yükleniciye sayısını bildirmiş olduğu kadar aracı Yükleniciden isteyecektir. 45. Yüklenici, İdare ihtiyaç olması durumlarında Pazar ve diğer resmi tatil (Dini ve Resmi Bayramlar ve Genel tatil günleri vs.) günlerinde çalıştırılacak personelden muvafakati yazılı olarak alacak ve bu belgenin bir kopyasını idareye sunacaktır." kuralı, "Personelin Nitelikleri" kısmında; "54. Yüklenici; bu iş kapsamında, sözleşme yapıldığından itibaren teknik şartnamede belirtilen özellikte 7 adet makine, bu makineleri kullanacak 8 adet operatörleri sahada hazır bulunduracaktır." kuralı yer almıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Temyize konu uyuşmazlık, birim fiyat teklif cetvelinin ikinci

satırında yer alan; "Sürücü Operatör (Ulusal Bayram, Dini Bayram, Genel Tatil Günleri) 300 gün" düzenlemesi ile üçüncü satırında yer alan; "Sürücü Operatör (Fazla Çalışma Saat Bedeli) (Haftalık 45 Saat Üstünü Kapsar) 3.000 saat" düzenlemesinden kaynaklanmaktadır.

Aktarılan kurallardan, genel olarak çalışma süresinin haftada en çok kırkbeş saat olduğu, haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda 270 saatten fazla olamayacağı, bu süre sınırının, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğu, 365 gün (1 yıl) yürütülecek dava konusu **ihale**de toplam iş süresi boyunca ulusal bayram ve genel tatil gün sayısının toplam 15,5 gün olduğu, işin 7 adet kazıcı yükleyici (...) kepçe kiralama işi olduğu, ihtiyaç duyulması halinde 3 adet kepçenin daha tahsis edilmek zorunda olduğu, 7 kepçenin kullanılması için 8 operatörün (sürücünün) hazır bulundurulması gerektiği, birim fiyat teklif cetvelinde operatörler (sürücüler) bakımından toplam 300 gün ulusal bayram ve genel tatil günü ve toplam 3000 saat fazla çalışma süresi üzerinden teklif alındığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan uyumsuzluk konusu sürelerin kesin süreler olmadığı, işin niteliği gereği kepçelerin iş süresince ne kadar süreyle kullanılacağı belirlenmediği, ayrıca iş artışı veya iş eksilişinin yapılmasının da mümkün olduğu, sözleşme aşamasında ödeme yapılırken yüklenicinin araçlarının yapmış olduğu çalışma günlerinin aylık olarak toplanıp, aylık hak ediş hesabı yapıldıktan sonra ödemenin gerçekleşeceği, işin süresi boyunca mesai saatleri dışında da ihtiyaç olması hâlinde sürücü (operatör) çalıştırılmasının mümkün olduğu, işin süresi boyunca aynı personelin çalıştırılma zorunluluğunun bulunmadığı, zira **ihale** konusu işin personel çalıştırılmasına dayalı bir iş olmadığı, tüm isteklilerin aynı süreler üzerinden teklif verecekleri, bu nedenlerle birim fiyat teklif cetvelinde yer alan ibarelerin eşit şartlarda ve mevzuata uygun olarak teklif vermeye engel olmadığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemden bu yönüyle hukuka

aykırılık, dava konusu işlemin bu bakımdan kısmen iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyize konu dava konusu işlemin davacının 1. iddiasına yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmın iptaline ilişkin kısmının BOZULMASINA,
3. Bu kısım yönünden de DAVANIN REDDİNE,
4. Ayrıntısı aşağıda gösterilen ...-TL ilk derece yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Kullanılmayan ...-TL ilk derece aşamasındaki yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
6. ...-TL temyiz yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,
7. İlk derece aşamasında hükmedildiğinden davalı idare lehine vekalet ücretine bu aşamada yeniden hükmedilmesine gerek olmadığına,
8. Posta giderleri avansından artan tutar ile istemi hâlinde kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının davalı idareye iadesine,
9. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
10. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 18/01/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.