

ihale Kanununda yer alan “sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması” şartlarını öngörmeksizin iş yeri değişikliği

Toplantı No : 2020/052

Gündem No : 49

Karar Tarihi : 18.11.2020

Karar No : 2020/MK-274

BAŞVURU SAHİBİ:

Halil Çalık (Kamu İhale Kurulunun 17.06.2020 tarih 2020/MK-133 sayılı kararı hk)

İHALEYİ YAPAN İDARE:

Ordu İl Sağlık Müdürlüğü

BAŞVURUYA KONU İHALE:

2019/664212 İhale Kayıt Numaralı “24 Ay Süreli Malzemeli Yemek Pişirme, Taşıma, Dağıtımı Ve Sonrası Hizmeti Alımı” İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:

KARAR:

Ordu İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/664212 ihale kayıt numaralı “24 Ay Süreli Malzemeli Yemek Pişirme, Taşıma, Dağıtımı ve Sonrası Hizmeti Alımı” ihalesine ilişkin olarak Halil Çalık itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş ve Kurulca alınan 08.07.2020 tarihli ve 2020/UH.II-1187 sayılı karar ile

“4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verilmiştir.

Davacı Halil Çalık tarafından anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 03.11.2020 tarihli E:2020/1583, K:2020/1633 sayılı kararında “...Dosyanın incelenmesinden, Ordu İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2019/664212 ihale kayıt numaralı “24 Ay Süreli Malzemeli Yemek Pişirme, Taşıma, Dağıtım ve Sonrası Hizmeti Alımı” ihalesine ilişkin olarak davacı tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu; Kamu İhale Kurulunca alınan 12/02/2020 tarihli ve 2020/UH.II-312 sayılı karar ile “4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun reddine” karar verildiği; davacı tarafından anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 29/05/2020 tarihli ve E:2020/729 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne ve kısmen reddine ilişkin kararı üzerine alınan 17/06/2020 tarihli ve 2020/MK-133 sayılı Kurul kararında, “Açıklanan nedenlerle; davaya konu, davacının 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 ve 20 numaralı iddiaları yönünden dava konusu işlemin, hukuka aykırılığı açık olduğu ve uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceği, dolayısıyla 2577 sayılı Kanun’un 27/2 maddesi ile aranan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından teminat alınmaksızın yürütmesinin durdurulmasına; 2 ve 3 numaralı iddiaları yönünden ise aynı madde ile aranan koşullar oluşmadığından dava konusu işlemin bu kısmının yürütmesinin durdurulması isteminin reddine” karar verildiği gerekçesiyle yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verilmiştir. ... 1- Kamu İhale Kurulunun 12.02.2020 tarihli ve 2020/UH.II-312 sayılı kararının 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 ve 20 numaralı iddialar ile ilgili kısmının iptaline, 2- Anılan Mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, başvuru

sahibinin 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 ve 20 numaralı iddialarının esasının incelenmesine” karar verildiği; akabinde dava konusu Kurul kararıyla söz konusu iddialar bakımından da itirazın şikayet başvurusunun reddedildiği ve bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu Kurul kararının, karardaki sıralamaya göre yapılan incelemesi neticesinde;

...

Davacının (10) numaralı iddiası, davaya konu oluşturan ihaleye ait Sözleşme Tasarısının 33.1 inci maddesinde yer alan düzenlemelerin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 15 inci maddesinde yer alan hükümlere aykırı olduğu, işin yapılacağı yerde değişiklik yapılmasının tarafların anlaşması halinde mümkün olduğu, yükleniciye tanınan bu hakkın sözleşmeye eklenen bir madde ile ortadan kaldırılmasının mevzuata aykırı olduğu yönündedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 15 inci maddesinde “Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir: a) İşin yapılma veya teslim yeri. b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları” hükmü yer almaktadır.

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme’nin “Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar” başlıklı 33 üncü maddesinde 39 numaralı dipnota atıf yapılmış olup 39 nolu dipnotta “İhale konusu hizmet alımlarında, montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ihtiyaç duyulması halinde bunlara ait şartlar ayrıntılı olarak burada belirtilecektir.” düzenlemesi yer almaktadır.

İhaleye ait Sözleşme Tasarısının “Montaj, işletmeye alma,

eğitim, bakım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar" başlıklı 33 üncü maddesinde "33.1. Yüklenci, personeline hizmet konusu iş ile ilgili yeterli derecede eğitim sağlamakla yükümlü olup, İdarede uygulanan ve yürürlükte bulunan prosedür, yönetmelik kural ve kaideleri ile şartname hükümlerini öğreterekle yükümlüdür. Yüklenci 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu doğrultusunda ilgili kanunun yükümlölüklerini yerine getirecektir. Eğitim ile ilgili teknik şartname hükümleri de dikkate alınacaktır. Sağlık Tesislerinin öngörülemeyen nedenlerle farklı bir hizmet binasına ya da yeni bir hizmet binasına taşınması durumunda yüklenci firma hizmette aksamaya mahal vermeden hastaneye ve yüklenciye ait tüm malzemelerin yeni hastaneye montaj, demontaj ve taşınmasını yapacaktır. Ayrıca teknik şartnamede belirtilen montajla ilgili diğer her türlü işlemi yerine getirecektir." düzenlemesine yer verilmiştir.

4735 sayılı Kanunun yukarıda aktarılan hükmünde, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklencinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla sözleşmede düzenlenen işin yapılma yeri veya teslim yerinde değişiklik yapılabileceği hüküm altına alınmış olup Sözleşme Tasarısının 33.1 inci maddesinde ise sağlık tesislerinin öngörülemeyen nedenlerle farklı bir hizmet binasına ya da yeni bir hizmet binasına taşınması durumunda yüklenci firmanın hizmette aksamaya mahal vermeden hastaneye ve yüklenciye ait tüm malzemelerin yeni hastaneye montaj, demontaj ve taşınmasını yapacağının düzenlendiği görölmektedir.

Buna göre, Sözleşme Tasarısındaki kuralın, Kanunda yer alan "sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklencinin karşılıklı olarak anlaşması" şartlarını öngörmeksizin işin, sözleşmede düzenlenen yapılma ve teslim yerinde değişiklik öngördüğü, bu itibarla açık Kanun hükmüne aykırı olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının bu iddiaya yönelik itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kısmının hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

...

Davacının (12) numaralı iddiası, ihaleye ait Teknik Şartnamenin “İş Emniyeti Tedbirleri ve İşçi Hakları” başlığı altında yer verilen düzenlemenin 6552 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile 4734 sayılı Kanun ve Kamu İhale Genel Tebliği’nin ilgili maddeleri uyarınca, yüklenicinin kıdem tazminatlarını ödeme yükümlülüğü bulunmadığından mevzuata aykırı olduğu yönündedir.

4857 sayılı İş Kanununun “Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı” başlıklı 112 nci maddesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatlarının ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından ödeneceği, farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşunun, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil edeceği, kıdem tazminatı tutarının, 4734 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde kıdem tazminatı ile ilgili açılacak bütçe tertibinden, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın ödeneceği düzenlenmiş; bu madde çerçevesinde kıdem tazminatlarının ne şekilde kazanılacağı ve ne şekilde hesaplanacağı, Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımları Kapsamında İstihdam Edilen İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir.

İhaleye ait Teknik Şartnamenin “İş Emniyeti Tedbirleri ve İşçi Hakları” başlığı altında “Yüklenici, hizmet alımında çalıştırılan işçilerin işvereni olup, kanuni tüm yükümlülükleri; (aylık ücret, kıdem, ihbar tazminatı, izin

ücreti, SGK primleri, işçi ve işveren primleri, vergi mevzuatından doğan ödemeler v.s) yerine getirmekle yükümlüdür.” düzenlemesine yer verildiği görülmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hüküm ve açıklamaları uyarınca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen hizmet alım ihalelerinde, kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğu, bu itibarla ihale dokümanında personel sayısı ve personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanacağı düzenlenen hizmet alımı ihalelerinde idare ile sözleşme imzalayan ve alt işveren konumunda olan yüklenicilerin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüklerinin bulunmadığı, dolayısıyla isteklilerin kıdem tazminatlarını teklif fiyatlara dâhil etmelerine gerek bulunmadığı anlaşılmış olup 4857 sayılı İş Kanununun 112 nci maddesinde yer alan emredici hükümler uyarınca, ihale dokümanında personel sayısı ve personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanacağı düzenlenen hizmet alımı ihalelerinde kıdem tazminatının, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceği açıktır.

Buna göre, Teknik Şartnamedeki, yüklenicinin kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olduğuna yönelik düzenlemenin, 4857 sayılı Kanunun yukarıda değinilen açık hükmüne aykırı olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının davacının bu iddiasına yönelik itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kısmının hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacının (13) numaralı iddiası, ihaleye ait Teknik Şartnamenin 55 inci sayfasında belirtilen diyet yemeği ile ilgili kap sayısının en az 3, en fazla 5 kap olarak belirtildiği; 57 nci sayfasında ise 4 kap olarak belirtildiği, bu belirsizliğin maliyet hesabı yapmayı ve teklif fiyatı oluşturmayı engellediği yönündedir.

İhaleye ait Teknik Şartnamenin 55 inci sayfasında yer alan “Diyet Yemeği Yiyecek Hastalar” başlıklı bölümünün “Öğle ve

Akşam Yemeği” başlıklı alt b6l6m6nde “Diyet hastalarına 6đle ve akşam yemeği en az 3 en fazla 8 kap olarak diyet uzmanının belirlediği listeye g6re verilecektir” d6zenlemesine yer verildiği; 57 nci sayfasında yer alan “Haftalık Diyet Men6 6rneği” başlıklı b6l6m6de yer alan tablolarda ise kahvaltı, 6đlen ve akşam 6đ6nleri i6in 4 6eşit yemek listesi 6rneği verildiği g6r6lmektedir.

İhaleye ait Teknik şartnamenin 55 inci sayfasında yer alan “Diyet Yemeği Yiyecek Hastalar” başlıklı b6l6m6n6n “6đle ve Akşam Yemeği” başlıklı alt b6l6m6nde diyet hastalarına 6đle ve akşam yemeği en az 3 en fazla 8 kap olarak diyet uzmanının belirlediği listeye g6re verileceği d6zenlenmiş olsa da, Teknik şartnamenin 57 nci sayfasında yer alan “Haftalık Diyet Men6 6rneği” başlıklı b6l6m6de yer alan tabloların iki haftalık 6rnek diyet men6 listesi olduğu ve diyet 6đle ve akşam 6đ6nlerinde 4 6eşit verileceğinin d6zenlendiği, s6z konusu d6zenlemenin Teknik şartnamenin 55 inci sayfasında yer alan “Diyet Yemeği Yiyecek Hastalar” başlıklı b6l6m6n6n “6đle ve Akşam Yemeği” başlıklı alt b6l6m6nde yer alan d6zenlemeyle tutarsız olduğu, diyet 6đ6nlerinde net olarak ka6 6eşit yemek verileceğinin belirsiz bulunduğu, bu durumun maliyet hesabı yapmayı ve teklif fiyatı oluşturmayı engelleyecek nitelikte bir husus olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının davacının bu iddiaya y6nelik itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kısmının hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

...

Davacının (16) numaralı iddiası, ihaleye ait Teknik şartnamenin 138 inci sayfasında şeftali gramajının 200 gr olarak belirtildiği, Yiyecek Maddeleri Teknik şartnamesinde 100-200 gr arası belirleme yapılmasının belirsizliğe ve teredd6de neden olduğu y6n6ndedir.

İhaleye ait Teknik şartnamenin “Yiyecek Maddeleri Teknik şartnamesi” başlıklı b6l6m6n6n “Yaş Sebze ve Meyve Teknik

Şartnamesi" başlıklı alt bölümünün "Şeftali" başlıklı maddesinin 2 nolu maddesinde "Her biri 100 ile 200 gr arası ve taze olacak." düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan Şartnamenin 138 inci sayfasında "Diyet meyveleri" başlıklı tabloda şeftali gramajının 200 olarak belirtildiği görülmektedir.

Aktarılan düzenlemelerin ilkinde şeftali için gramaj aralığı (100-200 gr) belirlendiği, akabinde, şeftali gramajının doğrudan 200 gr olacağının düzenlendiği, her iki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde, şeftali gramajına ilişkin tutarsızlık ve belirsizlik bulunduğu, bu durumun maliyet hesabı yapmayı ve teklif fiyatı oluşturmayı engelleyecek nitelikte bir husus olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının davacının bu iddiasına yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin kısmının hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

...

Davacının (18) numaralı iddiası, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin 7 nci maddesi uyarınca ihale dokümanına yönelik şikâyet başvurularının ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esas olmasına rağmen, ihaleyi yapan idarenin şikâyetin reddine ilişkin cevap yazısını ihale tarihinden önceki akşam saat 16:51'de EKAP üzerinden bildirdiği, bu nedenle ihale dokümanına yönelik idare değerlendirmesi bilinemediğinden ve ihale tarihinden önce öğrenilmiş olmasına rağmen ihaleye hazırlık yapabilmek için (teminat mektubu vs) yeterli zaman kalmadığından ihale tarihinde ihaleye teklif veremedikleri, bu durumun ihale hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu ve ihalenin iptal edilmesi gerektiği; (19) numaralı iddiası, yaklaşık maliyetin piyasa rayicinin ve emsal ihalelerin çok üzerinde belirlendiği, buna rağmen ihale üzerinde bırakılan müdahil şirketin teklif ettiği fiyatın kamu zararına neden olacak şekilde ihalenin 1 inci kısmında yaklaşık maliyetin hemen

altında, 2 nci kısmında ise yaklaşık maliyetin üzerinde olduğu, yaklaşık maliyetin oluşturulması aşamasında ihaleyi yapan idare tarafından izlenen yolun, hangi firmalardan piyasa araştırması adı altında teklif alındığının incelenmesinin ortaya çıkan kamu zararının engellenmesi açısından zaruri olduğu, kamu ihale hukukunun temel ilkelerine aykırı olarak yapılan ihalenin iptal edilmesi gerektiği; (20) numaralı iddiası, ihaleye ilişkin EKAP üzerinden e-imza ile indirilen doküman sayısı ile katılımcı sayısının karşılaştırılması gerektiği, ilana ve dokümana şikâyet başvurusunda bulunan istekli sayısının ve teklif sayısının, geçerli teklif sayısı ile teklif fiyatlarının incelenmesi halinde ihalede maddeler halinde belirttikleri hususlardan ötürü rekabetin engellendiği, ihaleye katılımın sınırlı olduğu, ihale üzerinde bırakılan müdahil şirketin teklifinin ise yüksek belirlenen yaklaşık maliyete rağmen, ihalenin 2 nci kısmında yaklaşık maliyetin dahi çok üzerinde olması nedeniyle ciddi bir kamu zararının ortaya çıktığının görüleceği, anılan ihalenin iptal edilmesi gerektiği yönündedir.

Davacının on sekiz, on dokuz ve yirmi numaralı iddiaları, ihalenin tamamen iptaline yöneliktir. Diğer taraftan, davacının yukarıda aktarılan diğer iddialarından hukuka aykırı bulunduğu Mahkememiz kararı ile ortaya konulan iddialar ihale dokümanına yani ihalenin yapılmasından önceki aşamaya ilişkin olduğundan, Mahkememiz kararıyla hukuka aykırı bulunan iddialar bakımından düzeltici işlem belirlenmesine ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesine karar verilmesi gerekirken davacının bu iddialarının esası incelenmek suretiyle buna yönelik itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu iddialara yönelik kısmının hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Kurul kararının 10, 12, 13, 16, 18, 19 ve 20 numaralı iddialar yönünden iptaline, diğer iddialar yönünden davanın reddine" gerekçesiyle davanın kısmen

kabul/kısmen reddine 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 hükme 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 hüküm 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 08.07.2020 tarihli ve 2020/UH.II-1187 sayılı kararının 10, 12, 13, 16, 18, 19 ve 20'nci 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,

Oybirliği ile karar verildi.