

İhale dokümanında ulusal bayram ve genel tatil günü çalışmasına dair belirlemelerin Şartname düzenlendiği ve buna paralel olarak da birim fiyat teklif cetvelinde her bir kısım için ayrı ayrı satırların açıldığı birim fiyat teklif cetvelinin sağlıklı teklif verilmesini engelleyen herhangi bir husus içermediği, idarece değerlendirmenin birim fiyat teklif cetveli üzerinden teklif edilen fiyatların dikkate alınmak suretiyle yapılacağıının açık olduğu sözleşmenin yürütülmesi

**aşamasında iş artışı ve
eksilişi durumunun da ayrıca
ortaya çıkabileceği, iddia
edilen hususların sözleşmenin
yürütülmesine ilişkin
hususlar olduğu ve bu durumun
ihale dokümanının sağlıklı
teklif oluşturulmasına engel
teşkil etmeyeceği hk
(Danıştay K)**

**İhale dokümanında ulusal
bayram ve genel tatil günü
çalışması**

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/184 K.**

2019/2215 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2019/2215

Karar No:2023/184

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Ltd. Şti.

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Kurumu

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: ... A.Ş. Tedarik ve Sözleşmeler Daire Başkanlığı'nca 15/11/2018 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "... Genel Müdürlüğü ile Bağlı Bölge ve İşletme Müdürlüklerine Ait Silahlı Özel Güvenlik" ihalesine ilişkin olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Kamu İhale Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; itirazen şikâyete konu 1. iddianın incelenmesinden;

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Yönetmelik kuralları çerçevesinde iş yeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırılması gerektiği, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30. maddesinde 6331 sayılı Kanun uyarınca çalışacak iş yeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı ücretinin her halükârda %4 oranındaki sözleşme giderleri ve genel giderler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği;

İtirazen şikâyete konu 2. iddianın incelenmesinden;

4857 sayılı İş Kanununun 48, 49 ve 55. maddeleri ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 16 ve 18. maddelerindeki düzenlemeler göz önüne alındığında, işçilerin raporlu ya da ücretsiz izinli olduğu günler için yüklenici tarafından ilgililerin yerlerine başka kişilerin geçici olarak çalıştırılması şeklindeki Teknik Şartname düzenlemesinin ücretsiz izinli personel için ücret ve aylık

ödemesi anlamına gelmeyeceği, hastalık nedeniyle raporlu olan personelin ise geçici iş göremezliğinin üçüncü gününden itibaren yüklenici için herhangi bir maliyete neden olamayacağı hususları, ihale konusu işin kapsam ve ölçeği ile birlikte değerlendirildiğinde, anılan durumun teklif hazırlamaya engel nitelikte olmadığı;

İtirazen şikâyeteye konu 3. iddianın incelenmesinden;

İhale dokümanında ulusal bayram ve genel tatil günü çalışmasına dair belirlemelerin İdari Şartname'nin 25. maddesinde açıkça düzenlendiği ve buna paralel olarak da birim fiyat teklif cetvelinde her bir kısım için ayrı ayrı satırların açıldığı, birim fiyat teklif cetvelinin sağlıklı teklif verilmesini engelleyen herhangi bir husus içermediği, idarece değerlendirmenin birim fiyat teklif cetveli üzerinden teklif edilen fiyatların dikkate alınmak suretiyle yapılacağına açık olduğu sözleşmenin yürütülmesi aşamasında iş artışı ve eksilişi durumunun da ayrıca ortaya çıkabileceği, iddia edilen hususların sözleşmenin yürütülmesine ilişkin hususlar olduğu ve bu durumun ihale dokümanının sağlıklı teklif oluşturulmasına engel teşkil etmeyeceği;

İtirazen şikâyeteye konu 4. iddianın incelenmesinden;

Alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatlarının ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından ödeneceği Kanun'da hüküm altına alınmış olup yükleniciye rücu edilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunmadığı, dava konusu olayda da, İdari Şartname'de kıdem tazminatının idare tarafından alt işveren konumundaki yükleniciye rücu edileceğinin belirtilmesi hâlinde dahi işçilerinin kıdem tazminatlarının ihaleyi yapan idare tarafından ödeneceği, kaldı ki idarenin ihale dokümanında yaptığı düzenlemeler ile kanunların kendisine yüklediği sorumlulukları ortadan kaldırmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin kanunların belirlediği sınırdan yorumlanması gerektiği;

İtirazen şikâyeteye konu 5. iddianın incelenmesinden;

Davacı şirket tarafından servis taşımacılığında gerekli olan şoförler için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı bir satır açılması gerektiği ileri sürülmüş ise de, servis

taşımacılığına ilişkin her türlü giderin teklif fiyatına dahil olduğu düzenlemesi ve birim fiyat teklif cetvelinin servis taşımacılığı için ayrı bir satır açılarak düzenlenmiş olması karşısında her bir isteklinin tekliflerini şoförlere ödenecek ücret de dahil olmak üzere vermeleri gerektiği;

İtirazen şikâyet konu 6. iddianın incelenmesinden;

İşin yapılabilmesi için gerekli görülen makine, teçhizat ve diğer ekipmanın sayısına ve niteliğine ihale dokümanında yer verileceği, teknik kriterlerin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ilkeler çerçevesinde ihaleyi yapan idarenin ihtiyaçları doğrultusunda belirleneceği, ayrıca olayda bu araçların yüklenicinin kendi malı olma şartı bulunmadığı, bu durumun eşitliği ve rekabeti önleyici mahiyette olamadığı;

İtirazen şikâyet konu 8. iddianın incelenmesinden;

4734 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca, ilan, ön yeterlilik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetlerin idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılmasının esas olduğu, 10 gün içinde gerekçeli karar alınması gerektiği, olayda davacı şirketin 09/11/2018 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusundan itibaren 10 gün içinde ve ihale tarihi olan 15/11/2018 tarihinde karar alındığı ve aynı tarihte Elektronik Kamu Alımları Platformu aracılığıyla tebliğ edildiği anlaşıldığından, davacı şirketin bu iddiaları yönünden itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı;

İtirazen şikâyet konu 7. iddianın incelenmesinden;

4734 sayılı Kanunun 54, 55 ve 56. maddelerinin değerlendirmesi sonucu, dava açılmadan önce genel olarak iki aşamalı bir idari başvuru yolu öngörüldüğü, idareye yapılan şikâyet üzerine alınan karar uygun bulunmaz veya idarece bir karar alınmaz ise Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusunun yapılabileceği, idareye şikâyet başvurusunda öne sürülmeyen hususların itirazen şikâyet başvurusuna konu edilemeyeceği, olayda davacı tarafından Sözleşme Tasarısı'nın 12.1. maddesinin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'ne aykırı olduğu iddiasının şikâyet başvurusunda öne sürmediği görüldüğünden,

davacı şirketin bu iddiasının ise şekil yönünden reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, mevzuat gereğince yaklaşık maliyet cetvelinde yer alması gereken giderleri ilişkin herhangi bir belirlemenin yapılmadığı, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahip olma ilkesine aykırı düzenlemenin mevcut olduğu, dokümanda isteklileri tereddüde sevk edecek ve tekliflerin oluşturulmasını engelleyecek mahiyette düzenlemelerin bulunduğu, personel taşımacılığında kullanılacak servis araçları için 2018 model şartının rekabeti zedeleyeceği, şikâyet aşamasında öne sürölüp sürölmediğine bakılmaksızın itirazın şikâyet başvurusunda ileri sürölün iddiaların incelenmesi gerektiğinin yargı kararları ile sabit olduğu, şikâyet başvurusunun ihale tarihinden önce sonuçlandırılmadığı ileri sürölmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, ihaleyi yapan idareye karşı ileri sürölmeyen iddiaların itirazın şikâyet başvurusu kapsamında değeriendirilemeyeceği, idarenin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hizmetin niteliğine ilişkin belirlemeleri yapma yetkisinin bulunduğu, işyeri hekimliği ve iş sağılığı uzmanı giderinin genel giderler arasında mütalaa edilmesi gerektiğinden ayrı bir satır açılmasına gerek bulunmadığı, şikâyet başvurusu üzerine on gün içinde karar alındığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği göröşöldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

USUL YÖNÜNDEN:

İLGİLİ MEVZUAT:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Anılan Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kurum, itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceler." kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

1. Temyize konu Mahkeme kararının, itirazen şikâyet başvurusunda yer alan 1., 2., 3., 4., 5., 6. ve 8. iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin kısmında hukukî isabetsizlik bulunmamaktadır.

2. Temyize konu Mahkeme kararının, itirazen şikâyet başvurusunda yer alan 7. iddia yönünden davanın reddine ilişkin kısmına gelince;

Dosya incelendiğinde, davacı şirket tarafından, ihale dokümanının mevzuata uygun olmadığı iddialarıyla yapılan 09/11/2018 tarihli şikâyet başvurusunun ihaleyi gerçekleştiren idarenin 15/11/2018 tarihli yazısıyla reddi üzerine, 23/11/2018 tarihli dilekçe ile Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusunda bulunulduğu, söz konusu başvuruda idareye yapılan şikâyet başvurusunda yer almayan (Kurul kararında 7. iddia olarak belirtilen) "Sözleşme Tasarısı'nın 12.1. maddesinin Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'ne aykırı olduğu, idare yükleniciye ödeme yapmadan işçilerin ücretlerinin ödenemeyeceği" şeklindeki iddiasının yer aldığı, ancak davalı idare tarafından anılan iddianın idareye verilen şikâyet

dilekçesinde yer almadığı, bu nedenle itirazın şikâyet kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığından bahisle bu iddia bakımından başvurunun şekil yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyetle yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, Kanun'da böyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarının, şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının, şikâyet başvurusunun reddi üzerine 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şekil kurallarına uygun olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu görüldüğünden, Kurul kararında 7. iddia olarak belirtilen iddiasının incelenmesi gerekirken, bu iddianın şikâyet başvurusunda ileri sürülmediği gerekçesiyle itirazın şikâyet başvurusunun şekil yönünden reddine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uygunluk, davanın reddine yönelik Mahkeme kararının bu kısmında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kısmen reddine,
2. ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının, davacının 1., 2., 3., 4., 5., 6. ve 8. iddiaları yönünden davanın reddine ilişkin kısmında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından anılan Mahkeme kararının bu kısmı ile davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmının ONANMASINA oybirliğiyle,
3. Davacının temyiz isteminin kısmen kabulüne;
4. Anılan Mahkeme kararının davacının 7. iddiası yönünden davanın reddine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bu kısım yönünden DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE oyçokluğuyla,
6. Dava kısmen iptal kısmen ret kararı ile sonuçlandığından,

ayrıntısı aşağıda gösterilen ilk derece ve temyiz yargılama giderleri toplamı ...-TL'nin yarısı olan ...-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, kalan ...-TL'nin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

7. Posta giderleri avansından artan tutarın ve istemi hâlinde ilk derece aşamasında kullanılmayan 59,10-TL yürütmeyi durdurma harcının davacıya iadesine,

8. Dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine,

9. 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere), 17/01/2023 tarihinde karar verildi.

(X) KARŞI OY :

Dava konusu Kurul kararındaki davacının 7. iddiasıyla ilgili kısım yönünden temyize konu İdare Mahkemesi kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının bu kısmının da onanması gerektiğı oyu ile karara katılmıyoruz



ihâl

e