idare tarafından ihale konusu işte herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hakediş ödenmeyeceğine yönelik şartname maddesindeki düzenlemenin 4735 sayılı sözleşme Kanun’da hüküm altına alınan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu ilkesine aykırılık teşkil ettiği hk

idare tarafından ihale konusu işte herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hakediş ödenmeyeceği

Toplantı No	: 2023/045
Gündem No	: 34
Karar Tarihi	: 06.09.2023
Karar No	: 2023/UH.I-1194

BAŞVURU SAHİBİ:
Mehmet Emin EKTİRİCİ,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Akdeniz Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğü,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2023/697864 İhale Kayıt Numaralı "Akdeniz Belediyesi Hizmetlerinin Yürütülebilmesi İçin Şoförsüz Muhtelif Araç Kiralanması İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Akdeniz Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından 14.08.2023 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Akdeniz Belediyesi Hizmetlerinin Yürütülebilmesi İçin Şoförsüz Muhtelif Araç Kiralanması İşi" ihalesine ilişkin olarak Mehmet Emin Ektirici'nin 08.08.2023 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 09.08.2023 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 21.08.2023 tarih ve 105287 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 21.08.2023 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2023/964 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, Teknik Şartname'nin 4.8'inci maddesinde "İdare tarafından herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hak ediş ödenmeyecektir." düzenlemesinin yer aldığı, alıma konu araçların 13 ay süre çalıştırılacağı, istenilen araçların planlamasının buna göre yapıldığı, buna bağlı olarak da araçların temin maliyeti dikkate alındığında yüklenicinden kaynaklanmayan bir husus nedeniyle hakediş ödemesi yapılmamasının mevzuata aykırı olduğu, anılan düzenlemenin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda hüküm altına alınan, sözleşme taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddiasına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde "Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.
Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.
Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez.
Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmü,

İdari Şartname'nin "İhale konusu işe/alıma ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde "2.1. İhale konusu işin/alımın;
a) Adı: Akdeniz Belediyesi Hizmetlerinin Yürütülebilmesi İçin Sürücüsüz Muhtelif Araç Kiralanması İşi
b) Türü: Hizmet alımı
c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
ç) Yatırım proje no'su (yapım işlerinde): Bu madde boş bırakılmıştır.
d) Kodu:
e) Miktarı: 73 Araç Kiralanması
Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.
f) İşin yapılacağı/malın teslim edileceği yer: Akdeniz Belediyesi Sınırları İçerisinde Destek Hizmetleri Müdürlüğü Tarafından Belirtilecek Muhtelif Mahallerde" düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin "Teklif ve sözleşme türü" başlıklı 19'uncu 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." düzenlemesi yer almaktadır.

Aynı Şartname'nin ekinde aşağıda aktarılan tabloya yer verilmiştir.

Sıra No	Açıklama	Birimi	Miktarı
1	Binek Araç	Gün	5.544
2	Camlı Van (1+3 Kişilik)	Gün	792
3	Çift Kabin Pick Up (1+4 Kişilik)	Gün	2.772
4	Tentelî Çift Kabin Damper Kamyonet (1+5 Kişilik)	Gün	4.356
5	Minibüs (13+ 1 Kişilik)	Gün	339
6	Minibüs (1+16 Kişilik)	Gün	1.017
7	Otobüs (29+1 Kişilik)	Gün	678
8	Teleskopik Platform Aracı (5+1 Kişilik)	Gün	339
9	Tamir Bakım Aracı	Gün	339
10	Mobil Yıkama Aracı	Gün	339
11	Sulama Arasözü (En Az 8-10 Ton Kapasiteli)	Gün	339
12	Sulama Arasözü (En Az 13-15 Ton Kapasiteli)	Gün	1.695
13	Burunsuz Damperli Kamyon (25 Ton)	Gün	3.390
14	Damperli Kamyon (18ton)	Gün	339
15	Damperli Kamyon (4,5 Ton Kapasiteli)	Gün	339
16	Traktör (Römorklu Ve Kabinli)	Gün	1.017
17	Lastik Tekerlekli Kanal Kazıcı Yükleyici	Gün	1.356
18	Yükleyici	Gün	339
19	Eskavatör	Gün	339
20	Özel Amaçlı Ozonlu İlaçlı Sert Yüzey Temizleme Makina	Gün	120
21	Yol Yardım Aracı	Gün	339
22	Havuz Kasa Damperli (Çekici)	Gün	339

Sözleşme Tasarısı'nın "İşin süresi" başlıklı 9'uncu maddesinde "9.1. İşin süresi, işe başlama tarihinden itibaren 13 (On üç) aydır
9.2. Bu sözleşmenin uygulanmasında sürelerin hesabı takvim günü esasına göre yapılmıştır." düzenlemesi,

Aynı Tasarı'nın "Sözleşme kapsamında yaptırılabilecek ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı 29'uncu maddesinde "29.1. Öngörülemeyen durumlar nedeniyle iş artışının zorunlu olması halinde, işin;
a) Sözleşmeye konu hizmet içinde kalması,
b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,
şartlarıyla, sözleşme bedelinin % 20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde ilave iş aynı yüklenicisiye yaptırılabilir.
İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Bu durumda, yüklenicinin sözleşme bedeli tamamlanıncaya kadar işi ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi zorunludur.
Bu ihalede 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24 üncü maddesi çerçevesinde iş eksilişi yapılabilir. İhale konusu işin sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağının anlaşılması halinde ise, yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderler ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i ödenir." düzenlemesi,

Teknik Şartname'nin "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1'inci maddesinde "Bu Şartname; Akdeniz Belediyesi Bünyesinde muhtelif araç (Binek araç, Minibüs, Kamyon, Özellikli Araç, İş Makinesi vb.) çalıştırılması işidir." düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin "İşin Süresi" başlıklı 2'nci maddesinde "Yer teslimi ve işe başlama tarihinden itibaren (Dahil) 13 (onüç) aydır." düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin "Araçların Çalıştırılmasına Yönelik Hususlar" başlıklı 4'üncü maddesinde "1- Sözleşme süresi boyunca çalıştırılacak tüm araçların ve iş makinalarının sevk ve İdaresi İdareye ait olacaktır.
2- Araçların tamamı, mesai saatleri veya mesai saatleri dışında (görev haricı) İdarenin belirleyeceği yerde bulunacaktır.
–
4- Araçların tasarrufu sözleşme süresi boyunca idare ait olup yüklenici firmanın idarenin izni olmadan herhangi bir kullanım hakkı olamayacaktır.
5- İhale kapsamında çalışacak araçlar araçlar vardiya usulü çalışacak olup, her vardiya 7,5 saat üzerinden hesaplanacaktır. Araçların çalışma saatleri ve vardiyaları idare tarafından hazırlanan çalışma programına göre belirlenecektir.
İhale kapsamında çalışacak araçlar 7 gün 24 saat İdarenin hizmetinde olacaktır. Ancak; araçların çalışma süresi günlük 7,5 saat üzerinden değerlendirilecek olup 7,5 saatin üzerindeki çalışmalar fazla mesai olarak değerlendirilecektir. İdare araçların çalışma şeklini ve vardiyasını buna göre ayarlayacaktır.
Araçların yükleniciden kaynaklı sebeplerden dolayı çalışmaması durumunda çalışılmayan günler için yüklenciciye herhangi bir ödeme yapılmayacaktır.
–
8- İdare tarafından herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hak ediş ödenmeyecektir. …" düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin "Hakediş ve Ödemeler" başlıklı 7'nci maddesinde "… 2- Araçların çalışma puantajları İdarenin yetkili personeli tarafından günlük tutulacak ve ödemeler çalışmış oldukları günler üzerinden aylık puantajlara göre hesaplanacaktır. …" düzenlemesi yer almaktadır.

Aynı Şartname'nin "Talep Edilen Araçlara İlişkin Sayısal Bilgiler ile Genel Bilgiler" başlıklı ekinde aşağıda aktarılan tabloya yer verilmiştir.

01	Binek Araç	14
02	Camlı Van (1+3 Kişilik)	2
03	Çift Kabin Pick Up (1+4 Kişilik)	7
04	Tentelî Çift Kabin Damper Kamyonet (1+5 Kişilik)	11
05	Minibüs (13+ 1 Kişilik)	1
06	Minibüs (1+16 Kişilik)	3
07	Otobüs (29+1 Kişilik)	2
08	Teleskopik Platform Aracı (5+1 Kişilik)	1
09	Tamir Bakım Aracı	1
10	Mobil Yıkama Aracı	1
11	Sulama Arasözü (En Az 8-10 Ton Kapasiteli)	1
12	Sulama Arasözü (En Az 13-15 Ton Kapasiteli)	5
13	Burunsuz Damperli Kamyon (25 Ton)	10
14	Damperli Kamyon (18ton)	1
15	Damperli Kamyon (4,5 Ton Kapasiteli)	1
16	Traktör (Römorklu Ve Kabinli)	3
17	Lastik Tekerlekli Kanal Kazıcı Yükleyici	4
18	Yükleyici	1
19	Eskavatör	1
20	Özel Amaçlı Ozonlu İlaçlı Sert Yüzey Temizleme Makina	1
21	Yol Yardım Aracı	1
22	Havuz Kasa Damperli (Çekici)	1
	TOPLAM	73

Akdeniz Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen "Akdeniz Belediyesi Hizmetlerinin Yürütülebilmesi İçin Şoförsüz Muhtelif Araç Kiralanması İşi"ne ilişkin başvuruya konu ihalede 23 adet ihale dokümanı indirildiği, ihaleye 9 isteklinin katıldığı ve 16.08.2023 tarihli ihale komisyonu kararı ile ihalenin Regulus Peyzaj San. ve Tic. A.Ş üzerinde bırakıldığı anlaşılmıştır.

İhaleye ait dokümân düzenlemelerinden; alımın, 73 adet aracın 13 ay boyunca kiralanması işini İhtiva ettiği, ihale kapsamında çalışacak araçların vardıya usulü çalışacağı ve her vardiyanın 7,5 saat üzerinden hesaplanacağı, araçların çalışma saatleri ve vardiyalarının idare tarafından hazırlanan çalışma programına göre belirlenecefi, araçların 7 gün 24 saat idarenin hizmetinde olacağı ancak araçların çalışma süresinin günlük 7,5 saat üzerinden değerlendirileceği, 7,5 saatin üzerindeki çalışmaların ise fazla mesai olarak değerlendirileceği, araçların yüklenicinden kaynaklı sebeplerden dolayı çalışmaması durumunda çalışılmayan günler için yüklenciciye herhangi bir ödeme yapılmayacağı, idare tarafından herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hak ediş ödemesi yapılmayacağı, araçların çalışma puantajlarının idarenin yetkili personeli tarafından günlük tutulacağı ve hakediş ödemelerinin çalışılan günler üzerinden hesaplanan aylık puantajlara göre yapılacağı görülmüştür.

Öte yandan birim fiyat teklif cetvelinde söz konusu araçlara ilişkin teklif satırlarının gün üzerinden açıldığı, dolayısıyla hangi aracın kaç gün çalıştırılacağının ihale dokümanında belirlendiği görülmüştür.

Başvuruya konu dokümân düzenlemesinin Teknik Şartname'nin "Araçların Çalıştırılmasına Yönelik Hususlar" başlıklı 4'üncü maddesinin 8 no'lu alt maddesine ilişkin olduğu, anılan düzenlemede "İdare tarafından herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hak ediş ödenmeyecektir." ifadesine yer verildiği, şikâyet başvurusuna verilen cevabı yazıdan, söz konusu düzenlemenin, idare tarafından "Mevâ şartları, ihtiyaç kalmaması veya ihtiyaç duyulmaması vb" durumlarının tespiti halinde çalıştırılmasına gerek görülmeyen araçlara ilişkin olduğu anlaşılmıştır.

Yapılan inceleme neticesinde; Teknik Şartname'nin "Araçların Çalıştırılmasına Yönelik Hususlar" başlıklı 4'üncü maddesi gereğince, sözleşme süresi boyunca çalıştırılacak tüm araçların ve iş makinalarının sevk ve idaresinin idareye ait olacağı, araçların, mesai saatleri veya mesai saatleri dışında (görev haricı) idarenin belirleyeceği yerde bulunacağı, araçların tasarrufunun sözleşme süresi boyunca idareye ait olacağı, yüklenicinin, idarenin izni olmadan herhangi bir kullanım hakkı olmayacağı ve ihale kapsamında çalışacak araçların 7 gün 24 saat idarenin hizmetinde olacağı dikkate alındığında, işin ifası süresince araçlara ilişkin tasarruf hakkının tamamen idare üzerinde olduğunun anlaşılabileceği, yüklenicinin herhangi bir kusuru bulunmaksızın sadece idareden kaynaklanan nedenlerle araçların hizmet vermemesi haline ilişkin sorumluluğun yüklenciciye atfedilemeyeceği, dolayısıyla idare tarafından herhangi bir nedenle çalıştırılmayan araçlara hakediş ödenmeyeceğine yönelik incelemeye konu düzenlemenin 4735 sayılı Kanun'da hüküm altına alınan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu ilkesine aykırılık teşkil ettiği anlaşıldığından, başvuru sahibinin bahse konu iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Ayrıca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendinde "Başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması halinde, Kurul kararı ile itirazen şikâyet başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesine karar verilir. Kurul kararının başvuru sahibine bildirimini izleyen otuz gün içinde başvuru sahibinin Kurume yazılı talebi üzerine, bu talep tarihini izleyen otuz gün içinde Kurum tarafından itirazen şikâyet başvuru bedelinin iadesi yapılır ve son ödeme tarihine kadar geçen süre için faiz işlemez. Diğer hâllerde başvuru bedeli iade edilmez.
Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda iade edilmez." hükmü yer almaktadır.

Başvuru sahibi tarafından 109.370,00 TL başvuru bedelinin Kurum şikâyet gelirleri hesabına yatırıldığı görülmüştür. Yapılan incelemede anılan isteklinin itirazen şikâyete konu iddiasında haklı olduğu tespit edilmiş olup, Kurul kararının başvuru sahibine bildirimini izleyen otuz gün içinde başvuru sahibinin Kamu İhale Kurumuna yazılı talebi halinde iadesinin gerektiği anlaşılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali 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) Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

2) Başvuru bedelinin, Kurul kararının başvuru sahibine bildirimini izleyen otuz gün içinde başvuru sahibinin Kamu İhale Kurumu'na yazılı talebi halinde iadesine,

Oybirliği ile karar verildi.