

İhale konusu is kapsamında ulusal bayram ve genel tatil günlerinde personel çalıştırılması öngörülmesine rağmen, söz konusu günlerde çalışacak personel sayısına yer verilmemesi ihalenin iptali

Toplantı No : 2020/035

Gündem No : 51

Karar Tarihi : 12.08.2020

Karar No : 2020/MK-192

BAŞVURU SAHİBİ:

Bbs Grubu Yemek Hizmetleri İnşaat Nakliyat Turizm Ve Ticaret Limited Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

İzmir İl Sağlık Müdürlüğü Sağlık Bakanlığı Bakan Yardımcılıkları

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/409745 İhale Kayıt Numaralı "Toplu Malzemeli Yemek Hazırlama Ve Sonrası Hizmet Alımı" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

İzmir İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/409745 ihale kayıt numaralı "Toplu Malzemeli Yemek Hazırlama ve Sonrası Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak, Bbs Grubu Yemek Hizmetleri İnşaat Nakliyat Turizm ve Ticaret Limited Şirketi itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 04.12.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1590 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Davacı Bbs Grubu Yemek Hizmetleri İnşaat Nakliyat Turizm ve Ticaret Limited Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesinin 06.03.2020 tarihli ve E:2020/51, K:2020/647 sayılı kararı ile "dava konusu işlemin kararda yer verilen bir ve ikinci bentlere yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmının iptaline, diğer bentler yönünden davanın reddine, ..." karar verilmiştir.

Anılan Mahkeme karar gereklerini yerine getirmek üzere alınan Kamu İhale Kurulunun 07.04.2020 tarihli ve 2020/MK-76 sayılı kararı ile "1- Kamu İhale Kurulunun 04.12.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1590 sayılı kararının 1'inci iddia 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" karar verilmiştir.

Mahkeme kararının Kurum tarafından temyizi üzerine verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin 06.07.2020 tarihli ve E:2020/1336, K:2020/1759 sayılı kararında; "... Temyize konu Mahkeme kararının, itirazın şikâyet başvurusundaki 1. iddianın ilk kısmı (Mahkemece yapılan numaralandırmaya göre 1. iddia) (İhale konusu işin birinci kısmında 356, ikinci kısmında 349 olmak üzere ihale kapsamında toplam 705 personel çalıştırılmasının öngörüldüğü, 50'den fazla işçi çalıştırılmasının öngörülmesi hâlinde engelli işçi istihdamının zorunluluk arz ettiği, İdari Şartname'de engelli işçi sayısına ilişkin düzenlemeye yer verilmediği) bakımından itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının iptaline dair kısmının incelenmesi;

Aktarılan kurallardan, aynı il sınırları içinde elli veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işverenlerinin, çalıştırdıkları toplam işçi sayısının yüzde %3'ü oranında engelli işçi çalıştırmaları gerektiği, ihale dokümanında aynı il bazında elli veya daha fazla işçi çalıştırılmasının öngörüldüğü personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, idarelerin 4857 sayılı Kanun uyarınca tespit ettikleri engelli işçi sayısı ile bu işçilerin tâbi olacağı ücret grubunu idari şartnamenin ilgili maddesinde belirtmesi ve bu işçiler için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açması gerektiği anlaşılmaktadır.

Davaya konu ihaleye ait ihale dokümanı incelendiğinde, her bölge hastanesi için ayrı düzenlenen Teknik Şartnameler'de ihale konusu iş kapsamında söz konusu hastanelerde ve ADSM'lerde çalıştırılması öngörülen asgari personel sayısına yer verildiği, örneğin 1. Kısım kuzey hastanelerinden Tepecik (Bornova ve Alsancak ADSM) 111, Suat Seren Göğüs 45, Menemen (Aliağa-Menemen ADSM) 30 olarak; 2. kısım güney hastanelerinden Atatürk (Hatay-Gaziemir-Narlıdere Adsm-Eğitim Dış) 138, Çeşme 5, Seferihisar, Urla (Karaburun) 16 olarak belirlendiği, 1. kısım için 356 kişi, 2. kısım için 349 kişi olmak üzere toplam 705 personelin çalıştırılacağına öngörüldüğü, ihale dokümanında engelli işçi çalıştırılıp çalıştırılmayacağına, engelli işçilerin ücretine ve sayısına yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, Teknik Şartname'lerde, çalıştırılacak olan personelin niteliğine ve asgari ücretin yüzde fazlası şeklinde belirlenen ücretlerine yer verildiği, birim fiyat teklif cetvelinin ise normal kahvaltı, normal yemek, diyet kahvaltı, diyet yemek, ara kahvaltı/ara öğün, çocuk normal kahvaltı, çocuk diyet kahvaltı, çocuk ara kahvaltı/ara öğün, çocuk normal yemek ve çocuk diyet yemek olarak öğün üzerinden oluşturulduğu, örneğin; 1. kısım kuzey hastaneleri için 3.894.531 öğün normal kahvaltı, 1.483.297 öğün diyet kahvaltı, 12.986.883 öğün

normal yemek, 3.129.493 öğün diyet yemek olarak; 2. kısım güney hastaneleri için 3.571.500 öğün normal kahvaltı, 1.673.500 öğün diyet kahvaltı, 3.419.200 öğün diyet yemek olarak belirlendiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, uyuşmazlığa konu ihalenin her iki kısmının aynı il bazında elli veya daha fazla işçi çalıştırılması öngörülen ihale kapsamında yer aldığı, dolayısıyla söz konusu iş kapsamında asgari %3 oranında engelli işçinin çalıştırılmasının kanunî bir yükümlülük olduğu görülmekle birlikte, ihale konusu işin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı ihalesi olmadığı, bu tür ihalelerde İdari Şartname'de engelli işçi sayısının belirlenmesine yönelik mevzuatta bir kuralın bulunmadığı, birim fiyat teklif cetvelinde belirtilen iş kalemleri personel maliyetleri esas alınarak değil öğün başı maliyet üzerinden hazırlandığından, 4857 sayılı Kanun'da %3 olarak belirlenen asgari orana uyulmak kaydıyla çalıştırılacak engelli işçi sayısının istekliler tarafından dikkate alınarak işçilik maliyetinin hesaplanması ve söz konusu maliyet hesaba katılarak öğün maliyetlerinin oluşturulması gerektiği anlaşıldığından, davacının iddiasının yerinde olmadığından bahisle itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Temyize konu Mahkeme kararının itirazın şikâyet başvurusundaki 1. iddianın ikinci kısmı (Mahkemece yapılan numaralandırmaya göre 2. iddia) (ihale konusu iş kapsamında ulusal bayram ve genel tatil günlerinde personel çalıştırılması öngörülmesine rağmen, söz konusu günlerde çalışacak personel sayısının belirlenmediği) bakımından itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararının iptaline dair kısmının incelenmesi;

İhale dokümanının aktarılan maddelerinden, ihale konusu işin hastanede yatarak tedavi gören hastaların (yetişkin ve çocuk) ve refakatçilerinin, personel ve nöbetçi personelin, hizmet alımı suretiyle çalıştırılan personelin, hastanelere bağlı olan ek hizmet binalarında ve semt polikliniklerinde görevli personelin tüm resmî ve idari tatiller dâhil, haftanın yedi günü beslenme gereksinimlerinin şartnamede öngörülen ilkeler doğrultusunda karşılanması için bayram ve resmî tatil günlerinde yürütülen hizmet veya diğer günlerde yüklenicinin yaptıracığı fazla çalışma karşılığı doğabilecek her türlü fazla mesai ücretlerinden tamamen yüklenicinin sorumlu olacağı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, personel çalıştırılmasına dayalı bir ihale olmadığı için çalıştırılacak personele yönelik sayı, ücret vb. hususlar bakımından düzenleme yapılması zorunluluğunun bulunmadığı, söz konusu maliyetin öğün maliyetine dahil olacağı, ödemelerin de öğün başına yapılacağı dikkate alındığında, işçilik maliyetinin istekliler tarafından hesaplanması gerektiği, fazla mesai yapacak personelin sayısı, niteliği, ücretlerin hesaplanması ve ödenmesi konusunda sorumluluğun yükleniciye ait olduğu anlaşıldığından davacının iddiasının yerinde olmadığından bahisle itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 1. iddianın ilk ve ikinci kısımları bakımından (Mahkemece yapılan numaralandırmaya göre 1. ve 2. iddia) itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık, belirtilen kısımlar yönünden dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle Ankara 18. İdare Mahkemesi'nce

verilen “dava konusu işlemin kararda yer verilen bir ve ikinci bentlere yönelik itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kısmının iptali” yolundaki kararın “bozulmasına ve davanın reddine” 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 hükme 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 geçemeyeceği 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 07.04.2020 tarihli ve 2020/MK-76 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 04.12.2019 tarihli ve 2019/UH.I-1590 Kurul kararının hukuken geçerliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.

