

ihale konusu iş süresince kaç personelin iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ereceğinin önceden belirlenemeyeceği açıktır. Bu nedenle bu hususa ilişkin önceden hesaplama yapılması mümkün olmayıp, anılan belirsizlik bu tür hizmet alımlarının tamamı için geçerlidir. İhaleye teklif verecek olan isteklilerin bu belirsizlikleri de dikkate alarak tekliflerini hazırlamaları gerektiği hk(Danıştay K457)

Toplantı No	: 2022/022
Gündem No	: 29
Karar Tarihi	: 13.04.2022
Karar No	: 2022/MK-126

BASVURU SAHİBİ:

Şd Sosyal Hizmetler Temizlik Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Aksaray İl Sağlık Müdürlüğü

BASVURUYA KONU İHALE:

2020/559391 İhale Kayıt Numaralı “18 Aylık Malzemeli Yemek Pişirme Ve Sonrası Hizmetler” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Aksaray İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2020/559391 ihale kayıt numaralı “18 Aylık Malzemeli Yemek Pişirme ve Sonrası Hizmetler” ihalesine ilişkin olarak ŞD Sosyal Hizmetler Temizlik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.I-180 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine,” karar verilmiştir.

Davacı ŞD Sosyal Hizmetler Temizlik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 17. İdare Mahkemesinin 08.07.2021 tarihli ve E:2021/348 sayılı kararıyla anılan Kurul kararının 3, 9 ve 10’uncu iddialar ile ilgili kısmının yürütmenin durdurulması karar verilmiş olup anılan Mahkeme kararında yer alan gerekçeler doğrultusunda Kurul tarafından 25.08.2021 tarihli ve 2021/MK-381 sayılı karar ile “ 1- Kamu İhale Kurulunun 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.I-180 sayılı kararının 3, 9 ve 10’uncu iddialar ile ilgili kısmının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (a) bendi gereğince ihalenin iptaline,” karar verilmiştir. Akabinde anılan Mahkemece 22.10.2021 tarihli ve E:2021/348, K:2021/1423 sayılı kararı ile de dava konusu işlemin kısmen iptaline ilişkin kararı da verilmiştir.

Anılan Mahkeme kararına ilişkin yapılan temyiz başvurusu sonucunda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 18.01.2022 tarihli ve E:2021/5035, K:2022/91 sayılı kararında “1- Temyize konu Mahkeme kararının, 1., 2., 4., 5., 6., 7. ve 8. iddialar yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair kısmında hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

2-Temyize konu Mahkeme kararının, 3. iddia bakımından dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının incelenmesi;

..Uyumsuzluğa konu ihalede, işçilik maliyetinin toplam yaklaşık maliyetin %70’inin altında olduğu anlaşıldığından, ihalenin kamu ihale mevzuatı açısından personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak ele alınamayacağı açıktır.

4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinde, 4734 sayılı Kanun’un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine atıfta bulunularak, kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin olarak öncelikli muhatabın ilgili kamu kurum ve kuruluşları olduğu belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanun’un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin ise personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerine ilişkin olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanun’dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte (müteselsil olarak) sorumlu olduğu açıktır. Dairemizin personel çalıştırılmasına dayalı bir ihaleye ilişkin olarak verdiği 11/11/2021 tarih ve E:2021/3688, K:2021/3806 sayılı kararında ayrıntılarıyla ele alındığı üzere, asıl işveren ile alt işverenin aralarında yapacakları sözleşme ile Kanun’da öngörülmuş müteselsil sorumluluk kuralını dış ilişkide işçi aleyhine olacak şekilde düzenleyememekle birlikte, ancak aralarındaki iç ilişki bakımından söz konusu kurala ilişkin belirleme yapabilmelerine engel bulunmamaktadır.

İş Kanunu gereği, işçilere karşı diğer yükümlülüklerle birlikte kıdem tazminatının ödenmesi hususunda da asıl işveren olan ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının alt işveren olan yükleniciler ile birlikte sorumlu olduğu açıktır. Her ne kadar iddiaşu konu Teknik Şartname düzenlemesinden kıdem tazminatı ödemelerinden yalnızca yüklenicinin sorumlu olduğu anlaşılmakta ise de, ihaleyi gerçekleştiren idare ile yüklenici arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bu düzenleme, işçi açısından müteselsil borçlulardan herhangi birisine başvuruabilmesine ilişkin seçimlik hakkı berteraf etmemektedir.

Öte yandan, ihale konusu iş süresince kaç personelin iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ereceğinin önceden belirlenemeyeceği açıktır. Bu nedenle bu hususa ilişkin önceden hesaplama yapılması mümkün olmayıp, anılan belirsizlik bu tür hizmet alımlarının tamamı için geçerlidir. İhaleye teklif verecek olan isteklilerin bu belirsizlikleri de dikkate alarak tekliflerini hazırlamaları gerekmektedir.

Bu itibarla, davacının itirazen şikâyet başvurusunda yer alan 3. iddiası yönünden başvurunun reddi yolundaki dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

3-Temyize konu Mahkeme kararının, 9. İddia bakımından dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının incelenmesi;

Kamu İhale Genel Tebliği’nin 79.2.6. maddesinin birinci fıkrasında, “Malzemeli yemek hizmet alımı ihalelerinde aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılmak üzere teknik şartnamede asgari iki haftalık örnek menü düzenlemesi yapılır ve bu menüde yer alan yemeklerin içerikleri ile çiğ girdi miktarları belirtilir.” açıklaması yer almaktadır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin ekinde yer alan Tablo I’de büyüklük için Normal Yemek İstihkak Cetveli’nde “Et-Kemikli” besininin günlük azami miktar olarak 200 g haftalık da azami 7 kez verilebileceği belirtilmiştir.

İhale dokümanı içerisinde Tebliği’nin 79.2.6. maddesi uyarınca aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi işleminde kullanılmak üzere 14 günlük örnek normal yemek, diyet kahvaltı ve ara öğün menülerine yer verilmiştir.

Teknik Şartname’nin “VI. Yemek Hizmet Sunumunun Şartları ve Genel Hükümler” başlıklı bölümünün 3. maddesinde, “Yemekler kalite, lezzet ve gramaj yönünden doyurucu olacak ve gramajlar Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nde ve Teknik Şartname’de belirtilen gramajlardan aşağı olmayacaktır.” kuralı yer almıştır.

Davacı tarafından itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürülen dokuzuncu iddia, “Teknik Şartname içeriğinde yer alan örnek menülerde yer alan gramajların Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nde belirtilen azâmi gramajların üzerinde olduğu, ayrıca anılan Yönetmelik’te kemikli et girdisi şeklinde belirlilmesine rağmen örnek menü içerisinde kemikli et kemiksiz et farklılığına yer verilmediği, anılan durumun isteklilerin tekliflerini sağlıklı şekilde oluşturmalarını engeller nitelikte olduğu ve bu durumun rekabet ilkesini zedeleyeceği”ne ilişkindir.

Kamu İhale Genel Tebliği’nin 79.2.6. maddesi uyarınca, idareler tarafından, söz konusu örnek menülerin hazırlanması malzemeli yemek hizmet alımı ihalelerinde aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi sürecinde kullanılmak üzere zorunlu tutulmaktadır. İsteklilerin, teklif bedellerini ihale dokümanını oluşturan İdari Şartname, Teknik Şartname ve Sözleşme Tasarısı’nda yer alan tüm giderler, işin süresi, öğün sayısı ve tarifler doğrultusunda hazırlamaları gerektiği açıktır.

Teknik Şartname’nin mezkûr Yönetmeliğe atıf yapılan maddesi uyarınca, gramajlar asgari bu Yönetmelikteki kadar olmalıdır. Dolayısıyla örnek menüye göre bazı günlerde yemeklerde yer alan et gramajının Yönetmelik ile belirlenenin üzerinde çıkması veya örnek menüde yemeklerde kullanılacak etler için kemikli/kemiksiz ayrımının bulunmaması ihale dokümanını mevzuata aykırı hâle getirmez. Nitekim isteklilerce teklifler hazırlanırken mezkûr Yönetmeliğin değil, uyumsuzluk konusu ihaleye ait ihale dokümanı içerisinde yer alan Teknik Şartname’nin dikkate alınması gerekmektedir.

Bu itibarla, davacının itirazen şikâyet başvurusunda yer alan 9. iddiası yönünden başvurunun reddi yolundaki dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

4-Temyize konu Mahkeme kararının, 10. İddia bakımından dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının incelenmesi;

..Uyumsuzluğa konu ihale malzeme dahil yemek hizmeti alımı olup tanımlı gereği personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı olmamakla birlikte, birim fiyat teklif cetvelinde ve Teknik Şartname içeriğinde sözleşme süresince idarenin bünyesinde tüm mesaisini geçirmesi öngörülen personelin sayısına, niteliklerine ve giderlerine ilişkin ayrıntılı bilgilere yer verildiği görülmektedir. Tebliği’nin 78.25. maddesi gereğince, 4857 sayılı Kanun’un 55. maddesinde yer alan hükümlere aykırı olacak şekilde izin kullanan işçilerin yerine işçi getirilmesi yönündeki düzenlemelere ihale dokümanında yer verilmemesi gerekmektedir.

İhaleyi gerçekleştiren idarenin davacının söz konusu iddiasına ilişkin 09/12/2020 tarihli cevabında, söz konusu maddede yıllık izin alan personelin değil, rapor alan personelin kastedildiği, bunun yedek personel anlamına gelmediği belirtilmiştir.

Bu itibarla, iddia konusu düzenleme ile iş göremez hâldeki raporlu personelin kastedildiği, raporlu personelin geçici iş göremezliğinin üçüncü gününden itibaren yüklenici için herhangi bir maliyete neden olmayacağı, bu sürenin bitiminden itibaren hizmetin aksanması için gerekli personelin yüklenici tarafından sağlanması durumunun teklif bedelinde bir değişikliğe neden olmayacağı anlaşılmaktadır. Buna göre, anılan düzenlemenin, raporlu personel yerine üç gün geçtikten sonra bir personelin getirilmemesi durumunda anılan cezaî işlemlerin uygulanacağı şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Kaldı ki, sözleşmenin İş Kanunu’na aykırı şekilde yürütülemeyeceği de açık olduğundan, davacının itirazen şikâyet başvurusunda yer alan 10. iddiası yönünden başvurunun reddi yolundaki dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” gerekçesiyle Mahkeme kararının 3, 9 ve 10’uncu iddialara ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa’nın 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.

Ayrıca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28’inci maddesinin birinci fıkrasında, mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hükmü altına alınmıştır.

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem 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 Kurulunun 25.08.2021 tarihli ve 2021/MK-381 sayılı kararının iptaline,

2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 20.01.2021 tarihli ve 2021/UH.I-180 sayılı Kurul kararının hukuki geçerliliğini koruduğuna,

Oybirliği ile karar verildi.