

**idarece, ihalelerde eşitlik ve rekabetin sağlanması ilkesi gereği isteklilerin teklif fiyatlarının oluşturulmasında, Hazinece karşılanacak işveren priminin dikkate alınmadan teklif fiyatının oluşturulması gerektiği, başvuru sahibinin ihale konusu iş kapsamında özürlü işçi istihdam edeceğini ve özürlü istihdamı nedeniyle Kanundan kaynaklanan sigorta primi teşvikinden yararlanacağı gerekçesi**

<b>Toplantı No</b>	: 2014/020
<b>Gündem No</b>	: 68
<b>Karar Tarihi</b>	: 12.03.2014

**Karar No**

**: 2014/MK-101**

**Şikayetçi:**

EGS Temizlik Yemekçilik Yönetim Danışmanlığı Reklam Cenaze Bilgisayar İnşaat Madencilik Nak. San. ve Tic. A.Ş. – Sefa Yemekçilik Tem. İlaç. Müt. Posta Dağ. Hiz. Tur. Teks. Deri Nak. Pet. Ürün. Gıda İnş. Elek. Elektronik Bilg. Otom. Tar. Cen. Hiz. Öz. Sağ. Hiz. Medikal Maden. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı

**İhaleyi Yapan Daire:**

Muratpaşa Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğü

**Başvuru Tarih ve Sayısı:**

**Başvuruya Konu İhale:**

Kamu İhale Kurulu'nun 18.12.2013 tarihli ve 2013/UH.II-4831 sayılı kararı hakkında Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasına ilişkin işlem tesis edilmesi.

**Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme:**

**Karar:**

Muratpaşa Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğüne 27.09.2013 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2013/98722 İKN'li "İnsan Kaynakları ve Eğitim Müdürlüğü 2014 Yılı Personel Çalıştırmaya Dayalı Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak, EGS Temizlik Yemekçilik Yönetim Danışmanlığı Reklam Cenaze Bilgisayar İnşaat Madencilik Nak. San. ve Tic. A.Ş. – Sefa Yemekçilik Tem. İlaç. Müt. Posta Dağ. Hiz. Tur. Teks. Deri Nak. Pet. Ürün. Gıda İnş. Elek. Elektronik Bilg. Otom. Tar. Cen. Hiz. Öz. Sağ. Hiz. Medikal Maden. San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın 25.11.2013 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 25.11.2013 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibi 02.12.2013 tarih ve 37181 sayılı Kurum kayıtlarına alınan 02.12.2013 tarihli dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 18.12.2013 tarihli ve 2013/UH.II-4831 sayılı karar ile "4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, itirazın şikâyet başvurusunun reddine," karar verilmiştir.

Davacı EGS Temizlik Yemekçilik Yönetim Danışmanlığı Reklam Cenaze Bilgisayar İnşaat Madencilik Nak. San. ve Tic. A.Ş. – Sefa Yemekçilik Tem. İlaç. Müt. Posta Dağ. Hiz. Tur. Teks. Deri Nak. Pet. Ürün. Gıda İnş. Elek. Elektronik Bilg. Otom. Tar. Cen. Hiz. Öz. Sağ. Hiz. Medikal Maden. San. Tic. Ltd. Şti. tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 07.02.2014 tarihli ve E:2014/13 sayılı kararında "...Dosyanın incelenmesinden; Muratpaşa Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğüne 27.09.2013 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan 2013/98722 İhale Kayıt Numaralı "İnsan Kaynakları ve Eğitim Müdürlüğü 2014 Yılı Personel Çalıştırmaya Dayalı Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak ihaleye katılan davacı şirketlerin oluşturduğu ortak girişim tarafından verilen teklifin asgari işçilik maliyetini karşılamadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması üzerine, davacı tarafından şikâyet yoluna gidildiği şikâyet başvurusunun reddi üzerine, itirazın şikâyet başvurusu yapıldığı itirazın şikâyet başvurusunun reddi üzerine 18.12.2013 tarih ve 2013/UH.II-4831 sayılı kurul kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, açık ihale usulü ile yapılan "İnsan Kaynakları ve Eğitim Müdürlüğü 2014 Yılı Personel Çalıştırmaya Dayalı Hizmet Alımı" ihalesi kapsamında: mimar 1 kişi, mühendis 4 kişi, şehir plancısı 1 kişi, tekniker 22 kişi bilgisayar programcısı 2 kişi, bilgisayar işletmeni 5 kişi, kameraman ve fotoğrafçı 3 kişi, ustalar 7 kişi, çocuk gelişimci 8 kişi, grafiker 1 kişi, yaşlı bakıcısı 9 kişi, aşçı 3 kişi, büro personeli Adet: 151 kişi, düz işçi 93 kişi olmak üzere toplam 310 adet personelin İş Kanununa göre istihdam edileceğinin Teknik Şartnamede açıkça ifade edildiği, davacı şirket tarafından da söz konusu ihale için teklif verildiği, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun yukarıda yer alan 30. maddesi hükümü gereğince zorunlu işçi çalıştırması gerektiğinden bahisle özürle işçilerin sigorta primlerinden Hazinece karşılanacak kısmının vermiş olduğu teklifte işçilik maliyetinin hesaplanmasında dikkate alındığı, bu nedenle 7.258.931,62 TL'lik teklif sunulduğu, ihale komisyonunca asgari işçilik maliyetinin ise 7.258.931,62 TL olarak hesaplandığı, davacının teklifi ihale komisyonunca asgari işçilik maliyetini karşılamadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurulunun davaya konu kararında; işverenlerin istihdam ettikleri işçilerle ilgili yararlanacakları sigorta primi teşviklerinin ihale teklif fiyatının oluşturulmasında göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağına ilişkin yürürlükteki mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmadığı, ihalelerde eşitlik ve rekabetin sağlanması ilkesi gereği isteklilerin teklif fiyatlarının oluşturulmasında Hazinece karşılanacak işveren priminin dikkate alınmadan teklif fiyatının oluşturulması gerektiği, davacının ihale konusu iş kapsamında özürle işçi istihdam edeceğini ve özürle istihdamı nedeniyle kanundan kaynaklanan sigorta primi teşvikinden yararlanacağı gerekçesiyle, yararlanacağını iddia ettiği teşvik miktarını işçilik maliyetinden düşmek suretiyle teklif fiyatını oluşturduğu, söz konusu durumun diğer isteklilere karşı başvuru sahibi lehine avantaj sağladığı, bu nedenle, Hazine tarafından karşılanacak olan işveren sigorta primi tutarı dikkate alınmadan, teklif fiyatlarının işveren payları üzerinden hesaplanarak sunulması ve değerlendirilmesi gerektiği kanaatiyle başvuru sahibinin teklifinin asgari işçilik maliyeti ve %3 oranındaki sözleşme giderleri ile genel giderleri karşılamadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması işlemi mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılarak, itirazın şikâyet başvurusunun reddedildiği görülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi gereğince belirli bir sayının üzerinde işçi çalıştırılan işyerlerinde %3 oranında özürle işçi çalıştırılmasının zorunluluk olduğu ve bu zorunluluğun tüm teklif verenler açısından geçerli olduğu, söz konusu ihaleye ilişkin ihale dokümanı hazırlanırken ve asgari işçilik maliyeti belirlenirken bu hususa dikkat edilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan, işverenlere ait olan prim miktarının yukarıda anılan madde kapsamında çalıştırılan özürle işçiler bakımından Hazinece karşılandığı dikkate alındığında, bunun ihale kapsamında bir maliyet unsuru olarak gösterilmesi durumunda, kamu zararının ortaya çıkacağı ve idarece yüklenici şirket tarafından gerçekte yapılmayan bir giderin yükleniciye ödeneceği anlamına gelecektir.

Her ne kadar, ihale dokümanına karşı itiraz yoluna gidilmeyerek ihale kapsamında anılan dokümanın kesinleştiği görülmekte ise de, mevzuatta Hazine tarafından karşılanacak giderlerin teklifte yer alıp almayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı dikkate alındığında, idarece ihale dokümanı hazırlanırken ve maliyet bileşenleri belirlenirken bu tür ayrımlara dikkat edilmesi ihalenin sağlıklı yürütülmesi bakımından zorunlu bulunmaktadır.

Bu durumda, davacı tarafından, Kanun'da belirlenen yükümlülük kapsamında çalıştırılması gereken özürle işçi için yapılan Hazine yardımı dikkate alınarak belirlenen teklifin usulüne uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, davacının isteklilerce yararlanıp yararlanmama konusunda tercih hakkına sahip oldukları durumlarda geçerli olduğu, davaya konu olayda ise ilgililerin tercihinin bakılmaksızın çalıştırılacak işçi sayısının yüzde 3'ü oranında özürle işçi çalıştırılmasının zorunlu olduğu, hatta bu yükümlülüğe uyulmaması halinde idari yaptırım ile karşılaşacağı dikkate alındığında, böyle bir yükümlülük kapsamında çalıştırmak zorunda olduğu işçiler için işverenin hazine yardımından faydalanmak istemesinin ticari hayatın doğal akışına aykırı olduğu tabiidir. Bu nedenle özürle işçi çalıştırılması zorunluluğunun göz ardı edilmesi, İş Kanunu karşısında eşit olması gereken teklif sahiplerinin bir kısmının istisna tutulması anlamına geleceğinden eşitlik ve rekabet ilkelerini zedeleyecektir. Yasaya uygun hareket etme yükümlülüğü sadece teklif verenler için geçerli olmayıp idare içinde geçerlidir. Bu nedenle, Kamu İhale Genel Tebliği'nde çalıştırılması zorunlu işçilere ilişkin bir düzenlemenin olmaması, kanunun emredici hükmü karşısında idarenin söz konusu yükümlülüğü göz önünde bulunduran teklif sahiplerini değerlendirme dışı bırakmasına haklı bir gerekçe olmayacağı açıktır.

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, telafisi güç veya imkansız zarar bulunduğu da ortadadır..." gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Anayasanın 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 hükmüne bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1) 18.12.2013 tarih ve 2013/UH.II-4831 sayılı Kurul kararının iptaline,

2) Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine, Oybirliği ile karar verildi.

<b>Mahmut GÜRSES</b> Başkan		
<b>Kazım ÖZKAN</b> II. Başkan	<b>Ali Kemal AKKOÇ</b> Kurul Üyesi	<b>Erkan DEMİRTAŞ</b> Kurul Üyesi
<b>Ahmet ÖZBAKIR</b> Kurul Üyesi	<b>Mehmet Zeki ADLI</b> Kurul Üyesi	<b>Hasan KOCAGÖZ</b> Kurul Üyesi
<b>Hamdi GÜLEÇ</b> Kurul Üyesi	<b>Mehmet AKSOY</b> Kurul Üyesi	