

Teklif fiyata dahil olan işçilik giderleri istekliler açısından maliyet unsurudur. İstekliler beş yıllık iş deneyimi şartı aranan aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarına ilişkin maliyeti hesaplayıp buna göre ihaleye teklif vermişlerdir. En az beş yıllık iş deneyimi bulunan bir aşçı ile bu deneyim süresini sağlayamayan başka bir aşçının piyasadaki tedarik maliyetinin farklı olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Kamu İdaresi Türü	Yüksek Öğretim Kurumları
Yılı	2014
Dairesi	2

Karar No	35371
İlam No	116
Tutanak Tarihi	4.2.2016
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

“Malzeme Dahil Yemek Yapımı, Servis ve Sonrası Hizmet Alımı” işinde teknik şartnameye aykırı olarak beş yıllık iş deneyimi belgesi olmayan aşçı ve aşçıbaşı yardımcısı çalıştıran yükleniciden sözleşmede öngörülen cezanın tahsil edilmemesi.

..... Üniversitesinin ihale tarihli “Malzeme Dahil Yemek Yapımı, Servis ve Sonrası Hizmet Alımı” işi yüklenicisi tarafından teknik şartnameye uygun olarak yerine getirilmemesine rağmen yükleniciden bu durum için sözleşmede öngörülen cezanın tahsil edilmediği görülmüştür.

İşe ait tarihli sözleşmenin 16 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının birinci bendinde;

“İş bu iş için hazırlanmış olan ihale dokümanları çerçevesinde söz konusu iş yürütülecek olup herhangi bir aksaklık görüldüğünde, kesinleşen ihale bedelinin %0,3’ü (Bindeüç) oranında ceza tahakkuk ettirilecektir. Ancak söz konusu aynı aksaklık sözleşme süresince 3 kez tekrar etmesi halinde yukarıda öngörülen ceza tutarı uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme fesh edilecektir. Ayrıca gıda zehirlenmesi durumunun vuku bulması halinde sözleşme bedelinin %1’i oranında ceza uygulanıp tekrarı halinde ise sözleşme fesh edilecektir.

İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir

durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmeyecektir.”

hükmü yer almaktadır.

Sözleşmenin ekinde yer alan teknik şartnamenin 40 ıncı maddesinin (c) fıkrasında;

“Aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller; ilgili meslek kurumlarından ustalık belgesine veya diplomaya sahip olacaktır. Ayrıca aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır. İstihdam edilen gıda mühendisi veya diyetisyenin diplomasının noter tasdikli örneği idareye sözleşme aşamasında teslim edilecektir.”

denilmektedir.

Buna göre söz konusu işte çalıştırılan aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personel için ustalık belgesi veya diploma istenmesi; aşçı ve aşçıbaşı yardımcıları için ayrıca beş yıllık iş deneyimi aranması, bu hususun da belgelendirilmesi gerekmektedir.

İşe ait idari şartnamenin 25 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının birinci bendinde; “Bu iş için hazırlamış olan ihale dokümanlarında ayrıntısı belirtilen yemek hizmeti alımı işinin yürütülebilmesi için (malzeme, işçilik, doğalgaz, elektrik, akaryakıt, temizlik malzemeleri vb.) gerekli olan tüm giderler teklif fiyata dahil edilecektir.” denilmektedir.

Teklif fiyata dahil olan işçilik giderleri istekliler açısından maliyet unsurudur. İstekliler beş yıllık iş deneyimi şartı aranan aşçı ve aşçıbaşı yardımcılara ilişkin maliyeti hesaplayıp buna göre ihaleye teklif vermişlerdir. Dolayısıyla rekabet ve eşit muamelenin sağlanabilmesi için işin uygulanması aşamasında da bu hususun göz önünde bulundurulması, işin teknik şartnameye uygun olarak yerine getirilebilmesi için beş yıllık iş deneyimi olan aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının çalıştırılması ve bunun belgelendirilmesi, aksi durumda da sözleşmede öngörülen

cezanın uygulanması gerekmektedir.

Ancak yapılan incelemede beş yıllık iş deneyimi olmayan aşçı ve aşçıbaşı yardımcıları ile hizmetin yürütüldüğü, buna rağmen yükleniciye yapılan ödemelerden ceza kesintisi yapılmadığı, savunmalarda da her ne kadar ilgililerin yeterli iş deneyimlerinin bulunduğu ifade edilmişse de bunu kanıtlayıcı belge sunulmadığı anlaşılmıştır.

Bununla birlikte sözleşmenin 16 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının birinci bendinde; “İş bu iş için hazırlanmış olan ihale dokümanları çerçevesinde söz konusu iş yürütülecek olup herhangi bir aksaklık görüldüğünde, kesinleşen ihale bedelinin %0,3’ü (Bindeüç) oranında ceza tahakkuk ettirilecektir ...” denilmektedir. Yapılan ihlalin aynı nedenden kaynaklanan tek bir ihlal olması nedeniyle söz konusu cezanın işte çalıştırılan aşçı ve aşçıbaşı sayısı kadar değil, ihale bedeli üzerinden tek bir ihlal olarak hesaplanması gerekmektedir.

Bu itibarla, “Malzeme Dahil Yemek Yapımı, Servis ve Sonrası Hizmet Alımı” işine ait teknik şartnamede “Aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller; ilgili meslek kurumlarından ustalık belgesine veya diplomaya sahip olacaktır. Ayrıca aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır ...” denilmesine ve söz konusu işte beş yıllık iş deneyimi olmayan aşçı ve aşçıbaşı yardımcısı çalıştırılmasına rağmen yükleniciye yapılan ödemelerden ceza kesintisi yapılmamasına ilişkin TL’nin;

..... TL’si için ilişilecek bir husus bulunmadığına,

..... TL’sinin [..... TL (ihale bedeli) x %0,3] Harcama Yetkilisi (Genel Sekreter), Gerçekleştirme Görevlisi (İdari ve Mali İşler Daire Başkanı), Diğer Sorumlular (Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanı), (Muayene Tespit Komisyonu Başkanı), (Muayene Tespit Komisyonu Üyesi), (Muayene Tespit Komisyonu Üyesi), (Muayene Tespit Komisyonu Üyesi-Diyetisyen), (Şube Müdürü)’a müştereken ve

müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle birlikte ödettirilmesine oybirliğiyle,

Kamu İdaresi Türü	Yüksek Öğretim Kurumları	
Yılı	2014	
Dairesi	2	
Dosya No	41084	
Tutanak No	42590	
Tutanak Tarihi	11.1.2017	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

Konu: Hizmet satın alınmasına ilişkin sözleşmede belirtilen cezanın uygulanmaması.

116 sayılı ilamın 2 nci maddesi ile; “Malzeme Dahil Yemek Yapımı, Servis Ve Sonrası Hizmet Alımı” işinde teknik şartnameye aykırı olarak beş yıllık iş deneyimi belgesi olmayan aşçı ve aşçıbaşı yardımcısı çalıştıran yükleniciden sözleşmede öngörülen cezanın tahsil edilmemesi nedeniyle ... TL’ye tazmin hükmü verilmiştir.

Sorumlu temyiz dilekçesinde özetle; söz konusu işe ait teknik şartnamenin “Personelle İlgili Hükümler” başlıklı 40 ıncı maddesinin (C) fıkrasında;

“Aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller; ilgili Mesleki Kurumlardan ustalık belgesine veya diplomaya sahip olacaktır. Ayrıca aşçı ve aşçı başı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır. İstihdam edilen gıda mühendisi veya diyetisyenin diplomasının noter tasdikli örneği idareye sözleşme aşamasında teslim edilecektir.” denildiğini,

Görüleceđi üzere teknik şartnamede aşçı ve aşçı başı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimlerinin olması şartının aranmadığını, aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller için ustalık belgesi veya diplomaya sahip olma şartı aranırken; aşçı ve aşçı başı yardımcılarının iş deneyimini tevsik edecek her hangi bir belge aranması şartı bulunmadığını,

İşin sözleşmesinin “Cezalar ve Kesintiler” başlıklı 16.1.1 maddesinde;

“İş bu iş için hazırlanmış olan ihale dokümanları çerçevesinde söz konusu iş yürütülecek olup herhangi bir aksaklık görüldüğünde, kesinleşen ihale bedelinin %03’ü (Binde üç) oranında ceza tahakkuk ettirilecektir. Ancak söz konusu aynı aksaklık sözleşme süresince 3 kez tekrar etmesi halinde yukarıda öngörülen ceza tutarı uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme fesh edilecektir ”... hükmüne yer yer verildiğini,

Teknik şartname hazırlanırken 40 ıncı maddesine “aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır” hükmünün konulduğunu ancak bunun belgelenmesine ihtiyaç duyulmadığını,

40 ıncı maddeye bu hükmün; kişilerin iş deneyim sürelerini sigortalılık süresi ile eşleştirmenin ülkemizde bazı gerçekleri göz ardı etmek anlamına geldiğini, mesleğinde geçen süre, sigortalılık süresinden çok fazla olan meslek erbabının çoğunlukta olduğunu, iş deneyimi bulunan bu meslek erbabının sigortalılık süresine bakarak tecrübesiz veya deneyimsiz demenin hakkaniyetli olamayacağı düşüncesi ile konulduğunu,

Ayrıca; yine ülkemizde kişilere ödenen ücretin bordroya ne kadarının yansıtıldığının belli olmadığını, 6000 kişiye yemek hizmeti verilecek bu ihale kapsamında hiçbir risk göz ardı edilmeyerek çalıştırılacak aşçı ve aşçı yardımcılarının kurum

tarafından titizlikle araştırıldığını, mesleğini nerelerde nasıl icra ettiğinin sorulduğunu ayrıca mesleği dışında kişisel durumunun da değerlendirildiğini ve uygun görülenlerin işe başlatıldığını,

Zaten günlük 6000 öğrenci ve personele verilen yemek hizmetinin sözleşme ve şartnamelere uygun olarak yerine getirilmesinin, hizmet alan personel ve öğrenciden yakınma ve şikayet alınmamasının ayrıca aylık dönemler itibariyle öğrenci ve personel arasında (ekli) memnuniyet anket sonuçlarının yemek hizmetinin işin hassasiyetine binaen tecrübe birikimi fazla olan ve sürekli imalatın başında denetim sağlama disiplini içinde mesleğinde deneyimli, bilgi ve becerisi olan aşçı ve aşçı yardımcılarınınca yerine getirildiğinin göstergesi olduğunu,

Sözleşme hükmünde; herhangi bir aksaklık görüldüğünde, kesinleşen ihale bedelinin %03'ü (Binde üç) oranında ceza tahakkuk ettirileceğinin belirtildiğini, idare tarafından, beş yıllık iş deneyimi olmayan personelin çalıştırıldığı tespiti yapılmadığından, bir başka deyişle alınan personelin deneyimleri ve kişisel durumları kuramca da araştırıldığından ihale dokümanına aykırı her hangi bir aksaklık görülmediğini ve ceza tahakkuk ettirilmesi yoluna gidilmediğini,

Sonuç olarak;

Malzeme dahil yemek yapımı servis ve sonrası hizmet alımı işinin muayene ve kabulünün uzman diyetisyenlerin kontrolünde yapıldığını, taahhüdün yerine getirilmesinde herhangi bir aksaklık görülmediğini belirterek verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir.

Başsavcılık;

"...Adı geçenin dilekçesinde ilamın 2 nci maddesine ilişkin olarak; malzeme dahil yemek yapımı, servis sonrası hizmet alımı işine ait teknik şartnamede aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personelin meslek kurumlarından alınmış

ustalık belgeleri ile beş yıllık iş deneyim belgelerinin bulunmamasına bağlı olarak ceza kesilmemesinde sözleşmeye aykırılık olmadığı, teknik şartnamenin 40 ıncı maddesinde yer alan “Aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır.” hükmünde bu durumun belgelendirilmesine yönelik bir zorunluluk bulunmadığı, sigortalılık süresinin bunun tevsikinde kullanılabileceği belirtilerek, verilen tazmin hükmünün kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmektedir.

Adı geçen tarafından ibraz edilen belgelerde benzeri iş olarak kabul edilebilecek işlere yer verilmiş bu kapsamda “Resmi ve özel kuruluşlarda gerçekleştirilen yemek yapımı, servis ve sonrası hizmetler benzer iş olarak kabul edilecektir.” denildiği görülmektedir. Buna göre, şartnamede belirtilen iş deneyimine ilişkin ceza uygulanmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, adı geçenin temyiz talebinin reddi ile Daire kararının tasdikine hükmedilmesinin uygun olacağı” şeklinde görüş bildirmiştir.

Dosyada mevcut belgeler okunup incelendikten sonra gereği görüşüldü:

“Malzeme Dahil Yemek Yapımı, Servis Ve Sonrası Hizmet Alımı” işine ilişkin 17.04.2014 tarihli sözleşmenin “Cezalar ve Kesintiler” başlıklı 16.1.1 maddesinde;

“İş bu iş için hazırlanmış olan ihale dokümanları çerçevesinde söz konusu iş yürütülecek olup herhangi bir aksaklık görüldüğünde, kesinleşen ihale bedelinin %0,3’ü (Bindeüç) oranında ceza tahakkuk ettirilecektir. Ancak söz konusu aynı aksaklık sözleşme süresince 3 kez tekrar etmesi halinde yukarıda öngörülen ceza tutarı uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme fesh edilecektir. Ayrıca gıda zehirlenmesi durumunun vuku bulması halinde sözleşme bedelinin %1’i oranında ceza uygulanıp tekrarı halinde ise sözleşme fesh edilecektir.

İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmeyecektir." denilmiş,

İşe ait teknik şartnamenin "Personelle İlgili Hükümler" başlıklı 40 ıncı maddesinin (C) fıkrasında ise;

"Aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller; ilgili meslek kurumlarından ustalık belgesine veya diplomaya sahip olacaktır. Ayrıca aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır. İstihdam edilen gıda mühendisi veya diyetisyenin diplomasının noter tasdikli örneği idareye sözleşme aşamasında teslim edilecektir." hükmüne yer verilmiştir.

Sözleşmenin ceza ve kesintilere ilişkin 16 ncı maddesine göre ceza kesintisi yapılabilmesi için hizmet işinde aksaklık olması gerektiği söz konusu hizmet alımı işinde ise sözleşme ve teknik şartnamesine uygun olarak işin hazırlama, pişirme, sunum ve temizlik safhalarında kontrol hizmetini yerine getiren muayene ve kabul komisyonu ve uzman diyetisyenler tarafından aksaklık olduğuna dair bir tespitin bulunmadığı, teknik şartnamenin 40 ıncı maddesine göre aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller için ustalık belgesi veya diploma belgesi aranırken deneyim açısından sadece "beş yıllık iş deneyimi olacaktır" denildiği ve bunu belgeyle kanıtlama şartının getirilmediği dolayısıyla ceza kesilmesini gerektiren bir durumun oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç itibariyle, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesinin 7 nci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların tekrar değerlendirilmesini teminen 116 sayılı ilamın 2 nci maddesi ile verilen tazmin hükmünün Bozularak dosyanın ilgili Daireye Gönderilmesine,

Oy çokluğu ile,

(..Daire Başkanı ... ile Üyeler ..., ..., ..., ... ve ...'in;

İşe ait sözleşmenin 16 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının

birinci bendinde;

“İş bu iş için hazırlanmış olan ihale dokümanları çerçevesinde söz konusu iş yürütülecek olup herhangi bir aksaklık görüldüğünde, kesinleşen ihale bedelinin %0,3’ü (Bindeüç) oranında ceza tahakkuk ettirilecektir. Ancak söz konusu aynı aksaklık sözleşme süresince 3 kez tekrar etmesi halinde yukarıda öngörülen ceza tutarı uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanunun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme fesh edilecektir. Ayrıca gıda zehirlenmesi durumunun vuku bulması halinde sözleşme bedelinin %1’i oranında ceza uygulanıp tekrarı halinde ise sözleşme fesh edilecektir.

İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30’unu geçmeyecektir.” hükmü yer almaktadır.

Sözleşmenin ekinde yer alan teknik şartnamenin 40 ıncı maddesinin (c) fıkrasında;

“Aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personeller; ilgili meslek kurumlarından ustalık belgesine veya diplomaya sahip olacaktır. Ayrıca aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının beş yıllık iş deneyimi olacaktır. İstihdam edilen gıda mühendisi veya diyetisyenin diplomasının noter tasdikli örneği idareye sözleşme aşamasında teslim edilecektir.” denilmektedir.

Buna göre söz konusu işte çalıştırılan aşçı, aşçıbaşları, yardımcıları ve teknik personel için ustalık belgesi veya diploma istenmesi; aşçı ve aşçıbaşı yardımcıları için ayrıca beş yıllık iş deneyimi aranması, bu hususun da belgelendirilmesi gerekmektedir.

İşe ait idari şartnamenin 25 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının birinci bendinde; “Bu iş için hazırlanmış olan ihale dokümanlarında ayrıntısı belirtilen yemek hizmeti alımı işinin yürütülebilmesi için (malzeme, işçilik, doğalgaz, elektrik, akaryakıt, temizlik malzemeleri vb.) gerekli olan tüm giderler

teklif fiyata dahil edilecektir.” denilmektedir.

Teklif fiyata dahil olan işçilik giderleri istekliler açısından maliyet unsurudur. İstekliler beş yıllık iş deneyimi şartı aranan aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarına ilişkin maliyeti hesaplayıp buna göre ihaleye teklif vermişlerdir. En az beş yıllık iş deneyimi bulunan bir aşçı ile bu deneyim süresini sağlayamayan başka bir aşçının piyasadaki tedarik maliyetinin farklı olacağına kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun öngördüğü ihalede rekabet ve eşit muamelenin sağlanabilmesi için işin uygulanması aşamasında da bu hususun göz önünde bulundurulması, işin teknik şartnameye uygun olarak yerine getirilebilmesi için beş yıllık iş deneyimi olan aşçı ve aşçıbaşı yardımcılarının çalıştırılması ve bunun geçerli vesikalarla belgelendirilmesi, aksi durumda da sözleşmede öngörülen cezanın uygulanması gerekmektedir.

Öte yandan çoğunluk görüşünde ileri sürülen işin yürütülmesi sırasında herhangi bir aksaklık olduğuna ilişkin bir tespit yapılmadığı şeklindeki gerekçe de eksikliğin açıklanması için yeterli değildir. Aksi halde bu gerekçenin kabul edilmesi halinde; işin teknik şartnamesi uyarınca, yemekhanelerde paslanmaz çelik (18/10 Cr-Ni) kaplar kullanılmaması halinde veya 1 inci dönem çalıştırılması öngörülen 9 aşçı yerine örneğin 7 aşçı çalıştırılması halinde de, herhangi bir “aksaklık” olmaması gerekçesiyle ceza kesilmeyecek anlamı çıkabilecektir. Gerek sözleşmede gerekse teknik şartnamede “aksaklık” veya “aksama”nın ne anlama geleceği konusunda herhangi bir sınırlayıcı tanımlama yapılmamıştır. Bu nedenle yüklenicinin sözleşme ve teknik şartnamede belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi ile ilgili bütün fiilleri “aksaklık” olarak değerlendirilmek zorundadır.

Bu nedenle verilen tazmin hükmünün tasdiki gerekir, şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı)

Karar verildiği 11.01.2017 tarih ve 42590 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.