

ihaleyi alan yüklenicide çalışan kişinin SGK'lı olarak yaptığı iş ile sözleşme çerçevesinde yaptığı işin ayrımının yapılamayacağı, bu bağlamda, davacının sözleşme kapsamında mı yoksa sigortalı olarak mı çalışma yaptığının ayrımının yapılmasının mümkün olmadığı, aksinin kabulü hâlinde SGK'lı çalışanın işvereni ile yapacağı bir sözleşme ile iş deneyim belgesi kazanabileceği dikkate alındığında, davacının SGK'lı olarak çalıştığı kurum ile sözleşme yaparak iş deneyim belgesi

eġde edemeyeceġi hk

Toplantı No	: 2021/003
Gündem No	: 85
Karar Tarihi	: 20.01.2021
Karar No	: 2021/0K-20

BASVURU ŞEKLİ:

Barışlar Medikal Teknik Elektr. İm. İth. İhr. San. Ve Tic. Ltd. Şti. (26.02.2020 tarih ve 2020/0K-45 Sayılı Kurul Kararı)

İHALE VEYA İHALE:

İzmir İl Sağlık Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2019/400975 İhale Kayıt Numaralı "Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Hizmet Alımı" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KURUM:
İzmir İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/400975 ihale kayıt numaralı "Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak, Barışlar Medikal Teknik Elektr. İm. İth. İhr. San. Ve Tic. Ltd. Şti. itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 01.04.2020 tarihli ve 2020/0M.1.668 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlen belirlenmesine" karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Turan Yavuz tarafından açılan davada, Ankara 15. İdare Mahkemesinin 11.06.2020 tarihli E:2020/770, K:2020/756 sayılı kararı ile "dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiştir.

Söz konusu Mahkeme kararı gereğini yerine getirmek üzere alınan Kamu İhale Kurulumun 24.06.2020 tarih ve 2020/0K-142 sayılı kararı ile "1- Kamu İhale Kurulumun 01.04.2020 tarihli ve 2020/0M.1.668 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 (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine" karar verilmiştir.

Bahse konu Mahkeme kararının Kurum tarafından teyizi üzerine verilen, Danıştay Üçüncü Dairesinin 30.09.2020 tarih ve E:2020/1963, K:2020/2335 sayılı kararı ile "... Aktarılan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ilk fıkrasında, kamuya veya özel sektöre gerçekleştirilen işlerin belirli bir oranda taşınmaması, iş demeyişine ilişkin şartların gerçekleştirilmesi için yeterli görülürken, 5812 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değişik mevcut hâlinde, "taahhütte bulunan" yükleniciler için mesleki ve teknik yeterliliğin belirlenmesinde belirli şartların gerçekleştirilmesinin arandığı anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu tarafından, yeni düzenlemeyle ve hususi olarak bir şeyi yapmayı üstüne alma, üstlenme anlamına gelen "taahhüt" kavramına yer verilmiş olması nedeniyle yüklenicilerin belirli bir organizasyon içinde ve kararlaştırılan şartlar altında sözleşmeyi ifâ edip edemeyecekleri, sorumluluklarını yerine getirip getiremeyecekleri ve netice itibarıyla iş demeyiş belgesi düzenlenememesi için gerekli şartları gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceklerine ilişkin hususlara vurgu yapıldığı ve bu hususların ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından iş demeyişine ilişkin beyan edilen hususları tevkif etmek üzere Özel Doğa Hospital ile 20/03/2017 tarihinde akdedilen sözleşmenin sunulduğu, bahse konu sözleşmenin "Konusu" başlıklı 2. maddesinde, "Sözleşme Doğa Fizik tedavi ve rehabilitasyon ünitesi için gelen hastalara ve/veya kendi tarafından ihmal edilen hastalara Turan Yavuz tarafından fizik tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerinin verilmesi ve bu hizmetlerin verilmesi esnasında tarafların birbirlerine karşı olan tüm yükümlülüklerini kapsamaktadır. Turan Yavuz'un Doğa ile ilişkisi, fizik tedavi ve rehabilitasyon hizmeti verilmesi ile sınırlıdır. Tarafların karşılıklı anlaşması ile Turan Yavuz SGK'nın çalışanı olacaktır."; "Tarafların Yükümlülükleri" başlıklı 3. maddesinde, 6. Çalışma saatleri TABAFLARCA, iş kanunları çerçevesinde ve fizik tedavi hizmetlerine uygun olacak şekilde belirlenir. Yapılacak değişiklikler TABAFLAR'ın onayından sonra uygun olacak şekilde belirlenir. Yapılacak değişiklikler TABAFLAR'ın onayından sonra uygulanmaya konulur. " açıklanması yer almaktadır.

Özel Doğa Hospital tarafından 25/03/2020 tarih ve 2020/383 sayılı yazı ekinde gönderilen belgeler arasında yer alan açıklayıcı yazıda, "Özel Doğa Hospital ile bahse konu Turan Yavuz arasında 20/03/2017 tarihinde imzalanan sözleşmede de anlaşılabileceği üzere bütçesinde kurulmuş olan Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Ünitesi ile ilgili tüm işlemleri (hastaların seans takip ve düzenlemeleri, ünitede çalışan personellerin çalışma düzenleri ve takipleri, sarf malzeme ihtiyacılar vb...) ünitenin tüm ihtiyacı ve işleyiş ile ilgili her türlü gereksinimi Turan Yavuz'un bilgi, birikim ve becerisinden yararlanarak Doktorların ve Yönetim Kurulumun verdiği destekle ünitenin idaresini yürütmektedir. Turan YAVUZ ve Ünitede çalışan personeller hastanemiz bünyesinde SGK'lıdır ve SGK dışı emeklileri ekte sunulmaktadır. Ayrıca Turan Yavuz Ünitesindeki hastalarımıza Fizyoterapi ve Rehabilitasyon seansları uygulanmaktadır. Turan YAVUZ ünitemiz kurulduğu günden itibaren tüm bilgi, birikim ve becerilerini ortaya koyarak reklam ve tanıtım, çalışacak ekibin kurulması, cihaz ve gerekli ekipmanların temini ve hasta portföyünün oluşmasını sağlayarak kapasitemizi 1100 çalışır hale getirmiştir. Bunu kurmuş olduğu ekip, koordineli ekip çalışması yaparak başarmıştır. Bu alanda başarılı olması sebebiyle Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Ünitemizin tüm işleyişini Mesul Müdürlüğümüz sorumluluğunda Turan Yavuz yürütmektedir. Ünitemizin çalışma günleri: Pazartesi, Salı, Çarşamba, Perşembe, Cuma ve Cumartesi'dir. Çalışma Saatleri:

Hafta İçi: 08:00-18:00 Cumartesi: 08:00-18:00

Fizik Tedaviye ihtiyacı olan tüm hastalarımızın (A-B-C-D grupları dahil) Uzman Hekimlerimizin düzenlemiş olduğu tedavi orderları doğrultusunda hizmet vermektedir. Turan Yavuz Kurulumuzla 20.02.2017 tarihinde imzalanmış olduğu sözleşmedeki maddeler doğrultusunda tüm yükümlülüklerini yerine getirmektedir.

"- İfadelerine yer verildiği görülmektedir.
- İfadelerine yer verildiği görülmektedir.
Buna göre, davacının iş demeyişini tevkif etmek için SGK'lı çalışan olduğu hastane ile yapmış olduğu sözleşmeyi sunduğu, davacının mesul müdürlüğünü yaptığı ünitenin haftanın altı günü, 08:00-18:00 saatleri arasında çalıştığı söz konusu hastanenin gönderdiği yazılardan anlaşılmaktadır.

İş demeyişinin bir taahhüt ve organizasyon işi ile elde edilebileceği, çalışılan kuruma karşı taahhüdün girilemeyeceği, çalışan ile işveren arasında iş demeyişinin temeline olması gereken karşılıklı denetim mekanizmasının bulunmadığı, iş demeyişine konu işin gerçekleştirilip yapılmadığına ve kapsamanın denetiminin mümkün olmadığı, kişinin SGK'lı olarak yaptığı iş ile sözleşme çerçevesinde yaptığı işin ayrıntısını yapılamayacağı, bu bağlamda, davacının sözleşme kapsamına mı yoksa sigortalı olarak mı çalıştığına ayrıntılı olarak yapılmadığına hüküm olmadığı, aksiının kabulü hâlinde SGK'lı çalışmanın işvereni ile yapacağı bir sözleşme ile iş demeyiş belgesi kararlaştırıldığı dikkate alındığında, davacının SGK'lı olarak çalıştığı kurum ile sözleşme yapması iş demeyiş belgesi elde etmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, iş demeyişini tevkif etmek üzere sunduğu belgelerin kamu ihale mevzuatına uygun olmadığından bahisle davacının tevkifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönünde düzeltici işlen belirlenmesine dair dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönünde İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır." gerekçesiyle Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 138'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyum zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü bağlanmıştır.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 29'inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmesiz işlen tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hükmü altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlen 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 Kurulumun 24.06.2020 tarih ve 2020/0K-142 sayılı kararının iptaline,

2- Danıştay Üçüncü Dairesi kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, Kamu İhale Kurulumun 01.04.2020 tarihli ve 2020/0M.1.668 sayılı kararının hukuken geçerliliğini koruduna,

Öybirliği ile karar verildi.