

ihalede aşçı aşçı yardımcısı
ve servis elemanı/bulaşıkçı
olmak üzere toplam 13
personelin istihdam edileceği
İdari Şartnamede
yüklenicinin, sözleşme konusu
işte çalıştırılmak üzere
istihdam edeceği personeli
kendisinin belirleyeceği
seçme yöntemini kullanmak
suretiyle temin edeceğinin
belirtildiği aynı maddenin
devamında ise yüklenicinin şu
an çalışmakta olan
personellerle işe devam
edeceği ve idarenin talebi
olmadan personellerin
değiştirilemeyeceği yönünde

düzenlemeye yer verilmesinin hatalı olduğu hk

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 49'uncu maddesinde "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." hükmü,

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinde "... Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler

konulamaz.” hükmü,

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nin “İdare ve Kontrol Teşkilatının itiraz hakkı” başlıklı 11’inci maddesinde “İdare ve kontrol teşkilatı, yükleniciden çalıştırılmasında veya işyerinde bulunmasında engel durumu olduğunu tespit ettiği, uygunsuz davrandığı veya görevlerini yerine getirmekte yetersiz olduğu kanısında olduğu veya işyerinde çalıştırılmasında sakınca gördüğü her kademe ve nitelikteki elemanların (teknik ve idareci personel, hizmetli, işçi ve diğerleri) ve alt yüklenicilerin iş başından veya işyerinden uzaklaştırılmasını talep etme hakkına sahiptir. Yüklenici, bu talebi idare veya kontrol teşkilatı tarafından yapılacak tebligat üzerine ve verilen süre içinde yerine getirmek zorundadır. Yüklenicinin bu yükümlülüğü verilen süre içinde yerine getirmemesi halinde, söz konusu kişiler idare veya kontrol teşkilatı tarafından uzaklaştırılır veya uzaklaştırılmaları sağlanır. Uzaklaştırılmaları istenilenler, idarenin veya kontrol teşkilatının izni ve onayı alınmaksızın bir daha işlerde görev alamaz. Yüklenici, uzaklaştırılan kişilerin yerine en kısa zamanda uygun nitelikli başkalarını getirmek zorundadır. ...” hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği’nin “Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dahil olacak giderler” başlıklı 78’inci maddesinde “...78.26. 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulmayacaktır. İdarelerce, çalışan personel açısından denetim, sadece teknik şartnamede istenen

kriterlere göre ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak olup, ihale dokümanında, anılan Kanun maddesine ve ilgili mevzuata aykırı şekilde, işe alınacak veya işten çıkarılacak personelin idarece belirleneceğine yönelik düzenlemelere yer verilmeyecektir. ..." açıklaması,

İdari Şartname'nin "İhale konusu işe/alıma ilişkin bilgiler" başlıklı 2'nci maddesinde "2.1. İhale konusu işin/alımın;

a) Adı: 03.02

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: Ağrı Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne Bağlı Kuruluşların Mamul Yemek Alımı, Dağıtım ve Servis Hizmetleri Alımı 713483 adet/öğün mamul yemek alımı

Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.

f) İşin yapılacağı/malın teslim edileceği yer:

Ağrı Çocuk Destek Merkezi Müdürlüğü

Ağrı HYBRM Müdürlüğü

Engelsiz Yaşam Merkezi Müdürlüğü

Kadın Konukevi Müdürlüğü" düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25'inci maddesinde "... 25.3. Teklif fiyata dahil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:

25.3.1.

...

ÇODEM MÜDÜRLÜĞÜ

...

Çalışacak Personel Sayısı

1 Aşçı

1 Aşçı Yardımcısı

1 Servis Elemanı/bulaşıkçı

ENGELSİZ YAŞAM MERKEZİ MÜDÜRLÜĞÜ

...

Çalışacak Personel Sayısı

1 Aşçı

1 Aşçı Yardımcısı

2 Servis Elemanı/bulaşıkçı

HUZUREVİ YBRM MÜDÜRLÜĞÜ

...

Çalışacak Personel Sayısı

1 Aşçı

1 Aşçı Yardımcısı

2 Servis Elemanı/bulaşıkçı

KADIN KONUKEVİ MÜDÜRLÜĞÜ

...

Çalışacak Personel Sayısı

1 Aşçı

1 Aşçı Yardımcısı

...

7- Ağrı Aile ve Sosyal hizmetler İl Müdürlüğü ve Bağlı Kuruluşlarda çalışacak aşçı, aşçı yardımcısı ve bulaşıkçı personelin belirlenmesinde İl Müdürlüğümüz bünyesinde kurulacak komisyon tarafından belirlenecektir. İşe alınacak personellerin daha önce Ağrı Aile Çalışma ve Sosyal hizmetler İl Müdürlüğü ve Bağlı Kuruluşlarda çalışmış olması öncelikli kriter olacaktır.” düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin “Diğer hususlar” başlıklı 48'inci maddesinde “... 48.3. Yüklenici, idare tarafından sözleşmeye davet yazısının kendisine tebliğ edildiği tarih itibarıyla bir hizmet akdine bağlı olarak çalıştırdığı işçiler hariç, sözleşme konusu işte çalıştırmak üzere hizmet akdi yaparak istihdam edeceği personeli, ihale dokümanında belirlenen nitelikleri taşıyan, Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işçiler arasından, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu ve ilgili mevzuatı çerçevesinde bu Kurumun internet portalına üye olarak doğrudan ya da Kurumun İl ve Şube Müdürlüklerine başvuruda bulunarak bu birimlerde görevli personel aracılığıyla ve kendisinin belirleyeceği seçme yöntemini kullanmak suretiyle temin edecektir. Ancak ihaleyi alan firma şu an çalışmakta olan personellerle devam edecektir. İdarenin talebi olmadan personelleri işten çıkarma veya değiştirme yoluna başvurmayacaktır. Yüklenici bu şartı kabul ederek ihaleye başvurmuş ve sözleşme imzalamış

sayılacaktır.” düzenlemesi,

Teknik Şartname’nin “Çalışanların Sayısı ve Nitelikleri” başlıklı “K” düzenlemesinde “Hizmetin yürütülebilmesi için mutfakta ve yemekhanelerde çalışması gereken eleman sayısı;

	Sayı	NİTELİKLER
Aşçı	4	En az ilkokul mezunu ve 2 yıl deneyimli, resmi kurumlardan alınmış aşçılık diplomalı olacaktır.
Aşçı Yrd.	4	En az ilkokul mezunu ve 1 yıl deneyimli
Bulaşıkçı	3	En az ilkokul mezunu
Servis Elemanı	2	
TOPLAM	13	

1- Kuruluşa alınacak eleman sayıları ve tipleri kuruluş ihtiyaçlarına göre belirlenecektir. Daha önce kuruluştaki çalışan personele öncelik verilecektir. ...” düzenlemesi,

Sözleşme Tasarısı’nın “Diğer hususlar” başlıklı 36’ncı maddesinde “... 36.6. Yüklenici, çalıştırdığı personelin isimlerini ve yapılan değişiklikleri yazılı olarak işe başlamadan ve değişiklik öncesi ilgili kuruluşa bildirecektir. Yüklenici, kuruluştaki çalıştıracağı her personel için bir dosya tutacak, aşağıda belirtilen belgeler her zaman dosyada hazır bulundurulacak ve bu belgelerin örneklerini işe başlama tarihinden itibaren 7 gün içerisinde ilgili Kuruluşa dosya halinde teslim edecektir. Yüklenici, ilgili Kuruluşun onayını almadan personel değişikliği yapmayacaktır. İşin yürütülmesi aşamasında personel değişikliği olması durumunda işe başlatılacak personele ilişkin aşağıda belirtilen belgeleri personelin işe başladığı tarihten itibaren 7 gün içerisinde

ilgili Kuruluşa dosya halinde teslim edecektir. ..." düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden, idareler tarafından ihale dokümanında, çalıştırılacak işçilerin seçilmesi, işten çıkarılması ve daha önceki sözleşmelerde çalıştırılan personelin yeniden istihdam edilmesi yönünde düzenlemelere yer verilemeyeceği, idarelerin sözleşme sürecinde çalışmasında engel gördüğü, uygunsuz davrandığını tespit ettiği veya yetersiz gördüğü personeli yükleniciye yazılı olarak bildireceği ve yüklenici tarafından anılan personel ile ilgili gerekli işlemlerin yapılacağı anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, hangi personelin işe alınıp alınmayacağı hususundaki nihai karar yükleniciye ait olmakla birlikte idarelerin, ihale konusu işte çalışacak personelin hizmetin gerektirdiği ve idarece belirlenen şartlara uygun olup olmadığı noktasındaki denetimi sağlamakla sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.

İncelemeye konu ihalede; aşçı, aşçı yardımcısı ve servis elemanı/bulaşıkçı olmak üzere toplam 13 personelin istihdam edileceği, İdari Şartname'nin 48'inci maddesinin 3 no'lu alt maddesinde, yüklenicinin, sözleşme konusu işte çalıştırılmak üzere istihdam edeceği personeli kendisinin belirleyeceği seçme yöntemini kullanmak suretiyle temin edeceğinin belirtildiği, aynı maddenin devamında ise yüklenicinin şu an çalışmakta olan personellerle işe devam edeceği ve idarenin talebi olmadan personellerin değiştirilemeyeceği yönünde düzenlemeye yer verildiği görülmüştür.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri gereğince, doküman düzenlemelerinde önceki sözleşmelerde çalıştırılan personelin yeniden istihdam edilmesinin zorunlu olduğu yönünde düzenlemelere yer verilememektedir. İncelemeye konu ihaleye ait İdari Şartname'nin 48.3'üncü maddesinde idare tarafından işin ifasında çalıştırılacak personellerin tespiti bakımından seçme hakkının yükleniciye verildiği yönünde düzenlemeye yer verilmekle birlikte anılan düzenlemenin devamında şuan çalışmakta olan personellerle işe devam edileceğinin belirtildiği ve idarenin talebi olmadan personellerin değiştirilemeyeceği ifadelerine yer verildiği ve anılan Şartname'nin 25.3'üncü maddesinde işe alınacak personellerin daha önce Ağrı Aile Çalışma ve Sosyal hizmetler İl Müdürlüğü ve bağlı kuruluşlarında çalışmış olmasının öncelikli kriter olacağının belirtildiği, dolayısıyla incelemeye konu hususu düzenleyen bahse konu doküman düzenlemelerinin kendi arasında çelişkiye mahal verdiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesine aykırılık teşkil ettiği anlaşılmış olup ihalenin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2023/025
Gündem No	: 67
Karar Tarihi	: 13.04.2023
Karar No	: 2023/UH.I-661