

İhalede hakediş ödemesinde gecikme olması halinde hakediş ödemesi beklenilmeksizin işçi ücretlerinin ödenmesine ve bunu sağlamaya yönelik Sözleşme Tasarısı ve Genel Şartnameye aykırılık teşkili

T.C.

D A N I Ş T A Y

Esas No:2019/3895

Karar No:2019/4351

TEMYİZ EDEN (DAVACI): ... Özel Güvenlik ve Koruma Hizmetleri Ltd. Şti.

KARŞI TARAF (DAVALI): Kamu İhale Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

MÜDAHİLLER

(DAVALI İDARE YANINDA): 1. ... Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

2. ... Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizmetleri Tic. A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

3. ... Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel

Müdürlüğü'nce 15/05/2019 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bünyesinde Bulunan Havalimanları ile Havalimanlarına Bağlı Seyrüsefer Yardımcı İstasyonlarına 01/07/2019-30/06/2021 Tarihleri Arasında Toplam 3634 Personelle Özel Güvenlik Hizmeti Alımı" ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair Kamu İhale Kurulu'nun 20/06/2019 tarih ve 2019/UH.II-714 sayılı kararının iptali istenilmiştir. İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; uyuşmazlık konusu ihaleye ilişkin olarak davacı tarafından, "1. Sözleşme Tasarısı'nın 12.1.4. maddesinde yer alan düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu, ihale dokümanında her ayın beşine kadar ücretlerin ödenmesi gerektiği yönünde düzenlemeye yer verildiği, personel maaşlarının ödenmemesinde isteklilerin herhangi bir kastının bulunamayacağı, bu durumun idarenin hakediş tutarlarını geç ödemesinden kaynaklanacağı, böyle bir durumda işçinin ücretlerinin geç ödenmesi ile ilgili cezai şart düzenlemesine yer verilmesinin mevzuata aykırı olduğu, anılan düzenlemenin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 42. maddesine ve temel ilkelere aykırılık teşkil ettiği, 2. Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.4. maddesinde hastalık, mazeret, istirahat, rapor, vb. durumlarda işe gelemeyen personel sayısı kadar personelin görevlendirilmesi gerektiği yönünde düzenlemeye yer verildiği, yıllık izin kullanan personelin fiilen çalışan personel sayısına dahil edilmesi gerektiği, izin kullanan personelin yerine personel getirtilerek sayının tamamlanmasının istenemeyeceği yönünde ihale dokümanında düzenleme yapılmadığı, Teknik Şartname'de raporlu personel yerine personel getirilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin yükleniciye ek maliyet getirdiği, bu düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25. maddesine aykırılık teşkil ettiği, 3. İdari Şartname'nin 25.3.2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre yıllık izin kullanan personelin yol ve yemek ücretinin kesileceği yönündeki düzenlenmenin mevzuata aykırı olduğu, 4. 2429 sayılı Ulusal

Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2. maddesinde ulusal bayram ve genel tatil günlerinin son gününün cuma gününe denk gelmesi durumunda cumartesi gününün tamamının da tatil yapılması gerektiği, ihalenin 24 ay süreli olması ve son günü cuma gününe denk gelen ulusal bayram ve genel tatil günlerinden sonra gelen cumartesi gününün de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 47. maddesi gereğince ulusal bayram ve genel tatil günü olarak sayılması ve o günün ücretinin ise ona göre hesaplanması gerektiği, 5. Teknik Şartname'nin 10.20. maddesinde yer alan düzenlemenin İş Kanunu'na aykırı olduğu, kıdem tazminatının ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceği, aksi yönde yapılan mevcut düzenlemenin teklif vermeye engel nitelikte olduğu, 6. Teknik Şartname'nin 10.20. maddesinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan kaynaklı bütün sorumluluğun yüklenicide olduğu şeklinde düzenlemelerin bulunduğu, anılan maddede personele yönelik bir takım giderler yapılacağı düzenlenmekle birlikte, bu giderlerin nevi, miktarı, süresi gibi yönlerden belirleme yapılmadığı, net anlaşılır düzenleme yapılmaması sebebiyle sağlıklı teklif oluşturulamayacağı, dolayısıyla idarenin yaklaşık maliyete söz konusu giderleri yansıtma olasılığının da bulunmadığı, bu durumdan dolayı aşırı düşük teklif sorgulamasının da yapılamayacağı, 7. İdari Şartname'nin 25.3.4. maddesinde Teknik Şartname'de belirtilen diğer giderler ibaresinin kullanıldığı, teklif fiyata dâhil giderlerin Teknik Şartname'de düzenlendiği, bu durumun Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.31. maddesine aykırı olduğu, teklif fiyata dâhil giderlerin İdari Şartname'de düzenlenmesi gerektiği, ayrıca bu gider kalemlerinin nelerden oluştuğu konusunda net bir belirleme yapılmadığı, 8. Teknik Şartname'de güvenlik personelinin vardiya planına göre çalışma saatlerinin belirleneceği düzenlenmiş olmakla birlikte, vardiya saatleri ve vardiyada kaç kişinin çalışacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı, 9. Teknik Şartname'nin 10.4. maddesinde yer alan düzenlemede yer alan giderlerin detaylarına İdari Şartname'nin 25. maddesinde yer verildiği, tekliflerin oluşturulmasını etkileyecek kalemlerin ayrıntılı şekilde

düzenlenmesi gerektiği, anılan Teknik Şartname maddesinde yer alan araçlara ilişkin olarak ayrı bir satır açılmadığı, bu nedenle ayrı bir gider kalemi olan araçlarla ilgili kaç aracın çalıştırılacağı bilgisine yer verilmediği, sadece EK-A tablosuna ve km bilgilerine yer verildiği, bu giderler için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı bir satır açılması gerektiği, 10. Teknik Şartname'nin 10.6. maddesinde düzenlenen idare tarafından yükleniciye teslim edilecek demirbaşların neler olduğu, hangi nitelik ve niceliklere sahip olduğu ve kullanım ömrünün ne kadar olduğu bilgisine yer verilmediği, 11. Teknik Şartname'nin 10.13. maddesinde erkek personel için terhis belgesinin istendiği, askerlik yapma şartınının aranmasınının 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunu'nun 10. maddesine aykırılık teşkil ettiği, 12. Teknik Şartname'nin 10.18. maddesinde düzenlenen yedek personel için İdari Şartname'nin 25. maddesinde herhangi bir belirlemenin yapılmadığı, birim fiyat teklif cetvelinde bu personel için ayrı bir satır açılmadığı ve yaklaşık maliyete de dahil edilmediği" iddialarına yer verilerek itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuş, Kurul tarafından itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verilmiştir.

1. iddiaya ilişkin olarak, hakediş konu dönemin ücreti henüz yükleniciye ödenmemişken, yüklenicinin işçi ücretlerini ödeme yükümlülüğünün doğmasının mümkün olduğu, isteklinin teklifini hazırlarken bu süreci dikkate alması gerektiği, bu nedenle, davaya konu ihalede hakediş ödemesinde gecikme olması halinde hakediş ödemesi beklenilmeksizin işçi ücretlerinin ödenmesine ve bunu sağlamaya yönelik Sözleşme Tasarısı'nın düzenlemelerinin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'ne aykırılık teşkil etmediği, söz konusu düzenlemelerle işçi hak ve menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

2. iddiaya ilişkin olarak, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25. maddesinde, yıllık izin kullanan işçilerin fiilen çalışan işçi sayısına dâhil kabul edilmesi, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanmasının idarece

talep edilmemesi ve idarece ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısının bu hususun dikkate alınması suretiyle belirlenmesi gerektiğinin belirtildiği, davacı tarafından “yıllık izin kullanan personelin fiilen çalışan personel sayısına dâhil edilmesi gerektiği, izin kullanan personelin yerine personel getirtilerek sayının tamamlanmasının istenemeyeceği yönünde ihale dokümanında düzenleme yapılmadığı” iddia edilmekte ise de, Teknik Şartname ve Sözleşme Tasarısı'nın ilgili maddelerinde yıllık izinli personelin, personel sayısının tamamlanması hususundan hariç tutulduğu; diğer yandan, ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde hastalık veya analık halleri nedeniyle istirahat raporu alınması durumunda, geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için işçiye geçici iş göremezlik ödeneği verileceği ve bu tutarın aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edileceği, sonuç olarak hastalık halleri nedeniyle istirahat raporu alan işçiler için geçici iş göremezliğin üçüncü gününden itibaren her hangi bir külfetin oluşmayacağı, ihale konusu işin büyüklüğü dikkate alındığında, personelin istirahat raporu alması halinde ilk iki gün için katlanılması gereken ücret maliyetinin, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve tecrübe sahibi olması beklenen istekli açısından öngörülmeyecek ve teklif hazırlanmasında tereddüt yaratacak ölçüde olmadığı, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

3. iddiaya ilişkin olarak, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.13. maddesi uyarınca idareler, yol ve yemek bedelinin nakdi olarak ödenmesini öngörürlerse yemek ve yol bedelinin günlük brüt tutarlarını, ayda kaç gün verileceği ve bu brüt tutarların nakdi olarak ödeneceği ile ücret bordrosunda gösterileceğini İdari Şartnamelerinde düzenlemeleri gerektiği; yemek ve yol bedellerinin de bu nitelikte ve brüt asgari ücret dışındaki maliyetlerden olduğu, öte yandan davaya konu konu edilen düzenlemede yol ve yemek bedelinin fiili çalışma karşılığında ödenmesinin amaçlandığı, yüklenici için maliyet teşkil etmeyecek tutarlara ilişkin ödeme yapılmasının beklenemeyeceği

anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

4. iddiaya ilişkin olarak, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'dan sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda 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 hükmün yer almadığı ve bu hususa ilişkin olarak sonra yürürlüğe giren İş Kanunu hükümleri uygulanacağı anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

5. iddiaya ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/09/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/09/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilemeyeceği kuralına yer verildiği, yapılan incelemede, Sözleşme Tasarısı ve Teknik Şartname'nin ilgili maddelerinde idare tarafından ödenen kıdem tazminatının yükleniciye rücu edileceği yönünde düzenlemelere yer verildiği, dolayısıyla sözleşmede düzenlenmesi hâlinde yükleniciye rücu edilmesi hususunda ise bir engel bulunmadığının anlaşıldığı; diğer taraftan, idarece Teknik Şartname'de birinci dereceden sorumlu taraf olarak idarenin düzenlendiği, idarece ödeme yapılması durumunda yükleniciye rücu edileceği, bu durumun idarenin kendi sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmadığı, kaldı ki söz konusu idarelerin ihale dokümanında yer alan düzenlemelerle kanunda belirlenen yükümlülüklerini ortadan kaldıramayacağı, anılan duruma ilişkin bir uyuşmazlık çıkması durumunda 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulanacağı anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden

reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;
22/02/2019 tarih ve 30694 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 11. maddesi ile, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 112. maddesine 5. fıkrasından sonra gelmek üzere “4734 sayılı Kanunun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/09/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/09/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez.” fıkrası; 12. maddesi ile de, 4857 sayılı Kanun’a “Geçici Madde 9- Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112. maddenin 6. fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.” maddesi eklenmiştir.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işveren tarafından çalıştırılan işçiye kamu kurumunca yapılan kıdem tazminatı ödemesi nedeniyle alt işverene karşı açılan rücu davalarında, .., .., .. ve ...Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından, 7166 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu’nun 112. maddesine eklenen 6. fıkranın ve 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun’a eklenen Geçici 9. maddenin, Anayasa’nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi’ne itiraz başvurusunda bulunulmuştur.

Davaya konu Kurul kararından sonra verilen ve 15/10/2019 tarih ve 30919 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 19/9/2019 tarihli ve E:2019/42, K:2019/73 sayılı kararı ile, “...27. Asıl-alt işveren ilişkisinde 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, asıl işverenin alt işveren işçisinin Kanun’dan sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarıyla ilgili olarak alt işverenle birlikte sorumlu oldukları belirtilmiş; 6098 sayılı Kanun’un 167. maddesinde, Kanun’da belirtilen durumlar dışında kendisine düşen paydan fazla ödemede bulunan asıl işverenin bu kapsamda alt işveren işçisine yaptığı kıdem tazminatı ödemeleriyle ilgili olarak alt işverene rücu edebileceği düzenlenmiştir.

28. Buna göre 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar kapsamında asıl-alt işveren ilişkisinde rücu hakkının kullanımı, şartları ve sınırları ile ilgili olarak özel sektör asıl işverenleriyle sözleşme yapan alt işverenler ile kamuda hizmet alım yöntemiyle iş alan alt işverenler benzer hukuki konumda bulunmaktadır.

29. İtiraz konusu kurallar ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işverenlik sözleşmesiyle kamu idarelerinden iş alan alt işverenler, yalnızca sözleşmede kendilerine rücu edilebileceğine dair açık hüküm bulunması durumunda kamu (asıl) işverenlerine karşı işçilerin kıdem tazminatından sorumlu tutulmaya devam ederken benzer durumda olan özel hukuk tüzelkişileri ya da şahıslardan iş alan alt işverenler, kıdem tazminatı ile ilgili olarak her durumda rücu davasına muhatap olmaya devam edeceklerdir. Bu yönüyle kamudaki alt işverenler lehine farklı bir uygulama getirildiği anlaşılmaktadır.

30. Eşitlik ilkesine aykırı olmaması açısından benzer durumda olanlar arasında bir taraf lehine getirilen farklı düzenlemenin nesnel ve makul bir temele dayanması ve ölçülü olması gerekir. 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar gereği aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça bütün alt işverenler, asıl işverenlerce kendi işçilerine yapılan kıdem tazminatı ödemelerinden ötürü rücu davasına muhatap olabilmektedir.

İtiraz konusu kuralların yer aldığı 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinin altıncı fıkrası ile aynı Kanun'un Geçici 9. maddesinde, kamu işverenlerinin alt işverenlere rücu hakkının sözleşmede açık bir hüküm bulunması hâli dışında yasaklanarak bu kapsamda açılan davaların sonlandırılması öngörülmektedir. Anılan düzenlemelerin amacı ve dayandığı temelle ilgili olarak Kanun'un gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

31. Bu itibarla kamuda 11/09/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesine taraf olan alt yüklenicilere karşı sözleşmede açık hüküm bulunması dışında rücu yolunun kapatılması ve bu kapsamdaki derdest davaların sonlandırılmasını öngören itiraz konusu kuralların bu kesimdeki alt işverenler yönünden farklı bir uygulama getirmesinin nesnel ve makul bir temele dayalı olduğu söylenemez. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla getirilen farklı düzenleme eşitlik ilkesine aykırı" olduğu gerekçesiyle 7166 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen 6. fıkranın ve 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 9. maddenin iptallerine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı uyarınca, aynı hukukî konumda bulunan 4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki özel sektör asıl işverenleriyle sözleşme yapan alt işverenler ile kamuda hizmet alım yöntemiyle iş alan alt işverenler arasında, kamudaki alt işverenler lehine farklı bir uygulama getirildiği gerekçesiyle, kamuda 11/09/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmelerinde kıdem tazminatı ödemesinden dolayı alt işverene rucü edileceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmemesi halinde de, kamudaki alt işverenlere rucü edilebilmesi mümkün hale getirilmiştir.

6. iddiaya ilişkin olarak, ihale konusu işin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı işi olduğu, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinin (ç) bendinde, ihale ve sözleşmeye ilişkin damga vergileri, Kamu İhale Kurumu payı ve noter masrafları gibi sözleşme giderleri ile amortisman,

ihale konusu işte kullanılacak giyim gideri, oryantasyon (ihale konusu işe uyum) eğitimi gideri, 20/06/2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı ücreti ile çalışanlara verilecek eğitim gideri, silahlı atış eğitim gideri, özel güvenlik mali sorumluluk sigortası gideri, yaka kartı, önemli bir bileşen olarak değerlendirilmeyen ilaçlama gideri, toplu ulaşım kartı bedeli ve bu nitelikteki genel giderleri karşılamak üzere %4 oranında sözleşme ve genel giderlerin öngörüleceğinin belirtildiği; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinde 20/06/2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı ücreti ile çalışanlara verilecek eğitim gideri ve bu nitelikteki genel giderlerin açıkça %4 oranındaki sözleşme ve genel giderler kapsamında düzenlendiği anlaşılmış olup, isteklilerin tekliflerini oluşturmalarına, idarenin ise yaklaşık maliyet hesaplaması ile aşırı düşük teklif sorgulamasını sağlıklı bir şekilde gerçekleştirmesine engel bir belirsizlik olmadığı anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

7. iddiaya ilişkin olarak, İdari Şartname'nin "Diğer giderler" başlıklı 25.3.4. maddesinde hizmetin yürütülmesine ilişkin ihale dokümanında belirtilen diğer giderlerin teklif fiyatına dâhil edileceği şeklinde düzenlemeye yer verildiği, söz konusu maddede iddia edildiği üzere "Teknik Şartname'de belirtilen diğer giderler" ibaresinin kullanılmadığı, İdari Şartname'nin 25. maddesinde teklif fiyata dahil olan giderlerin neler olduğunun açıkça düzenlendiği, bu maliyet kalemlerinin uygulanmasına ve bunlarla ilgili maliyetlerin neler olduğuna ilişkin detayların ihale dokümanı kapsamında düzenlenebileceği, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve tecrübe sahibi olması beklenen isteklilerin de işin gereklerini değerlendirerek ve tüm ihale dokümanı düzenlemelerini dikkate alarak tekliflerini hazırlamaları gerektiği anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka

aykırılık bulunmadığı;

8. iddiaya ilişkin olarak, ihale dokümanında, davaya konu ihale konusu hizmetin ediminin 7 gün 24 saat esasına göre gerçekleştirileceği, bu şartnamede görev yerleri açıklanan mahallerde 1 personelin haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olacağı ve hizmetin Merkez/Havalimanı Başmüdürlüğü/Müdürlüklerinin belirleyeceği vardiya sistemine göre yerine getirileceğinin belirtildiği, ihale konusu iş kapsamında çalışacak toplam personel sayısına da yer verildiği, dolayısıyla isteklilerin tekliflerini ihale dokümanında belirlenen toplam personel sayısına göre oluşturmaları gerektiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, davalı idarece itirazen şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

9. iddiaya ilişkin olarak, ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı olduğu, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesi uyarınca iddiaya konu giderlerin %4 sözleşme genel ve giderleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla söz konusu maliyet kalemlerine ayrı bir satır açılmasına ve ayrı bir maliyet öngörülmesine gerek bulunmadığı anlaşıldığından, davalı idarece itirazen şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

10. iddiaya ilişkin olarak, Teknik Şartname'nin ilgili maddelerinde idarenin görev gereği yükleniciye teslim edeceği silah ve demirbaş malzemelerinin bulunduğu, yüklenicinin sözleşme sonunda kendisine teslim edilen bu malzemeleri mevzuatına uygun olarak kullanımı sonunda idareye teslim etmekle yükümlü olduğu şeklinde düzenlemelere yer verildiği, diğer taraftan idarenin yükleniciye teslim ettiği demirbaşların sağlam olarak teslim alınmasının amaçlandığı, bu düzenlenmenin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 19. maddesi uyarınca yüklenicinin sorumluluğu olduğu ve idareye ait silah ve demirbaşların yüklenici tarafından kullanılması sonucunda ortaya çıkan zararın yüklenici tarafından karşılanmasının bekleneceği, diğer taraftan davacı tarafından "Teknik

Şartname'nin 10.6. maddesinde düzenlenen idare tarafından yükleniciye teslim edilecek demirbaşların neler olduğu, hangi nitelik ve niceliklere sahip olduğu ve kullanım ömrünün ne kadar olduğu bilgisine yer verilmediği" iddia edilmekteyse de, söz konusu durumun tekliflerin oluşturulmasıyla ilgili bir husus olmadığı, sözleşmenin uygulanması aşamasını ilgilendiren bir konu olduğu, hangi sayı ve nitelikte olursa olsun yüklenicinin kendisine teslim edilen demirbaşları sağlam ve çalışır halde idareye teslim etme yükümlülüğünün bulunduğu anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

11. iddiaya ilişkin olarak, ihale konusu işin havaalanlarında özel güvenlik personeli çalıştırılması işi olduğu, işin niteliği, gerçekleştirileceği yer ve ihale dokümanı düzenlemeleri incelendiğinde söz konusu hizmet alımında çalışacak personel için ayırt edici özelliklerin aranmasının söz konusu olabileceği, ihale konusu işte çalışacak personelden terhis belgesi istenmesinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği, ihale konusu işin süreklilik arz eden bir hizmet alımı olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı;

12. iddiaya ilişkin olarak, Teknik Şartname'nin 10.18. maddesinde, gündüz mesai saatlerinde proje sorumlusu ve vardiya sorumlusunun görevinin başında olmadığı zamanlarda görevlendirilmek üzere bir yedek personel görevlendirileceği, yedek personelin yüklenici tarafından özel güvenlik görevlileri arasından seçileceği kurallarına yer verildiği, yedek personelin özel güvenlik görevlileri arasından seçileceği, söz konusu yedek personel için ihale dokümanında belirlenen toplam 3634 personel haricinde personel belirlemesinin yapılmadığı, isteklilerin ihale dokümanında belirlenen toplam personel sayısı üzerinden teklif vermesi gerektiği anlaşıldığından, davalı idarece itirazın şikâyet başvurusunun bu iddia yönünden reddedilmesinde hukuka

aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, Sözleşme Tasarısı'nın 12.1.4. ve 16.1.1. maddelerinde yer alan düzenlemelerin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 42. maddesinin son fıkrasına aykırı olduğu, işçilerin ücretlerinin geç ödenmesine ilişkin olarak cezai şart konulmasının 4735 sayılı Kanun'da öngörülen tarafların eşitliği prensibine aykırı olduğu, hakediş alınmadan işçi ücretlerinin peşin ödenmesi zorunluluğunun işçi ödemelerini takip ve temini kapsamında bulunmadığı; Kamu İhale Genel Tebliği'nin (Tebliğ) 78.25. maddesi uyarınca ihale dokümanında düzenleme yapılmadığı, Teknik Şartname'nin 10.19. maddesi uyarınca yedek personel çalıştırılmasının gerektiği, yükleniciler için ek maliyet getirdiği, İş Kanunu'na ve Tebliğe aykırı olduğu; İdari Şartname'nin 25.3.2 maddesinin mevzuata aykırı olduğu, Tebliğin 78.25. maddesi uyarınca izinli personelin fiilen çalışan işçi sayısına dahil edildiği, bu nedenle izinli personelin yol ve yemek ücretinin kesilmesinin, yol ve yemek giderleri için ayrı satır açılmamasının, cumartesi çalışmayan personele yol ve yemek ücreti ödenmeyeceği düzenlemelerinin İş Kanunu'na aykırı olduğu; Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun uyarınca 2019-2021 yılları arasında cuma gününe denk gelen ulusal bayram ve genel tatil günlerinin sona ermesini müteakip cumartesi gününün de tatil günü olarak kabul edilmesi gerektiği, tatil gün sayısının dokümanda güncellenmesi gerektiği; Teknik Şartname'nin 10.20. maddesindeki düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu, bu düzenlemenin idarelere yüklenen kıdem tazminatı ödeme sorumluluğunu ortadan kaldıracak nitelikte olduğu, kıdem tazminatı ödeme yükümlülüklerinin bulunmadığı, isteklilerin kıdem tazminatlarını teklif fiyatlara dahil etmelerinin gerekmediği, İş Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet işlerinde kıdem tazminatının ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceğinin açık olduğu,

Kanun uyarınca sözleşmenin uygulanması aşamasında boşluk doğacağı ve sorun yaşanacağı, teklif verilmesine engel olacağı, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinde 25/10/2014 yılında yapılan değişiklik ile kıdem ve ihbar tazminatının sözleşme ve genel giderler kapsamında çıkarıldığı; Teknik Şartname'nin 10.20. maddesindeki düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu, Kanun kapsamında ne yapılacağı, hangi personelin sertifikalandırılacağı belirlenmediği, yaklaşık maliyet tutarına da yansıtılma olasılığının bulunmadığı, personel giderlerine ilişkin net, anlaşılır hesaplanabilir bir düzenleme yapılmadığı; İdari Şartname'nin 25.3.4. maddesinin mevzuata aykırı olduğu, Tebliğin 78.21. maddesinde teklif fiyatına dahil olacakların idari şartnamede düzenleneceği, teknik şartnamede ise bunların uygulanmasına ilişkin hükümlere yer verileceğinin belirtildiği, teklif fiyatın hazırlanmasında muğlaklık oluşturacağı, Teknik Şartname'de özel güvenlik görevlilerinin havalimanı giriş kartını takmak zorunda olduklarının belirtildiği, 3 yıl için 10.902 adet giriş kartına ihtiyaç duyulacağı, bu giderlerin Tebliğin 78.30. maddesinin (ç) bendinde yer alan yaka kartı gideri olarak değerlendirilemeyeceği; Teknik Şartname'de güvenlik personelinin vardiya planına göre çalışacağı belirtilmişti ancak vardiya saatlerinin ve vardiyalarda kaç kişinin çalışacağı belirlenmediği; Teknik Şartname'nin 10.4. maddesinin mevzuata aykırı olduğu, araç ve araç ile giderlerin yükleniciye ayrı bir maliyetinin olduğu, araçlar için ayrı bir iş kaleminin açılmadığı, ek külfet getirdiği, genel giderlere dahil olmayacağı; Teknik Şartname'nin 10.6. maddesinde yer alan düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu, işin 24 ay süreli olduğu, demirbaşların neler olduğu, hangi nitelik ve niceliklere sahip olması gerektiği, ihale dokümanında bu bilgilere verilmediği; Teknik Şartname'nin 10.13. maddesinde erkek personel için askerlik terhis belgesinin istenildiği, personellerin nitelikleri ile idarelerin takdir hakkı bulursa da 5188 sayılı Kanun'un 10. maddesine aykırı olduğu, Anayasa'da düzenlenmiş çalışma hak ve hürriyetinin

kısıtlandığı; Teknik Şartname'nin 10.18. maddesinde, Tebliğin 78.21. maddesine aykırı olarak yüklenicinin yükümlülüğünden kaynaklanacak giderin İdari Şartname'nin teklif fiyatına dahil olan giderler arasında belirtilmediği; yedek personelin yükleniciler için ek maliyete neden olacağı, İdari Şartname'nin 25.3.1 maddesinde ve birim fiyat teklif cetvelinde ayrı bir iş kalemine yer verilmediği, yaklaşık maliyetin de yanlış hesaplanmasına neden olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, hakediş konu dönemin ücreti yükleniciye ödenmemişken, yüklenicinin işçi ücretlerini ödeme yükümlülüğünün doğmasının mümkün olduğu, Sözleşme Tasarısı'ndaki düzenlemelerin işçi hak ve menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı; ihale dokümanında yıllık izinli personelin personel sayısının tamamlanması hususunda hariç tutulduğu; İş Kanunu'nda sosyal yardımlar için verilen ücretlerin tatil ücretinin hesabında dikkate alınmayacağı, yıllık izinli olunan günlere ilişkin ücretin hesaplanmasında da söz konusu kuralın geçerli olduğunun belirtildiği, yol ve yemek bedellerinin de bu nitelikte ve brüt asgari ücret dışındaki maliyetlerden olduğu, yol ve yemek bedelinin fiili çalışma karşılığında ödenmesinin amaçlandığı, yüklenici için maliyet teşkil etmeyecek tutarlara ilişkin ödeme yapılmasının beklenemeyeceği; 2429 sayılı Kanun'san 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 ilişkin bir kuralın yer almadığı bu hususa ilişkin olarak 4857 sayılı Kanun'un uygulanacağı; Teknik Şartname'de birinci dereceden sorumlu taraf olarak idarenin düzenlendiği, kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin bir uyuşmazlık çıkması durumunda 4857 sayılı Kanun'un uygulanacağı; 6331 sayılı Kanun uyarınca verilecek eğitim gideri ve bu nitelikteki diğer giderlerin %4 oranındaki sözleşme ve genel giderler kapsamında düzenlediği; İdari Şartname'de teklif fiyata dahil olan

giderlerin neler olduğunun açıkça düzenlendiği; ihale dokümanında bir personelin haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olduğunun belirtildiği, vardiya sisteminin idarece belirleneceği, isteklilerin tekliflerini ihale dokümanında belirlenen toplam personel sayısına göre oluşturmalarının gerektiği; ihale konusu işçi kullanılacak araç giderinin Tebliğin 78.30. maddesi uyarınca %4 sözleşme genel ve giderleri kapsamında olduğu, bu giderler için ayrı satır açılmasına ve ayrı bir maliyet öngörülmesine gerek bulunmadığı; idarenin yükleniciye teslim edeceği demirbaşların hangi nitelik ve niceliklere sahip olduğuna ilişkin hususların sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olduğu; ihale konusu işin süreklilik arz eden bir hizmet alımı olduğu, çalışacak personel için ayırt edici özelliklerin aranmasının söz konusu olabileceği; yedek personel için ihale dokümanında belirlenen 3634 personel haricinde personel belirlemesi yapılmadığı, toplam personel sayısı üzerinden teklif verilmesi gerektiği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur. Davalı idare yanında müdahil ... Güvenlik Hizmetleri Ltd. şti. tarafından, davacının iptal talebinin bir tür yerindelik denetimi talebi olduğu, ihaleye teklif veren isteklilerin mağduriyetine neden olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIşTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜşÜNCESİ : Temyiz istemlerinin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmöl ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüşüldü:

HUKUKİ DEğerLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.

maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya ve davalı yanında müdahillere iadesine,
5. Kullanılmayan ...-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,
6. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,
7. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 16/12/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.