İhale dokümanı içerisinde söz konusu ürünün ana çiğ girdi miktarlarına yer verilmemesinin sözleşmenin uygulanması aşamasında yüklenici ile İdare arasında ihtilafa sebebiyet verebileceği

Toplantı No	: 2021/029
Gündem No	: 78
Karar Tarihi	: 29.07.2021
Karar No	: 2021/UH.I-1449

BAŞVURU SAHİBİ:
Elpa Temizlik Sos. Hiz. Bil. İns. Kay. Sağ. Hiz. İnş. Tar. San. ve Tic. Ltd. Şti.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Sakarya Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2021/273685 İhale Kayıt Numaralı "Sakarya Üniversitesi 01 Eylül 2021 ve 31 Ağustos 2023 (2 Yıllık) Tarihleri Arası Servise Hazır Yemek Hizmeti (1 Öğün 4 Kap) Alınması İşi" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Sakarya Üniversitesi Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı tarafından 22.06.2021 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "Sakarya Üniversitesi 01 Eylül 2021 ve 31 Ağustos 2023 (2 Yıllık) Tarihleri Arası Servise Hazır Yemek Hizmeti (1 Öğün 4 Kap) Alınması İşi" ihalesine ilişkin olarak Elpa Temizlik Sos. Hiz. Bil. İns. Kay. Sağ. Hiz. İnş. Tar. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin 15.06.2021 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idare tarafından süresi içinde karar alınmaması üzerine, başvuru sahibince 29.06.2021 tarih ve 29986 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 29.06.2021 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2021/1126 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle,

1) İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesinde sadece ulaşım, sigorta, vergi, resim, harç giderine yer verilmesi gerekirken tüm gider kalemlerine yer verilmesinin mevzuata aykırı olduğu,

2) İhale dokümanında ağır aykırılık halleri belirlenmemesinin mevzuata aykırı olduğu,

3) İhale dokümanında reçel, bal, fındık ezmesi, şeftali için farklı düzenlemeler yer almasının teklif fiyatı oluşturmada belirsizliğe yol açtığı,

4) Hizmetin yürütülmesinde yeterli sayıda personel çalıştırılacağının belirtilmesinin istekliler açısından teklif fiyatını etkileyecek belirsizlik oluşturduğu,

5) Kahvaltı öğünü içerisinde yer alan poğaçanın çiğ girdi miktarlarına yer verilmemesinin sağlıklı teklif fiyatı oluşturmalarına engel nitelikte olduğu iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

1) Başvuru sahibinin 1'inci iddiasına ilişkin olarak:

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin eki Tip İdari Şartname'nin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25'inci maddesinde "25.1. (İdareler, ihale edilecek hizmetin özelliğine göre, sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak ulaşım, sigorta vergi, resim ve harç giderlerinden hangilerinin, isteklilerce teklif edilecek fiyata dahil olması gerektiğini bu maddede belirteceklerdir.)
25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları karşılayacak payı içerdiği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.
25.3. Teklif fiyata dahil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:
25.3.1. (Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri dışındaki tüm ihalelerde, gider kalemleri, ihale konusu işin özelliğine uygun olarak ilgili mevzuatına, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve Kamu İhale Genel Tebliği ile Kurumun diğer düzenleyici işlemlerine aykırı olmamak kaydıyla idare tarafından belirlenerek buraya yazılacaktır.)
25.4. Sözleşme konusu işin bedelinin ödenmesi aşamasında doğacak Katma Değer Vergisi (KDV), ilgili mevzuatı çerçevesinde İdare tarafından yükleniciye ayrıca ödenir." düzenlemesi yer almaktadır.

Tip İdari Şartname'nin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25.1'inci maddesine ilişkin 29 numaralı dipnotunda "İdareler, ihale edilecek hizmetin özelliğine göre, sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangilerinin, isteklilerce teklif edilecek fiyata dahil olması gerektiğini bu maddede belirteceklerdir." açıklamaları bulunmaktadır.

Başvuruya konu ihaleye ait İdari Şartname'nin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25'inci maddesinde "25.1. İsteklilerin sözleşmenin uygulanması sırasında ilgili mevzuat gereğince ödeyeceği her türlü vergi (KDV hariç), resim, harç ve benzeri giderler ile ulaşım giderleri, çalıştırılacak personelin yemek ve yol masrafları ile maaşları, sözleşme yapılabilmesi için ödenen ücretler, nakliye masrafları, temizlik malzeme giderleri, her türlü sigorta giderleri, hizmetin yürütülmesinde işçinin kıyafet gideri, araçlarla ile ilgili her türlü giderler, hizmet sürecinde yaptırılacak analiz giderleri, eğitim giderleri, işin teknik ve idari şartnameye uygun yürütülmesinde yapılacak tüm masraflar teklif fiyata dahildir.
25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları karşılayacak payı içerdiği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.
25.3. Teklif fiyata dahil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:
25.3.1. Sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak ulaşım, sigorta, vergi, resim, harç giderleri ve ihale dokümanında belirtilen her türlü giderler isteklilerce teklif edilecek fiyata dahil edilecektir.
25.4. Sözleşme konusu işin bedelinin ödenmesi aşamasında doğacak Katma Değer Vergisi (KDV), ilgili mevzuatı çerçevesinde İdare tarafından yükleniciye ayrıca ödenir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname'nin 29 numaralı dipnotunda İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesinde yer verilmesi gereken giderlerin ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderleri şeklinde sınırlı sayıda belirtildiği, anılan mevzuat hükümleri uyarınca, İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesinde ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden teklif fiyata dâhil olacak giderlerin belirtilmesi, bunun dışında kalan ve teklif fiyata dahil edilmesi gereken diğer giderlere ise İdari Şartname'nin 25.3'üncü maddesinde yer verilmesi gerektiği, dolayısıyla İdari Şartname 25.1'inci maddede sadece ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerine yer verilebileceği, aksi halde İdari Şartname'nin 25.2'nci maddesinde bulunan standart düzenleme uyarınca, İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesinde belirtilen tüm giderlerde ilave işler nedeniyle gerçekleşecek artışlara fark verilmesinin mümkün olmayacağı anlaşılmaktadır.

Başvuruya konu ihalede Tip İdari Şartname'ye aykırı olarak ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderleri haricindeki diğer giderlere de İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesinde yer verildiği, dolayısıyla İdari Şartname'nin 25.1'inci maddesine atıf yapan İdari Şartname'nin 25.2'nci maddesi uyarınca bu giderlere ilişkin olarak da artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde yükleniciye bunlara ilişkin ödeme yapılamayacağı sonucunun ortaya çıktığı anlaşıldığından mevcut doküman düzenlemesinin mevzuata uygun olmadığı ve başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

2) Başvuru sahibinin 2'nci iddiasına ilişkin olarak:

İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki incelemeye konu ihaleye ilişkin Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin eki Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve Sözleşmenin Feshi" başlıklı 16.1'inci maddesi "İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:
16.1.1. 'İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların [bu kısma 2'den az olmamak üzere asgari aykırılık sayısı yazılacaktır]'den fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Ancak [bu kısma ağır aykırılık halleri yazılacaktır] hallerinde, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir.
16.1.2. 16.1.1 nci maddede belirtilen haller dışında kalan [bu kısımda özel aykırılık halleri ayrıca belirtilebilecektir] durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır] tutarında ceza uygulanacaktır. Ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır.
16.1.3. Kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçemez. Toplam ceza tutarının, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmesi durumunda, bu orana kadar uygulanacak cezanın yanı sıra 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilecektir." şeklindedir.

Sözleşme Tasarısı'nın "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'ncı maddesinde "16.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:
16.1.1. İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her bir aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin Yüzde 0,03 tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların 20 'den fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir. Ancak hallerinde, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Sözleşme Tasarısı'nın "Hüküm bulunmayan haller" başlıklı 35'inci maddesinde "Bu sözleşme ve eklerinde hüküm bulunmayan hallerde, ilgisine göre 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine, bu Kanunlarda hüküm bulunmaması halinde ise genel hükümlere göre hareket edilir." düzenlemesi bulunmaktadır.

Yukarıda aktarılan ihaleye ait Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde; işin sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi durumunda her bir aykırılık için sözleşme bedelinin % 0,03 tutarında ceza kesileceği ve bu aykırılıkların 20'den fazla olması halinde protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceğinin düzenlendiği, ancak bir defa gerçekleşmiş olsa dahi protesto çekmeye gerek kalmaksızın idarece sözleşmenin feshedilebileceği ağır aykırılık hallerine yönelik düzenleme yapılmadığı görülmüştür.

Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.1'inci maddesinde sözleşme bedelinin % 0,03 tutarında ceza kesilecek her bir aykırılık hali ifadesi ile kastın sözleşmenin muhtelif maddelerindeki işin yapılmasına ilişkin düzenlemelere uyulmaması olduğu, hangi oranda ceza kesileceği ve sözleşmenin feshi sonucunu doğuracak aykırılık sayısının da düzenlendiği, diğer taraftan ağır aykırılık hallerine yönelik belirleme yapılmayan maddenin idarece sözleşmenin feshini gerektirir ağır aykırılık hali öngörülmediği şeklinde değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu hususun sadece eksiklik olarak nitelendirilip, mevzuata aykırılık oluşturmayacağı gibi ihale konusu işin sözleşmeye uygun olarak yürütülmesini de engellemeyeceği, nitekim sözleşmede düzenleme bulunmayan hallerde 4734 ve 4735 sayılı Kanun ile genel hükümlerin dikkate alınacağı hususları bir arada değerlendirildiğinde başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

3) Başvuru sahibinin 3'üncü iddiasına ilişkin olarak:

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "İhale ve ön yeterlik dokümanının içeriği" başlıklı 12'nci maddesinin üçüncü fıkrasında "İhale veya ön yeterlik dokümanında yapılan düzenlemeler birbirine aykırı olamaz." hükmü yer almaktadır.
Teknik Şartname'nin "Hizmetin Konusu" başlıklı 1'inci maddesinde "… Sakarya Üniversitesi öğrenci ve memurlara verilecek olan öğle ve akşam yemeği için gerekli olan malzemelerin alınması sırasında kontrolü, yemeklerin yönetimce onaylanan yemek listesine göre yapımı, pişirilmesi, servisi ve yemek pişmeyen salonlara taşınması ile servis sonrası temizlik hizmetlerini kapsamaktadır." düzenlemesine,

Teknik Şartname'nin "Verilecek Yemeğin Şekli" başlıklı 2'nci maddesinde "Akademik personel, idari personel, diğer personel ve öğrenciye bir öğünde ana yemek seçmeli olmak üzere 4 grup (4 çeşit) yemek verilecektir. … Özel durumlarda ve gerektiğinde idaremiz tarafından belirlenen mönü ile akşam yemeği, kahvaltı, kumanya, kumanya menüsü vs. istenebilecektir. …" düzenlemesine yer verilmiştir.

Teknik Şartname'nin "Gıda Evsafı" başlıklı maddesinde reçel ağırlığının ambalaj hariç 25 gr, bal ağırlığının 25 gr, fındık ezmesi ağırlığının 25 gr, şeftali tane ağırlığının diyet hastaları için 100-150 gr, normal hasta ve personel için 150-200 gr'dan aşağı olmamasına yönelik düzenlemelerin yer aldığı görülmüştür.

Teknik Şartname'nin "Reçete" başlıklı maddesinin kahvaltı bölümünde reçel, bal ve fındık ezmesi ağırlıklarının ayrı ayrı 20'şer gr, meyveler bölümünde ise şeftali ağırlığının 200 gr olmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı tespit edilmiştir.

Başvuruya konu ihalenin öğlen ve akşam yemeği hizmeti alımı olduğu hizmet kapsamında kahvaltı alımı bulunmasa da özel durumlarda ve gerektiğinde kahvaltı menüsünün de yükleniciden istenebileceği düzenlendiğinden kahvaltılık olarak yer alan reçel, bal, fındık ezmesi ve meyve olarak yer alan şeftali gramajları için ihale dokümanı içerisinde çelişkili düzenlemelerin bulunduğu anlaşılmış olup, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

4) Başvuru sahibinin 4'üncü iddiasına ilişkin olarak:

Teknik Şartname'nin "Yüklenici Firmanın Diğer Yükümlülükleri" başlıklı maddesinde "… 22-Firma yemek sonrası Üniversitemiz personelinin tabldotlarının toplanma işinin yapılması için yemekhanede yeterli sayıda eleman bulunduracak, tabak ve tabldot toplanma işi firma tarafından gerçekleştirilecektir. …" düzenlemesine yer verilmiştir.

Hizmetin ifasında tabldotların toplanması için yeterli sayıda personel çalıştırılacağının düzenlendiği, gerekli personel sayısının idarece belirlenmeyerek yüklenici sorumluluğuna bırakıldığı, dolayısıyla hizmetin ihale dokümanına uygun olarak eksiksiz yürütülmesinden sorumlu yüklenici tarafından gerekli görülen sayıda personel çalıştırılabileceği, söz konusu iş için personel sayısının kesin olarak belirlenmemesinin mevzuata aykırılık oluşturmayacağı değerlendirilmiş olup, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

5) Başvuru sahibinin 5'inci iddiasına ilişkin olarak:

Teknik Şartname içerisindeki kahvaltı listesinde 75 gr poğaçaya yer verildiği görülmüştür.

Başvuruya konu ihalenin öğle ve akşam yemeği hizmeti alımı olduğu, hizmet kapsamında kahvaltı yer almasa da gerekli görülmesi halinde kahvaltı menüsü de yükleniciden istenebileceği düzenlendiğinden kahvaltı listesinde 75 gr poğaçaya yer verilirken ihale dokümanı içerisinde söz konusu ürünün ana çiğ girdi miktarlarına yer verilmemesinin sözleşmenin uygulanması aşamasında yüklenici ile idare arasında ihtilafa sebebiyet verebileceği değerlendirildiğinden başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

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,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,

Oybirliği ile karar verildi.