

**Kamu İhale Genel Tebliği'nde
Değişiklik Yapılmasına Dair
Tebliğ'in 38. maddesi ile
Kamu İhale Genel Tebliği'ne
78.29. ve 78.30. maddelerin
eklenmesine ilişkin aynı
Tebliğ'in 48. maddesinin;
4734 sayılı Kanun'a ve kamu
kaynaklarının uygun şartlarda
ve verimli kullanılması
ilkesine aykırı olduğu,
idarece alınacak hizmetin
yetersiz ve kalitesiz
olmasına sebep olacağı,
%4'lük oranın yetersiz olduğu
ve bu hususta bilirkişi
incelemesi yaptırılması
gerektiği, ihalelerin en**

**düşük teklifi veren
istekliler üzerinde
bırakılmasının önünün
açıldığı, aşırı düşük teklif
sorgulaması yapılmadan
gerçekleşen ihalelerde
teklifi aşırı düşük olanların
işin mahiyetinden ve
kalitesinden taviz vereceği
ileri sürülerek iptali
istenilmektedir.**

13. D., E. 2014/3501 K. 2017/10 T. 2.1.2017

İndirme seçenekleri

“ihale”

Davanın Özeti : Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği'ne 78.29. ve 78.30. maddelerin eklenmesine ilişkin aynı Tebliğ'in 48. maddesinin; 4734 sayılı Kanun'a ve kamu kaynaklarının uygun şartlarda ve verimli kullanılması ilkesine aykırı olduğu, idarece alınacak hizmetin yetersiz ve kalitesiz olmasına sebep olacağı, %4'lük oranın yetersiz olduğu ve bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırılması

gerektiği, ihalelerin en düşük teklifi veren istekliler üzerinde bırakılmasının önünün açıldığı, aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmadan gerçekleşen ihalelerde teklifi aşırı düşük olanların işin mahiyetinden ve kalitesinden taviz vereceği ileri sürölerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesinin; aynı tarih ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 12. maddesine dayandığı, Kamu İhale Genel Tebliği'ne 78.29 ve 78.30. maddelerin eklenmesine ilişkin aynı Tebliğ'in 48. maddesi bakımından ise, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde ihale konusu iş açısından asli unsur ve önemli bileşen niteliği taşımayan maliyetler ile belirsiz maliyetlerin %4'lük oranın içerisine dahil edildiği, 25.10.2014 tarihli değişiklik ile "kıdem ve ihbar tazminatlarının" sözleşme ve genel giderler kapsamından çıkarıldığı ileri sürölerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi K1'ın Düşüncesi : Davanın, Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesiyle değiştirilen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1, 70.1.1, 70.1.2, 70.1.4. maddeleri ile 70.2. maddesinin "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır" ibarelerinin iptaline, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1.3. maddesi ile 70.2. maddesinin "teklifi eşit olan isteklilere", "varsa 70.1.3. maddesinde belirtilen belgeyi sunmaları için 3 (üç) iş günü süre tanınır" ibareleri ve Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik

Yapılmasına Dair Tebliğ'in 48. maddesiyle eklenen 78.29. madde ile 78.30. maddenin (ç) bendinde yer alan "kıdem ve ihbar tazminatları" ibareleri dışında kalan kısım yönünden Davanın Reddine, 78.30. maddenin (ç) bendinde geçen "kıdem ve ihbar tazminatları" ibaresi yönünden ise Karar Verilmesine Yer Olmadığına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı K2'un Düşüncesi : Dava; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 7.6.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği'ne 78.29 ve 78.30. maddelerin eklenmesine ilişkin aynı Tebliğ'in 48. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmü yer almış;

"İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinde, "İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş

miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,

e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.

f) Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik

projelerinde, rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlara, yararlandıkları destekler çerçevesinde yürüttükleri proje sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin piyasaya arz edilmesinden sonra proje sonucu ortaya çıkan hizmetler ile yerli malı belgesine sahip ürünler için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde düzenlenen ve piyasaya arz tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılabilecek olan belgeler.

Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan..." düzenlemesine yer verilmiş;

"İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesinde, "37 ve 38'inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.

Bu Kanun'un 63'üncü maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada

belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır...” kuralı yer almıştır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 12. maddesinde, “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 63. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki üçüncü fıkra eklenmiştir.

(1) Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde;

a) Vergi matrahının/mali zararın net satışlar tutarına oranının büyüklüğü,

b) İsteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamının düşüklüğü,

c) İsteklinin korumalı iş yerine sahip olması,

ç) Faaliyet süresinin uzunluğu,

Kriterleri, sırayla dikkate alınır. Buna göre, üst sırada belirtilen kritere göre eşitliğin bozulmaması durumunda sonraki kritere başvurulur.

(3) Birinci fıkranın (a) bendindeki kriter, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, aynı fıkranın (b) bendine göre yapılacak değerlendirmede KİK028.0/H nolu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır.” hükmüne yer

verilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (Tebliğ) 38. maddesinde de Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Madde 70-Hizmet alımı ihalelerinde tekliflerin eşit olması

70.1. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük geçerli teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinde belirtilen kriterler sırayla dikkate alınır. Buna göre, üst sırada belirtilen kriterlere göre eşitliğin bozulmaması durumunda sonraki kriterlere geçilir. Ortak girişimler için yapılacak değerlendirmede pilot veya koordinatör ortağın durumu esas alınır.

70.1.1. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre idare tarafından yapılacak değerlendirmede, istekliye ait ihale tarihinden önceki son gelir/kurumlar vergisi beyannamesindeki vergi matrahı/mali zarar tutarı ile bu beyanname ekindeki gelir tablosunda yer verilen net satışlar tutarına (işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için beyannameye yer alan performans bilgileri tablosundaki gayrisafi hasılat tutarına) ilişkin EKAP üzerinde bulunan bilgiler esas alınır. Ancak ihale tarihinin yılın ilk dört ayında olması durumunda, değerlendirme yapılırken iki önceki yıla ait bilgiler üzerinden değerlendirme yapılır.

70.1.2. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan kriterin değerlendirilmesinde isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağın ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan

hizmet işlerinin

toplam tutarına (varsa iş artışları hariç) dair yazılı beyanı esas alınır. Söz konusu yazılı beyan KİK028.0/H numaralı standart forma göre düzenlenecek olup, beyan edilen hususların idarece EKAP üzerinden teyidi yapılır.

70.1.3. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen kriterin değerlendirilmesinde ilgili mevzuatınca düzenlenmiş olan korumalı iş yeri statüsü belgesi esas alınır.

70.1.4. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre yapılacak değerlendirmede gerçek kişi istekliler için ticari işletme tescil tarihini, tüzel kişi istekliler için ise şirket kuruluş sözleşmesinin tescil tarihini gösteren ticaret sicil gazetesini nüshası/nüshaları veya ticaret sicil müdürlüğü tarafından düzenlenen belgeler esas alınır.

70.2. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde, teklifi eşit olan isteklilere, 70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan ve varsa 70.1.3. maddesinde belirtilen belgeyi sunmaları için 3 (üç) iş günü süre tanınır. 70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır." kuralı yer almıştır.

Yine, Tebliğ'in 48. maddesi ile de, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.28. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki maddeler eklenmiştir.

"78.29. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, sözleşme gideri ve genel giderler dâhil toplam asgari işçilik maliyetinin altında işçilik bedeli sunan isteklilerin teklifleri, ihale dokümanına aykırı teklif sunulduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılır.

78.30. Personel alıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde isteklilerin teklif bedelleri varsa yüklenici karı ile aşağıdaki bileşenlerden oluşur:

a) Asgari İşçilik Maliyeti: İhale tarihinde yürürlükte bulunan brüt asgari ücret veya idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası olarak belirlenen ücret (ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretler dâhil), nakdi yemek ve yol bedeli gibi prime esas kazancın hesabında esas alınan işçiliğıe bağılı diğeri ödemeler ve işveren sigorta primlerinin toplam tutarı asgari işçilik maliyetini oluşturur.

b) İşçilikle Bağılantılı Ayni Giderler: İdari şartnamede işçi sayısı ile bağılantı olarak teklife dâhil edilmesi öngörülen ayni giderler teklif bileşeni kabul edilir.

c) Hizmetin Yürütölmesine Yardımcı Unsurlar: İhale konusu hizmet işinin yürütölmesinde yardımcı nitelikte olan ve idari şartnamede belirtilen unsurlar teklif bileşeni kabul edilir.

) Sözleşme Giderleri ve Genel Giderler: İhale ve sözleşmeye ilişkin damga vergileri, Kamu İhale Kurumu payı ve noter masrafları gibi sözleşme giderleri ile amortisman, ihale konusu işte kullanılacak giyim gideri, oryantasyon (ihale konusu işe uyum) eğitimi gideri, 20/06/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağığı ve Güvenliğı Kanunu uyarınca işyeri hekimliğı ve iş güvenliğı uzmanı ücreti ile çalışanlara verilecek eğitim gideri, silahlı atış eğitim gideri, özel güvenlik mali sorumluluk sigortası gideri, yaka kartı, önemli bir bileşen olarak değeriendirilmeyen ilaçlama gideri, toplu ulaşım kartı bedeli ve bu nitelikteki genel giderleri karşılamak üzere, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her bir işçilik birim fiyatı üzerinden; işçi sayısı üzerinden teklif alınması idarece uygun görölmeeyen iş kalemi/kalemleri için ise çalıştırılacak her bir personelin işçilik maliyeti üzerinden, % 4 oranında hesaplanan sözleşme giderleri ve genel giderler teklif bileşeni olarak kabul edilir.”

Yukarıda aktarılan Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri uyarınca ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda korumalı iş yerine sahip isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin yine bozulmaması durumunda da faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecektir. Ayrıca, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranının belirlenmesinde, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait tutarların belirlenmesinde KİK028.0/H no.lu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır.

Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde belirlendiği üzere, idarelerin, ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu tutulduğu açıktır. Öte yandan, ekonomik ve mali yeterliğin belirlenebilmesi için isteklilerden istenilecek bilanço ile iş hacmini gösteren belgelerin mevzuatta aranan kriterleri karşılaması dışında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde daha kârlı çalışan işletmelere avantaj sağlanmasına ilişkin metod ve uygulamaların kamu ihale mevzuatında araçsal karşılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde kesinleşmiş vergi borcu olan isteklilerin ihale dışı

bırakılacağı hüküm altına alınarak istekli-vergi ilişkisi “vergi borcu olmamak”la sınırlı tutulmuş, isteklilerin vergi beyan ve matrahlarına ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaldı ki, anılan düzenlemenin yapılmasına yönelik olarak, vergi politikasının belirlenmesinde sorumluluğu bulunan Maliye Bakanlığı veya Gelir İdaresi Başkanlığının bir talebinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Yapılan düzenlemeyle isteklilerin, indirebilecekleri bazı giderleri deftere kaydetmemek suretiyle veya başka yollarla kâr oranlarını yükselterek ihalelerde kendilerine avantaj sağlayabilmeleri mümkün hâle gelmektedir. Bazı işletmelerin sadece ihalelerde kendilerine avantaj sağlamak amacıyla kârlılık oranlarını yükseltmeleri de işletmeler arasında haksız rekabete yol açacağı tabidir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, isteklilerin vergi matrahı/mali zararının net satışlar tutarına oranının eşit olması durumunda, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin de, yükleniminde iş olan isteklilerin ihaleye katılım iradelerini olumsuz şekilde etkileyerek rekabeti kısıtlayacağı ve istekliler arasında eşitliğe aykırı uygulamaya neden olacağı anlaşılmaktadır.

Yönetmelik hükmünün devamında, eşitliğin bozulmaması hâlinde faaliyet süresi daha uzun olan isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirleneceği kural altına alınmakla birlikte, 4734 sayılı Kanun’da isteklinin yapmış olduğu işlerin deneyime esas alınabileceğine ilişkin hükümlere yer verilerek, faaliyet süresi öngörülmeksizin “yapılan iş” esas alınmıştır.

Öte yandan, işletmelerin genellikle sadece ihale konusu alanda

faaliyet göstermedikleri dikkate alındığında, düzenlemedeki faaliyet süresi kavramının belirsiz ve tanıma muhtaç olduğu, ayrıca faaliyet süresinin uzunluğunun tek başına tecrübe ve deneyime dayanak görülemeyeceği ve işletmelerin sadece faaliyet süresinin daha uzun olduğundan bahisle tecrübeli ve deneyim sahibi sayılamayacakları, kaldı ki, faaliyet süresi kavramının sabit bir durumu ifade ettiği, ihalelerde amaçlanan faydanın sahip olmaya değil, sunmaya (üretmeye) ilişkin olduğu ve değişkenliği desteklediği, buna göre, sadece daha önce açılmış bir işletmenin her daim öncelik sahibi olmasının yasal dayanağı bulunmadığı gibi, bunun 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan temel ihale ilkelerine de aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun'da en düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, en düşük eşit tekliflerde fiyat dışı unsurlar dikkate alınmak suretiyle en avantajlı teklifin belirleneceği hüküm altına alınmış, fiyat dışı unsurlar ise maliyet etkinliği, verimlilik, kalite, teknik değer gibi yönetmelik düzenlemesi ile bağdaşmayan örneklerle açıklanmış, ancak yönetmelik düzenlemesi anlamına benzer nitelikte bir unsur belirlenmemiştir.

Buna göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin, isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin ve faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel

ilkelere de aykırı bulunmaktadır. Öte yandan, dava konusu Tebliğ'in 38. maddesinin yukarıda irdelenen Yönetmelik hükümlerinin uygulama hükümleri olduğu görülmektedir.

Bu durumda, Tebliğ'in 38. maddesiyle değiştirilen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1, 70.1.1, 70.1.2, 70.1.4. maddeleri ile 70.2. maddesinin "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır" ibarelerinde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Davanın en avantajlı teklifin belirlenmesinde isteklinin korumalı iş yerine sahip olmasının dikkate alınmasına ilişkin kısmı yönünden ise;

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin kanun önünde eşit olduğu, ancak engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı hükmü yer almakta olup, bu bağlamda, iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen korumalı iş yerine sahip isteklilerin tekliflerinin, en düşük tekliflerin eşitliği durumunda en avantajlı teklif olarak belirlenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, Tebliğ'in 70.1.3. maddesi ile 70.2. maddesinin "teklifi eşit olan isteklilere", "varsa 70.1.3. maddesinde belirtilen belgeyi sunmaları için 3 (üç) iş günü süre tanınır" ibarelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı açıktır.

Tebliğ'in 48. maddesi yönünden;

7.6.2014 tarihli ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 48. maddesi ile 22.8.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen

78.30 maddesinin (ç) bendi itibarıyla; 25.10.2014 tarihli ve 29156 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 2. maddesi ile dava konusu Kamu İhale Genel Tebliği’nin 70.30. maddesinin (ç) bendindeki yalnızca “kıdem ve ihbar tazminatları” ibaresinin yürürlükten kaldırıldığı anlaşılmıştır.

11.9.2014 tarihli ve 29116 sayılı Mükerrer Resmî Gazete’de, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun yayınlanarak yürürlüğe girmiş, anılan Kanun’un 8’inci maddesi ile 4857 sayılı Kanun’un 112’nci maddesine fıkralar eklenmiş ve 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62’nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatlarının ilgili kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödeneceği hükmü getirilmiştir. Bu doğrultuda, kamu kurum ve kuruluşlarınca ödenecek olan kıdem tazminatı ve bununla bağlantılı olarak da ihbar tazminatının, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri için öngörülen %4 oranındaki sözleşme giderleri ve genel giderler kapsamından çıkarıldığı görülmüştür.

Bu nedenle, 7.6.2014 tarihli ve 29023 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği’nin 70.30. maddesinin (ç) bendindeki düzenlemenin iptali talebinin, 25.10.2014 tarihli ve 29156 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 2. maddesi gereğince ihbar ve kıdem tazminatları yönünden konusuz kaldığı ve bu kısım itibarıyla işin esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı düşünülmüştür.

4734 sayılı Kanun’un 37. maddesinin ikinci fıkrasında, teklifleri ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olmadığı belirlenen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu Tebliğ hükmü ile, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde sözleşme ve genel giderler dâhil toplam asgari işçilik maliyetinin altında işçilik bedeli sunan isteklilerin tekliflerinin ihale dokümanına aykırı teklif sunulduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılacağı ifade edilmiştir. Asgari işçilik maliyetinin ve sözleşme ve genel giderlerin Tebliğ’de tanımlandığı ve bunlara ilişkin bileşenlerin belirli ve açık olduğu, yorumlanmaya mahal bulunmadığı, öte yandan, düzenlemelerde işçilik maliyeti için olabilecek en düşük miktarların belirlendiği, bu miktarların altında maliyetin hukuken ve fiilen söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim ihale dokümanlarında da idareler tarafından bu bileşenlere ilişkin bilgilere yer verilmekte olup, bu bileşenlere ilişkin bilgiler dikkate alınmaksızın ve hesaplamaya dâhil edilmeksizin, hukuken ve fiilen mümkün olmayan miktarlar esas alınarak oluşturulan işçilik maliyeti ve teklifin ihale dokümanına aykırı teklif olacağı açıktır.

Tebliğ hükmü ile ayrıca, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, isteklilerin teklif bedellerinin varsa yüklenici kârı ve asgari işçilik maliyeti, işçilikle bağlantılı aynî giderler, hizmetin yürütülmesine yardımcı unsurlar, sözleşme giderleri ve genel giderlerinden oluşacağı belirtilmiş ve her bir bileşenin nelerden oluşacağı da ayrıca belirlenmiştir. Bu hâliyle teklif bedellerinin nelerden oluşacağına ilişkin tereddüde mahal bulunmadığı, açık ve belirli olduğu ve ihale mevzuatının temel ilkelerine aykırılık taşımadığı görülmektedir.

Anılan düzenlemeyle daha önce %3 olarak belirlenen sözleşme ve genel gider oranı % 4 oranına yükseltilmiştir. Buna göre, önemli bir maliyet bileşeni olarak addedilemeyecek ya da önceden öngörülemeyecek belirsiz girdilerin sözleşme ve genel giderler olarak nitelenen ve kural olarak teklif cetvelindeki her bir işçilik birim fiyatı üzerinden hesaplanacak olan %4 oranındaki parasal büyüklük içinde değerlendirilebilecektir. Bu şekilde, belirsiz maliyetlerin %4’lük kısım içerisinde

kabul edilerek, ihale sürecinin bu maliyetlerden kaynaklanabilecek sorunlardan arındırılması, bu şekilde, teklif fiyatlarının oluşturulmasında maliyetlerin objektif kriterlere bağlanması ile öngörülebilirlik ve hesaplanabilirlik amaçlanmaktadır.

Bu durumda, Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 48. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 78.30. maddesinin (ç) bendinde yer alan "kıdem ve ihbar tazminatları" ibaresinin dışında kalan kısım ile 48. maddesinin diğer kısımlarında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesiyle değiştirilen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1, 70.1.1, 70.1.2, 70.1.4. maddeleri ile 70.2. maddesinin "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır" ibarelerinde hukuka uygunluk görülmediğinden iptali, Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 48. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen 78.30. maddesinin (ç) bendinde yer alan "kıdem ve ihbar tazminatları" ibaresi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerekeceği, bu ibare dışında kalan 48. maddenin diğer kısımları ile 38. maddenin diğer kısımlarında hukuka aykırılık görülmediğinden, davanın buna ilişkin kısmının reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 27.12.2016 tarihinde, davacı vekilinin gelmediği, davalı idare vekili Av. K3'ün geldiği, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Gelen tarafa usulüne uygun olarak söz

verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra gelen tarafa son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Dava; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 07.06.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği'ne 78.29. ve 78.30. maddelerin eklenmesine ilişkin aynı Tebliğ'in 48. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." kuralına yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmü yer almış;

"İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinde, "İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,

e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.

f) Teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlananlara, yararlandıkları destekler çerçevesinde yürüttükleri proje sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin piyasaya arz edilmesinden sonra proje sonucu ortaya çıkan hizmetler ile yerli malı belgesine sahip ürünler için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde düzenlenen ve piyasaya arz tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılabilecek olan belgeler.

Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan..." düzenlemelerine yer verilmiş;

"İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40. maddesinde, "37 ve 38'inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları

belirlenir.

Bu Kanun'un 63'üncü maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır..." kuralları yer almıştır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği'n 12. maddesinde, "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki üçüncü fıkra eklenmiştir.

(1) Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde;

a) Vergi matrahının/mali zararın net satışlar tutarına oranının büyüklüğü,

b) İsteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağının, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamının düşüklüğü,

c) İsteklinin korumalı iş yerine sahip olması,

ç) Faaliyet süresinin uzunluğu,

Kriterleri, sırayla dikkate alınır. Buna göre, üst sırada belirtilen kritere göre eşitliğin bozulmaması durumunda sonraki kritere başvurulur.

(3) Birinci fıkranın (a) bendindeki kriter, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, aynı fıkranın (b) bendine göre yapılacak değerlendirmede KİK028.0/H nolu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in (Tebliğ) 38. maddesinde, Kamu İhale Genel Tebliği’nin 70. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Madde 70-Hizmet alımı ihalelerinde tekliflerin eşit olması

70.1. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük geçerli teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 63. maddesinde belirtilen kriterler sırayla dikkate alınır. Buna göre, üst sırada belirtilen kritere göre eşitliğin bozulmaması durumunda sonraki kritere geçilir. Ortak girişimler için yapılacak değerlendirmede pilot veya koordinatör ortağın durumu esas alınır.

70.1.1. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre idare tarafından yapılacak değerlendirmede, istekliye ait ihale tarihinden önceki son gelir/kurumlar vergisi beyannamesindeki vergi matrahı/mali zarar tutarı ile bu beyanname ekindeki gelir tablosunda yer verilen net satışlar tutarına (işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için beyannamede yer alan performans bilgileri tablosundaki gayrisafi hasılat tutarına) ilişkin EKAP üzerinde bulunan bilgiler esas alınır.

Ancak ihale tarihinin yılın ilk dört ayında olması durumunda, değerlendirme yapılırken iki önceki yıla ait bilgiler üzerinden değerlendirme yapılır.

70.1.2. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan kriterin değerlendirilmesinde isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağın ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan hizmet işlerinin toplam tutarına (varsa iş artışları hariç) dair yazılı beyanı esas alınır. Söz konusu yazılı beyan KİK028.0/H numaralı standart forma göre düzenlenecek olup, beyan edilen hususların idarece EKAP üzerinden teyidi yapılır.

70.1.3. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen kriterin değerlendirilmesinde ilgili mevzuatınca düzenlenmiş olan korumalı iş yeri statüsü belgesi esas alınır.

70.1.4. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre yapılacak değerlendirmede gerçek kişi istekliler için ticari işletme tescil tarihini, tüzel kişi istekliler için ise şirket kuruluş sözleşmesinin tescil tarihini gösteren ticaret sicil gazetesini nüshası/nüshaları veya ticaret sicil müdürlüğü tarafından düzenlenen belgeler esas alınır.

70.2. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde, teklifi eşit olan isteklilere, 70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan ve varsa 70.1.3. maddesinde belirtilen belgeyi sunmaları için 3 (üç) iş günü süre tanınır. 70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır.”

Yine, Tebliğ'in 48. maddesi ile de, Kamu İhale Genel

Tebliği'nin 78.28. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki maddeler eklenmiştir.

“78.29. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, sözleşme gideri ve genel giderler dâhil toplam asgari işçilik maliyetinin altında işçilik bedeli sunan isteklilerin teklifleri, ihale dokümanına aykırı teklif sunulduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılır.

78.30. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde isteklilerin teklif bedelleri varsa yüklenici karı ile aşağıdaki bileşenlerden oluşur:

a) Asgari İşçilik Maliyeti: İhale tarihinde yürürlükte bulunan brüt asgari ücret veya idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası olarak belirlenen ücret (ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretler dâhil), nakdi yemek ve yol bedeli gibi prime esas kazancın hesabında esas alınan işçiliğe bağlı diğer ödemeler ve işveren sigorta primlerinin toplam tutarı asgari işçilik maliyetini oluşturur.

b) İşçilikle Bağlantılı Ayni Giderler: İdari şartnamede işçi sayısı ile bağlantı olarak teklife dâhil edilmesi öngörülen ayni giderler teklif bileşeni kabul edilir.

c) Hizmetin Yürütülmesine Yardımcı Unsurlar: İhale konusu hizmet işinin yürütülmesinde yardımcı nitelikte olan ve idari şartnamede belirtilen unsurlar teklif bileşeni kabul edilir.

ç) Sözleşme Giderleri ve Genel Giderler: İhale ve sözleşmeye ilişkin damga vergileri, Kamu İhale Kurumu payı ve noter masrafları gibi sözleşme giderleri ile amortisman, ihale konusu işte kullanılacak giyim gideri, oryantasyon (ihale konusu işe uyum) eğitimi gideri, 20/06/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı ücreti ile çalışanlara verilecek eğitim gideri, silahlı atış eğitim gideri, özel güvenlik mali sorumluluk sigortası gideri, yaka kartı, önemli

bir bileşen olarak değerlendirilmeyen ilaçlama gideri, toplu ulaşım kartı bedeli ve bu nitelikteki genel giderleri karşılamak üzere, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her bir işçilik birim fiyatı üzerinden; işçi sayısı üzerinden teklif alınması idarece uygun görülmeyen iş kalemi/kalemleri için ise çalıştırılacak her bir personelin işçilik maliyeti üzerinden, %4 oranında hesaplanan sözleşme giderleri ve genel giderler teklif bileşeni olarak kabul edilir.”

Öte yandan, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un 3. maddesinde, korumalı iş yeri, iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen iş yeri olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda aktarılan Yönetmelik hükümleri ve Tebliğ açıklamaları uyarınca ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin bozulmaması durumunda korumalı iş yerine sahip isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecek, eşitliğin yine bozulmaması durumunda da faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifi en avantajlı teklif olarak belirlenecektir. Ayrıca, vergi matrahı/mali zararın net satışlar tutarına oranının belirlenmesinde, işletme hesabı esasına göre defter tutan istekliler için vergi matrahı/mali zararın gayrisafi satış hasılatı tutarına oranı şeklinde uygulanacak, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde

bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet

işlerine ait tutarların belirlenmesinde KİK028.0/H no.lu standart forma göre düzenlenecek yazılı beyan esas alınacaktır.

Tebliğ'in 38. maddesi yönünden;

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtildiği üzere, idareler, ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludurlar. Öte yandan, ekonomik ve mali yeterliğin belirlenebilmesi için isteklilerden istenilecek bilanço ile iş hacmini gösteren belgelerin mevzuatta aranan kriterleri karşılaması dışında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde daha kârlı çalışan işletmelere avantaj sağlanmasına ilişkin yöntem ve uygulamaların kamu ihale mevzuatında araçsal karşılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde kesinleşmiş vergi borcu olan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı kural altına alınarak istekli-vergi ilişkisi "vergi borcu olmamak"la sınırlı tutulmuş, isteklilerin vergi beyan ve matrahlarına ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anılan düzenlemenin yapılmasına yönelik olarak, vergi politikasının belirlenmesinde sorumluluğu bulunan Maliye Bakanlığı veya Gelir İdaresi Başkanlığının bir talebinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Yönetmelik düzenlemesiyle isteklilerin, indirebilecekleri bazı giderleri deftere kaydetmemek suretiyle veya başka yollarla kâr oranlarını yükselterek ihalelerde kendilerine avantaj sağlayabilmeleri mümkün hâle gelmektedir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, isteklilerin vergi matrahı/mali zararının net satışlar tutarına oranının eşit olması durumunda, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış

olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin de, yükleniminde iş olan isteklilerin ihaleye katılım iradelerini olumsuz şekilde etkileyerek rekabeti kısıtlayacağı ve istekliler arasında eşitliğe aykırı uygulamaya neden olacağı anlaşılmaktadır.

Yönetmelik hükmünün devamında, eşitliğin bozulmaması hâlinde faaliyet süresi daha uzun olan isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirleneceği kural altına alınmakla birlikte, 4734 sayılı Kanun'da isteklinin yapmış olduğu işlerin deneyime esas alınabileceğine ilişkin hükümlere yer verilerek, faaliyet süresi öngörülmeksizin "yapılan iş" esas alınmıştır.

Öte yandan, işletmelerin genellikle sadece ihale konusu alanda faaliyet göstermedikleri dikkate alındığında, düzenlemedeki faaliyet süresi kavramının belirsiz ve tanıma muhtaç olduğu, ayrıca faaliyet süresinin uzunluğunun tek başına tecrübe ve deneyime dayanak görülemeyeceği ve işletmelerin sadece faaliyet süresinin daha uzun olduğundan

bahisle tecrübeli sayılamayacakları, kaldı ki, faaliyet süresi kavramının sabit bir durumu ifade ettiği, ihalelerde amaçlanan faydanın sahip olmaya değil, sunmaya (üretime) ilişkin olduğu ve değişkenliği desteklediği, buna göre, sadece daha önce açılmış bir işletmenin her daim öncelik sahibi olmasının yasal dayanağı bulunmadığı gibi, bunun 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan temel ihale ilkelerine de aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'da en düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, en düşük eşit tekliflerde fiyat dışı unsurlar dikkate alınmak suretiyle en avantajlı teklifin belirleneceği kural altına alınmış, fiyat dışı unsurlar ise maliyet etkinliği, verimlilik, kalite, teknik değer gibi yönetmelik düzenlemesi ile bağdaşmayan örneklerle açıklanmış, ancak yönetmelik düzenlemesi anlamına

benzer nitelikte bir unsur belirlenmemiştir.

Buna göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, vergi matrahı/mali zararı net satışlar tutarına oranı büyük olan isteklinin teklifinin, isteklinin ve istekli tarafından söz konusu ihalede tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait iş deneyim belgesi kullanılmış ise bu ortağın, ihale ilan/davet tarihi itibarıyla yüklenimlerinde bulunan ve Kanuna göre sözleşmeye bağlanmış olan hizmet işlerine ait sözleşme tutarları toplamı düşük olan isteklinin teklifinin ve faaliyet süresi uzun olan isteklinin teklifinin en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel ilkelere de aykırı bulunmaktadır. Öte yandan, dava konusu Tebliğ'in 38. maddesinin yukarıda irdelenen Yönetmelik hükümlerinin uygulama hükümleri olduğu görülmektedir.

Bu durumda, Tebliğ'in 38. maddesiyle değiştirilen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1, 70.1.1, 70.1.2, 70.1.4. maddeleri ile 70.2. maddesinin "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır" ibarelerinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Korumalı iş yeri statü belgesine konu kısımlara ilişkin olarak ise;

Herkesin kanun önünde eşit olduğu, ancak engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı Anayasa'da belirtilmiştir. Bu kapsamda, iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen korumalı iş yerine sahip isteklilerin

tekliflerinin, en düşük tekliflerin eşitliği durumunda en avantajlı teklif olarak belirlenmesinde hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte, dava konusu Tebliğ'in 38. maddesinin iptaline karar verilen hükümleri karşısında, diğer kısımların işlevsiz kalması dolayısıyla idarece yeniden değerlendirme ve düzenleme yapılması gerekeceği de tabiidir.

Tebliğ'in 48. maddesi yönünden;

4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin 2. fıkrasında, teklifleri ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olmadığı belirlenen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu Tebliğ açıklaması ile, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde sözleşme ve genel giderler dâhil toplam asgari işçilik maliyetinin altında işçilik bedeli sunan isteklilerin tekliflerinin ihale dokümanına aykırı teklif sunulduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılacağı ifade edilmiştir. Asgari işçilik maliyetinin ve sözleşme ve genel giderlerin Tebliğ'de tanımlandığı ve bunlara ilişkin bileşenlerin belirli ve açık olduğu, yorumlanmaya mahal bulunmadığı, öte yandan, düzenlemede işçilik maliyeti için olabilecek en düşük miktarların belirlendiği, bu miktarların altında maliyetin hukuken ve fiilen söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim ihale dokümanlarında da idareler tarafından bahse konu bileşenlere ilişkin bilgilere yer verilmekte olup, bu bileşenlere ilişkin bilgiler dikkate alınmaksızın ve hesaplamaya dâhil edilmeksizin, hukuken ve fiilen mümkün olmayan miktarlar esas alınarak oluşturulan işçilik maliyeti ve teklifin ihale dokümanına aykırı teklif olacağı açıktır.

Tebliğ açıklaması ile ayrıca, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, isteklilerin teklif bedellerinin varsa yüklenici kârı ve asgari işçilik maliyeti, işçilikle bağlantılı aynî giderler, hizmetin yürütülmesine yardımcı unsurlar, sözleşme giderleri ve genel giderlerinden oluşacağı

belirtilmiş ve her bir bileşenin nelerden oluşacağı da ayrıca belirlenmiştir. Bu hâliyle teklif bedellerinin nelerden oluşacağına ilişkin tereddüde mahal bulunmadığı, açık ve belirli olduğu ve ihale mevzuatının temel ilkelerine aykırılık taşımadığı görülmektedir.

Anılan düzenlemeyle daha önce % 3 olarak belirlenen sözleşme ve genel gider oranı % 4'e yükseltilmiştir. Buna göre, önemli bir maliyet bileşeni olarak addedilemeyecek ya da önceden öngörülemeyecek belirsiz girdiler, sözleşme ve genel giderler olarak nitelenen ve kural olarak teklif cetvelindeki her bir işçilik birim fiyatı üzerinden hesaplanacak olan % 4 oranındaki parasal büyüklük içinde değerlendirilebilecektir. Bu şekilde, belirsiz maliyetlerin % 4'lük kısım içerisinde kabul edilerek, ihale sürecinin bu maliyetlerden kaynaklanabilecek sorunlardan arındırılması, bu şekilde, teklif fiyatlarının oluşturulmasında maliyetlerin objektif kriterlere bağlanması ile öngörülebilirlik ve hesaplanabilirlik amaçlanmaktadır.

Öte yandan, 25.10.2014 tarih ve 29156 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile sözleşme giderleri ve genel giderler içinde belirtilen ve % 4'lük kısım içinde değerlendirilen "kıdem ve ihbar tazminatları" ibaresi yürürlükten kaldırılmış olup, bu kalemler istekliler açısından maliyet kalemi olmaktan çıkmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 38. maddesiyle değiştirilen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 70.1, 70.1.1, 70.1.2, 70.1.4. maddeleri ile 70.2. maddesinin "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre yapılan değerlendirme sonucunda eşitliğin bozulmaması hâlinde", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyan", "70.1.2. maddesinde belirtilen yazılı beyanın sunulmaması hâlinde istekliye ait EKAP üzerinde bulunan bilgiler dikkate alınır" ibarelerinin İPTALİNE, Kamu İhale

Genel Tebliği'nin 70.1.3. maddesi ile 70.2. maddesinin "teklifi eşit olan isteklilere", "varsa 70.1.3. maddesinde belirtilen belgeyi sunmaları için 3 (üç) iş günü süre tanınır" ibareleri ve Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 48. maddesiyle eklenen 78.29. madde ile 78.30. maddenin (ç) bendinde yer alan "kıdem ve ihbar tazminatları" ibareleri dışında kalan kısım yönünden DAVANIN REDDİNE, 78.30. maddenin (ç) bendinde geçen "kıdem ve ihbar tazminatları" ibaresi yönünden ise KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, dava kısmen ret, kısmen iptal ve kısmen karar verilmesine yer olmadığıyla sonuçlandırıldığından, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 234,40-TL yargılama giderinin yarısı olan 117,20-TL'sinin davacı şirket üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.000,00-TL vekâlet ücretinin davacı şirketten alınarak davalı idareye verilmesine, geriye kalan 117,20-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.800,00-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, 75,50-TL YD itiraz harcı ile YD itiraz aşamasında yapılan toplam 20,00-TL posta giderlerinin davalı idare üzerinde bırakılmasına, posta giderleri avansından artan tutarın taraflara iadesine, bu kararın tebliği tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 02.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.