

Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi

verdiği teklifin aşıırı düşük teklif sorgulamasının yapılmasının doğru olacağına karar verildiğini ve bu kapsamda davalı idarece yapılan incelemede, devam eden işin şartnameye uygun yapıldığı, devam konusunda problem teşkil edecek bir durumun tespit edilmediği ve ilgili birimde işin işleyişi hakkında herhangi bir olumsuz belgenin bulunmadığı İş Ortaklığının söz konusu işi 32.173.988.25 YTL'ye yapabileceği kanaatine varılarak işin aynı firma uhdesine bırakılmasına oy birliği ile karar verilmiştir." denilerek tartışmaya nihai bir kararla son verildiğini,

ÖZET : Dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen "Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliğinin Giderilmesi" ihalesini kazanan davacı şirket hakkında; davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayalı olarak, işin yürütülmesi sırasında İhale İdari Şartnamesinin 7.3.2. maddesinde düzenlenen 550 adet işçi çalıştırılmasına ilişkin yükümlülüğe aykırı hareket ettiği ve 40 adet işçi eksik çalıştırdığı gerekçesiyle tesis edilen 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararının iptaline ilişkin olarak açılan davada, İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile verilen davanın kabulüne ilişkin karar ile; yine davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından aynı rapora ve aynı sebebe dayalı olarak tesis edilen 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı ek prim tahakkuku ve gecikme zammına ilişkin işlemlerin yanlış olduğunun tespiti ile tahsil edilen paraların iadesine ilişkin olarak açılan davada, Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı ile verilen davanın reddine ilişkin karar arasında oluşan hüküm uyumsuzluğunun giderilmesi istemine ilişkin olarak açılan davanın incelemesi neticesinde;

Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin kararının, davaya konu ihtilafları kapsayan detaylı bilirkişi raporuna itibar edilmemiş ve yeni bir bilirkişi raporu alınması cihetine de gidilmemiş olması, İhale Makamı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığının fiili uygulamasını ve özellikle 18.5.2007 tarihli yazılı talimatını da dikkate almayan, bu sebeple hukuken doğru sonuçlar içermeyen SGK Başmüfettiş raporuna itibarla davanın reddi yoluna gidilmiş olması nedenleri ile kaldırılması gerektiği anlaşılmış ise de; Mahkememizce salt adli yargı kararının kaldırılması suretiyle hüküm uyumsuzluğunun giderilmesi yoluna gidildiği takdirde, "ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarı" ile ilgili ihtilafın çözüme kavuşturulmayacağı ve bu konuda verilen kesinleşmiş adli yargı kararını telif eden bir karar verilmiş olmayacağı, davalı SGK tasarruflarından sadece "idari para cezası" na dair olan ihtilafı ilgili verilen ve kesinleşen idari yargı kararının hukuka uygunluğunun tespiti ile yetinilmiş olacağı sonucuna varılmakla, 5510 sayılı Kanununun 101. ve 102. maddelerinin farklı yargı kollarını görevli kılan düzenlemesinden kaynaklanan ve gerçekte ortak paydası "aynı" olan bir hukuki sebebe (farazi noksan işçi çalıştırıldığı varsayımı ve buna dayalı "idari para cezası" tayini ve "ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz" tahakkuk ettirilmesi işlemleri) dayalı her iki SGK tasarrufunun birlikte ele alınması ve doğan ihtilafların her iki kararın kaldırılarak; mevcut hüküm uyumsuzluğunun, 2247 sayılı Yasa'nın 24.maddesi gereğince olayın esasına uygun şekilde yeni bir hüküm kurulması ve davacının fiilen eksik işçi çalıştırmadığı halde, eksik işçi çalıştırdığı gerekçesi ile davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından tesis edilen idari para cezası ve ek prim tahakkuku ile gecikme zammı işlemlerinin iptaline karar verilmesi suretiyle giderilmesi gerektiği hk.

T.C.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ
HUKUK BÖLÜMÜ

ESAS NO : 2014 / 18
KARAR NO : 2014 / 888
KARAR TR :13.10.2014

K A R A R

Hüküm Uyuşmazlığının Giderilmesi

İsteminde Bulunan (Davacı) : C. Lojistik ve Tic. İle C.

Hizmet İşletmeleri A.Ş. İş Ortaklığı Adına

1-C. Lojistik ve Tic. A.Ş.

2-C. Hizmet İşletmeleri A.Ş.

Vekilleri

: Av. A. & A.

Avukatlık Ortaklığı

Karşı Taraf (Davalı)

:

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

(Bağcılar Sosyal Güvenlik Kurumu Merkezi)

Vekili

: Av.A.T.

—

A-İSTEM: Davacı vekili 24.12.2013 havale tarihli hüküm uyuşmazlığının giderilmesi istemli dilekçesinde özetle; davacının davalı idarenin düzenlediği “Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi” ihalesini kazanarak, İhale Makamı ile ihale sözleşmesi imzalandığını; davacının ihalesözleşmesine konu işi ifa ettiği sırada, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 31.10.2006 tarihli kararı ile davacının verdiği teklifin aşırı düşük teklif sorgulamasının yapılmasının doğru olacağına karar verildiğini ve bu kapsamda davalı idarece yapılan incelemede, “01.08.2006 tarihinden- 31.12.2007 tarihine kadar devam eden işin şartnameye uygun yapıldığı, devam konusunda problem teşkil edecek bir durumun tespit edilmediği ve ilgili birimde işin işleyişi hakkında herhangi bir olumsuz belgenin bulunmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle C. Ceyhan Nakliyat Petrol Turizm İnşaat Ticaret ve San.Ltd. Sti + C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. İş Ortaklığının söz konusu işi 32.173.988.25 YTL'ye yapabileceği kanaatine varılarak işin aynı firma uhdesine bırakılmasına oy

birliği ile karar verilmiştir.” denilerek tartişmaya nihai bir kararla son verildiğini,

Ancak davacının rakiplerince yapılan şikayetler üzerine, dava konusu ihalenin mufettiş denetimine tabi tutulduğunu; mufettiş incelemesinde, davacının ihale çerçevesinde çalıştırdığı bütün işçileri SGK’ ya bildirdiğinin, iş yerinde çalıştırıp da SGK’ ya bildirmediği bir çalışanının olmadığının, çalışanların bütün ödemelerinin banka aracılığı ile yapıldığının, işçilere ödenip de SGK’ ya bildirilmeyen bir paranın olmadığının, bununla birlikte 2006/08, 2007/05-12, 2008/01-07, 09, 10, 11, 12 dönemlerinde toplam 40 kişinin eksik çalıştırıldığının tespiti şeklinde rapor düzenlendiğini, bunun üzerine davalı idarenin, 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 sayılı mufettiş raporuna dayanarak, davacıdan 2006/08, 2007/05-12, 2008/01-07, 09, 10, 11, 12 dönemlerinde eksik sigortalı bildirim nedeniyle ek prim bildirgesi verilmesini talep ettiğini ve bu ihbarında ön görülen süreleri beklemeksizin, müvekkilin mülkiyet haklarını sınırlandıracak, müvekkilin bir sonraki ihalelere girmesini engelleyecek şekilde, e-bildirge sistemine 221.718,29 TL kadar ek sigorta primi ve 85.925,15 TL gecikme zammı, 1.983,97-TL faiz ve ayrıca 22.631,00 TL İdari Para Cezası olmak üzere toplam 332.258,41-TL borç kaydı düştüğünü, davacının mağduriyet yaşamamak adına bu borç miktarını ihtirazı kayıtle ödemek zorunda kaldığını,

Bunun üzerine davacının, davalı idarenin, 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 sayılı raporuna dayanarak verdiği 20.08.2009 tarih ve 10.835.780 sayılı kök kararının ve bu karara istinaden düzenlenen sair kararların kanuna aykırılığının saptanarak haksız alınan toplam 332.258,41.- TL.’sinin iadesini sağlamak amacıyla Bakırköy 4. İş Mahkemesi’nde 2010/52 E. sayılı ve İstanbul 4. İdare Mahkemesi’nde 2010/45 E. sayılı davaları açtığını, Bakırköy 4. İş Mahkemesi’nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 E. ve 2012/207 K. sayılı kararı ile; 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 sayılı rapora dayalı olarak tesis edilen 01.09.2009 ve 11363 649 sayılı kararı geçerli

kabul edip bu karara istinaden tarh, tahakkuk ve tahsil edilen ek prim ve gecikme zammının tahsiline karar verdiğini; İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin ise 20.01.2011 gün ve 2010/45 E. ve 2011/52 K. sayılı kararı ile, 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 sayılı rapora dayalı olarak tesis edilen 20.08.2009 ve 10.835.327 sayılı kararı hukuka aykırı bularak bu karara istinaden tarh, tahakkuk ve tahsil edilen idari para cezasının iptaline karar verdiğini, her iki mahkeme kararının da kesinleğtiğini,

İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin her iki dava dosyasındaki hukuki işlemlerin dayandığı 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 sayılı rapora istinaden tesis edilen kararı hukuka aykırı bularak, fiilen çalıştığı tespit edilmemiş işçiler için resen tahakkuk yapılması işlemini açıkça hukuka aykırı bulup iptal ettiği halde; Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin yanlış bir gerekçe ile 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 rapora istinaden tesis edilen 01.09.2009 ve 11363649 sayılı kararı usul ve kanuna uygun bulduğunu ve bu nedenle davacının haksız tahsil edilen prim ve gecikme farkı alacaklarının iade edilmesi talebini reddettiğini;

Her iki mahkeme kararının konusunun, davalı idarece 31.03.2009 tarih 20102/INC 15 sayılı rapora istinaden 506 sayılı kanunun 79. maddesine (5510 sayılı kanunun 86. Maddesine) aykırılık iddiası ile tesis edilen kararların iptali olduğunu; her iki davanın sebebinin de aynı fiile ve teftiş raporuna dayanan tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin hukuka aykırı olduğu iddiası olduğunu, her iki davanın da aynı taraflar arasında görüldüğünü, verilen kararların temyiz incelemesinden geçerek kesinleğtiğini; ayrıca, İstanbul 4. İdare Mahkemesi tarafından, fiilen çalıştığı tespit edilemeyen işçiler nedeni ile ek bildirme verilmemesine dayalı resen tarh tahakkuk ve tahsil işlemlerinin hukuka aykırı olduğuna ve idari işlemin iptaline karar verilirken, İstanbul 4. İş Mahkemesi'nin fiilen çalıştığına dair hiçbir delil olmayan 40 işçi için ek bildirme verilmemesine dayalı ek prim ve gecikme zammı tarh tahakkuk ve

tahsil işlemlerinin hukuka uygun olduğuna karar verdiğini, bu kararlar nedeni ile davacı açısından hakkında yerine getirilmesinin imkansız hale geldiğini, bu nedenlerle her iki karar açısından 2247 sayılı Kanun'un 24. maddesinde belirtildiği şekilde hüküm uyumsuzluğu koşullarının oluştuğunu,

Davanın konusunun çalışmayan işçiler için bildirge verilip, prim ödenip; ödenmeyeceğine ilişkin olduğunu, çalışan işçiler için şartnameye uygun prim ödenip ödenmediğine ilişkin olmadığını, Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nce dava konusunun yanlış değerlendirildiğini, bu nedenle somut olaya ve dava dosyasındaki maddi gerçeklere, yasal delillere aykırı olduğunu belirterek; İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar esas alınarak davalı İdarenin 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararının hukuka aykırı olduğunun tespitine ve bu karara dayanılarak yapılan işlemin iptaline karar verilmesi gerektiğini, bunun için de Bakırköy 4. İş Mahkemesi kararının kaldırılmasının zorunlu olduğunu,

Nitekim Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin dosyası kapsamında aldırılan bilirkişi raporunda; davacının ihale dokümanından toplamda 1336 adet/ay fazla bildirimde bulunduğu, İhale Makamı'nın iş programlarında yaptığı değişiklik ile dönemsel olarak temizlik işçisi sayısını artırarak veya azaltılarak toplam işçilik bildiriminde kayba sebep olmadan ihale konusu işin mevcut bütçe içinde yapılmasını sağladığı, işçilere verilen ücretin ihale dokümanlarına uygun olduğu, kayıtlara yansıtıldığı ve işçilere yapılan tüm ödemelerin SGK'ya bildirildiği, üstlenilen ihale süresince bildirilmesi gereken 550 kişinin aylar itibarı ile artışlar da yapılarak sağlandığının belirlendiği, bu nedenle teftiş raporu ile kayıtların uyumlu olduğu, davacının sözleşme gereğince İhale Makamı tarafından düzenli olarak denetlendiği, her aybaşı ücret bordoları ile SGK bildireglerinin ihale makamına teslim edildiği ihale makamının iş programını belirleyerek işçi sayısında artırma ve eksiltme yaptığı ve eksik işçi

çalıştırılan dönemlerde İhale Makamının yazılı talimatı ve sözleşme gereği eksik çalıştırmanın yapıldığı, işin başarı ile tamamlanıp İhale Makamınca kabulünün itirazı kayıtsız yapıldığı ve nihayetinde işin yasal standartlara uygun olarak tamamlandığı, İşçilik maliyetleri ile SGK'ya bildirilen toplamda 2.09.318,49 TL farkın ise kanunen SGK prim matrahlarına tabi olmayan kalemlerden kaynaklandığı, davacının bütün defter ve kayıtlarının usulüne uygun tutulduğu ve birbirini teyit ettiği hususlarının tespiti sureti ile yapılan işlemin hukuka aykırı olduğunun ortaya konulduğunu,

Buna rağmen Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin, çalışan işçilere, idari şartnamenin 26.3. maddesine aykırı ücret ödendiğinden bahisle davayı ret etmesinin, Sayın Mahkeme'nin dava konusunu dahi anlamadığını, bu nedenle usul ve esasa, dosyadaki delillere, tarafların savunma ve taleplerine aykırı olarak verilen kararın kaldırılması ile davalı İdarenin 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararının hukuka aykırı olduğu tespit edilerek bu karara dayanılarak yapılan işlemin iptaline ve davacı tarafından davalı kurumu ödenen paranın iadesine karar verilmesi gerektiğini belirterek;

Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 E., 2012/207 K. sayılı ilamı ile İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 E., 2011/52 K. sayılı ilamı arasında, hüküm uyuşmazlığının davacının kazanılmış hakları saklı kalmak kaydıyla tespiti ile davacıdan hukuka aykırı bir şekilde tahsil edilen ek prim ve gecikme zammının fiili ödeme tarihinden itibaren işletilecek kamu alacaklarına uygulanan faizi ile birlikte davacıya iadesine karar verilmesi, hüküm uyuşmazlığı incelemesi neticeleninceye kadar Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin usul ve yasaya aykırı olan 11.04.2012 tarihli, 2010/52 E. ve 2012/207 K. sayılı kararının icrasının ertelenmesine karar verilmesi istemleri ile Mahkememize başvurmuştur.

B .HÜKÜM UYUŞMAZLIĞINA KONU KARARLAR

1. İDARİ YARGIDA

a- Dava Dilekçesi: Davacı vekili, 12.01.2010 kayıt tarihli dava dilekçesinde özetle; 31.08.2009 tarihinde davacıya, davalı kurumun 20.08.2009 gün ve 10.835.327 sayılı yazısı ile Avrupa Yakası Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerinin El ile süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi işinde; “2006/08, 2007/07, 2008/01,02,03 aylarında eksik sigortalı bildirimini nedeniyle 5510 sayılı kanun 102. maddesi gereğince 22.631,00.-TL idari para cezası düzenlendiği bildirilmiş ve 15 gün içinde ödenmesi” gerektiğinin bildirildiğini, karar itiraz edilmesine rağmen, davacının itirazının da davalı kurumun 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararı ile reddettiğini, davacının ticari itibarının zedelenmemesi adına söz konusu borcun ödendiğini, ancak yapılan işlemin hukuka aykırı olduğunu, davalı kurumca idari şartnamede belirtilen işçi sayısı çarpı 30 gün üzerinden yapılan hesaplama göre eksik sigortalı çalıştırıldığından bahisle idari para cezası uygulanmasının sözleşmeye ve tarafların iradesine aykırı olduğunu, idari şartnamede bahsi geçen 550 işçi bulunması şartının kesin ve bağlayıcı bir şart olmadığını, işin gereklerine göre sayının artırılabilip azaltılabileceğini, kaldı ki İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı'nın 18.05.2007 gün ve 1327 sayılı yazısı ile yeni programa uyumlu olması adına mevcut işçi sayısının azaltılması yönünde talimat verildiğini, bu nedenle davalı kurum tarafından eksik sigortalı tespiti ile idari para cezası düzenlenmesinin hukuka aykırı olduğunu, davalı kurum işlemi ile normalde çalıştırılmayan işçiler için de belge düzenlenmesinin istendiğini, bu durumun hukuka aykırı olduğunu, ayrıca davalı idare tarafından eksik sigortalı çalıştırıldığı ve idari şartnamenin 26/3. maddesindeki ücretlerin ödenmediği gerekçesi ile tesis edilen 01.09.2009 gün ve 11.363.816 sayılı 24220 TL lik idari para cezasının, iptali istenen işlemle aynı döneme ilişkin ve aynı işte çalışan kişilere ilişkin olması nedeni ile, işlemin mükerrerlik arz ettiğini belirterek; 20.08.2009 gün ve

10.835.327 sayılı idari para cezası ile, bu itirazı reddeden Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 18.01.2009 gün ve 93 sayılı kararının iptaline karar verilmesi istemi ve ihtirazı kayıt ile ödenen 22.631.00 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek amme alacaklarına uygulanan en yüksek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istemi ile idari yargıda dava açmıştır.

b-Cevap Dilekçesi: Davalı vekili, 23.03.2010 havale tarihli cevap dilekçesinde özetle; davacı kurum tarafından ihale ile alınan Avrupa Yakası Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerinin El ile süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi işi ile ilgili olarak kurum müfettişliğince yapılan denetim sonucu düzenlenen 31.09.2009 gün ve İNC 15 numaralı rapora göre, 40 adet vasıflı işçinin işe giriş bildirgesinin belirtilen şekilde ve usulde verilmemesi nedeni ile 506 sayılı Yasa'nın 9. ve 140/b maddesi gereğince idari para cezası verildiğini, idari para cezasına yapılan itirazın da İPC İtiraz Komisyonu'nun 18.11.2009 gün ve 2009/93 sayılı kararı ile reddedildiğini, davanın 5510 sayılı Yasa'nın 102. maddesinde belirtilen sürede açılmadığını, kurum müfettişlerince yapılan denetim sonucu hazırlanan raporda: davacı şirketin dava konusu işi, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'ndan 32.173.988,25+KDV ihale bedeli ile aldığını, ihalesözleşmesinde çalıştırılacak işçilerin vasıf ve adedi ile bunlara ödenecek ücretin açıkça belirtildiğini, ancak rapor ve komisyon kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; ihale konusu iş nedeniyle kuruma bildirilen sigortalılara ödenen ücretlerin eksik olduğunun tespit edildiğini, idari para cezasının sigortalı sayısı ile alakalı olmadığını, davacının sözleşme gereği bildirmesi gereken ücretleri kuruma eksik bildirmesinden kaynaklandığını, ihale şartnamesine göre çalıştırılması gereken işçi sayısının 550 olduğunu, bu nedenle ihale şartnamesinin 7.3.2.1. maddesinde belirtilen sigortalı sayısı ile kuruma bildirilenin karşılaştırıldığını ve 2006/8. Ayda 19, 2007/7. Ayda 10, 2008/1. Ayda 3, 2008/2. Ayda 2,2008/3.

Ayda 6 olmak üzere toplam 40 adet unvanlı çalışanın kuruma bildirilmediğinin tespit edildiğini, bu nedenle davacı kuruma 506 sayılı Yasa'nın 9. maddesi, gereği aynı yasanın 140/b bendi uyarınca idari para cezası uygulandığını, ihale şartnamesinin taraflar açısından bağlayıcı olduğunu;

506 sayılı Yasa'nın 79.maddesinde; "Fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca resen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir." hükmüne;

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 38. maddesinde; "Şu kadar ki, işin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise, öncelikle bu sigortalıların adam/gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırma sonucunda Kuruma bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir tebligat ile işverenden istenilir Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi halinde bu belgeler Ünitece resen düzenlenir." hükmüne;

5510 sayılı yasanın 85/2.paragrafında; "Kamu kurum ve kuruluşlarının ihale mevzuatına göre yaptırılan işlerden dolayı yeterli işçilik bildirilip bildirilmediği Kurumca araştırılır. Bu araştırma sonucunda yeterli işçilik bildirilmediği anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı üzerinden hesaplanan prim bir ay içinde ödenmek üzere işverene bildirilir." hükmüne yer verildiğini;

86/7.maddesinde de; kurum denetim elemanlarınca fiilen veya işyeri kayıtlarından tespit edecekleri her türlü belgeden veya kamu kurum ve kuruluşlarınca hazırlanan belgelerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait hizmet belgelerinin yapılan

tebligata rağmen verilmemesi halinde Kurumca resen düzenleneceğinin açıkça belirtildiğini, bu kapsamda 40 adet unvanlı çalışanın Kuruma bildirilmemesi nedeni ile dayalı idari para cezasının 506 sayılı Kanun'un 79. maddesi, 140/b, 5510 sayılı Kanun'un 85/2 ve 86/7. maddeleri gereğince kesildiğini, gerek davacı işverenin gerekse ihaleyi verenin kurum sonradan ihalenin esaslı şartlarına uymadıklarını ileri sürmek suretiyle talepte bulunamayacaklarını, ihale şartnamesinin her iki tarafı bağlayan bir sözleşme olduğunu, özellikle kamu ihalesinde tespit ve ilan edilen şartnamedeki koşullardan sonradan feragat edilmesinin tarafların iradesine bağlı olmadığını, ihale şartnamesindeki hükümlerden bu şekilde vazgeçilemeyeceğini, bu konudaki feragatlerin hukuken bir sonuç doğurmayacağını, fiilen şartname hükümlerinin yerine getirilmemesi halinde ise bunun ihale kanununa muhalefet olacağını, bu durumda dava taraflarının yasal olmayan eylemlerine dayanarak hak talebinde bulunmalarının hukuken korunamayacağını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

c- Dosyadaki bilgi ve belgeler:

Dosya kapsamında yapılan inceleme neticesinde; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 20.08.2009 gün ve 10.835.327 sayılı kararı ile, davalı hakkında 5510 sayılı Kanun'un 8/a,b, 11,86/a,b,c,d ve 79. maddesi gereğince belirtilen usul ve esaslara riayet edilmemesi nedeni ile aynı Kanun'un 102. maddesi gereğince 22.631,00 TL idari para cezası uygulandığının belirtildiği, davacının bu idari para cezasına 15.09.2009 tarihinde yapılan itirazın ise; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararı ile, 506 sayılı Yasa'nın 9. maddesi gereğince belirlenen usule uygun olmayan davacı kurum işlemi nedeni ile aynı Kanun'un 140/b bendine göre verilen idari para cezasının yerinde olduğu gerekçesi ile reddedildiği anlaşılmaktadır.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı'nın 18.05.2007 gün

ve 1327 sayılı yazısı ile davacıya, ihale edilen elle süpürme iinin hazırlanan i programındaki değişiklik nedeni ile personel sayısının yeni programa uyumlu olarak değiştirilmesi gerektiğinin bildirildiği görülmüştür.

Davacının 14.09.2009 tarihli yazısı ile davaya konu idari para cezasının ihtirazı kayıtle ödeneceğinin belirtildiği ve dosya içinde bulunan 15.09.2009 tarihli 3 adet makbuzdan, davaya konu idari para cezasının ödendiği tespit edilmiştir.

Dosyaya davalı vekili tarafından ibraz edilen; B.13.2.SGK.0.14.00.00/871 (2009/123) sayılı Genelgede özetle; kurumun taşra teşkilatı içerisinde bulunan ünitelerinden, denetim gerektiren konular hakkında Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı'nın bünyesindeki grup bakanlıklarından denetim taleplerinde bulunulduğunu; zaruret bulunmadığı halde, bir konuda müfettiş incelemesi yapılmasını istemenin, vatandaşlara verilen Kurum hizmetlerinin gecikmesi anlamına geleceğini, bu nedenle idar inisiyatifle çözüme kavuturulabilecek hususların herhangi seviyede denetime konu edilmesinin; yahut sosyal güvenlik kontrol memurları veya muhakkik vasıtasıyla karara bağlanabilecek hususların Rehberlik ve Teftiş Başkanlığına intikal ettirilmesinin yerinde olmadığını, Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri'nce gerek bulunmadığı halde; Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı'ndan müfettiş incelemesi talebinde bulunulan hususlardan birisinin de "sözleşmelerinde çalıştırılacak işçi sayısı belli olan ihalekonusu iler" olduğunu; uygulamada sıkça karşılaşılan gereksiz denetim talepleri sebebiyle bu konudaki mevcut düzenlemelerin bir kez daha hatırlatılmasında fayda görüldüğünü belirterek;28/08/2008 tarihli, 26981 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sosyal Sigorta işlemleri Yönetmeliği'nin "İhale Konulu İlerde Araştırma ve Re'sen Yapılacak İşlemler" başlıklı 117'nci maddesinde; "Kanunun 85 inci maddesi İkinci fıkrasında belirtilen kurum ve kuruluşlar tarafından ihale mevzuatına göre yaptırılan her türlü işlerde nitece yapılacak araştırma; için kesin kabulünün ya da geçici kabulünün noksansız olarak

yapıldığı tarihten sonra ve işverene ödenmesi gereken Katma Değer Vergisi hariç, malzeme fiyat farkı ve akreditif bedeli dâhil toplam istihkak tutarına, işin asgari işçilik oranının yüzde 25 eksiği uygulanmak suretiyle yapılır./İşin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise, öncelikle bu sigortalıların kişi/gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırmaya sonucunda Kuruma bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir tebligat ile işverenden istenir. Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi hâlinde bu belgeler ünitece re'sen düzenlenir. Belgelerin ünitece düzenlenmesinin mümkün olmadığı hâllerde ise birinci fıkrada öngörüldüğü gibi işlem yapılır. İşin sözleşmesi ile Kuruma yapılan bildirimler arasında herhangi bir eksikliğin bulunması hâlinde söz konusu eksikliğin ihale makamınca doğrulanması durumunda bazı aylardaki kişi/gün sayısı eksikliği üzerinde durulmaz." maddesine, aynı yönetmeliğin "Araştırma ve Re'sen Yapılacak İşlemlerde Ortak Hükümler" başlıklı 119 uncu maddesinde "Ünitece ihale konusu işlerde yapılan araştırma sonucunda bu Yönetmeliğin 117 nci maddesine göre tespit edilen ve Kuruma bildirilmediği anlaşılan asgari işçilik miktarı üzerinden, gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği haiz olmayan kurum ve kuruluşlarca yapılan özel nitelikteki inşaat işyerlerinde ise bu Yönetmeliğin 118 inci maddesi uyarınca hesaplanan prim tutan, aksine bir tespit olmaması hâlinde, faaliyet süresinin son ayına mal edilerek tahakkuk ettirilmek suretiyle gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte ödenmek üzere işverene tebliğ olunur. İşverence borcun tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödeneceğinin ve daha sonra Kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca inceleme yapılması istenilmeyeceğinin bir dilekçe ile bildirilmesi hâlinde, borç kesinleşir ve işlemler sonuçlandırılır. Kesinleşen fark prime esas kazanç tutarları Gelir İdaresi Başkanlığının ilgili birimine bildirilir./Ünitece hesaplanan borcun yapılan tebligata rağmen ödenmeyeceğinin bildirilmesi veya tebligatta belirtilen sürede bildirimde bulunulmaması durumunda, Kurumun denetim ve

kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca inceleme yapılır. " hükmüne yer verildiğini, devredilen SSK Başkanlığı'nca çıkarılan 16-118 Ek sayılı Genelgenin "VIII- Kuruma Yeterli İşçiliğin Bildirilmiş Olup Olmadığına İlişkin Araştırma" başlıklı bölümünün "2- ihaleKonusu İşin Sözleşmesinde Çalıştırılacak Sigortalı Sayısı Belli İse 16-128 Ek Sayılı Genelgede Belirtildiği Üzere ve Yönetmeliğin 38 inci Maddesinin (A) Fıkrasının İkinci Bendinde Açıklandığı Gibi İşlem Yapılacaktır." bölümünde; "Hizmet ihalelerine ilişkin sözleşmelerde çalıştırılacağı öngörülen sigortalıların işin süresince adam/gün sayısı üzerinden bildirilmiş olup olmadığı araştırılacak ve; a-Kuruma bildirilmiş olduğunun anlaşılması halinde araştırma yapılmayacaktır. b-Sözleşmelerdeki işçi sayısının altında bir bildirim varsa, ihale makamları ile temasa geçilerek nedenleri ile Kurumumuza verilmiş olan prim belgelerinin ihale makamlarına da verilmiş olup olmadığı, verilmiş ise bu belgelerde kayıtlı sigortalıların dışında başka sigortalı çalıştırılıp çalıştırılmadığı sorulacak, sonuçta, belgelerde kayıtlı sigortalıların dışında sigortalı çalıştırıldığı saptanırsa, öncelikle sigortasız olarak çalıştırıldığı anlaşılan kişilerle ilgili Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinin verilmesi işverenlerden bir ay süreli bir tebligatla istenilecektir. İhale makamlarınca bildirilen bilgilerde sigortalı sayısının yanı sıra sigortalıların kimlikleri de yer almışsa, işverence verilen belgeler işleme alınacak, buna karşılık yalnızca sigortalı sayısı belirtilmiş ise, bu kez sigortalı işe giriş bildirgelerinin verilmiş olup olmadığı üzerinde durulmaksızın işverence verilen belgede kayıtlı primlerin tahsiline başvurulacak, ancak bu durumda mutlaka belgedeki sigortalıların çalışmalarının sahte olup olmadığına yönelik olarak inceleme istenilecektir. İhale makamlarınca bildirilen bilgilerde hem sigortalı sayısı, hem de sigortalıların kimlikleri bildirilmiş ve istenilen belgeler tebligata rağmen işverence verilmemiş ise, Ünitelerimizce sigorta primine esas kazancın alt sınırı üzerinden re'sen düzenlenecektir. Buna karşın, belgelerin Kurumca re'sen düzenlenmesine elverişli bilgilerin olmaması durumunda, bu

defa Yönetmeliğin 38'inci maddesinin (a) fıkrasının birinci bendinde belirtildiği gibi (istihkak tutarına asgari işçilik oranının % 25 eksiği uygulanmak suretiyle) işlem yapılacaktır. Dolayısıyla, 16-128 Ek sayılı Genelgenin 2 nci maddesinin son paragrafı bu şekilde uygulanacaktır. Öte yandan, Yönetmeliğin 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen uygulanma, sadece hizmet ihaleleri ile sınırlı olmayıp, sözleşmesinde çalıştırılacak işçi sayısına yer verilmiş olan diğer ihale konusu işler için de geçerli olacaktır." (28/08/2008 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 133' üncü maddesinde, devralınan kurumlar tarafından çıkarılan ve bu Yönetmeliğin kapsamına giren hususları düzenleyen yönetmeliklerin, Kanuna ve bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği belirtildiğinden söz konusu genelgenin belirtilen düzenlemelere aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilmektedir) hükmüne yer verildiğini, bu itibarla; sözleşmelerinde çalıştırılacak kişi veya kişi/gün sayıları belli olan ihale konusu işlerle ilgili olarak yukarıda belirtilen düzenlemelere uygun davranılması; ünitece hesaplanan borcun yapılan tebligata rağmen ödenmeyeceğinin bildirilmesi veya tebligatta belirtilen sürede bildirimde bulunulmaması halleri hariç, ilişiksizlik belgesi uygulaması ile ilgili olarak Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Grup Başkanlıklarından asgari işçilik incelemesi yapılması için denetim talebinde bulunulmaması; belirtilen işlerle ilgili olarak çalışanların tespit edilmesi, sahte sigortalılığın araştırılması gibi 23/02/2009 tarihli ve 2009/31 sayılı Genelge kapsamındaki denetim taleplerinin ise sosyal güvenlik kontrol memurlarına intikal ettirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

d- İstanbul 4. İdare Mahkemesi; 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile; "Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nden kazandığı ihale ile yürütülen Avrupa Yakası Ana Arterleri Meydanları ve Geçitleri El İle Süpürülmesi Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi işi kapsamında yapılan inceleme ve araştırma

neticesi, şartname uyarınca çalıştırılması gereken işçi sayısından daha az işçi için kuruma bildirme verildiği, şartnamede öngörülen işçi sayısı ile kuruma bildirilen işçi sayısı arasında 40 işçi için fark olduğunun belirlendiği, 40 işçi için sigortalı işe giriş bildirgesi verilmediğinden bahisle 22.631,00 TL para cezası verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İşverenler, işyerine ve işçilere ilişkin bildirme ve bordroları (sigortalı işe giriş bildirgesi gibi) kanunda öngörülen zamanda kuruma vermekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün zamanında yerine getirilmemesi durumunda ise ilgilinin para cezası ile cezalandırılacağı açıktır. Ancak para cezası verilebilmesi için kanunda öngörülen yükümlülüğün süresinde yerine getirilmediğinin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bu tespit iş yerlerinde yapılacak denetim ve yoklamalar ile belgeler üzerinden yapılacak inceleme ile ortaya konulacaktır.

Olayda, dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, kuruma bildirilen işçi sayısının şartnamede öngörülen işçi sayısından az olduğundan hareket edilerek para cezası verildiği, ancak şartname uyarınca eksik olduğu belirtilen 40 işçinin işyerinde çalıştığına ilişkin bir saptama ve tespitin bulunmadığı, şartnamede öngörülen sayı kadar işçi çalıştırılmamasının işin gereği gibi yürütülüp yürütülemeyeceğiyle ilgili farklı bir müeyyide uygulamayı gerektiren durum olduğu, davalı idarece para cezası uygulanabilmesi için ise şartname uyarınca bildirim yapılmadığı belirtilen 40 işçinin davacı işyerinde çalıştığı hususunun açık olarak ortaya konulması gerektiği, şartnamede öngörülen sayı kadar işçi çalıştırılmadığı karinesinden hareketle para cezası verilemeyeceği, dolayısıyla şartname uyarınca eksik bildirim yapıldığı belirtilen 40 işçinin işyerinde çalıştığına ilişkin açık ve net bir belirleme ve bulgunun yer almadığı görülmektedir.

Bu durumda, 40 kişinin işyerinde çalıştığına ve dolayısıyla bu

kişilere ait bildirgelerin ve belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediği yolunda somut ve net bir tespit yapılmadığı anlaşıldığından tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.” şeklindeki gerekçesi ile dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Verilen bu karara karşı davalı Sosyal Güvenlik Kurumu vekili tarafından süresinde temyiz yoluna başvurulmuştur.

e- Danıştay 15. Daire’si 04.10.2012 gün ve 2011/11683 Esas, 2012/6178 Karar sayılı kararı ile; Temyiz edilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesi ile onanmasına hükmetmiş, davalı tarafından yapılan karar düzeltme talepli müracaat da aynı Daire’nin 27.06.2013 gün ve 2013/8291 Esas, 2013/5303 Karar sayılı kararı ile reddedilmiş, bu şekilde verilen karar kesinleşmiştir.

2. ADLİ YARGIDA

a)Dava dilekçesi:

Davacı vekili 21.01.2010 tarihli dava dilekçesinde özetle; davacı firmanın İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı’nın açmış olduğu elle süpürme işine ilişkin 01.08.2006-31.12.2008 tarihleri arası döneme ilişkin ihaleyi kazandığını, 24.03.2009 tarihinde işin kesin kabulü yapıldığını, davacının firma teminat mektuplarını idareden almak üzere müracaat ettiğini, ancak bu esnada SGK İstanbul II Numaralı Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanlığı’nca başlatılan bir teftişe maruz kaldığını, davacının müfettiş incelemesinin sonuçlarını beklerken davalı idarenin e-bildirge sisteminde işyerinin borçlu olduğuna dair kayıt konulduğunu, davalı idareye yapılan müracaata verilen cevapta borç ödenmeden borçlu kaydının kaldırılmayacağı sözlü bilgisinin verildiğini, yasalara aykırı olarak düşülen borçlu kaydının yarattığı hak ihlallerinden kurtulmak isteyen davacının finans kurumları karşısında bu nedenle kredibilitesini kayıp etmemek için niçin tahakkuk ettirildiğini bile tam bilmediği bir borcu ihtirazı kayıtle

14.09.2009 tarihinde ödemek zorunda kaldığını, sonrasında davacıya gönderilen 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı yazı ile "Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi" işinde; 2006/08, 2007/05-12, 2008/01-07,09,10,11,12 dönemlerinde eksik sigortalı bildirim nedeniyle 221.718,29 TL kadar ek sigorta primi tahakkuk ettirildiği, tahakkuk ettirilen ek prim üzerinden, 85.925,15 TL gecikme zammı olmak üzere toplam 304.643,47 TL nin 1 aylık süre içinde ödenmesi, aksi takdirde bu paranın tahsili cihetine gidileceğinin bildirildiğini, bu bildirim yapılan itirazın davalı idarenin 18.11.2009 ve 2 sayılı kararı ile reddedildiğini,

Her ne kadar idari şartnamede isteklinin bünyesinde 550 çalışan bulunduracağı kararlaştırılmış ise de, anlaşma yapılırken işin gereklerine göre bu sayının artırılıp azalabileceği ihtimalinin de dışlanmadığını, nitekim ihaleye teklif alınırken isteklilerin, çalışılan gün sayısı çarpı çalışan âdeti çarpı günlük yevmiye miktarı üzerinden teklif birim fiyat cetveli oluşturarak teklif vermesinin istendiğini, hak edişlerin de bu esasa göre hesaplanarak ödendiğini, bu nedenle İdari şartnamede belirtilen soyut işçi sayısı üzerinden çalışılmayan günler de dikkate alınarak hesaplama yapılmasının hatalı olduğunu, nitekim İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı'nın 18.05.2007 tarih ve 1327 sayılı yazısında; idare tarafından hazırlanan yeni program gereği personel sayısının yeni programla uyumlu hale getirilmesi gerektiği belirtilerek, mevcut personel sayısının azaltılması yönünde talimat verildiğini, bu nedenle müvekkil firma tarafından yeni programa uyumlu hale getirilmek üzere işçi sayısında ayarlamasının yapıldığını ve işçi sayısının düşürüldüğünü, işin devamı boyunca da işçi sayısının asıl işveren olan İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin talimatları ile değiştirildiğini, davalı Kurumca bu talimatlar ve buna bağlı olarak değişen işçi sayılarının hiç gözetilmeden eksik sigortalı bildirim nedeniyle prim hesabı yapılmasının hatalı

olduğunu,

Ayrıca davalı kurumun istediği şekilde bildirdiğer ve belgeler düzenlenmesi halinde; çalışmayan işçiler ve çalışılmayan günler için de bildirge verilmiş olacağını, davacı ile ihale makamı arasında uyuşulan ve bu kapsamda gerçekleştirilen maddi olayların dışına çıkılacağını, gerçek duruma aykırı bildirge ve belgeler düzenlenmiş olacağını belirterek; SGK Bakırköy Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile bu karara karşı müvekkilinin yaptığı itirazı ret eden Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 18.11.2009 tarih ve 2 sayılı kararının iptali ile davacının 2006/8, 2007/05-12, 2008/01-07,09-12 dönemlerinde eksik sigortalı bildiriminden kaynaklanan herhangi bir ek prim borcu ya da eksik sigortalı bildirimine dayalı gecikme zammı borcu olmadığı hususunun tespitine, davacı firmanın davalı kurumun yetkilerini yasalara aykırı kullanması nedeniyle zor durumda kalarak ihtirazı kayıt ile ödediği 221.718,29.- TL. asıl ve 85.925,15 TL gecikme zammı ve 1.983,97 TL faizi olmak üzere ödediği toplam 306.627,44 TL'(üçyüzaltı bin altıyüz yirmiyedi lira kırkdört kuruş) nin ödeme tarihinden itibaren amme alacaklarına uygulanacak faizi ile birlikte müvekkiline iadesine karar verilmesi istemi ile adli yargı yerinde dava açmıştır.

b-Cevap Dilekçesi

Davalı vekili 20.05.2010 tarihli cevap dilekçesinde özetle; davanın 506 sayılı Yasa'nın 79. maddesine aykırı şekilde 1 aylık yasal sürenin geçmesinden sonra açıldığını, bu nedenle reddine karar verilmesi gerektiğini, davacının ihale ile aldığı "İstanbul Ana Arterleri, Meydanları ve Geçitleri El İle Süpürülmesi, Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi" işi ile ilgili olarak Kurum müfettişliğince yapılan denetim sonrasında hazırlanan 31.03.2009 gün ve İNC 15 sayılı rapora istinaden, davacının ihale şartnamesinin 7.3.2.1 paragrafında belirtilen teknik eleman ve sayıları ile yine aynı şartnamenin 26.3 maddesinde belirtilen ücretler ile kuruma bildirilen nitelikli personel sayısının, ödenen ücretler ile karşılaştırıldığını,

davacının sözleşme gereği bildirmesi gereken sigortalılara yine sözleşme gereği ödemesi gereken ücretleri davalı kuruma eksik bildirildiğinin tespit edildiğini ve tespit edilen ve 2006/08, 2007/06,07,08,09,10,11,12; 2008/01,07,09,10,11 ve 12 aylarında toplam 221,718.29 TL prim ve 85.925,15 TL gecikme zammı olmak üzere 306.643,47 TL borç tahakkuk ettirilerek davacı kuruma tebliğ edildiğini,

506 sayılı Yasa'nın 79.maddesinde; "Fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca resen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir." hükmüne;

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 38. maddesinde; "Şu kadar ki, işin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise, öncelikle bu sigortalıların adam/gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırma sonucunda Kuruma bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir tebligat ile işverenden istenilir Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi halinde bu belgeler Ünitece resen düzenlenir." hükmüne;

5510 sayılı yasanın 85/2.paragrafında; "Kamu kurum ve kuruluşlarının ihale mevzuatına göre yaptırılan işlerden dolayı yeterli işçilik bildirilip bildirilmediği Kurumca araştırılır. Bu araştırma sonucunda yeterli işçilik bildirilmediği anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı üzerinden hesaplanan prim bir ay içinde ödenmek üzere işverene bildirilir." hükmüne yer verildiğini;

86/7.maddesinde de; Kurum denetim elemanlarınca fiilen veya işyeri kayıtlarından tespit edecekleri her türlü belgeden veya

kamu kurum ve kuruluşlarınca hazırlanan belgelerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait hizmet belgelerinin yapılan tebligata rağmen verilmemesi halinde Kurumca resen düzenleneceğinin açıkça belirtildiğini,

Bu yasalar çerçevesinde yapılan inceleme neticesinde; 31.03.2009 gün ve İNC 15 sayılı raporunun sonuç kısmınının 4. fıkrasında belirtilen doğrultuda davacı hakkında ek prim tahakkuku yapıldığını, ek prim tahakkukunun hesabında davacı tarafından sunulan kayıtlar ve davacı ile ihaleeden kurum arasında imzalanan ihale şartnamesinin esas alındığını, davacının şartnamede açıkça belirtilen esaslı şartlara uymadıklarını ileri sürerek talepte bulunmasının mümkün olmadığını, kuruma bildirilen işçi sayısının ve ödenen ücretlerin her ay için ayrı ayrı belirlenerek gönderildiğini, kurumun yaptığı işlemlerin söz konusu tablodaki sigortalı sayısına göre idari şartnamenin 26.3 paragrafında belirtilen ücretler üzerinden davacıdan ek bildirge istenmesi, davacının istenen hizmet belgelerini süresinde kuruma vermemesi nedeni ile resen prim tahakkuku yapılmasından ibaret olduğunu, bu nedenle işlemin hukuka uygun olduğunu belirterek açılan davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

c- Dosyadaki bilgi ve belgeler:

Dosya kapsamında aldırılan hukukçu bilirkişi Zafer Yeğin ile mali müşavir bilirkişi Cengiz Güneş'e ait 03.06.2011 tarihli bilirkişi raporunda aynen; "Rapor içerisinde detaylı olarak açıklanan hususların ve çizelgeler halinde yapılan hesaplamalar ve kıyaslamaların takdire sayın mahkemeye ait olmak üzere,

Davalı kurum adına resen prim tahakkuku ve diğer ödeme tahakkuklarına gerekçe olarak gösterdiği 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporundaki hesaplamalar ve belirtilen hususların ilgili mevzuat ve tebliğlere aykırı olarak değerlendirildiği, ticari teamüller ve SGK'nın kendi genelgelerine aykırı hesaplamalar yapıldığı;

31.03.2009 tarih ve 20102/INC/15 sayılı SGK Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı İnceleme raporunda kaçak işçi çalıştırıldığı tespit edilmediği gibi çalıştırılan işçiye verilip de kuruma bildirilmeyen bir ücretin bulunduğu da tespit edilmemiştir.

Bu nedenle somut bir tespite dayanmayan, işyerinde yapılan denetim ve yoklamalarla ve belgelerle desteklenmeyen faraziyeyle dayalı resen ek prim tahakkuku yapılamayacaktır.

Yukarıda detayları açıklandığı üzere ihale makamınca davacı şirkete 28 hak edişte toplam 36.981.654,25 TL ödenmiştir. Davacının İhale dokümanlarına göre bildirmesi gereken işçilik 23.084.138,66TL iken davacı, kayıtlarında ise 25.174.457,15.TL İşçilik bildirimini yapmıştır.

Müfettişlikçe, eksik bildirim dönemi olan 2006-8, 2007-5,6,7,8,9,10,11,12 ve 2008-1 ila 12 aylara ait tüm çalışan işçi sayısı, gün sayısı, sigorta primine esas matrah tutarı ve karşısında, müfettişçe eksik tespit edildiği prim tutarları yazılmış olup, hangi işçide, ne miktarda somut delillere dayalı tespitin yapılmadığı, matematiksel olarak Binde 18.07 oranında belirtilen dönemlere eksik prim uygulandığı hesaplamasına heyet olarak iştirak edilmemiştir.

Davacı ihalede belirlenen tutarın üstünde 2.090.318,49 TL fazla işçilik bildirimini yaptığı tespit edilmiştir.

Ayrıca davacının üç yıllık ihale döneminde ihale makamınca onaylanan iş programlarına uygun olarak, fiilen işi ifa ettiği tespit edildiği gibi ihale dokümanında belirtilen işçi sayısından toplamda 1336 adet/ay fazla işçi toplamda ise 40.080 fazla prim gün sayısı ettiği tespit edilmiştir.

İhale makamı tarafından davacıya işçilik bildirimini ile ilgili hiçbir cezanın uygulanmamış olması, davacının ihale dokümanlarındaki personel çalıştırması ve işçilik bildirimini ile ilgili herhangi bir kuralı ihlal etmediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Davalı Kurumun 18/11/2009 tarih ve 2 sayılı kararı ve 11 363 649 sayılı yazısı ile ek SPEK bildirimini yapılmasına ilişkin talebi ve bu talebin yerine getirilmemesi nedeniyle davalı idarenin res'en tarh ve tahakkuk ettirerek 14/9/2009 tarihinde tahsil ettiği, Ek Prim 221.718,19 TL ve Gecikme zammı 85.925,15 TL' nin davacı şirket aleyhine tahakkukun yapılarak tahsil edilmesinin uygulama ve mevzuata aykırı olduğunu; işbu bilirkişi heyet raporumuz sayın mahkemenin takdirlerine sunulur." şeklindeki düşünce ile 31.03.2009 tarih ve 20102/INC/15 sayılı SGK Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı İnceleme raporunda kaçak işçi çalıştırıldığı tespit edilemediğini, çalıştırılan işçiye verilip de kuruma bildirilmeyen bir ücretin bulunduğu da tespit edilemediğini, bu nedenle somut bir tespite dayanmayan, işyerinde yapılan denetim ve yoklamalarla ve belgelerle desteklenmeyen faraziye dayalı resen ek prim tahakkukunun hukuka aykırı olduğunu belirtmişler, 16.01.2012 tarihli ek raporlarında da aynı görüşlerini yinelemişlerdir.

d-Bakırköy 4. İş Mahkemesi 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararında ;"Davacı ile ihale makamı arasındaki sözleşmenin 26.3 maddesinde 'Bu iş kapsamında çalışacak personellerden 47 E sınıfı Sürücü Ehliyetine sahip şoför, 25 En az B Sınıfı Sürücü Ehliyetine sahip şoför 6 vardiya amiri, 5 Ekip sorumlusu, 467 temizlik işçisi, personellere ödenecek minimum ücretler Temizlik işçilerine = brüt asgari ücretin % 119 fazlası, Ekip sorumlusuna ve şoförlere = brüt asgari ücretin %171 fazlası, vardiya amiri = brüt asgari ücretin % 198 fazlası ödeme yapılacaktır. Bu ücretleri gösteren maaş bordroları idareye ibraz edilecektir.' denilmiştir.

Somut olayda davacının çalıştıracığı işçilerin prime esas ücreti davacı ile ihale makamının arasında düzenlenen 'sözleşmenin 26.3 maddesinde belirlenmiştir. Davalı SGK müfettişi raporu içeriği, davacı ile ihale makamı sözleşmesi kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davacı, sözleşmede

belirlenen prime esas işçi ücreti üzerinden davalı kuruma prim ödemesi yaptığını somut delillerle ispat edemediğinden davanın reddi yönünde aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.” şeklindeki gerekçesi ile açılan davanın reddine karar vermiştir.

Verilen bu karar süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

e-Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 16.10.2012 gün ve 2012/13048 Esas, 2012/19146 Karar sayılı kararında özetle; davacı idarenin ihale şartnamesinin 7.3.2.1. maddesi gereğince 550 işçi çalıştırma yükümlülüğü altına girdiğini ve aynı şartnamenin 26.3. maddesinde çalışacak personele ilişkin ücretin belirlendiğini, davacının bu şartnamede belirtilen hususlara uymakla yükümlü olduğunu belirterek, Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin kararının onanmasına hükmetmiştir.

C –DANIŞTAY BAŞSAVCILIĞI'NIN GÖRÜŞÜ

Danıştay Başsavcılığı; 06.03.2014 gün ve 2014/77 sayılı yazısında hüküm uyuşmazlığı koşullarının gerçekleşmediği, bu nedenle yapılan başvurunun reddi gerektiği yolunda görüş bildirilmiş; Mahkememizin 14.7.2014 tarihli kararı ile hüküm uyuşmazlığının bulunduğuna karar verilmesi üzerine, esasa ilişkin 09.09.2014 tarih ve 2014/77 sayılı yazısında aynen;

“5510 sayılı Kanun'un “Asgari işçilik uygulaması ve uzlaşma” başlığını taşıyan 85. maddesinin 1., 2., 3. ve 4. fıkralarında “işverenin, işin emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespit edildiğinde, işin yürütümü açısından gerekli olan asgarî işçilik tutarı; yapılan işin niteliği, kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilir. Söz konusu tespitler, Kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurları tarafından yapılır.

Kamu idareleri, döner sermayeli kuruluşlar kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ile bankalar tarafından ihale mevzuatına göre yaptırılan işlerden ve özel nitelikteki inşaat işlerinden dolayı bu işleri yapan işveren tarafından yeterli işçilik bildirilmiş olup olmadığı Kurumca araştırılır. Bu araştırma sonucunda yeterli işçiliğin bildirilmemiş olduğu anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı üzerinden hesaplanan prim tutarı, 89 uncu madde gereği hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte bir ay içinde ödenmek üzere işverene tebliğ edilir. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödendiği veya ödeneceğinin işveren tarafından yazılı olarak taahhüt edilmesi halinde borç kesinleşir. Kuruma verilecek taahhütnamede üstlenilen ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, işveren hakkında 88 inci ve 89 uncu maddeler uyarınca işlem yapılır. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödenmemesi, taahhütname verilmemesi veya Kurumca işyerinin denetlenmesine gerek görülmesi durumunda Kurumca inceleme yapılır.

Bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen usûllerle Kuruma bildirilmediği tespit edilen asgarî işçilik tutarı üzerinden Kurumca re'sen tahakkuk ettirilen sigorta primleri, 88 inci ve 89 uncu maddeler dikkate alınarak işverene tebliğ edilir, işveren, tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde Kuruma itiraz edebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazın reddi halinde işveren, kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz.

Kurumun denetim ve kontrole görevlendirilmiş memurlarınca, Kuruma asgari işçilik tutarının bildirilmediği tespit edilen işyerleri hakkında ayrıca 102 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendi ile (e) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca idari para cezası uygulanır." hükmüne yer verilmiştir. Yine anılan Kanunun 101. maddesinde 5510 sayılı Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin

uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde, 102. maddesinde ise idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlere karşı açılan davaların idare mahkemesinde görüleceği kabul edilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümü; asgari işçilik hesaplaması suretiyle işyerinde çalıştığı belirtilen kişilerin çalışıp çalışmadığına ve söz konusu çalışmanın hizmet akdi kapsamında olup olmadığına, dolayısıyla 5510 sayılı Yasa uyarınca sigortalı sayılıp sayılmadığına bağlı bulunmaktadır. Bu durumun tartışmadan uzak bir şekilde tespiti ise, idare tarafından re'sen tahakkuk ettirilen sigorta primine karşı İş Mahkemesinde açılacak dava sonucunda mümkün olabilecektir.

Bu durumda, davacılar adına tahakkuk ettirilen idari para cezası ile sigorta priminin, aynı maddi sebebe dayandığı dikkate alındığında, idari para cezası verilmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünün, davacılar tarafından sigorta primi tahakkukunun iptali istemiyle İş Mahkemesinde açılan dava sonucu verilen ve kesinleşen karara bağlı bulunduğu kabulü zorunlu olup, İdare Mahkemesince, davacılar tarafından İş Mahkemesinde dava açılıp açılmadığının araştırılıp, sonucunun beklenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerekirken, anılan husus araştırılmaksızın dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

SONUÇ:

1-İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 20.1.2011 tarih ve E:2010/45, K:2011/52 sayılı kararıyla, Bakırköy 4. İş Mahkemesinin 11.4.2012 tarih ve E:2010/52, K.:2012/207 sayılı kararı arasında hüküm uyuşmazlığı bulunduğu;

2-İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 20.1.2011 tarih ve E.2010/45, K:2011/52 sayılı kararının kaldırılmasına;

3-Bakırköy 4. İş Mahkemesinin 11.4.2012 tarih ve E.2010/52, K:2012/207 sayılı kararının kabulüne;

Bu suretle hüküm uyuşmazlığının giderilmesi gerektiği düşünülmektedir.” denilmek sureti ile, İdare Mahkemesi’nce yapılan yargılama sırasında, tahakkuk ettirilen sigorta primi yönünden inceleme görevine sahip İş Mahkemesi dosyasının sonucunun beklenmesi gerekirken, bu husus araştırılmaksızın karar verilmesi nedeni ile hüküm uyuşmazlığının oluştuğunu belirterek; idare mahkemesi kararının kaldırılması sureti ile hüküm uyuşmazlığının giderilmesi gerektiği mütalaasında bulunmuştur.

D-YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI’NIN GÖRÜŞÜ

12.05.2014 gün ve 2014/109482 sayılı yazısı ile; hüküm uyuşmazlığı koşullarının gerçekleşmediği, bu nedenle yapılan başvurunun reddi gerektiği yolunda görüş bildirilmiş; Mahkememizin 14.7.2014 tarihli kararı ile hüküm uyuşmazlığının bulunduğu karar verilmesi üzerine esasa ilişkin 04.09.2014 tarih ve 2014/109482 sayılı yazısında aynen: “ Davanın temelinde, davacı C. & C. iş Ortaklığı’nın İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından açılan sokakların elle süpürülmesi ve katı atık taşıma hizmet alım ihalesini kazanarak, 01/08/2006 ile 31/12/2008 tarih aralığını kapsayan işi tamamlamasının ardından, ihale şartnamesinin 26.3 maddesinde belirlenen çalıştırılacak işçi sayısınınca Sosyal Güvenlik Kurumu alacağı olarak tahakkuk ettirilip kurum alacağı haline dönüşen çalışan işçilerin sayısının tam olarak bildirilip bildirilmediği ve bunlara ilişkin sigorta giriş bildireleri verilerek sigorta primi ve işsizlik primlerinin ödenip ödenmediği hususu bulunmaktadır. SGK dava konusu ihale tarihinde yürürlükte bulunan mülga 506 sayılı Yasanın 77. ve 5510 sayılı Yasanın 80. maddelerine göre eksik işçi bildirimine dayanarak sigorta primi tahsil etmek istemektedir. Normal şartlarda, fiilen çalışan işçi kimlik ve sayısının belirlenerek varsa eksik bildirim tespitini gerekmektedir, ancak, ihale kapsamında yapılan bir kısım kısmi zamanlı işlerde, SGK 506 ve 5510 sayılı yasalarda yapılan düzenlemeler çerçevesinde yaptığı denetimlerde, yapılan iş ve

alınan karşılığa oranla, kayıp kaçak bildirim önüne geçebilmek amacıyla asgari işçilik incelemesi yapma hakkına sahip bulunmaktadır.

Davaya konu olay tarihinde yürürlükte bulunan mülga 506 sayılı Yasanın 79. maddesi, "Bu Kanununun 83 üncü maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlar tarafından ihale yoluyla yaptırılan her türlü işler, gerçek veya tüzel kişilerce yapılan inşaatlardan dolayı yeterli işçilik bildirmiş olup olmadığı Kurumca araştırılır..." düzenlemesini içermektedir. 506 sayılı Yasanın 83. maddesinde ise, "Genel ve katma bütçeli kuruluşlar, il ve belediyeler veya sermayesinin en az yarısı genel ve katma bütçeli kuruluşlar ile il ve belediyelere ait olan teşekkül ve müesseseler, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri, kanunla ve kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan kurum ve kuruluşlar, döner sermayeli kuruluşlar..." şeklindeki düzenleme ile belediyeleri de bu kapsamda saymıştır.

506 sayılı Yasanın konuya ilişkin 130. maddesinde yer alan; "İşverenin Kuruma, emsaline, yapılan işin nitelik, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütülmesi için gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu Kurumca saptanması halinde, işin yürütülmesi için gerekli olan asgari işçilik miktarı, yapılan işin niteliği, bünyesinde kullanılan teknoloji, iş yerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan işçi sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurları dikkate alarak sigorta müfettişi tarafından tespit edilir." şeklindeki düzenleme, kayıt dışı çalışmadan kaynaklanan prim kaybının önüne geçilebilmesini amaçlayarak, yukarıda açıklanan aynı sayılı Yasanın 79. maddesindeki usul ve asgari işçilik oranlarıyla bağlı kalınmaksızın, gerçek durumda eksik işçilik bildiriminde bulunulup bulunulmadığının tespitine imkan vermektedir. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın 85. maddesinin 1. Ve 2. Fıkralarında fıkrası da anılan maddeye paralel düzenleme içermektedir.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik yasasının 17/d maddesindeki yetkiye dayanarak SGK'nun asgari işçilik incelemesi yapması mümkün olup, 506 sayılı Yasanın 130. Maddesine göre de "...Ek fıkra: 29/07/2003 – 4958 S.K./49. md.) Sigorta müfettişlerince görevleri sırasında saptanan Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. / (Ek fıkra: 29/07/2003 – 4958 S.K./49. md.) Bu maddenin uygulamasında teftiş, kontrol ve denetleme yetkisine sahip olanlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar muteberdir..."

Yasal düzenlemeler yukarıda açıklandığı gibi olmakla beraber, Yargıtay Uygulamasında bu yasal düzenlemelerin yorum ve uygulamasına bakıldığında, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 27/01/2014 gün ve E: 2013/4939, K: 2014/1290 sayılı kararında "...506 sayılı Yasa'nın 130. maddesine göre sigorta müfettişlerince görevleri sırasında saptanan Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Bu maddenin uygulamasında teftiş, kontrol ve denetleme yetkisine sahip olanlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar muteberdir. Genel ilke bu olmakla birlikte, yasal karinenin aksi kanıtlanabileceği gibi Kurumun prim alacağını esasını teşkil eden müfettiş raporuna yönelik itirazlarda, müfettiş raporundaki saptamaların gerçeğe uygun olup olmadığının mahkemece araştırılması, özel ve teknik bilgiyi gerektiren asgari işçilik uygulamasına dair uyuşmazlıklarda HMK.'nın 266. maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılması gerekir" saptaması ile birlikte, "...dava dilekçesine konu iddia ve istemler hakkında yöntemince bir araştırma yapılmadan Kurum müfettişi tarafından hazırlanan raporun ve bu rapora istinaden Kurumca yapılan prim ve gecikme zammı tahakkuku işlemlerinin yasal mevzuata uygun/aykırı ve hatalı olup/olmadığı yönünde sağlıklı bir tespit yapılamaz. 506 sayılı Yasa'nın 130. maddesinde belirtildiği üzere işin yürütülmesi için gerekli olan asgari işçilik miktarının belirlenmesi titiz bir araştırma ve inceleme gerektirdiği gibi Kurumun eksik işçiliğe

ve kayıt dışı çalıştırmaya dayalı re'sen prim ve gecikme zammı tahakkuku işlemine karşı itiraz ve dava yolu öngörüldüğüne göre, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığı yeterli ve gerekli bir araştırma ile tereddüte yer bırakmayacak biçimde sağlıklı bir çözüme kavuşturması gerekir. Aksi hal, Kurumun yaptığı işlemlerin peşinen doğru veya yanlış olduğunun kabulü anlamına gelir ki, bu yorum Kurum işlemlerine karşı itiraz ve dava yolu imkanı veren Kanun'un özüne ve hukuk Devleti anlayışına ters düşer. .." içtihadında bulunulduğu, benzer davalarında aynı içtihadı konu olduğu anlaşılmaktadır.

Yine Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 19/12/2013 gün ve 2012/15361 E, 2013/24277 K sayılı kararında ise 5510 sayılı Yasanın 85/2 maddesinde belirlenen asgari işçilik incelemesine ilişkin usulün SGK müfettişlerince yapılacak ön inceleme aşamasına ait bir düzenleme olduğu, işin dava konusu olması halinde ise, mahkeme tarafından gerçekte çalıştırılan ya da çalışması gereken işçi sayısının, işçilik tutarının araştırılması gerektiği içtihat edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalara göre, davaya konu olayda, Bakırköy 4. İş Mahkemesinin 11/04/2012 gün ve 2010/52 E, 2012/207 K sayılı, dosyasında yapılan incelemede,

İBB tarafından ihale edilen "Avrupa Yakası Ana Arterleri Meydanları Geçitlerin El ile Süpürülmesi Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi" işinde, dava dışı İBB'nın ihale ile ilgili idare şartnamesinin 7.3.2.1 paragrafında söz konusu işlerin yapılması için 551 adet personelin çalıştırılması istenmiş, 72 adet Şoför- 6 adet Vardiya Amiri- 5 adet Ekip Sorumlusu- 467 adet Temizlik İşçisi- 1 adet Doktor çalıştıracağı belirtilmiş olup, yine idari şartnamenin 26.3 paragrafında bu personele ödenecek asgari ücretler belirtilmiştir.

İhale sözleşmesinin "Kontrol teşkilatı Görev ve Yetkileri" Madde Başlığı altında, "işin Sözleşme ve eklerinde tespit edilen standartlara (kalite ve özelliklere) uygun yürütülüp yürütülmediği idare tarafından görevlendirilen kontrol teşkilatı aracılığı ile denetlenir." Hükmü bulunmaktadır. Ayrıca ihale Sözleşmesinin 34. Maddesinin 7 bendi "Çalışan

personelin aylık ücretlerine ait maaş bordroları, SSK bildirgeleri, düzenli olarak her ay başında yüklenici tarafından idareye ibraz edilecektir.” hükmünü, 8. Bendi ise “İdarecinin Onayı alınmadan program dışında çalışma yapılmayacaktır.” 9. Bendi ise “Elle temizlik yapılan alanlarda katı Atık Yönetimi Müdürlüğü gerektiğinde değişiklik yapma yetkisine sahip olup yapılan bu değişikliklere yüklenici uymak zorundadır.” hükümlerini taşımaktadır.

İhale makamı tarafından bildirilen 28/02/2011 gün ve 433/35241 sayılı yazıda, ihale edilen iş kapsamında 01/01/2006 ile 19/06/2008 tarihleri arasında ihale sözleşmesi hükümlerine uyulmaması nedeniyle davacı Şirkete herhangi bir hukuki ve cezai yaptırım uygulanmadığı belirtilmiş olup; İBB Çevre Koruma ve Kontrol Daire Başkanlığı Atık Yönetimi Müdürlüğü’nün davacı Şirkete 18/05/2007 gün ve 1327 sayılı uygulama talimatı ile de, İBB İhale Komisyonu’nun 09/05/2006 gün ve 63/1 sayılı kararı olarak “İlgi ihale kararı ile C. Lojistik Ticaret A.Ş. & C. A.Ş. iş ortaklığı uhdesinde kalan İstanbul Avrupa Yakası Ana Arterlerin, Meydanların, Geçitlerin El ile Süpürülmesi Temizlenmesi ve her türlü görüntü kirliliğinin giderilmesi Giderilmesi” işi kapsamında idare tarafından hazırlanan iş programındaki değişiklik doğrultusunda personel sayısının yeni programa göre uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.” talimatı verildiği anlaşılmaktadır.

Sigorta primleri ve idari para cezasına esas alınan SGK müfettiş raporunda ise, teknik bilirkişiler tarafından da tespit edildiği üzere,

1. a) Hangi personelin ücretinin eksik tahakkuk ettirildiği,
2. b) Eksik tahakkuk ettirilen prim matrahının oluşumunu etkileyen tutarın hesaplanış şekli.
3. c) ihale şartnamesine göre, unvan durumuna göre eksik çalıştırılan işçi gurubunun hangilerinden teşekkül ettiği yönünde bir tespit yapılmadığı, hakedişler, ödemeler ve sözleşme hükümlerinin, SGK genelgeleri

uygulanmak suretiyle belirlenen yöntemle işçilik hesabı yapıldığı anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin gerçek durumun tespitine ilişkin bilirkişi heyetinin anılan ve denetime elverecek şekilde ayrıntılı hesaplamalar içeren raporunda ise; "Davalı kurum adına resen prim tahakkuku ve diğer ödeme tahakkuklarına gerekçe olarak gösterdiği 31.03.2009 tarih INC 15 sayılı SGK Müfettiş raporundaki hesaplamalar ve belirtilen hususların ilgili mevzuat ve tebliğlere aykırı olarak değerlendirildiği, ticari teamüller ve SGK'nın kendi genelgelerine aykırı hesaplamalar yapıldığı; 31/03/2009 tarih ve INC 15 sayılı SGK Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı inceleme raporunda kaçak işçi çalıştırıldığı tespit edilmediği gibi çalıştırılan işçiye verilip de kuruma bildirilmeyen bir ücretin bulunduğu da tespit edilmemiştir.

Bu nedenle somut bir tespite dayanmayan, işyerinde yapılan denetim ve yoklamalarla ve belgelerle desteklenmeyen faraziyeye dayalı resen ek prim tahakkuku yapılamayacağı" sonuç ve kanaatine ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

Sonuç:

Yukarıda açıklanan davaya konu mevzuat hükümleri, ihale şartnamesi, ihale Sözleşmesinin uygulanması sırasında dava dışı işveren Belediye tarafından yapılan denetimler ve İşverenin çalıştırılacak işçi sayısı ve planlamaya ilişkin davacıya verdiği talimatlar ile bilirkişi raporunun dikkate alınması sonucu, fiili durumu delil ve belgeleri ile yansıtmayan davalı idare teftiş raporuna dayanılarak eksik işçi bildirimini nedeniyle ek sigorta ve işsizlik primleri tarh, tahakkuk ve tahsili hukuka uygun bulunmadığından;

1. İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 20/01/2011 gün ve 2010/45 E, 2011/52 K sayılı kararı ve Bakırköy 4. İş Mahkemesinin 11/04/2012 gün ve 2010/52 E, 2012/207 K sayılı kararlarınının 2247 sayılı Yasanın 24 ve 25. maddelerine göre kaldırılmasına,
2. Davacı Şirketin, davalı Kuruma ihtirazi kayıtla ödediği 221.718,29 TL asıl ve 85.925,15 TL gecikme zammı ile 1.983,97 TL faizin iadesine,

3. 506 sayılı yasanın 79. maddesi atfı ile 9 ve 140/b maddeleri uyarınca verilen 22.631,00 TL idari para cezasının iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Gereği takdirlerinize sunulur.” denilmek sureti ile, hukuka ve dosya kapsamına aykırı olan Bakırköy 4.İş Mahkemesi kararı ile, hukuka uygun olmasına rağmen hüküm uyuşmazlığının çözümlenmesi açısından kaldırılması gerekli olan İstanbul 4. İdare Mahkemesi kararının birlikte kaldırılması ile, Uyuşmazlık Mahkemesi’nce hüküm uyuşmazlığını hiçbir tereddüt kalmayacak şekilde nihai olarak sonlandırmaya yönelik esasa ilişkin hüküm kurulması gerektiği mütalaasında bulunmuştur.

E-DAVACININ TEHİR-İ İCRA TALEBİ YÖNÜNDEN İNCELEME

2247 Sayılı Kanun’un 25. maddesinde; “Hukuk alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay Yargılama usulünün bu kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygulamak suretiyle anlaşmazlığın esasını da karara bağlar.” hükmüne yer verilmek sureti ile hüküm uyuşmazlığına ilişkin yapılacak yargılama sırasında Danıştay Yargılama Usulünün uygulanacağı belirtilmiştir.

2577 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 1. fıkrasında; “ Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanunda gösterilen usullere tabidir.” denilmek sureti ile Danıştay’ca yapılacak yargılama sırasında 2577 sayılı Kanunla belirlenen usullerin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

2577 sayılı Kanun’un 52. maddesinin 3622 sayılı Kanun ile değişik 1. fıkrasında; “Temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya itirazı incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir.

(Ek cümle:10/06/1994 – 4001/22 md.) Davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır.” denilmek sureti ile kararlara karşı Danıştay tarafından yürütmenin durdurulması taleplerininin 2577 sayılı Yasa’nın 27. maddesi kapsamında değerlendirileceğine yer verilmiştir.

2577 sayılı Kanun’un 27. maddesininin 6352 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasında; “Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarınınin birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.” şeklindeki düzenleme ile bir karar hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunlar; idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarınınin birlikte gerçekleşmesidir.

Davacı vekili, Bakırköy 4. İş Mahkemesi’nin esasa ilişkin kararının icrasının ertelenmesini istemektedir. Davacının davaya konu ek prim borcu ve gecikme zammı tutarı olan 304.643,47 TL’yi dava açılmadan önce 14.09.2009 tarihinden önce ödediği de dikkate alındığında; 2577 sayılı Kanun’un 27. maddesinde belirtildiği şekilde, kararın uygulanması halinde

telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartının gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Bakırköy 4. İş Mahkemesi, davacının ek prim borcunun iadesi istemini hukuka aykırı bularak davayı reddetmiştir. İcrasının ertelenmesi istenen bu kararının hukuka aykırı olduğu, ancak yeni bir yargılama ile ortaya konabileceğinden, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen "açıkça hukuka aykırılık" şartının da gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacının, 2247 sayılı Kanun'un 25/1 maddesi atfı ile 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen şartları taşımayan Bakırköy 4. İş Mahkemesi kararının icrasının ertelenmesi yönündeki talebinin kabulünün mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

F-USULE İLİŞKİN İNCELEME:

İdari ve adli yargı kararları arasında olduğu ileri sürülen hüküm uyuşmazlığının çözümü için, öncelikle hüküm uyuşmazlığının olup oluşmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 2592 sayılı Kanun ile değişik 24'üncü maddesinin birinci fıkrasında, "1 nci maddede gösterilen yargı mercilerinden en az ikisi tarafından, görevle ilgili olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş aynı konuya ve sebebe ilişkin, taraflarından en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan hallerde hüküm uyuşmazlığının varlığı kabul edilir." hükmü yer almaktadır.

Anılan hükme göre, hüküm uyuşmazlığının varlığı için:

a-Uyuşmazlık yaratan hükümlerin, adli, idari veya askeri yargı mercilerinden en az ikisi tarafından verilmesi,

b-Konu, dava sebebi ve taraflardan en az birinin aynı olması,

c-Her iki kararın da kesinleşmiş olması,

d-Kararlarda davanın esasının hükme bağlanması,

e-Kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması,

Koşullarının birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır.

Hüküm uyuşmazlığına konu İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı dosyasında; davacı C. Lojistik ve Tic. İle C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. İş Ortaklığı adına C. Lojistik ve Tic. A.Ş. ve C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. tarafından, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı , davalı kurumun 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararının iptaline karar verilmesi istemi ile dava açıldığı görülmektedir. İstanbul 4. İdare Mahkemesi 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile "40 kişinin işyerinde çalıştığına ve dolayısıyla bu kişilere ait bildirgelerin ve belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediğine dair somut ve net bir tespitin yapılmadığı" gerekçesi ile davanın kabulüne karar vererek idari para cezasına ilişkin işlemin iptaline hükmetmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanarak kesinleşmiştir.Davaya konu 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararı incelendiğinde her ikisinin de 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayandığı tespit edilmiştir.

Hüküm uyuşmazlığına konu Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı dosyasında; davacı C. Lojistik ve Tic. İle C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. İş Ortaklığı adına C. Lojistik ve Tic. A.Ş. ve C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. tarafından, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı , davalı kurumun

01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile bu karara kaşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı kararının iptaline karar verilmesi istemi ile dava açıldığı görülmektedir. Bakırköy 4. İş Mahkemesi "davacının, sözleşmede belirlenen prime esas işçi ücreti üzerinden davalı kuruma prim ödemesi yaptığını somut delillerle ispat edemediği" gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş, verilen karara Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Davaya konu, davalı kurumun 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile bu karara kaşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı kararı incelendiğinde her ikisinin de 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayandığı anlaşılmıştır.

Bu kararları, yukarıda şartları belirtilen 2247 sayılı Yasa'nın 24. maddesi kapsamında ayrı ayrı incelemek gerekirse;

1-Davanın tarafları yönünden

Gerek İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı dosyasında ve gerekse de Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı dosyasında, davacı C. Lojistik ve Tic. İle C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. İş Ortaklığı adına C. Lojistik ve Tic. A.Ş. ve C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. tarafından, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı dava açıldığı görülmekle, dava taraflarının aynı olduğu tespit edilmiştir.

2- Uyuşmazlık yaratan hükümlerin, adli, idari veya askeri yargı mercilerinden en az ikisi tarafından verilmesi yönünden

Dava konusu olayda idari yargı düzeni içinde yer alan İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile adli yargı düzeni içinde yer alan Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı arasında hüküm uyuşmazlığının olduğu ileri sürüldüğüne göre, uyuşmazlık yaratan hükümlerin farklı yargı kollarına dahil mahkemeler arasında olduğu ve

bu anlamda da 2247 sayılı Kanun'un 24. maddesinde belirtilen şartın oluştuğu açıktır.

3- Her iki kararın da kesinleşmiş olması yönünden

Bakırköy 4. İş Mahkemesi 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 16.10.2012 gün ve 2012/13048 Esas, 2012/19146 Karar sayılı kararı ile onanmış, onama kararı davacı vekiline 14.01.2013 tarihinde tebliğ edilmiş, karara karşı süresi içinde karar düzeltme yoluna başvurulmadan, karara şerh edildiği üzere 16.10.2012 tarihinde kesinleşmiştir.

Her ne kadar dosya içinde davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na Yargıtay onama ilamının tebliğine ilişkin bir belgeye rastlanmamış ise de; gerek Bakırköy 4. İş Mahkemesi kararı ve gerekse kararı onayan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararının niteliği gereği davalı lehine olduğu ve davacının tebligat yapılsa dahi, karar düzeltme yoluna başvurmada hukuki yararının bulunmadığı tespit edilmekle, tebligat eksiği, kararın kesinleşmesine engel bir eksiklik olarak görülmemiş ve bu nedenle kararın 16.10.2012 tarihinde kesinleştiğine dair Bakırköy 4. İş Mahkemesi kararına ekli mahkeme şerhine itibar edilmiştir.

İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin; 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ise, Danıştay 15. Daire'si 04.10.2012 gün ve 2011/11683 Esas, 2012/6178 Karar sayılı kararı ile onanmış, davalı tarafından yapılan karar düzeltme talepli müracaat da aynı Daire'nin 27.06.2013 gün ve 2013/8291 Esas, 2013/5303 Karar sayılı kararı ile reddedilmiş ve mahkeme kararına şerh edildiği üzere 30.10.2013 tarihinde kesinleşmiştir.

Bu suretle 2247 sayılı Kanun'un 24. maddesinde öngörülen kararların kesin veya kesinleşmiş olması şartı da gerçekleşmiştir.

4- Her iki kararın da esasa ilişkin olması yönünden:

Bakırköy 4. İş Mahkemesi 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı ile, davacının tahakkuk ettirilen ek prim borcuna ilişkin kararın hukuka aykırı olduğuna ilişkin iddiası, ihale makamı ile davacı arasında imzalanan ihale şartnamesinin 26.3. maddesi gereğince reddedilmiş, bu şekilde yapılan işlemin hukuka uygun olduğuna karar verilmiş ve uyuşmazlık esastan karara bağlanmıştır.

İstanbul 4. İdare Mahkemesi; 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile davacı hakkında eksik işe giriş bildirgesi ve belgeler nedeni ile verilen idari para cezasının iptaline ilişkin talebi, bu kişilere ait bildirelerin ve belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediğine dair somut ve net bir tespitin yapılmadığı gerekçesi ile kabul etmiş ve idari para cezasına ilişkin işlemi iptal etmiş, bu şekilde yapılan işlemin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiş ve uyuşmazlık esastan karara bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, aralarında hüküm uyuşmazlığı olduğu iddia edilen her iki karar da, esas yönünden karara bağlanmıştır.

5- Her iki kararın da aynı sebebe dayanması yönünden:

2247 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde açıkça 'dava sebebi' kavramı kullanılmıştır. Hüküm uyuşmazlığına konu kararların aynı sebeple açılmış olmasından kasıt, aynı dava sebebine dayanmış olmalarıdır. Bu noktada dava sebebi ile hukuki sebebin karıştırılmaması gerekir. Dava sebebi; davacının davasını dayandırdığı vakıalardır. Hukuki sebep ise, davacının davasına dair nitelendirmesidir. Örneğin bir trafik kazasında yaralanan mağdurun açtığı tazminat davasının dava sebebi, 'trafik kazası' iken, hukuki sebebi 'haksız fiil'dir. Hüküm uyuşmazlığına konu kararlar bu perspektifle dava sebebi açısından incelendiğinde;

Davacının İstanbul 4. İdare Mahkemesi'ne verdiği 12.01.2010 kayıt tarihli dava dilekçesinde; dava konusu ettiği idari para

cezası, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayanmaktadır ve davacı, bu rapora dayalı olarak hakkında verilen idari para cezasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş, İstanbul 4. İdare Mahkemesi de kararında idari işlemi hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Görüldüğü üzere, davacı hakkında uygulanan idari para cezasının dayanağını (sebebini) 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporu oluşturmaktadır.

Davacının Bakırköy 4.İş Mahkemesi'ne verdiği 21.01.2010 tarihli dava dilekçesinde; dava konusu ettiği ek prim borcu ve gecikme zammı, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayanmaktadır ve davacı bu rapora dayalı olarak hakkında yapılan ek tahakkukun hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş, İstanbul 4. İş Mahkemesi de, ek tahakkuk işleminin, ihale şartnamesinin 26.3. maddesine uygun olduğunu belirterek davanın reddine karar vermiştir. Görüldüğü üzere, davacı hakkında yapılan ek prim tahakkuku işleminin dayanağını(sebebini) 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporu oluşturmaktadır.

Her iki kararda da, dava konusu edilen işlemler 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporunun hukuka uygun olup olmadığı iddiasına dayanmaktadır. Bu itibarla her iki kararın da aynı sebebe ilişkin olduğunu söylemek ve bu yönü ile 2247 sayılı Kanun'un 24. maddesindeki sebep unsurunun oluştuğunu kabul etmek mümkündür.

6- Her iki kararın da aynı konuya ilişkin olması yönünden

Dava konusu; dava ile elde edilmek istenen sonuçtur. Dava konusunun netice-i talep ve dava sebebi ile karıştırılmaması gerekir. Dava sebebi, daha önce de belirttiğimiz gibi davacının davasını dayandırdığı vakıalardır. Netice-i talep ise; davacının dava açmakla elde etmek istediği hukuki korumadır.

Bu kapsamda yapılan incelemeler, konunun anlaşılabilirliğini

artırmak adına aşağıda belirtilen üç alt başlık altında ortaya konulmuştur.

a)Mahkeme kararlarında inceleme konusu yapılan işlemler:

Hüküm uyuşmazlığına konu İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı dosyasında, davacı tarafından, ihale şartnamesine göre çalıştırması gereken işçi sayısınca kuruma işe giriş bildirgesi verilmemiş olması, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporundaki tespitlere dayalı olarak tesis edilen 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararının hukuka aykırı olduğu iddia edilmekte ve bu kararların iptaline karar verilmesi istenmektedir. İstanbul 4. İdare Mahkemesi 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile "40 kişinin işyerinde çalıştığına ve dolayısıyla bu kişilere ait bildirgelerin ve belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediğine dair somut ve net bir tespit yapılmadığı" gerekçesi ile davanın kabulüne karar vererek idari para cezasına ilişkin işlemin iptaline hükmetmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanarak kesinleşmiştir.

Görüldüğu üzere, davacının açtığı davada dava sebebini, hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporu; dava konusunu, işyerinde çalışan 40 adet işçinin işe giriş bildirgelerinin yapılmaması nedeni ile tesis edilen idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddi kararının hukuka aykırı olduğu iddiası, netice-i talebi ise; hukuka aykırı olan bu işlemin iptali ile haksız olarak kendisinden tahsil edilen paranın iadesi istemi oluşturmaktadır. Davanın hukuki niteliği ise; tesis edilen işlemin hukuka aykırılığıdır.

Hüküm uyuşmazlığına konu Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı dosyasında ise; davacı tarafından, ihale şartnamesine göre

çalıştırmaları gereken işçilere ilişkin olarak ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesine ilişkin, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporundaki tespitlere dayalı olarak tesis edilen davalı kurumun 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile bu karara kaşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı kararının hukuka aykırı olduğu iddia edilmekte ve bu kararların iptaline karar verilmesi istenmektedir. Bakırköy 4. İş Mahkemesi "davacının, sözleşmede belirlenen prime esas işçi ücreti üzerinden davalı kuruma prim ödemesi yaptığını somut delillerle ispat edemediği" gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş, verilen karara Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir.

Görüldüğü üzere, davacının açtığı davada dava sebebini, hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporu; dava konusunu ihale şartnamesinde göre işyerinde çalıştırılması gereken işçilere ilişkin olarak ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesi işleminin hukuka aykırı olduğu iddiası; netice-i talebi ise, hukuka aykırı olan bu işlemin iptali ile haksız olarak kendisinden tahsil edilen paranın iadesi istemi oluşturmaktadır. Davanın hukuki niteliği ise; davacının borçlu olmadığını tespiti ile ihtirazi kayıt ile ödediği paranın kendisine iadesi istemidir.

b)Her iki davaya konu işlemlerin dayanağı olan bilgi ve belgeler:

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi davanın sebebini 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporu oluşturmaktadır. Bu raporun 'Genel Bilgiler' başlığı altında da belirtildiği üzere, müfettiş denetimi davacı şirketin işyerinde çalışan bir işçinin çalışılan ücretlerle, gösterilen ücretlerin farklı olduğu yönündeki imzasız dilekçesi üzerine başlatılmıştır. Söz konusu inceleme neticesinde, yine söz konusu raporun 'Sonuç ve Kanaat ' başlıklı bölümünde değerlendirmeler ve yapılması gereken işlemler belirtilmiştir. Bu raporun en altında yer alan 'Not' şeklinde belirtilen kısımda; "İhale Makamının 23.07.2009 tarih

823459-1476 sayılı yazısında belirtilen işin ifası için çalıştırılan personelin nitelikleri dikkate alınarak Kuruma bildirilen ile karşılaştırılması, bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili ek tahakkuk yapılırken, bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili işe giriş bildirgesi verilmemesi ile ilgili ceza uygulanması yerinde olacaktır” denilmek sureti ile, ihale eden kuruma bildirilen listede ismi verilen kişiler ile kuruma bildirilen işçilerin nitelikleri yönünden yapılan inceleme neticesinde eksik bildirildiği tespit edilen işçilerle ilgili hem ek tahakkuk yapılması hem de idari para cezası verilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Bu husustaki tespitlerin denetimi adına, konu ile ilgili olarak Bakırköy Sosyal Güvenlik Merkezine müzekkere yazılarak, davaya konu işlemlerin 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporunun hangi maddesine istinaden düzenlendiği sorulmuş, gelen 19.06.2014 gün ve 10014667/011144121.034 sayılı yazı cevabında ‘uygulanan idari para cezasına’ ilişkin olarak aynen ;“Söz konusu ihaleli iş kapsamında çalıştırılan sigortalıların görev tanımları ihale makamının 23.07.2009 tarih 1476 sayılı yazılarından tespit edilmiş, tespit edilen sigortalıların görev tanımlarına göre şartname hükümlerinde bildirilmesi gereken sigortalı sayıları dikkate alınarak. Kurumumuza bildirilen sigortalılarla karşılaştırmak sureti ile eksik bildirilen sigortalı sayıları tespit edilmiştir.

Yapılan tespitte, her dönemde eksik bildirilen sigortalı sayısı, görev tanımı işçi olan şartnamede bildirilmesi gereken işçi sayısı ile kurumumuza bildirilen işçi sayısının karşılaştırılması sureti ile Ek 1 de sunulan tablo hazırlanmıştır.

Tablodan da anlaşılacağı üzere 2006/08. ayda 19 işçinin bildirimini eksik yapıldığı 19 işçi için işe girişten dolayı idari para cezası tahakkuk ettirilmiştir. 2007/05. ayda 6 eksik işçi, 2007/06. ayda 18 eksik işçi bildirim yapıldığından ve 2006/08 ayda 19 işçi adına işe girişten İdari Para Cezası uygulandığından ayrıca mükerrerlik oluşmaması için

2007/05 ve 2007/06 ayda ki tespitleri için işe girişten idari para cezası uygulanmamıştır. 2007/07 ayda 29 eksik işçi bildirim yapıldığından daha önce 2006/08 aya ait 19 işçi için giriş cezası uygulandığından (29-19) 10 kişi için işe giriş cezası uygulanmıştır.

İşe giriş cezası uygulanmayan 2007/05,06,08-12 ve 2008/04-12 devresinde eksik işçi bildirim tespit edildiğinden bu dönemlere ek tahakkuk yapılmıştır. İşin dönemi olan 2006/08-2008/12 devresinde yapılan incelemede toplamda 40 kişinin eksik bildirim söz konusu olduğundan 40 kişi adına idari para cezası uygulanmış olup, ek tahakkukun yapıldığı her döneme mükerrer olmaması açısından işe giriş cezası uygulanmamıştır.

Konunun daha ayrıntılı açıklanması gerekirse; yaptığı iş unvanına göre bildirilmesi gereken sigortalı sayısı bildirilen sigortalı sayısından düşülerek aradaki fark kişi üzerinden aşağıda belirtildiği şekilde İşe giriş bildirgesinden dolayı İdari Para Cezası uygulanmıştır.

2006/08 dönemde bildirilen sigortalı sayısı 448 iken bildirilmesi gereken sigortalı sayısının 467 kişi olduğu aradaki fark olan 19 kişiye işe giriş bildirgesinden idari para cezası uygulandı,

2007/07 dönemde bildirilen sigortalı sayısı 438 iken bildirilmesi gereken sigortalı sayısının 467 kişi olduğu aradaki fark olan 29 kişiden 19 kişiye 2006/08 dönemde İdari para Cezası uygulandığı için fark olan 10 kişiye işe giriş bildirgesinden idari para cezası uygulandı,

2008/01 dönemde bildirilen sigortalı sayısı 435 iken bildirilmesi gereken sigortalı sayısının 467 kişi olduğu aradaki fark olan 32 kişiden 29 kişiye 2006/08 ve 2007/07

dönemlerde İdari para Cezası uygulandığı için fark olan 3 kişiye işe giriş bildirgesinden idari para cezası uygulandı,

2008/02 döneminde bildirilen sigortalı sayısı 433 iken bildirilmesi gereken sigortalı sayısının 467 kişi olduğu aradaki fark olan 34 kişiden 32 kişiye 2006/08, 2007/07, 2008/01 dönemlerde İdari para Cezası uygulandığı için fark olan 2 kişiye işe giriş bildirgesinden idari para cezası uygulandığı,

2008/03 döneminde bildirilen sigortalı sayısı 427 iken bildirilmesi gereken sigortalı sayısının 467 kişi olduğu aradaki fark olan 40 kişiden 34 kişiye 2006/08, 2007/07, 2008/01, 2008/02 dönemlerde idari para Cezası uygulandığı için fark olan 6 kişiye işe giriş bildirgesinden idari para cezası uygulandığı,

Mezkûr işyerine işe giriş bildirelerinden dolayı 2006/08, 2007/07, 2008/01, 02, 03 dönemlere ait bildirilmeyen toplam 40 kişiye idari para cezası uygulanmış olup, ilgili raporun not kısmına istinaden, yaptığı iş unvanına göre bildirilmesi gereken sigortalı sayısı bildirilen sigortalı sayısından düşülerek aradaki fark kişi üzerinden işlem yapılmıştır.

19.06.2014 gün ve 10014667/011144121.034 Aynı yazı cevabında 'uygulanan ek tahakkuk işlemine' ilişkin olarak aynen; "Yaptığı iş unvanına göre bildirilmesi gereken işçi görev tanımlı sigortalı sayısı bildirilen işçi görev tanımlı sigortalı sayısından düşülerek aradaki fark kişi üzerinden aşağıda belirtildiği şekilde ek tahakkuk yapılarak 20.08.2009 tarih, 10.835.327 sayılı yazımızla işverene bildirilmiştir.

2006/08 döneme ait çalışan sigortalı 448 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 19 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/05 döneme ait çalışan sigortalı 461 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 6 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için

şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/06 döneme ait çalışan sigortalı 449 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 19 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/07 döneme ait çalışan sigortalı 438 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 29 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/08 döneme ait çalışan sigortalı 451 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 16 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/09 döneme ait çalışan sigortalı 450 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 17 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/10 döneme ait çalışan sigortalı 443 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 24 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/11 döneme ait çalışan sigortalı 451 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 16 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/12 döneme ait çalışan sigortalı 439 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 28 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2007/10 döneme ait çalışan sigortalı 451 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 16 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/01 döneme ait çalışan sigortalı 435 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 32 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/02 döneme ait çalışan sigortalı 433 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 34 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/03 döneme ait çalışan sigortalı 427 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 40 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/04 döneme ait çalışan sigortalı 430 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 37 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/05 döneme ait çalışan sigortalı 438 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 29 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için

şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/06 döneme ait çalışan sigortalı 431 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 36 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/07 döneme ait çalışan sigortalı 437 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 30 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/09 döneme ait çalışan sigortalı 462 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 5 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/10 döneme ait çalışan sigortalı 460 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 7 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır,

2008/11 döneme ait çalışan sigortalı 457 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 10 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır, ;

2008/12 döneme ait çalışan sigortalı 456 kişi olup, bildirilmesi gereken sigortalı sayısı 467 kişi olduğu aradaki 11 kişi eksik bildirilmiş ve eksik bildirilen kişiler için şartnamede belirtilen asgari ücret fazlası % 119 farkın hesaplaması yapılmak sureti ile ek tahakkuk yapılmıştır, ilgili raporun not kısmına istinaden dönem dönem Yaptığı iş

unvanına göre bildirilmesi gereken sigortalı sayısı bildirilen sigortalı sayısından düşülerek aradaki fark kişi tespit edilerek raporun 4. maddesine istinaden asgari ücret fazlası tutar üzerinden ek matrah tahakkuk işlemleri yapılmıştır.”

denilmek sureti ile davaya konu 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ile 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı ek prim tahakkuku kararının, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporunun alt kısmına “Not” olarak belirtilen kısma dayanılarak hazırlandığının bildirildiği, bu itibarla her iki işlemin de kuruma eksik bildirildiği tespit edilen 40 işçiye ilişkin olduğu, idarenin 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı ile kararı ile kuruma süresinde bildirim yapılmayan bu işçilerle ilgili idari para cezası uygulanırken, 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile eksik bildirilen bu işçilere ilişkin eksik tahakkuk işlemlerinin tamamlandığı anlaşılmıştır.

Gelen yazı cevabı ve davacının istemi birlikte değerlendirildiğinde, her iki davada da davalı kurum aynı müfettiş raporunun aynı maddesinde tespit edilen hukuka aykırılığa istinaden aynı işçiler yönü ile idari işlem tesis etmiş; davacı da her iki davada ihale şartnamesine göre belirlenen işçi sayısının mutlak olmadığını, ihale eden kurum ile aralarında yapılan anlaşma gereğince işçi sayısının değiştirilebileceğini, nitekim ihale eden kurumun talebi doğrultusunda işçi sayısında azalma yapıldığını, davalı kuruma bildirimlerin ihale şartnamesine göre değil, fiili duruma göre yapıldığını, bu nedenle çalıştırılmayan işçiler için gerek para cezası kesilmesi gerekse de ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu anlamda her iki davanın konusu da aynıdır.

Her ne kadar gerek Danıştay Başsavcılığı ve gerekse de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nde 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin

18.11.2009 gün ve 93 sayılı karar sayılı davalı kurum işleminin, Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nde ise 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı ile bu karara kaşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı davalı kurum işleminin hukuka aykırı olduğunun ileri sürüldüğü ve bu nedenle her iki davanın dava konusunun farklı olduğu ileri sürülmüş ise de; Mahkememizin istikrar kazanan içtihatları gereğince, idari ve adli yargıda açılan davaların gerek yargılama usulleri gerekse inceleme konuları bakımından birebir aynı konuda olması mümkün değildir. Öyle ki; davacı, kuruma eksik işe giriş bildiriminde bulunmadığını, çalışan işçilerin hepsi için işe giriş bildirelerinin yapıldığını ve primlerinin ödendiğini, bu nedenle eksik prim bulunmadığını ileri sürerek, idari yargıda eksik işçi bildirimini nedeni ile 5510 sayılı Yasa'nın 102. maddesi gereğince kesilen idari para cezasının iptalini istemekte, adli yargıda ise 5510 sayılı Yasa'nın 59 ve 85. maddeleri gereğince tahakkuk ettirilen ek prim borcu ve gecikme zammının hukuka aykırı olduğunun tespitini talep etmektedir. Bunun nedeni, çalıştırılıp kuruma bildirilmeyen işçiler nedeni ile tahakkuk ettirilen ek prim ve gecikme zammına ilişkin menfi tespit davasının 5510 sayılı Yasa'nın 85. maddesi gereğince İş Mahkemesi'nde açılabilmesi, çalıştırılıp işe giriş bildireleri verilemeyen işçiler nedeni ile kesilen idari para cezasına ilişkin idari işlemin iptali davasının ise 5510 sayılı Yasa'nın 102. maddesi gereğince idare mahkemesinde açılabilmesidir. Görüldüğü üzere davacı, her iki yargı merciinde de, işyerinde eksik işçi çalıştırılmadığını, ihale şartnamesinde belirtilen işçi sayısının taraflar açısından mutlak nitelikte olmadığını, tarafların iradeleri ve işin niteliği gereği değiştirilebildiğini, bu kapsamda davacının ihale şartnamesine uygun şekilde, davalı kurumun taleplerini dikkate alarak işçi çalıştırdığını, çalıştırdığı bütün işçilerin işe giriş bildirelerinin verildiğini, primlerinin ödendiğini, bu nedenle davalı idarece yapılan işlemlerin hukuka aykırı ve bu işlemlere dayalı olarak kendisinden para tahsili işleminin haksız olduğunu ileri sürmektedir. İdari yargıda idari işlemin

iptalinin, adli yargıda ek prim borcu olmadığının tespitinin istenmesi, her iki işlem için farklı yargı kollarının görevlendirilmesine ilişkin mevzuat düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır.

1. c) Mahkememizin hüküm uyuşmazlığına konu olmuş benzer dosyalarda ortaya koyduğu yaklaşım:

2247 sayılı Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca hüküm uyuşmazlığının varlığı için gerekli bulunan “aynı konuya ve sebebe ilişkin olma” ve “kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması” koşullarına Uyuşmazlık Mahkemesi uygulamasıyla geniş bir yorum getirildiği ve farklı yargı kolları kararları arasında “davanın konusu” ve “davanın sebebi” unsurlarının, “kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesini imkansız kılma” unsuruyla ilişkili olarak ele alındığı ve bu unsurlar yönünden “tam bir ayniyetin” aranmadığı, bilakis farklı yargı kolları kararları arasında hakkın özünü zedeleyen bir “ortak payda” mevcutsa, konu ve sebep unsurlarında ayniyetin gerçekleştiğinin kabulü yoluna gidildiği görülmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yaklaşımına birkaç örnek vermek gerekirse:

Mahkememizin 5.11.2012 tarih ve E.2010/104, K.2012/211; 5.11.2012 tarih ve E.2011/200, K.2012/212 sayılı kararlarında; özel mülkiyetteki taşınmazın orman tahdidine alınarak Orman İdaresi adına tesciline ilişkin kesinleşen adli yargı kararı ile bu taşınmazın da içinde yer aldığı bir kısım parsellerin “konut alanı” olarak tespitine dair imar planının iptali istemiyle açılan davanın reddine dair kesinleşen idari yargı kararının hüküm uyuşmazlığına konu teşkil ettiği kabul edilerek, hukuka aykırı görülen adli yargı kararı kaldırılmak suretiyle hüküm uyuşmazlığı giderilmiştir.

Mahkememizin 1.10.2012 tarih ve E.2011/224, K.2012/190 sayılı kararında; özel mülkiyetteki taşınmazın bir bölümünün orman

tahdidine tabi tutulmasına dair talebi reddeden, kesinleşen adli yargı kararı ile bu taşınmazın özel orman statüsüne alınmasına ilişkin işlemin iptali istemini reddeden ve kesinleşen idari yargı kararının hüküm uyuşmazlığına konu teşkil ettiği kabul edilerek, hukuka aykırı görülen idari yargı kararı kaldırılmak suretiyle hüküm uyuşmazlığı giderilmiştir.

Mahkememizin 03.03.2014 gün ve 2012/164 Esas, 2014/143 Karar sayılı kararında, mimari projeye aykırı tadilatlar nedeni ile kiracının taşınmazdan tahliyesi amacıyla Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açılan dava, mimari projeye aykırı tadilatlar nedeni ile kiracının müteaddit defalar işyeri açma ve çalıştırma ruhsatının iptali sonucu oluşan muarazanın giderilmesi amacı ile Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan dava ile mimari projeye aykırı tadilatlar nedeni ile işyeri açma ve çalıştırma ruhsatının iptali amacı ile idari yargıda açılan davalar sonucunda verilen kararlar arasında hüküm uyuşmazlığı olduğu iddiası ile yapılan başvuru üzerine yapılan değerlendirme neticesinde, her ne kadar her üç davada da davacının talebi farklı nitelikler taşıyor ise de; temeldeki ihtilafın mimari projeye aykırı tadilatların kimin tarafından yapıldığı ve bu mimari projeye aykırı tadilatlar nedeni ile kiracının taşınmazdan yararlanma hakkının engellenip engellenemeyeceği noktasından kaynaklandığı tespit edilmiş ve her üç yargı kararı arasında hüküm uyuşmazlığının oluştuğuna karar verilerek, kiracı tarafından yapılmadığı tespit edilen mimari projeye aykırılıklar nedeni ile kiracının taşınmazdan tahliye edilmeyeceğine, işyeri açma ve çalıştırma ruhsatının iptal edilmeyeceğine karar verilmiş, aksi yöndeki idare mahkemesi kararı kaldırılarak ihtilaf çözülmüştür.

Yine Mahkememizin 08.04.2013 gün ve 2011/196 Esas, 2013/468 Karar sayılı başka bir kararında; iki tezsiz yüksek lisans programı bitiren davacının, bu iki programın birbirinden farklı olduğunun tespiti istemi ile ÖSYM'ye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali amacıyla idari yargıda açtığı

dava ile davacının bitirdiği iki tezsiz yüksek lisans programının da kıdeminden sayılması için Kara Kuvvetleri Komutalığı'na yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali amacıyla açtığı davalar sonucunda verilen kararlar arasında hıküm uyuşmazlığı olduğu iddiası ile yapılan başvuru üzerine yapılan değerlendirme neticesinde; davacının her iki davayı açmaktaki nihai amacının aldığı her iki yüksek lisans eğitiminin iki ayrı bilim dalında olduğunu tespit ettirmek, ikinci yüksek lisans eğitimini sicilinde ve mesleki kıdeminden saydırmak olduğunu, bu anlamda her iki davanın konusunun aynı olduğu belirtilerek, hukuka aykırı bulunan idare mahkemesi kararı kaldırılmak sureti ile ihtilaf çözülmüştür.

Emsal niteliğinde verilen söz konusu kararlarda da görüldüğu üzere Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkların, ayrı yargı kolları önünde farklı yargılama usullerine tabi şekilde incelenmesi ve bu şekilde karara bağlanması nedenleri ile farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olan kararların lafzından ziyade esas, davanın açılmasına neden olan saik yönü ile incelemekte ve davacının dava dilekçesi veya davalının cevap dilekçesindeki nitelermelerden ziyade, açılan davalarla varılmak istenilen nihai amaç kapsamında uyuşmazlığı ele almaktadır. Bu bakış açısı ile dava konusu olay incelendiğinde, davacının nihai amacının, işyerinde eksik işçi çalıştırılmadığının, bu nedenle davalı idarece tesis edilen para cezası kesilmesi, ek prim tahakkuk ettirilmesi, gecikme zammı uygulanması işlemlerinin hukuka aykırı olduğunun ortaya konulması olduğu anlaşılmakla, her iki dava yönünden dava konusunun aynı olduğu anlaşılmış, bu anlamda davalar arasında 2247 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde belirtildiği şekilde her iki kararın da aynı konuya ilişkin olması şartının gerçekte olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

7- Kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması yönünden

Hıküm uyuşmazlığına konu İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin

20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararında; "40 kişinin işyerinde çalıştığına ve dolayısıyla bu kişilere ait bildiregelerin ve belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediğine dair somut ve net bir tespiti yapılmadığı" gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ve idari para cezasına ilişkin işlemin iptaline hükmedilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bu itibarla, davacı hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilen idari para cezasını ödemek zorunda olmadığı gibi, ödemiş ise yine bu karara dayalı olarak istirdadını isteyebilecektir.

Hüküm uyuşmazlığına konu Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararında ise; "davacının, sözleşmede belirlenen prime esas işçi ücreti üzerinden davalı kuruma prim ödemesi yaptığını somut delillerle ispat edemediği" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, verilen karara Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bu itibarla, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın ek prim tahakkuku ve gecikme zammına ilişkin işleminin hukuka uygun olduğuna karar verilmiş davacının ödediği ek prim borcu ve gecikme zammının iadesine ilişkin isteminin hukuka uygun olmadığına karar verilmiştir.

Hüküm uyuşmazlığına konu İstanbul 4. İdare Mahkemesi kararında, işyerinde eksik işçi çalıştırıldığına ilişkin davalı idarenin yeter nitelikte somut ve net bir tespit yapamadığını ve bu nedenle idari para cezası uygulamasına ilişkin kararının yasal dayanaktan yoksun olduğuna karar verilerek işlem iptal edilmiş, Bakırköy 4. İş Mahkemesi ise, yine aynı vakıalara dayanılarak davacı hakkında tahakkuk ettirilen ek prim borcunun hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere, her iki mahkemenin netice itibari ile vardığı nokta birbirinden farklıdır. İdare Mahkemesi kararında, davaya konu işyerinde çalıştırılıp Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na bildirilmeyen işçi olduğunun açıkça ispatlanmadığı ortaya konulmasına rağmen, iş mahkemesi

kararında işyerinde çalışmasına rağmen Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na bildirilmeyen ve bu nedenle prim de ödenmeyen işçiler olduğu ortaya konulmuştur. Sonuç olarak İdare Mahkemesi kararı ile işyerinde çalıştırılıp kuruma bildirilmeyen işçi olmadığı tespit edilmiş olmasına rağmen, İş Mahkemesi kararı ile işyerinde çalıştırılıp kuruma bildirilmeyen işçi olduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla idare mahkemesi ile iş mahkemesi kararları arasında oluşan çelişki nedeni ile davacı yönünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız hale gelmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, 2247 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde belirtilen, 'kararlar arasındaki çelişki nedeni ile hakkın yerine getirilmesinin olanaksız olmasından kastın, kararın infazı yönünden değil, davacının hakkı yönünden yapılacak bir değerlendirmeyi gerektirdiği hususudur. Nitekim dava konusu olayda; gerek idare mahkemesi kararı gerekse iş mahkemesi kararı başlı başına ve müstakilen infaz edilebilir nitelikte kararlardır ve birinin infazı diğerini engellememektedir. Ancak; idare mahkemesi kararı ile ortaya konulan davaya konu iş yerinde çalışan işçilere ilişkin eksik işe giriş bildirgesi yapılmadığı yönündeki tespit ile iş mahkemesi kararı ile ortaya konulan işyerinde çalışan işçilere ilişkin eksik bildirim yapıldığı, bu nedenle ek prim tahakkuk edilmesi gerektiği yönündeki tespit nedeni ile, davacının işyerinde çalışan işçilerin davalı kuruma eksik bildirilip bildirilmediği yönünden çelişki ortaya çıkmakta ve bu çelişki nedeni ile iş sahibi davacının çalışma hakkının ve ihale eden kurumun talimatlarına uyma yükümlülüğünün yerine getirilmesi olanaksız hale gelmektedir.

2247 Sayılı Kanun'un 24. maddesinde belirtildiği üzere; aralarında hüküm uyumsuzluğu olduğu iddia edilen kararlar açısından, dava tarafları, dava sebebi, dava konusu unsurlarının aynı olması, kararların esasa ilişkin ve kesinleşmiş olması, kararlar arasında oluşan çelişki nedeni

ile hakkında yerine getirilmesinin olanaksız bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmesi ön şart olup, bu şartların birinin eksikliği halinde dahi, hüküm uyuşmazlığı iddiasını esas yönünden incelemek mümkün değildir.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında,

1-Hüküm uyuşmazlığına konu İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı yönünden 2247 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde belirtilen koşulların oluştuğu;

2- 2247 sayılı Yasanın 25. maddesi hükümleri uyarınca;

1. a) İdari yargılama usulü Yasası gözetilerek Uyuşmazlık Mahkemesi'ne yapılan başvuruya ait dilekçe ve eklerinin 30 gün içinde yanıt verilmek üzere davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na bildirilmesi, anılan davalı tarafından verilen yanıtın karşı tarafa tebliği suretiyle dosyanın tekemmülünün sağlanması,
2. b) Usulü işlemler tamamlandıktan ve esas hakkındaki rapor yazıldıktan sonra Başkanlıkça belirlenecek günde işin esasının görüşülmesine 14.07.2014 günü Nurdane Topuz'un karşı oyu ile ve OY ÇOKLUĞU İLE KARAR VERİLMİŞTİR.

Bunun üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi'ne yapılan başvuruya ait dilekçe karşı tarafa (Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na) tebliğ edilmiştir.

Karşı taraf vekilinin Mahkememize ibraz ettiği 18.08.2014 gün ve 2014/18 sayılı cevap dilekçesi ile hüküm uyuşmazlığının giderilmesi koşullarının mevcut olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep ettiği anlaşılmıştır.

ESASIN İNCELENMESİ

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün

Başkanlığında, Üyeler: Eyüp Sabri BAYDAR, Ali ÇOLAK, Nurdane TOPUZ, Alaittin Ali ÖĞÜŞ, Ayhan AKARSU ve Mehmet AKBULUT'un katılımlarıyla yapılan ve 2247 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak sözlü açıklama için önceden belirlenen 13.10.2014 günlü toplantısında;

Başvuru dilekçesi ve ekleri, uyuşmazlığa konu edilen kararlara ilişkin dava dosyaları, ilgili Başsavcılarının düşünce yazıları, ek düşünce yazıları, dayanılan Yasa ve Yönetmelik kuralları, 2247 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak sözlü açıklama için önceden belirlenen 13.10.2014 gününde, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın yokluğunda, istemde bulunan C. Lojistik ve Tic.ile C. Hizmet İşletmeleri A.Ş.İş Ortaklığı adına C. Lojistik ve Tic.A.Ş.,C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. vekili Av.İfaket A.'in sözlü açıklamaları dinlendikten ve Raportör-Hakim Birgül YİĞİT'in hazırladığı rapor okunup incelendikten; Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Mehmet Ali GÜMÜŞ'ün uyuşmazlığın niteliği gereği İstanbul 4.İdare Mahkemesi ile Bakırköy 4.İş Mahkemesi'nin her ikisinin de kararlarının kaldırılması ile 2247 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından olayın esasına yönelik yeni bir karar verilmesi gerektiği yönündeki açıklamaları da alındıktan sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ

G-ESAS YÖNÜNDEN İNCELEME

Tüm dosya kapsamından anlaşılacağı üzere, davacı İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı dosyasında; davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı, davalı kurumun 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararının iptaline karar verilmesi istemi ile dava açmış; İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararı ile "40 kişinin işyerinde çalıştığına ve dolayısıyla bu kişilere ait bildirgelerin ve

belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediğine dair somut ve net bir tespitin yapılmadığı” gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ve idari para cezasına ilişkin işlemin iptaline hükmedilmiş, verilen bu karar Danıştay tarafından onanarak kesinleşmiş; davacı tarafından bu kez yine davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’na karşı, davalı kurumun ihale şartnamesine göre çalıştırması gereken işçilere ilişkin olarak ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesine ilişkin 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile bu karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı kararının iptaline karar verilmesi istemi ile dava açılmış, Bakırköy 4. İş Mahkemesi 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı ile, “davacının, sözleşmede belirlenen prime esas işçi ücreti üzerinden davalı kuruma prim ödemesi yaptığını somut delillerle ispat edemediği” gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş, verilen karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir.

Görüldüğü üzere, her iki davada hukuka aykırı olduğu iddia edilen 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayalı olarak; dava konusunu, davacıya ait işyerinde 40 adet eksik işçi çalıştırılmadığı iddiası, davanın hukuki sebebini, işyerinde 40 işçi eksik çalıştırıldığı gerekçesi ile gerçekleştirilen ek prim tahakkukunun ve bu işçilerin bildirilmemesi nedeni ile kesilen idari para cezasının hukuka aykırı olması nedeni ile iptali isteminin oluşturduğu anlaşılmaktadır.İstanbul 4. İdare Mahkemesi’nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kararında; davalı kurumun 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararının “40 kişinin işyerinde çalıştığına ve dolayısıyla bu kişilere ait bildiregelerin ve belgelerin kanunda öngörülen sürede verilmediğine dair somut ve net bir tespitin yapılmadığı” gerekçesi ile iptaline karar vermişken, Bakırköy 4. İş Mahkemesi 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kararı ile, “davacının, sözleşmede belirlenen prime esas işçi ücreti üzerinden davalı kuruma prim

ödemesi yaptığını somut delillerle ispat edemediği" gerekçesi ile davacının sözleşmede belirtilen işçi sayısınınca davalı kuruma prim ödemesi yaptığını ispat edemediği gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir. Sonuç olarak her iki kararın temelinde; davaya konu işyerinde ihale sözleşmesine aykırı şekilde olması gerekenden az işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı, işverenin çalıştırmadığı bu işçiler nedeni ile bildirim yükümlülüğü ve ek prim borcu ödeme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı sorunu bulunmaktadır. Davacı şirket, çalıştırmadığı işçiler nedeni ile kendisinden bildirimde bulunulmasının istenmesinin, bildirimde bulunmaması nedeni ile idari para cezası kesilmesinin ve çalıştırmadığı işçiler için ek prim tahakkuk ettirilmesinin hukuka aykırı olduğunu iddia ederken; davalı taraf, davacının ihale sözleşmesinde yer alan şartları yerine getirmek zorunda olduğunu, ihalesözleşmesinde yer alan ve çalıştırılması gereken işçi sayısının belli olduğunu, davacı tarafın sözleşmenin esaslı şartına uymadığını ileri sürerek talepte bulunamayacağını, bu nedenle sözleşmede belirlenenden eksik yapılan bildirim nedeni ile idari para cezası ödemesi ve bildirilmeyen işçiler için ek prim tahakkuku yapılması gerektiğini iddia etmektedir.

Buradan hareketle, taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafın ancak, ihale sözleşmesine göre tarafların üstendiği yükümlülüklerin neler olduğu, bu yükümlülüklerle taraflarca uyulmamasının ne gibi sonuçları olacağı ve bu itibarla tesis edilen işlemlerin yasal mevzuat açısından hukuka uygun olup olmadığı hususlarının incelenmesi sureti ile çözümlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu incelemeler, üç alt başlık halinde irdelenecektir. İlk olarak, davacı şirket ile dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı arasında gerçekleşen ihale süreci, yasal dayanağı ve ihalesözleşmesi incelenecek; sonrasında, davaya konu olan Sosyal Güvenlik Kurumu işlemlerinin hukuki niteliği ve dayanakları üzerinde durulacak ve son olarak, davalı kurum işlemlerinin yasal mevzuat ve dosyadaki bilirkişi raporları ışığında değerlendirilmesi yapılacaktır.

1) İhale Süreci:

04.01.2002 gün ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 'Kapsam' başlıklı 2. Maddesinin (a) fıkrasında: "(Değişik: 1/6/2007-5680/1 md.) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler." denilmek sureti ile Belediyelerin de gerçekleştirecekleri ihalelerde, 4734 sayılı Kanuna tabi oldukları düzenlenmiştir.

Aynı Kanunun 'Açık ihale usulü' başlıklı 19. maddesinde; "Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür." denilmek sureti ile kamu hizmetinin yürütülmesi işinin ihalesinde açık ihale usulünün de tercih edilebileceği düzenlenmiştir.

Aynı Kanunun 'İhale ve ön yeterlik dokümanının içeriği ve idari şartnamede yer alması zorunlu hususlar' başlıklı 27. maddesinde; İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir

İdari şartnamede ihale konusuna göre asgari aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur:

1. a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
2. b) İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası.
3. c) İhale usulü, ihale tarih ve saati ile tekliflerin nereye verileceği.
4. d) İsteklilere talimatlar.
5. e) İsteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterleri.

6. f) İhale dokümanında açıklama isteme ve yapılma yöntemleri.
7. g) Tekliflerin geçerlilik süresi.
8. h) (Değişik: 30/7/2003-4964/18 md.) İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği, ihalekonusu işin tamamına veya bir kısmına teklif verilmesinin mümkün olup olmadığı, mal alımıihalelerinde alternatif teklif verilip verilemeyeceği, verilebilecekse alternatif tekliflerin nasıl değerlendirileceği.
9. i) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin teklif fiyatına dahil olacağı.
10. j) Tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesinde uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar.
11. k) İhale kararının alınmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar.
12. l) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı.
13. m) Teklif ve sözleşme türü.
14. n) Geçici ve kesin teminat oranları ile teminatlara ait şartlar.
15. o) (Değişik: 30/7/2003-4964/18 md.) İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu.
16. p) Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu.
17. r) İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, yapılma yeri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar.
18. s) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı ile sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
19. t) (Değişik: 30/7/2003-4964/18 md.) Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılabilen iş artışları ile iş eksilişi durumunda

karşılıklı yükümlülükler

20. u) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşme ile ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
21. v) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalıması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
22. y) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
23. z) Anlaşmazlıkların çözümü.." şeklindeki açıklamalar ile İhale neticesinde , ihaleyi kazanan ile imzalanacak sözleşmenin eki niteliğindeki idari ve teknik şartnamelerde yer alacak hususlara kısaca yer verilmiş, idari şartnamelerde isteklilere verilecek iş ile ilgili talimatların yer alacağı açıkça ifade edilmiştir.

Tüm bu bilgiler ışığında dava dosyası incelendiğinde; dosya kapsamında bulunan 05.04.2006 gün ve 2006/14691 numaralı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı İhale Komisyonu Kararı'ndan; "Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi" ihalesinin 4734 sayılı Kanun'un 19. Maddesine göre Açık İhale Usulü ile yapıldığı ve ihalenin 32173988,25 TL bedelle davacı şirkete ihale edildiği, bu şekilde ihaleyi davacı şirketin kazandığı ve davacı şirket ile dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı arasında 01.08.2006 tarihli "Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi İş Sözleşmesi"nin imzalandığı ve sözleşmenin 9. Maddesinde belirtildiği üzere idari şartnamenin kabul edildiği, söz konusu karara Güneş Albayrak Turizm Seyahat ve Ticaret AŞ ile Albayrak Turizm Seyahat İnş. Tic. A.Ş. tarafından yapılan şikayetin yine aynı komisyonun 07.02.2008 gün ve 2006/14691 sayılı kararı ile reddedildiği anlaşılmıştır.

Görüldüğü üzere, dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı tarafından, dava konusu "Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi,

Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi", 4734 sayılı Kanun'un 19. Maddesine göre gerçekleştirilmiş, dosya kapsamında bulunan sözleşme tasarısı idari ve teknik şartname taraflarca kabul edilmiş ve bu şekilde taraflar arasında hizmetin yürütülmesine ilişkin prosedür tamamlanmıştır. Hizmetin yürütülmesinde izlenecek usul ve esaslar, taraflar arasında imzalanan sözleşme ve bunun eki niteliğindeki idari ve teknik şartnameye göre üstlenildiğinden, davaya konu çalıştırılması ve Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na bildiri yapılması gerektiği iddia edilen 40 adet işçi yönünden tarafların sorumluluk ve yükümlülüklerinin bu metinler çerçevesinde irdelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

2- İhale Sözleşmesi ile İdari ve Teknik Şartnameler:

Dosya kapsamında bulunan 01.1144121.034 numaralı İstanbul Avrupa Yakasındaki Ana Arterlerin, Meydanların, Geçitlerin El İle Süpürülmesi, Temizlenmesi Ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi İşi Sözleşme Tasarısı başlıklı sözleşmenin 1. Maddesinde: "Bu sözleşme, bir tarafta İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı (bundan sonra "İdare" olarak anılacaktır) ile diğer tarafta C.-Ceyhan Nakliyat Petrol Turizm Seyahat İnş.Tic. ve San.Ltd.Şti + C. A.Ş. (bundan sonra yüklenici olarak anılacaktır) arasında aşağıda yazılı şartlar dahilinde akdedilmiştir." denilmek sureti ile ihalekararı gereği ihale üzerine kalan davacı şirketle , üstlenilen işin yürütülmesine izlenecek usul ve esaslarla ilgili iş bu sözleşmenin imzalandığı belirtildikten sonra;

Aynı sözleşmenin 'Sözleşmenin Ekleri' başlıklı 9. maddesinde; "İhale dokümanı, bu sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, İdareyi ve Yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihaledokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihaledokümanında yer alan hükümler esas alınır.

İhale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik

sıralaması aşağıdaki gibidir:

- a)İdari Şartname,
- b)Teknik Şartname,
- c)Sözleşme Tasarısı,
- d)Hizmet İşleri Genel Şartnamesi.

1. e) Standart formlar” denilmek sureti ile hizmetin yürütülmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere idari ve teknik şartnamelerde yer verileceğı belirtilmiştir.

Yine dosya kapsamında bulunan, Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi İşİ Teknik Şartnamesi'nin “ Çalışma Düzeni ve Personelle İlgili Hususlar” başlıklı Bölümünün, 1. maddesinde; “İstanbul Avrupa Yakası temizlik hizmetleri idare tarafından hazırlanan çalışma programları doğrultusunda yapılacaktır.” 2. Maddesinde; “ Elle temizlik işlerinde İdarenin belirleyeceği program dahilinde günde 8 saat vardiyalı olarak çalışılacaktır.” 5. maddesinde; “Söz konusu alanlarda yapılacak çalışmaların mükemmel bir şekilde yürütülebilmesi için personele yer temini yapılacak, yer teslimi tutanağı ile birlikte Yükleniciye kira karşılığı verilecektir. Yüklenici tüm bu yerlerin bakımından, personelin ihtiyacı olan her türlü malzemenin temininden sorumludur. Yıl sonunda tüm bu yerlerin kullanılabilir ve bakımlı olduğu bir tutanakla tespit edilecektir.” 7. maddesinde; “ Çalışan personelin aylık ücretlerine ait maaş bordroları, SSK bildirgeleri düzenli olarak ay başında Yüklenici tarafından idareye ibraz edilecektir.” 22. maddesinde; “Düzenlenecek çalışma programı ve belirlenen eleman istihdamı idarenin onayı alınmadan azaltılıp çoğaltılamaz vardiya değişiklikleri ve vardiya sayısı hakkında idareye sürekli bilgi verilecektir. Verilmemesi halinde günde 100 YTL ceza kesilecektir.” şeklindeki düzenlemeler ile, üstlenilen işin yürütülmesinde istihdam edilecek personelin temel nitelikleri belirlenmiş ve

yüklenici şirketin Belediye Başkanlığı tarafından hazırlanacak program ve belirlenen eleman istihdamı ile bağlı olduğu açıkça ortaya konulmuştur.

Yine dosya kapsamında bulunan, Avrupa Yakası Ana Arterlerinin Meydanlarının Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi İşi İdari Şartnamesi'nin "İhaleye Katılmaya İlişkin Hususlar" başlıklı 2. Bölümünün, ' İsteklinin Organizasyon Yapısına ve Personel Durumuna İlişkin Belgeler' alt başlıklı 7.3.2. maddesinde; "İstekli, işe başlama tarihinden itibaren aşağıda adet ve unvanları belirtilen Toplam 550 kişi çalıştırdığına veya çalıştıracığına dair taahhütname verecektir.

İsteklinin kendisinin veya yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgelerin verilmesi zorunludur.

Adet

Mesleki Unvanı

47

E Sınıfı Sürücü Ehliyetine sahip Şoför

25

En az B Sınıfı Sürücü Ehliyetine sahip Şoför

6

Vardiya Amiri

5

Ekip Sorumlusu

467

Temizlik İşçisi

Ayrıca 1 adet Doktor (Pratisyen veya Uzman Doktor) haftada 2 yarım gün (Salı,Perşembe) olmak üzere iş yerinde görev yapacaktır.

İstekli kendisinin veya yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelin eğitimini ve mesleki niteliklerini gösteren belgelerini verecektir.” şeklindeki düzenleme ile, sözleşme gereğince, üstlenilenihalenin yürütülmesinde çalıştırılacak işçinin sayısı ve niteliği belirtilmiştir.

Taraflar arasındaki ihtilafın temelinde de ,idari şartnamenin belirtilen maddesindeki bu düzenleme yer almaktadır. Zira, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcı olduğunu ve bu nedenle davacının çalıştırması gerekip çalıştırmadığı işçiler yönünden de prim bildirdesinde bulunması ve ek prim tahakkuk ettirilmesi gerektiğini iddia etmekte iken, davacı şirket dava dışı Belediye Başkanlığı'nın teknik şartnamede belirtildiği şekilde yapılan talimatı ile gerçekleştirilen personel sayısındaki değişiklik nedeni ile çalıştırmadığı işçiler nedeni ile ek prim bildirdesi vermekle yükümlü tutulmasının ve kendisinden ek prim tahakkuku istenmesinin hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır. Bu noktada da, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın davaya konu işlemlerinin hukuki niteliği ve dayanaklarınının açıklanması, davanın esasına yönelik son değerlendirmeye geçilmeden önce faydalı olacaktır.

3-Sosyal Güvenlik Kurumu işlemlerinin hukuki niteliği ve dayanakları:

Davalı kurum, davacı şirket hakkında, hüküm ihtilafına konu olan iki işlem tesis etmiştir. Bunlar; davacı şirket tarafından kurumda çalıştırılması gerekip bildirim yapılmayan işçilere ilişkin 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine

ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararı ile davalı kurumun ihale şartnamesine göre çalıştırması gereken işçilere ilişkin olarak ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesine ilişkin 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı kararı ile bu karara kaşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı kararıdır

20. a) 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararı:

Bahsi geçen 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararda; "4 4942 01 01 1144121 034 28-68/000 sicil numaralı işyeriniz ile ilgili olarak (1/a) maddede belirtilen yükümlülüğü yerine getirmediğiniz anlaşıldığından, tarafınıza 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 102 nci maddesine istinaden 22.631,00TL tutarında idari para cezası uygulanmıştır.

Söz konusu idari para cezasının tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Müdürlüğümüz veznesine veya Müdürlüğümüzün aşağıda gösterilen banka hesaplarına ödenmesi gerekmektedir.idari para cezalarının verilme nedenleri ne ilişkin açıklamalar.miktarlarının hesaplanması, itiraz mercii ve diğer bilgiler arka sayfadadır

Bilgi edinilmesini rica ederim." denilmek sureti ile davacı şirketin üzerine düşen bildirim yükümlülüğünü yasal süresi içinde yerine getirmediği gerekçesi ile hakkında idari para cezası verildiği ,bahse konu idare para cezasına ilişkin kararın alt kısmında, kararın 5510 sayılı Kanun'un 8. Maddesine dayalı olarak verildiği belirtilmiştir.

İdari Para Cezası İtiraz Komisyonu, itiraz üzerine verdiği 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararında; "İşverenin, ihale ilgili idari şartnamenin 7.3.2.1 paragrafında söz konusu işlerin yapılması için aşağıda unvanları belirtilen 551 adet personelin çalıştırılması istenmektedir. Bunlar;

- > 72 adet Şoför
- > 6 adet Vardiya Amiri
- > 5 adet Ekip Sorumlusu
- > 467 adet Temizlik İşçisi
- > 1 adet Doktor çalıştırılacağı belirtilmiştir

-İhale makamının 23.07.2009 tarih 823459-1476 sayılı yazılarında belirtilen işin ifası için çalıştırılan personelin nitelikleri dikkate alınarak kuruma bildirilenler ile karşılaştırılması, bildirilmeyenlerle ilgili ek tahakkuk yapılırken bildirilmeyen sigortalılarla ilgili işe giriş bildirgesi verilmemesi ile ilgili idari para cezası uygulanması gerektiği kanısına varıldığı belirtilmiştir.

Mülga 506 sayılı yasanın 79. maddesinin yedinci fıkrasında "Fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup, bu kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi halinde, bu belgeler kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir." Hükmünün yanı sıra Mülga Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 38. maddesinin (a) bendinde; " Şu kadar ki, işin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise öncelikle bu sigortalıların adam / gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırma sonucunda Kuruma Bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir tebligat ile işverenden istenir. Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi halinde bu belgeler Ünitece resen düzenlenir." İfadeleri bulunmaktadır.

İlgili mevzuat çerçevesinde anılan raporda önerilen şekli ile İhale makamının 23.07.2009tarih 823459-1476 sayılı yazısı

ekinde gönderilen vasıflan dökümlendirilen personel listelerinin Kurumumuza Aylık Prim ve Hizmet Belgeleri ile bildirim yapılan çalışanların karşılaştın İması neticesinde eksik bildirildiği tespit edilen vasıflı 40 personel için mülga 506 sayılı yasanın 9. maddesinde belirtilen yükümlülüğün yasal süre zarfında yerine getirilmemesi fiili için aynı yasanın 140/b maddesi gereği her bir sigortalı için bir asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanmıştır.” şeklindeki gerekçesi, uygulanan idari para cezasının, eksik bildirim yapıldığı tarih itibari ile yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun’un 9. maddesi, 79. maddesi ve 140/b maddesi gereğince hukuka uygun olduğunu belirterek, yapılan itirazı reddetmiştir.

Her ne kadar 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararında, cezanın 5510 sayılı Kanun’un 8 ve 102. maddeleri gereğince verildiği belirtilmiş, itiraz üzerine komisyon tarafından yapılan değerlendirmede cezanın mülga 506 sayılı yasanın 9. maddesinde belirtilen yükümlülüğün yasal süre zarfında yerine getirilmemesi nedeni ile aynı yasanın 140/b maddesi gereği uygulandığı belirtilerek çelişkiye düşülmüş görülüyor ise de, söz konusu yanlışlığın idari para cezası kararının matbu metin halinde düzenlenmesinden kaynaklandığı, keza cezaya esas eksik işe giriş bildirgesine esas 2006 yılı 8. Ay, 2007 yılı 7. Ay 2008 yılı 1., 2. ve 3. ayı itibari ile 5510 sayılı Yasa’nın 108. maddesi gereğince henüz 5510 sayılı Yasa’nın yürürlükte olmadığı, bu nedenle uygulanan idari para cezasının 506 sayılı Yasa’nın 9,79 ve 140. maddelerine dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

1. b) 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesine ilişkin karar ile bu karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı karar:

Bahsi geçen 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesine ilişkin kararda; “Merkezimizde 4 4942 011144121 034 28 68 sayılı dosyada işlem

gören işyerinizin 01.08.2006-31.12.2008 devresinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Çevre Koruma Ve Kontrol Daire Başkanlığı Atık Yönetim Müdürlüğüne ikmal etmiş olduğunuz Avrupa Yakası Ana Arterleri Meydanları Geçitlerin El ile Süpürülmesi, Temizlenmesi ve her türlü Görüntü Kirliliğinin giderilmesi işi ile ilgili Kurumumuz Müfettişlerince tanzim olunan 31.03.2009 tarih 20102/İNC/15 sayılı rapora istinaden;

İhale ile ilgili idari şartnamenin 7.3.2.1 paragrafında belirttiği teknik elaman ve sayılarına yine aynı şartnamenin 26.3. maddesinde belirttiği ücretleri ödemesi istenmesine karşın, yapılan incelemede anılan nitelikteki personelle ilgili 2006/08, 2007/05-12, 2008/01-07, 09,10,11,12 dönemlerinde eksik sigortalı bildirimini kadar ek tahakkuk yapılmıştır.

Aşağıda belirtilen 221.718,29TL asıl 85.925,15TL gecikme zammı olmak üzere toplam; 304.643,47 TL borcun bir aylık süre içinde ödenmemesi halin m 31.05.2006 tarih 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 88. m. pidesi hükümlerine göre tahsili cihetine gidilecektir."denilmek sureti ile, eksik sigortalı bildirimine bağlı olarak ek prim tahakkuku yapıldığı belirtilmiştir.

Prim İtiraz Komisyonu, itiraz üzerine verdiği 18.11.2009 tarih ve 2009/2 sayılı kararında; "İşverenin, ihale ilgili idari şartnamenin 7.3.2.1 paragrafında söz konusu işlerin yapılması için aşağıda unvanları belirtilen 551 adet personelin çalıştırılması istenmektedir, Bunlar;

> 72 adet Şoför

> 6 adet Vardiya Amiri

> 5 adet Ekip Sorumlusu

> 467 adet Temizlik işçisi

> 1 adet Doktor çalıştırılacağı belirtilmiştir

– Yine idari şartnamenin 26.3, paragrafında bu personele ödenen asgari ücretler belirtilmiştir. Buna göre;

Temizlik İşçilerine brüt asgari ücretin %119 fazlası,

Ekip Sorumlusu – Şoförler brüt asgari ücretin %171 fazlası,

Vardiya Amiri brüt asgari ücretin %198 fazlası, ödeme yapılacağı belirtilmektedir.

– İhale makamınının 23.07.2009 tarih 823459-1476 sayılı yazılarında belirtilen işin ifası için çalıştırılan personelin nitelikleri dikkate alınarak kuruma bildirilenler ile karşılaştırılması, bildirilmeyenlerle ilgili ek tahakkuk yapılırken bildirilmeyen sigortalılarla ilgili işe giriş bildirgesi verilmemesi ile ilgili idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatine varıldığı belirtilmiştir.

Mülga 506 sayılı yasanın 79. maddesinin yedinci fıkrasında” Fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalıca ait olup, bu kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi halinde, bu belgeler kurumca re’sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir,” Hükmünün yanı sıra Mülga Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğininin 38. Maddesinin (a) bendinde; “Şu kadar ki, işin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise öncelikle bu sigortalıların adam / gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırma sonucunda Kuruma Bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir tebligat ile işverenden istenir. Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi halinde bu belgeler Ünitece resen düzenlenir.” İfadeleri bulunmaktadır.

İlgili mevzuat çerçevesinde anılan raporda önerilen şekli ile İhale makamınının 23.07.2009 tarih 823459-1476 sayılı yazısı

ekinde gönderilen vasıflan dökümlendirilen personel listelerinin Kurumumuza Aylık Prim ve Hizmet Belgeleri ile bildirim yapılan çalışanların karşılaştırılması neticesinde eksik bildirildiği tespit edilen vasıflı personel sayılan kadar ilgili idari şartnamenin 26.3 paragrafında belirtilen ücretler üzerinden ek tahakkuk yapılmıştır.” şeklindeki gerekçesi ile davacı şirketin itirazının reddine karar vermiştir

Görüldüğü üzere, davaya konu iş bu kararda, davalı idare, eksik bildirim tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun’un 79 ve mülga Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin 38. Maddesine göre değerlendirme yapmıştır

1. c) Davaya konu işlemlerin hukuki dayanakları:

Davaya konu işlemleri ayrı ayrı incelerken her birinin , eksik bildirimde bulunduğu tespit edildiği tarih itibari ile değerlendirmeye alınarak 506 sayılı Yasa’nın 9,79 ve 140. Maddeleri ile yine 506 sayılı Yasa döneminde yürürlükte bulunan 16.01.2004 gün ve 25348 sayılı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 38. Maddesine dayalı olarak tesis edildiğini belirtmiştir.Bu başlık altında söz konusu düzenlemelere ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından uygulanış biçimine yer verilecektir.

16/06/2006 tarih ve 26200 S.R.G. de yayımlanan 31/05/2006 tarih ve 5510 sayılı kanunun 106. maddesi ile mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun ‘Çalışan Sigortalıları Bildirme’ başlıklı 9. maddesinde; “(Değişik fıkra: 25/08/1999 – 4447/2 md.) İşveren çalıştıracığı kimseleri, işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgeleriyle Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iadeli-taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür. İnşaat işyerlerinde işe başlatılacak kimseler için işe başlatıldığı gün Kuruma veya iadeli-taahhütlü olarak postaya verilen işe giriş bildirgeleri ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilen işyerlerinde işe alınan işçiler için en geç bir ay içinde Kuruma verilen veya

iadeli-taahhütlü olarak gönderilen işe giriş bildirgeleri de süresi içinde verilmiş sayılır.

(Ek fıkra: 14/07/1999 – 4010/1 md.) Dışişleri Bakanlığının sigortalı olarak yurtdışı göreve atanan personeli için işe giriş bildirgeleri ise, Kuruma en geç üç ay içinde gönderilir.” denilmek sureti ile işverenin işçisini kuruma bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 5510 sayılı Yasa ile mülga 140/b maddesinde de bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işverene her bir sigortalı için aylık asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir.

16/06/2006 tarih ve 26200 S.R.G. de yayımlanan 31/05/2006 tarih ve 5510 sayılı kanunun 106. maddesi ile mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 'Prim Belgeleri' başlıklı 79. maddesinin 7.fıkrasında; “(Değişik fıkra: 29/07/2003 – 4958 S.K./37. md.) Fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden ya da kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı tespit edilen sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca resen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir.” denilmek sureti ile işverenin prim belgelerini verme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünün ihmali halinde uygulanacak usuli yol belirlenmiştir.

28.08.2008 gün ve 26981 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Sosyal Sigorta İşlemler Yönetmeliği'nin 133. Maddesi ile mülga ve fakat davaya konu eksik bildirim tarihinde yürürlükte bulunan 16.01.2004 gün ve 25348 sayılı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 38. Maddesinin 2. Fıkrasında;” Şu kadar ki, işin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise, öncelikle bu sigortalıların adam/gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırmanın sonucunda kuruma bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir

tebligat ile işverenden istenilir. Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi halinde bu belgeler Ünitece resen düzenlenir. Belgelerin Ünitece düzenlenmesinin mümkün olmadığı hallerde ise birinci paragrafta öngörüldüğü gibi işlem yapılır.” denilmek sureti ile, sözleşme gereğince çalıştırılacak işçi sayısının belirli olduğu durumlarda işe giriş bildirgelerinin ne şekilde denetleneceği düzenlenmiştir.

Adı geçen Yönetmeliğin 38. Maddesinin ne şekilde yorumlanması gerektiği Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 2009/23 sayılı genelgesinde açıklanmış ve “Devredilen SSK Başkanlığınca çıkarılan 16-118 Ek sayılı Genelgenin “VIII-Kuruma Yeterli İşçiliğin Bildirilmiş Olup Olmadığına İlişkin Araştırma” başlıklı bölümünün “2- İhale Konusu İşin Sözleşmesinde Çalıştırılacak Sigortalı Sayısı Belli İse 16-128 Ek Sayılı Genelgede Belirtildiği Üzere Ve Yönetmeliğin 38 İnci Maddesinin (A) Fıkrasının İkinci Bendinde Açıklandığı Gibi İşlem Yapılacaktır.” Bölümünde;

“Hizmet ihalelerine ilişkin sözleşmelerde çalıştırılacağı öngörülen sigortalıların işin süresince adam/gün sayısı üzerinden bildirilmiş olup olmadığı araştırılacak ve;

a-Kuruma bildirilmiş olduğunun anlaşılması halinde araştırma yapılmayacaktır. b-Sözleşmelerdeki işçi sayısının altında bir bildirim varsa, ihale makamları ile temasa geçilerek nedenleri ile Kurumumuza verilmiş olan prim belgelerinin ihale makamlarına da verilmiş olup olmadığı, verilmiş ise bu belgelerde kayıtlı sigortalıların dışında başka sigortalı çalıştırılıp çalıştırılmadığı sorulacak, sonuçta, belgelerde kayıtlı sigortalıların dışında sigortalı çalıştırıldığı saptanırsa, öncelikle, sigortasız olarak çalıştırıldığı anlaşılan kişilerle ilgili Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinin verilmesi işverenlerden bir ay süreli bir tebligatla istenilecektir.

İhale makamlarınca bildirilen bilgilerde sigortalı sayısının yanı sıra sigortalıların kimlikleri de yer almışsa, işverence

verilen belgeler işleme alınacak, buna karşılık yalnızca sigortalı sayısı belirtilmiş ise, bu kez sigortalı işe giriş bildirelerinin verilmiş olup olmadığı üzerinde durulmaksızın işverence verilen belgede kayıtlı primlerin tahsiline başvurulacak, ancak bu durumda mutlaka belgedeki sigortalıların çalışmalarının sahte olup olmadığına yönelik olarak inceleme istenilecektir.

İhale makamlarınca bildirilen bilgilerde sigortalı sayısının yanı sıra sigortalıların kimlikleri de yer almışsa ve istenilen belgeler tebligata rağmen işverence verilmemiş ise, Ünitelerimizce sigorta primine esas kazancın alt sınırı üzerinden re'sen düzenlenecektir. Buna karşın, belgelerin Kurumca re'sen düzenlenmesine elverişli bilgilerin olmaması durumunda, bu defa Yönetmeliğin 38'inci maddesinin (a) fıkrasının birinci bendinde belirtildiği gibi (istihkak tutarına asgari işçilik oranının % 25 eksiği uygulanmak suretiyle) işlem yapılacaktır. Dolayısıyla, 16-128 Ek sayılı Genelgenin 2 nci maddesinin son paragrafı bu şekilde uygulanacaktır.

Öte yandan, Yönetmeliğin 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen uygulama, sadece hizmet ihaleleri ile sınırlı olmayıp, sözleşmesinde çalıştırılacak işçi sayısına yer verilmiş olan diğer ihale konusu işler için de geçerli olacaktır." (28/08/2008 tarihli Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 133' üncü maddesinde, devralınan kurumlar tarafından çıkarılan ve bu Yönetmeliğin kapsamına giren hususları düzenleyen yönetmeliklerin, Kanuna ve bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği belirtildiğinden söz konusu genelgenin belirtilen düzenlemelere aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilmektedir)

Hükümleri belirtilmiştir.

Bu itibarla; sözleşmelerinde çalıştırılacak kişi veya kişi/gün sayıları belli olan ihale konusu işlerle ilgili olarak

yukarıda belirtilen düzenlemelere uygun davranılması; Ünitece hesaplanan borcun yapılan tebligata rağmen ödenmeyeceğinin bildirilmesi veya tebligatta belirtilen sürede bildirimde bulunulmaması halleri hariç, ilişiksizlik belgesi uygulaması ile ilgili olarak Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Grup Başkanlıklarından asgari işçilik incelemesi yapılması için denetim talebinde bulunulmaması; belirtilen işlerle ilgili olarak çalışanların tespit edilmesi, sahte sigortalılığın araştırılması gibi 23/02/2009 tarihli ve 2009/31 sayılı Genelge kapsamındaki denetim taleplerinin ise sosyal güvenlik kontrol memurlarına intikal ettirilmesi gerekmektedir.” şeklindeki düzenleme ile, ihale makamı ile yapılan sözleşmede çalıştırılacak işçi sayısının belirli olması halinde yapılacak işe giriş bildiriminde bu sayının aranacağı, eksiklik halinde söz konusu eksikliğin ihale makamınca doğrulanmış olup olmadığına bakılacağı, doğrulanmış ise bunun üzerinde durulmayacağı, ancak doğrulanmamış ise 16.01.2004 gün ve 25348 sayılı Yönetmeliğin 38. Maddesi ile bu yönetmeliği yürürlükten kaldıran 28.08.2008 gün ve 26981 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 117 ve 119. maddeleri gereğince işlem yapılması gerektiği, belirtilen işlerle ilgili olarak çalışanların tespit edilmesi, sahte sigortalılığın araştırılması gibi 23/02/2009 tarihli ve 2009/31 sayılı Genelge kapsamındaki denetim taleplerinin sosyal güvenlik kontrol memurlarına intikal ettirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

1. d) Davaya konu işlemlerin dosyada bulunan bilirkişi raporu çerçevesinde değerlendirilmesi:

Bu başlık altında, Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin 2010/52 Esas sayılı dosyasında bulunan bilirkişi raporunun, sadece hüküm uyumsuzluğuna konu ihtilafa ilişkin kısımları incelenecektir.

Bakırköy 4. İş Mahkemesi 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı dosyasında bulunan hukukçu bilirkişi Av. Zafer Yeğin ile Mali Müşavir Bilirkişi Cengiz GÜNEŞ tarafından düzenlenen raporun “Değerlendirme ve Tespitler” başlıklı

kısımının A bendinde; “Yapılan işin mahiyeti değerlendirildiğinde her zaman aynı sayıda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan işler olduğu, bu işler işyerlerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçi sayısı yılın belirli dönemlerinde yoğunlaşması, belirli dönemlerde azalması işin özünden kaynaklıdır. Nitekim Teknik şartnamenin “çalışma düzeni ve personelle ilgili hususlar” başlığını taşıyan 3.1.1 maddesi, “İstanbul Avrupa Yakası temizlik hizmetleri idare tarafından hazırlanan çalışma programları doğrultusunda yapılacaktır.” 2. maddesi “Elle temizlik işlerinde idarenin belirleyeceği program dahilinde günde 8 saat vardiyalı olarak çalışılacaktır” 7. madde ise “Çalışan personelin aylık ücretlerine ait maaş bordroları, SGK bildirgeleri düzenli olarak her ay başında yüklenici tarafından idareye ibraz edilecektir.” 9. maddesi “Elle temizlik yapılan alanlarda Katı Atık Yönetimi Müdürlüğü gerektiğinde değişiklik yapma yetkisine sahip olup, yapılan bu değişikliklere yüklenici uymak zorundadır.” maddesi ise: “Gündelik işçi kesinlikle çalıştırılmayacak çalıştırılan tüm personelin aylık ücret ve SGK(SSK) bildirgeleri düzenli olarak idareye ibraz edilecektir. Kontroller sırasında kurallara uyulmadığının tespit edilmesi halinde personel başına 70.YTL ceza kesilecektir.” maddesi ise; “Düzenlenecek çalışma programı ve belirlenen eleman istihdamı idarenin onayı alınmadan azaltılıp çoğaltılamaz, vardiya değişiklikleri ve vardiya sayısı hakkında idareye sürekli bilgi verilecektir. Verilmemesi halinde günde yüz YTL ceza kesilecektir.” Hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlere dikkat edildiğinde davacı yüklenicinin çalışma koşullarının ihale makamı tarafından sıkı denetim koşullarına tabi tutulduğu görülmektedir. Bu hükümler çerçevesinde görülmekte olan uyuşmazlık ele alındığında; İhale makamının iş programını belirleme, çalışan sayıları ve vasıfları ile ilgili değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu açıkça görülmektedir. Davacı müteahhit bir kamu Arakamı olan iş sahibi Büyükşehir Belediyesinin emir ve talimatlarına uygun davranmakla yükümlü kılınmıştır. Öyle ise İhale makamının talimatlarına uygun davranan yüklenici yükümlülüklerini yerine

getirmiş olacaktır.

Davaya konu işle ilgili davacı defter ve kayıtları incelendiğinde personel ile ihale makamı tarafından davacı aleyhine tahakkuk ettirilmiş bir cezaya rastlanmamıştır. Davacı kayıtlarında sigortalı sayısı- çalışma süresi- prime esas asgari ücret tutarının altında bildirim söz konusu olmamaktadır.” şeklindeki açıklamalar ile, davacı ile dava dışı Belediye Başkanlığı arasında gerek teknik ve gerekse de idari şartnameye aykırı bir davranış ya da yükümlülüğün ihlali sebebine dayalı bir işlemin gerçekleşmediği, işin niteliği gereği, ihale eden kurumun istemleri doğrultusunda işçi sayısında değişikliğin yapılabileceği ve buna ilişkin yüklenici işlemlerinin Belediye Başkanlığı tarafından hukuka aykırı ya da sözleşmeye aykırı bulunmadığı tespitine yer verilmiştir.

Raporun ilgili bölümünün B bendinde; “İşin Avrupa Yakası Ana Arterleri Meydanları Geçitlerin El ile süpürülmesi, temizlenmesi ve her türlü görüntü kirliliğinin giderilmesi işi ile ilgili İhale Komisyonu kararıyla yapılan sözleşme ile akdin kesinleştiği, ihale makamınca istihkaklara göre işçilik beyanı yapıldığı, ücretlerin giydirilmiş ücret olduğu, ücretlerin içinde brüt maaşa ilave olarak kıdem tazminatı, yemek yol giderlerinin yer aldığı ve bu durumun pratik ticari teamüllere uygun olduğu, gibi ihale şartnamesi ve ihale sözleşmesine de uygun düşmektedir. İhale şartnamesine göre belirtilen hususların idare tarafından belirlenmesi ve yönlendirilmesi ve denetimi sonucu ihaleyi alan müteahhidin çalışma gün- saat gibi çalışma sistemini belirlemesi tamamen ihale makamının emir ve talimatlarına bırakılmıştır. Davacı işi ihale makamının denetiminde gerçekleştirildiğinden, personel sayısındaki farklılıktan ya da işçilik bildirim miktarından direkt olarak müteahhidi sorumlu tutmak, şartname ve sözleşme koşullarına göre mümkün değildir. Şartnameye göre hareket edip etmediği ilk denetleme ihale makamının sorumluluğundadır. Zira Hak edişlerin, işçilik bildirimlerinin

denetimi, yapıldıktan sonra hak ediş ödemeleri yapılmaktadır. İhale Makamı davacı müteahhide personel düzenine aykırılıktan dolayı herhangi bir ceza tahakkuk ettirmediğine göre davalı kurumun 123 sayılı Genelgesi de dikkate alınarak artık SGK'nın müteahhidin sigortalı sayısı vs. gibi hususları tartışma konusu yapmaması gerektiği kanaati doğmuştur.” şeklindeki kanaati ile, ihale eden makam ile yüklenici firma arasında çalıştırılan işçi ve bu işçilerin işe yeterliliği konusunda çıkan bir ihtilaf ya da yüklenici firmaya uygulanan bir ceza olmadığından, bu durumun davalı kurumun 123 sayılı Genelgesi de dikkate alınarak, ek prim tahakkuku ve ceza uygulanması konusunda Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından dikkate alınmaması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim Yukarıda Esasa İlişkin İnceleme Ana başlığının 3 numaralı alt başlığı altında yer alan 'c' bendinde söz konusu 2009/123 sayılı genelge ayrıntılı olarak incelenmiş ve bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, sözleşmede belirtilen işçi sayısı ile bildirim arasında farklılık görülmesi halinde, ihale eden kurumun duruma ilişkin bilgisine başvurulması ve cevabına göre hareket edilmesi gerektiği hususları tespit edilmiştir. Bu kapsamda dosyada yapılan inceleme neticesinde, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile ihale eden İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı arasında yapılan yazışmalarla bilgi istendiği, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı'nın 26.03.2009 gün ve 642 sayılı yazı cevabında konu ile ilgili olarak, “Çalışan bütün personelin işin başlama ve bitiş tarihi arasında bilfiil çalışıyor olması gerekmekte olup; her bir personele vasıflarına göre ödenecek ücretler İdari Şartname'nin.26.3 ve 26.5. maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Yüklenicinin personeline ödediği maaşı gösterir bordrolar ve ödediği SSK primine ait bildireler aylık olarak düzenlenmiş şekilde yükleniciden temin edilerek ekte sunulmuştur (Ek4).İhale konusu işte Yüklenici tarafından çalıştırılan işçilerle ilgili olarak İdaremizce puantaj kaydı tutulmamıştır.” denilmek sureti ile ihale konusu iş ile ilgili yapılan tüm personel işlemlerine, işçinin işyerinde fiilen çalışması koşulunun arandığı açıkça belirtilmiştir.

Yine dosya içinde bulunan ve dava dışı İstanbul Belediye Başkanlığı tarafından davacı şirkete gönderilen 18.05.2007 gün ve 1327 sayılı yazıda "İlgi ihale karan ile C. Lojistik Ticaret A.Ş. + C. A.Ş. iş ortaklığı uhdesinde kalan "İstanbul Avrupa Yakası Ana Arterlerin, Meydanların, Geçitlerin El İle Süpürülmesi Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi" işi kapsamında İdare tarafından hazırlanan iş programındaki değişiklik doğrultusunda personel sayısının yeni programa göre uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir./Bu sebeple mevcut personel sayısının azaltılması hususunda gereğini rica ederim." denilmek sureti ile de işin niteliğine göre yüklenici şirkete personel sayısında değişiklik yapılması konusunda talimatlar verildiği görülmüştür. Buradan hareketle Mahkememizce de, bilirkişi raporunun ilgili B ve I bentlerinde belirtilen tespit paylaşılmak sureti ile, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 2009/123 sayılı Genelgesinde belirtildiği şekilde dava dışı İhale eden kurum İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı ile davacı şirket arasında çalıştırılan personel sayısı ve niteliği konusunda bir ihtilafın olmadığı ve bu sayının değişebilir nitelikte olup, idari şartnamenin 7.3.2. maddesinde belirtilen sayının bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Raporun ilgili bölümünün C bendinde; "İhale dosyasının ihaleye çıkartılırken ihale makamınca hesaplanan işin yapılabirlik bedeli (keşif miktarı) hesabında maliyetlerin her bir kalem ayrı ayrı değerlendirilerek fiyatlandırıldığı, bunlardan işçiliğin en önemli kalem olduğu, sözleşmedeki çalıştırılması istenen işçi ile bu işi yapanlara ödenecek ücretlerin sözleşmeye göre birim fiyatları alınarak hesaplandığı görülmüştür. İstihkakların düzenlenmesi sırasında her zaman dikkate alındığı fiyat farkı olarak işi alan firmaya ödendiği, ihale makamının ilgili firma ile hiçbir sıkıntı -uyuşmazlık yaşamadığı görülmüştür. Kamu İhale Kurumu Genel Tebliğinin 78.11 maddesinde "İdareler, sözleşmenin uygulanması aşamasında aylık prim ve hizmet belgelerindeki prim oranının prim tarifesine uygun olup olmadığını kontrol ederek, hakediş

ödemelerini yapacaklardır.” diyerek personel çalıştırılmasına tabi işlerde idareler aylık olarak yüklenicinin SGK bildirelerini sözleşmeye uygun düzenlemesini kontrole görevli kılınmıştır. Yani uyuşmazlığın çıktığı ihale konusu iş ile ilgili bütün SGK bildireleri bizzat ihale makamınca denetlenmiş, uygun bulunduktan sonra davalıya verilmiş olduğundan davacıya atfı kabil bir kusur olamayacağı kanaati doğmuştur.” şeklindeki tespitleri ile, işe giriş bildirelerinin ve çalıştırılan işçinin sayısında ihale eden kurum ile yüklenici şirket arasında bir problem olmadığına tekrar değinilmiş ve Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 2009/123 sayılı genelgesi doğrultusunda açıklamalar yapılmıştır.

Raporun ilgili bölümünün D bendinde; “İşverenin ihale ile ilgili idare şartnamenin 7.3.2.1 paragrafında söz konusu işlerin yapılması için 551 adet personelin çalıştırılması istenmiş, 72 adet Şoför- 6 adet Vardiya Amiri- 5 adet Ekip Sorumlusu- 467 adet Temizlik İşçisi- 1 adet Doktor çalıştıracağı belirtilmiş olup, yine idari şartnamenin 26.3 paragrafında bu personele ödenecek asgari ücretler belirtilmiştir. Temizlik İşçilerine brüt asgari ücretin % 119 fazlası- Ekip Sorumlusu – Şoförler brüt asgari ücretin %171 fazlası Vardiya Amiri brüt asgari ücretin %198 fazlası ödeme yapılacağı belirtilmektedir. Davacının İhale makamına vermiş olduğu ve ihale sözleşmesinin kurulmasına esas alman 05.04.2006 tarihli teklif mektubu incelendiğinde Teklif mektubunun 1. maddesinde davacının açıkça” Taahhüdün yerine getirilmesine ilişkin olarak idari şartnamede teklif fiyata dâhil olması öngörülen bütün masraflar teklifimize dahildir” demiş olduğu görülmekte ve teklif mektubunun ekinde yer alan “Birim Fiyat Teklif Cetveli”n de yer alan listede ise teklif birim fiyatlara esas rakamları teklif olarak vermiştir.

Davacı İhale makamından toplam 28 Hakedişte toplam 36.981.654, 25.- TL almış, ihaledokümanlarına göre bildirilmesi gereken işçilik 23.084.138,66.TL iken davacı, kayıtlarında ise

25.174.457,15.TL .- İşçilik bildirimini yer almıştır.

Aşağıda açıkça görüleceği üzere Davacı ihale dokümanındaki hesaplara göre 2.090.318,49 TL fazla işçilik bildiriminde bulunmuştur.

Hakkediş adedi	Toplam Hakkediş	Firma kayıtlarında işçilik Maliyeti	İhale dokümanında işçilik	Genel Fark
28	36.981.654,25	25.174.457,15	23.084.138,66	2.090.318,49

Yine davacı kayıtları incelendiğinde ise aşağıdaki tablo ile karşılaşılmaktadır.

toplam Hakkediş adedi	İhale Dokümanında personel adedi	İhale Dokümanında personel adedi / Ay	Fiili Çalışan personel adedi	Fiili Çalışan personel adedi /Ay
28	550	15.400	597	16.736

Bu tabloya göre davacının ihale dokümanından toplamda 1336 adet/ay fazla bildirimde bulunmuş olup buda 40.080 gün/prim'e tekabül etmektedir.

Ayrıca Teftiş Raporunun ekinde yer alan İşyeri Kayıt Tetkik Tutanağınının 8. sayfasında bir temizlik işçisinin Birim Fiyat Teklif Cetveline ve 26.3'e göre maliyet analizi detaylı olarak yapılmıştır. Bu tabloda da görüldüğü üzere İdari Şartnamenin 26.3 maddesinde ve ihale dokümanlarında istenen ve belirtilen koşullar sağlanmıştır. Müfettiş raporunda ihale makamının iş programı vs sair düzenlemeleri ile çalışan adetlerinde yaptığı değişikliğin fiili duruma etkisi alınmadan farazi bir hesap yaptığı tespit edilmiştir. Ayrıca Teftiş raporunda işçilik

hesaplamasında SGK priminin hesaplanmasında dikkate alınmayan kalemler atlandığı tespit edilmiştir. Nitekim İhale makamının Davacıya gönderdiği 26.02.2010 ve 126 99 44(444) sayılı yazısında **İdari şartnamenin 26.3 maddesinde belirtilen personellere ait maliyetlere dahil olan kalemler bürüt maaş, kıdem tazminat kesintisi, yemek yol (aynı yapılması opsiyonel), iş kanuna göre çalışanın yasal hakkı olan haftada bir günlük izin ücreti ve genel giderler teklif fiyatına dahil edilmiş olup sözleşmenin imzalanmasından sonra tarafınıza verilmiş olan ihale işlem dosyası içerisinde gerekli bütün bilgi ve belgeler mevcuttur.**İdarenin resen tahakkuk işlemi ise bu ilkeler hiç dikkate alınmamıştır. Oysaki İhale makamı iş programlarında yaptığı değişiklik ile dönemsel olarak temizlik işçisi sayısını artırarak veya azaltılarak toplam işçilik bildiriminde kayba sebep olmadan ihale konusu işin mevcut bütçe içinde yapılmasını sağlamıştır.

Yekûn toplamlarda SGK idaresine asgari bildirilmesi gereken ile Şirketin bildirdiği arasında pozitif farkın olduğu görülmektedir.” şeklindeki açıklamalarla, davacı şirket tarafında üstlenilen işin yürütülmesi kapsamında dönemsel artış ve azalışlar dikkate alındığında 597 adet işçinin çalıştırıldığını, buna karşılık davacı şirketin 2.090.318,49 TL fazla işçilik bildiriminde bulunduğu bildirilmiştir. Peki davacı şirket tarafından fazla işçi çalıştırılmasına ve bunun için fazla bildirimde bulunulmasına rağmen, eksik işçi çalıştırıldığı tespiti neye göre ve nasıl yapılmıştır. Bu sorunun cevabı için davaya konu işlemlerin sebebini oluşturan 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna bakılması gerekmektedir. Nitekim Söz konusu Başmüfettiş Raporunun davaya konu işlemlere dayanak teşkil eden ‘Not’ şeklinde el yazısı ile belirtilen kısmında; “İhale Makamının 23.07.2009 tarih 823459-1476 sayılı yazısında belirtilen işin ifası için çalıştırılan personelin nitelikleri dikkate alınarak, Kuruma bildirilenlerle karşılaştırılması, bildirilmeyenlerle ilgili ek tahakkuk yapılırken, bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili işe giriş bildirgesi

verilmemesi ile ilgili ceza uygulanması yerinde olacaktır” denilmek sureti ile, ihale eden kuruma bildirilen listede ismi verilen kişiler ile kuruma bildirilen işçilerin nitelikleri yönünden yapılan inceleme neticesinde eksik bildirildiği tespit edilen işçilerle ilgili hem ek tahakkuk yapılması hem de idari para cezası verilmesi gerektiği bildirilmiştir. Bu belirleme dahilinde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi’nce ihale eden kurumdan ihale konusu işte çalıştırılan personelin hangi vasıfta çalıştırıldığına dair listeler istenmiş ve bu listeler ile idari şartnamede belirtilen personel sayısı ve vasfı karşılaştırılmış; neticede fazla işçi çalıştırılmış olsa dahi, vasfı belirtilen kategoride idari şartnamedekinden az işçi çalıştırılması hali, eksik işçi çalıştırılması ve bildirilmesi olarak nitelendirilmiştir. Nitekim Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi’nin 19.06.2014 gün ve 10014667/011144121.034 sayılı yazı cevabında “Söz konusu ihaleli iş kapsamında çalıştırılan sigortalıların görev tanımları ihale makamınının 23.07.2009 tarih 1476 sayılı yazılarından tespit edilmiş, tespit edilen sigortalıların görev tanımlarına göre şartname hükümlerinde bildirilmesi gereken sigortalı sayıları dikkate alınarak. Kurumumuza bildirilen sigortalılarla karşılaştırmak sureti ile eksik bildirilen sigortalı sayıları tespit edilmiştir.” denilmek sureti ile Mahkememizin bu tespiti doğrultusunda işlem yapılmış olduğu açıkça ortaya konulmuştur.

Raporun ilgili bölümünün E bendinde; “Davacı şirket kuruma asgari ücret esası, şartnamede belirtilen ücretlere riayet ederek ödeme yaptığı kümülatif toplamdan anlaşılırken, ihale sözleşmesinde teklif ve kabul edilen ücret ile kuruma bildirilen ücretin karşılaştırılmasında ve aradaki farkın tablolar halinde çıkartıldığını, bunların şartnamede yazılı görev ve unvanlarına göre sözleşme gereği ödemek zorunda olduğu ücretin aylar itibariyle tespiti raporumuzun eklerinde mevcuttur. Kuruma bildirimle mukayese sonucu farkın pozitif

olduğu saptamasının SGK müfettişinin işveren firmanın hesaplama metot farklılığından kaynaklandığı kanısı doğmaktadır. Her iki tarafça alınan esaslar aynıdır sadece uyumsuzluk yorum farklılığından kaynaklanmaktadır. Davacı İşveren işçiye ödenen ücret de dahil maliyet – kar analizi yaparak brim fiyat teklif cetvelini verirken davalı idare birim fiyat teklif cetvelini ve gerçekleşen işi ve fiili durumu hiç dikkate almamıştır. Bilirkişi heyetimiz ise fiili gerçekleşen durum ile ihale dokümanlarını bir bütün olarak ele alınması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Sigorta Primi Fiili Tahakkuku Ve Müfettiş Tarfından Eksik Bildirim Olarak Tespit Edilen izelge Dönemine Göre Düzenlenmiş izelge.

DONEMİ	İŐŐİ	GÜN	Prime esas tutar	Prim ve işsz.	G.zammı	Ceza tut.
2006/8	554	16308	477.676,37	7.733,22	6.027,18	1.062,00
2007/5	613	17761	531.526,59	2.586,94	1.421,16	1.125,00
2007/6	594	16782	498.461,63	7.760,81	4.093,96	1.170,00
2007/7	574	17107	498.906,20	13.003,57	6.593,14	1.170,00
2007/8	592	16739	531.648,22	7.174,43	3.485,16	1.170,00
2007/9	591	17230	531.546,16	7.622,85	3.545,51	1.170,00
2007/10	583	16942	577.208,09	7.174,43	3.205,13	1.170,00
2007/11	582	17281	560.036,27	10.761,67	4.613,97	1.170,00
2007/12	578	17091	613.565,81	12.555,27	5.156,25	1.216,00
2008/1	574	16700	555.539,40	14.922,83	5.866,62	1.216,00
2008/2	571	16861	540.985,51	15.855,50	5.949,81	1.216,00
2008/3	564	16818	543.500,73	18.653,55	6.658,08	1.216,00
2008/4	566	16902	558.518,49	17.254,53	5.833,19	1.216,00
2008/5	573	16849	553.710,27	13.523,81	4.304,53	1.216,00

2008/6	568	16867	540.003,37	16.788,19	4.986,45	1.277,00
2008/7	574	16016	593.388,16	14.686,91	4.067,88	1.277,00
2008/8	602	17656	669.356,53	0,00		
2008/9	599	17690	682.248,52	2.447,81	589,26	1.277,00
2008/10	599	17802	746.080,22	3.426,94	759,25	1.277,00
2008/11	594	17731	700.725,63	4.895,64	988,73	1.277,00
2008/12	593	17759	763.154,05	5.385,20	996,34	1.332,00
2006/8				662,85	516,62	0,00
2007/5				221,74	121,82	0,00
2007/6				665,21	350,91	0,00
2007/7				1.114,60	565,13	0,00
2007/8				614,95	298,73	0,00
2007/9				653,39	303,90	0,00
2007/10				614,95	274,72	0,00
2007/11				922,43	395,48	0,00
2007/12				1.076,17	441,97	0,00
2008/1				1.279,10	502,82	0,00
2008/2				1.359,04	509,98	0,00
2008/3				1.598,88	570,69	0,00
2008/4				1.478,96	499,99	0,00
2008/5				1.159,18	368,96	0,00
2008/6				1.438,99	427,41	0,00
2008/7				1.258,88	348,68	0,00
2008/8				0,00	0,00	0,00
2008/9				209,81	50,51	0,00
2008/10				293,74	65,08	0,00
2008/11				419,63	84,75	0,00
2008/12			0,00	461,59	85,40	0,00
			12.267.786,22	221.718,19	85.925,15	24.220,00

Davacı işverenin, Sigorta müfettişliğince eksik prim tespit

edildiği dönemlere ait, işçi sayısı, çalışılan toplam gün sayısı ve sigorta prim matrahı ile,müfettişlikçe tespit edilen, eksik prim çizelgesinin nelerden ibaret olduğu yönünde irdeleme yapılmıştır.Yapılan inceleme sonucunda,

Hangi personelin ücretinin eksik tahakkuk ettirildiği,

Eksik tahakkuk ettirilen prim matrahının oluşumunu etkileyen tutarın hesaplanış şekli,

İhale şartnamesine göre, unvan durumuna göre eksik çalıştırılan işçi gurubunun hangilerinden teşekkül ettiği yönünde bir tespit yapılmadığı müfettiş rapor içeriğinden anlaşılmıştır.

Matematiksel olarak hesaplama yönü denenmiş ve aşağıdaki hesaplama yöntemi ile eksik prim tespiti yapıldığı kanaatine varılmıştır.

Eksik dönem olarak belirtilen sürelerdeki matrah :12 267 786,22

Tespit edilen prim tutarı :221718,19

Primin matraha oranı $221\ 718,19/12\ 267\ 786,22$:Binde 18,07" şeklindeki tespitler ile, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı müfettişince yapılan inceleme ve neticesinde yapılan tespitlerin ne denli soyut olduğu bir kez daha ortaya konulmuş, yapılan fiili duruma ilişkin hesaplamalar ile davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın işlemlerinin matematiksel sonuçları otaya konulmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere, aslında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı müfettişince hazırlanan raporda söz konusu hesaplamalara yer verilmemiş, sadeceihale eden kurumdan üstlenilen işin yapılmasında çalıştırılan işçilere ilişkin vasıf ve sayı çizelgelerinin istenerek, idari şartnamede belirtilen sayı ve vasıfla fark tespit edilmesi durumunda idari para cezası verilmesi ve ek prim tahakkuku yapılması gerektiğinin

belirtilmesi ile yetinilmiştir. Bu tavsiye doğrultusunda harekete geçen Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul İl Müdürlüğü memurlarınca, ihale belgeleri üzerinden çalışma yapıldığı ve fiili durumun aksine tespitlerde bulunularak idari para cezası verildiği ve ek prim tahakkuku yapıldığı anlaşılmıştır. Zira ihale eden kurum, hüküm uyuşmazlığına konu dosyalara gönderdiği ve yukarıda ayrıntısı ile belirtilen yazı cevaplarında çalışan bütün personelin işin başlama ve bitiş tarihi arasında bilfiil çalışıyor olması gerekmekte olduğunu açıkça belirtmiş ve teknik şartnamenin kendisine verdiği yetki çerçevesinde personel sayısında değişiklik yapılmasına yönelik talimatlar vermiştir. Bu durumda, bilirkişilerin, fiili duruma yönelik tespitler yapılması ve değerlendirmenin bu fiili tespitler üzerinde yapılması gerektiği yönündeki kanaatlerinin hukuki bir değerlendirme olduğu açıktır.

Raporun ilgili bölümünün F bendinde; "İdari para ceza uygulaması ile ilgili İstanbul 6.idare Mahkemesinde 2010- 40 Esas sayılı dosyasında derdest olduğu ve raporu yazılan 2010-52 esas sayılı mahkeme dosyası sonucunun beklendiği anlaşıldığı,

Aynı konuda, İstanbul 4. İdare Mahkemesi E.No: 2010/45 K.No: 2011/52 Kararında ilgili Mahkememizde görülmekte olan dava aynı Teftiş Raporu dayanak alınarak aynı gerekçeler ile düzenlenen idari para cezasının iptaline ilişkin olup, İdare Mahkemesinin kararındaki yer alan gerekçeler birbirini teyit etmektedir. İdare Mahkemesi de idari para cezasının verilmesine dayanak gösterilen dosyada bulunan tarih ve 20102/INC/l5 sayılı SGK Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı inceleme raporunda yapılan tespitteki yetersizlikten dolayı resen tahakkuk ettirilen para cezası hakkında davacının istemini kabul ederek İPTAL kararı vermiş olduğu ve raporlarımızdaki tespit ve kanaatleri teyit ettiği hususunu ve İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin E.No:2010/45 K.No:2011/52 dosyasının değerlendirilmesinin takdirinin Yüksek Mahkemeye ait olduğu;" belirtilerek, davanın sebebini oluşturan

31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporuna dayalı olarak yapılan diğer bazı işlemlerin de dava konusu edildiği, nitekim İstanbul 4. İdare Mahkemesi E.No: 2010/45 K.No: 2011/52 Kararı ile söz konusu müfettiş raporunun yetersizliğine hükmedildiği ve buna dayalı olarak yapılan işlemin iptal edildiği belirtilmiştir.

Raporun ilgili bölümünün G bendinde; "Rapor içerisinde Birim Fiyat teklif mektubu ve ekli teklif cetveli ile ihale sözleşmesi nazar alınmış, ihale makamının yazışmaları, ihaleyi alan şirket hakkındaki tespitler ve ihale şartnamesine uyup uymadığı konusundaki tüm hususlar değerlendirmeye alınmış ve işin bil fiil denetimi ve koordinatörü görevinde olan ihale makamınca yazılan cevabi yazılar dosyada mevcut olup hiç birinde eksik işçilik-eksik çalışma – aksak durum hakkında uyarı ve aksamaya rastlanılmamıştır. İhale şartnamesine uyup uymamayı ilk makam olan ihale makamının görüşü SGK Kurumu tarafından tüm raporlarda göz ardı edilmiştir.

Eksik alışan olmadığı gibi zaman zaman fazla çalışana rastlanılmıştır. Bu durumda SGK w kurumuna fazla prim yatırılması demektir. Hesapların yeknunda de bu açıkça görülmektedir." şeklindeki tespitler ile bilirkişiler, idari ve teknik şartnamenin yerine getirilmesi konusunda ihalemakamı ve yüklenici arasında bir ihtilafın bulunmadığı, işin gereği gibi yerine getirilmesi konusunda yüklenici tarafından fazla işçi çalıştırılan dönemlerin de bulunduğu, davalı kurumun davaya konu işlemlerin tesisinden önce İhale şartnamesine uyulup uyulmadığı hususunda yetkili merci olan ihalemakamının işlem ve uygulamasını tüm raporlarda göz ardı ederek hataya düştüğünü ortaya koymuştur.

Raporun ilgili bölümünün H bendinde; "İhale makamınca yazılan 28.02.201 tarihli ve 433/35241 S. cevabi yazı ile " İstanbul Avrupa Yakasındaki Ana Arterlerinin, Meydanlarının, Geçitlerinin El ile Süpürülmesi ve Temizlenmesi ve Her Türlü Görüntü Kirliliğinin Giderilmesi" işi kapsamında 01/01/2006-19/06/2008 Tarihleri arasında ihale sözleşmesi

hükümlerine uyulmaması nedeniyle davacıya uygulanan cezai ve hukuki müeyyide bulunmamaktadır denildiği tespit edilmiştir.” denildiği,

Raporun ilgili bölümünün I bendinde ise “Davacının Sözleşme gereğince ihale makamı tarafından düzenli olarak denetlendiği, her ay başı ücret bordrolarını ve SSK bildirgelerini İhale Makamına teslim ettiği, İhale Makamının iş programını belirleyerek işçi sayısında artırma ve eksiltme yaptığı ve nihayetinde işin kabulünü ihtiraz’ı kayıtsız yaptığı gözetildiğinde işin ihale sözleşmesi ve yasal standartlara uygun yapıldığının kabulü gerekmektedir.”denilmek sureti ile de, çalıştırılan işçilerin Belediye Başkanlığı’nın talimatları doğrultusunda çalıştırıldığı ve Belediye Başkanlığı’na yüklenici tarafından yapılan bildirimlerin sözleşme ve şartnamelere uygun bulunduğu ortaya konulmuştur. Görüldüğü üzere ihale eden kurum, yüklenici şirketin, işçi sayısındaki değişikliklerini ihalesözleşmesine ya da bu sözleşmenin eki niteliğindeki şartnamelere uygun bulmuş ve yüklenici kuruma bu konuda herhangi bir cezai müeyyide uygulamamıştır. Hal böyle iken davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’nca idari şartnamede belirtilen işçi sayısı ve vafına riayet edilmemesi ve Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı 2009/123 sayılı kendi genelgesine aykırı şekilde idari para cezası ve ek prim tahakkuku işlemlerine gerekçe yapılması hukuka uygun görülmemiştir.

Raporda belirtilen söz konusu açıklamalardan sonra bilirkişiler sonuç ve kanaat kısmında söz konusu tespitleri özetledikten sonra ; “Açıklanan nedenlerle, Davalı Kurumun 18/11/2009 tarih ve 2 sayılı kararı ve 11 363 649 sayılı yazısı ile ek SPEK bildirimini yapılmasına ilişkin talebi ve bu talebin yerine getirilmemesi nedeniyle davalı idarenin res’en tarh ve tahakkuk ettirerek 14/9/2009 tarihinde tahsil ettiği,

a-Ek Prim : 221.718,19 TL.

b-Gecikme zammı: : **85.925,15 TL.** nin

davacı şirket aleyhine tahakkukun yapılarak tahsil edilmesinin uygulama ve mevzuata aykırı olduğunu; işbu bilirkişi heyet raporumuz sayın mahkemenin takdirlerine sunulur.” demek sureti kanaatlerini ortaya koymuşlardır. Söz konusu rapora davalı vekilince yapılan itiraz yine aynı bilirkişi heyeti tarafından değerlendirilmiş ve 16.01.2012 gün ve 2010/52 sayılı Ek rapor ile, ilk raporda değinilen tespitlerde sebat ettiklerini bildirmişlerdir.

H-SONUÇ:

Yukarıdaki açıklamalar ışığında tüm dosya kapsamının değerlendirilmesinde; hüküm uyuşmazlığına konu uyuşmazlığın temelinde davacı şirket tarafından alınan ihale kapsamında üstlenilen işin yürütülmesine esas ihale sözleşmesinin eki niteliğindeki idari şartnamenin 7.3.2. maddesinde belirtilenin 550 adet işçinin işe giriş bildirgesinin yapılması ve primlerinin ödenmesi gerekirken, idari şartnamenin aksine 2006 yılının 8. Ayında 19 işçi, 2007 yılının 7. Ayında 10 işçi, 2008’in 1. Ayında 3 işçi, 2. Ayında 2 işçi ve 3. Ayında 6 işçi olmak üzere toplam 40 adet işçinin, eksik bildirilmesi nedeni ile 506 sayılı Kanun’un 9 ve 140/ b maddeleri gereğince idari para cezası uygulandığı, aynı Kanun ‘un 79. maddesi gereğince ek prim tahakkuku yapıldığı ve gecikme zammı uygulandığı iddiasının yer aldığı;

Davalı kurumun davaya konu 20.08.2009 tarih ve 10.835.327 sayılı idari para cezası kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 93 sayılı kararı ile 01.09.2009 tarih ve 11.363.649 sayılı ek prim ve gecikme zammı tahakkuk ettirilmesine ilişkin karar ile bu karara kaşı yapılan itirazın reddine ilişkin 18.11.2009 gün ve 2 sayılı kararının dayanağını teşkil eden 31.03.2009 tarih 20102/İNC/15 sayılı SGK Başmüfettişince düzenlenen raporda eksik işçi bildirimine ilişkin açık bir tespite yer verilmediği, bu görevin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’na bırakıldığı, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi’nin ise

açık olmayan müfettiş raporuna istinaden, taraflar arasındaki ihale sözleşmesi ve eki niteliğindeki şartnamelere dayalı olarak inceleme yaptığı ve idari şartnamede belirtilen sayı ve vasıfları, ihale kurumundan temin ettiği listelerdeki işçi vasfı ve sayısı ile karşılaştırmak sureti ile eksik işe giriş bildirgesi bulunduğu ve ek prim tahakkuku yapılması gerektiği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, işlemlerine dayanak olarak, taraflar arasında imzalanan ihale sözleşmesini, bunun eki niteliğindeki idari şartnamenin 7.3.2. maddesini, 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporunu, 2009/123 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı genelgesini ve eksik bildirim tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun'un 9,79,140. maddeleri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 38. maddesini göstermektedir.

Oysa; yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere taraflar arasında imzalanan ihalesözleşmesinin eki niteliğindeki idari şartnamenin 7.3.2. maddesinde belirtilen işçi sayısı ve vasıfları taraflar açısından mutlak bağlayıcı nitelikte olmayıp, durum yine aynı ihale sözleşmesinin eki niteliğindeki teknik şartnamede ortaya konulmuştur. Ayrıca ihale eden kurum olan İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı'nın davacı şirkete hitaben yazılmış ve mevcut personel sayısının azaltılması istemini ihtiva eden 28.02.2011 tarihli ve 433/35241 sayılı, 18.05.2007 gün ve 1327 sayılı yazıları ile de konu açıklığa kavuşmuştur.

Yine işlemlere dayanak teşkil eden 31.03.2009 tarih ve 20102/İNC/15 sayılı SGK Müfettiş raporunun sonuna 'Not' şeklinde el yazısı ile belirtilen kısımda; "İhale Makamınının 23.07.2009 tarih 823459-1476 sayılı yazısında belirtilen işin ifası için çalıştırılan personelin nitelikleri dikkate alınarak Kuruma bildirilen ile karşılaştırılması, bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili ek tahakkuk yapılırken, bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili işe giriş bildirgesi verilmemesi ile ilgili ceza uygulanması yerinde olacaktır"

denilmek sureti ile, ihale eden kuruma bildirilen listede ismi verilen kişiler ile kuruma bildirilen işçilerin nitelikleri yönünden yapılan inceleme neticesinde eksik bildirildiği tespit edilen işçilerle ilgili hem ek tahakkuk yapılması hem de idari para cezası verilmesi gerektiği bildirilmiş, bunun dışında açık ve net bir belirleme yapılmamıştır. Müfettiş raporundaki belirsizlik nedeni ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Bağcılar Sosyal Güvenlik Merkezi'nce ihale eden kurumdan ihale konusu işte çalıştırılan personelin hangi vasıfta çalıştırıldığına dair listeler istenmiş ve bu listeler ile idari şartnamede belirtilen personel sayısı ve vasfı karşılaştırılmış , neticede fazla işçi çalıştırılmış olsa dahi, vasfı belirtilen kategoride idari şartnamedekinden az işçi çalıştırılması hali, eksik işçi çalıştırılması ve bildirilmesi olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı müfettişi ve buna bağlı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı İstanbul İl Müdürlüğü tarafından yapılan tespitler ve varılan sonuçlar fiili gerçeği yansıtmadığı gibi, davacı şirketten çalıştırmadığı işçilerin işe giriş bildirgelerinin yapılması, gerçekte farazi olan bu işçilerin ödenmeyen prim borçlarının gecikme zammı ile davacı şirket tarafından ödenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu sonuç gerek 2009/123 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı genelgesine ve gerek sayılı Yasa'nın 9, 79 ve 140/b maddelerine, gerekse de taraflar arasında 4734 sayılı Kanun çerçevesinde imzalanan ihale sözleşmesine, bu sözleşmenin eki niteliğindeki idari şartname ile teknik şartnameye aykırıdır.

Adli yargı kararında tüm bu hususlar göz ardı edilmiş; davacı tarafın lehine olan ve tüm bu konuları kapsayan detaylı bilirkişi raporuna itibar edilmemiş; yeni bir bilirkişi raporu alınması cihetine de gidilmemiş; hukuken doğru sonuçlar içermeyen ve yukarıda açıklanan İhale Makamı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığının fiili uygulaması ve özellikle 18.5.2007 tarihli yazılı talimatını da dikkate almayan SGK Başmüfettiş raporuna itibarla davanın reddi yoluna

gidilmiş, böylelikle hukuki gerçeğe aykırı biçimde tesis edilen karar onanmak suretiyle kesinleşmiştir. İdari yargı yeri ise Mahkememizce tespit edilen hususlara uygun biçimde tesis ettiği kesinleşen kararıyla hukuki gerçeği saptamıştır. Dolayısıyla, ilk nazarda, idari yargı yerinin, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu'nca (SGK'ca) tesis edilen idari para cezasının iptaline dair kesinleşen hükmüne itibar edilerek; aksi yöndeki kabule dayalı, yine davalı SGK'ca tesis edilen ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarı tahakkuk ettirilmesi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair kesinleşen adli yargı kararının kaldırılması gerektiği ve bu suretle hüküm uyuşmazlığının giderilmesi gerektiği düşünülebilirse de; aşağıda açıklanan nedenlerle her iki yargı kararının kaldırılması ve Mahkememizce işin esası hakkında bir karar verilmek suretiyle hüküm uyuşmazlığının çözümlenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır:

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. ve 102.maddeleri, davalı SGK'nın tesis edeceği tasarruf türüne göre farklı yargı kollarını görevli kılmakta, bu meyanda davanın somutunda, ihale sözleşmesinde çalıştırılması öngörülen asgari personel sayısının noksan olduğu varsayımıyla, bu noksan personelin beyan edilmediği gerekçesiyle, asgari işçilik hesaplaması yapılmak suretiyle bu farazi noksan personel sayısı esas alınarak davalı SGK'ca tahakkuk ettirilen "ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarı" nın hukuka aykırılığı iddiasıyla açılan davada, 5510 sayılı Kanunun 88. ve 101.maddeleri uyarınca İş Mahkemesi görevli olup; davalı SGK'ca aynı hukuki nedene dayalı olarak tesis edilen "idari para cezası" tasarrufunun hukuka aykırılığı iddiasıyla açılan davada ise 5510 sayılı Kanunun 102.maddesi gereğince İdare Mahkemesi görevli bulunmaktadır. Mahkememizce salt adli yargı kararının kaldırılması suretiyle hüküm uyuşmazlığının giderilmesi yoluna gidildiği takdirde, "ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz tutarı" ile ilgili ihtilaf çözüme kavuşturulmayacak ve bu konuda verilen kesinleşmiş adli yargı kararını telif eden bir karar verilmiş

olmayacak; aynı hukuki vakıya (farazi olarak saptanan noksan işçi çalıştırıldığı iddiası) dayalı davalı SGK tasarruflarından sadece “idari para cezası” na dair olan ihtilafla ilgili verilen ve kesinleşen idari yargı kararının hukuka uygunluğunun tespiti ile yetinilmiş olacaktır. Ayrıca, davacının talebine rağmen, ihtirazi kayıtlarla davacı tarafından ödenen idari para cezasının faiziyle birlikte iadesi talebinin idari yargı kararında karşılanmadığı ve sadece idari yaptırımın (idari para cezasının) iptali ile yetinildiği görülmektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu konudaki düşüncesinde isabetle vurgulandığı üzere, bu saptama uyarınca “hakkın yerine getirilmesi” fiilen mümkün olamayacağından, 2247 sayılı Kanunun 25.maddesindeki “Hukuk alanındaki hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi Danıştay Yargılama Usulünün bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerini uygulamak suretiyle uyuşmazlığın esasını da karara bağlar. “ şeklindeki amir hüküm uyarınca, her iki yargı kararının kaldırılarak, hakkın yerine getirilmesini imkansız kılan hukuki karmaşaya son verilmesi ve her iki hukuki ihtilafa nihayet veren bir karar verilmesi suretiyle hüküm uyuşmazlığının çözümlenmesi lüzumlu ve gerekli bulunmaktadır. Bu durumda, 5510 sayılı Kanunun 101. ve 102. maddelerinin farklı yargı kollarını görevli kılan düzenlemesinden kaynaklanan ve gerçekte ortak paydası “aynı” olan bir hukuki sebebe (farazi noksan işçi çalıştırıldığı varsayımı ve buna dayalı “idari para cezası” tayini ve “ek sigorta primi, gecikme zammı ve faiz” tahakkuk ettirilmesi işlemleri) dayalı her iki SGK tasarrufunun birlikte ele alınması ve doğan ihtilafların bu şekilde telif edilmesi suretiyle hüküm uyuşmazlığının çözümü gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1. İstanbul 4.İdare Mahkemesi'nin 20.01.2011 gün ve 2010/45 Esas, 2011/52 Karar sayılı kesinleşen kararı ile Bakırköy 4.İş Mahkemesi'nin 11.04.2012 gün ve 2010/52 Esas, 2012/207 Karar sayılı kesinleşen kararının

KALDIRILMASINA,

2. Belirtilen iki yargı yeri arasındaki hüküm uyuşmazlığının giderilmesini teminen;
3. a) Davalı SGK'ca, 2006/8, 2007/7, 2008/1,2,3 üncü aylarında eksik sigortalı bildiriminde bulunduğu gerekçesiyle 5510 sayılı Kanununun 102 inci maddesi uyarınca davacı şirket adına düzenlenen 22.631 TL (Yirmi iki bin altı yüz otuz bir lira) idari para cezasında hukuka uyarlık görülmediğinden, anılan idari para cezasının İPTALİNE,

Bu konuda vaki talep nedeniyle, davacının ihtirazi kayıtle ödediği anlaşılan söz konusu idari para cezasının davacıya İADESİNE,

Söz konusu tutara, idareye yatırılma tarihi olan 15.9.2009 tarihinden ödeme tarihine kadar YASAL FAİZ İŞLETİLMESİNE,

88. b) Davalı SGK'ca, 2006/8, 2007/5-12, 2008/1-7, 9-12 inci aylarında eksik sigortalı bildiriminde bulunduğu gerekçesiyle 5510 sayılı Kanununun 88. ve 101. maddeleri uyarınca davacı şirket adına tahakkuk ettirilen 221.718,29 TL (İki yüz yirmi bir bin yedi yüz on sekiz lira yirmi dokuz kuruş) ek sigorta primi, 85.925,15 TL (seksenbeş bin dokuzyüz yirmi beş bin lira on beş kuruş) gecikme zammı ve 1.983,97 TL (bin dokuz yüz seksen üç lira doksan yedi kuruş) faiz olmak üzere toplam 306.627,44 TL (üç yüz altı bin altı yüz yirmi yedi lira kırk dört kuruş) tutarındaki kurum tasarrufunda hukuka uyarlık görülmediğinden, anılan tahakkuk ve tasarrufun İPTALİNE,

Bu konuda vaki talep nedeniyle, davacının ihtirazi kayıtle ödediği anlaşılan toplam 306.627,44 TL nın (üç yüz altı bin altı yüz yirmi yedi bin lira kırk dört kuruş) davacıya İADESİNE, söz konusu tutara, idareye yatırılma tarihi olan 14.9.2009 tarihinden ödeme tarihine kadar YASAL FAİZ İŞLETİLMESİNE,

Davada haksız çıktığı gerekçesiyle önceki adli yargılamada davacı aleyhine hükmedilen 22.847,64 TL (yirmi iki bin sekiz yüz kırk yedi lira altmış dört kuruş) nispi vekalet ücretinin davalı kurumca davacıya İADESİNE,

2. c) Avukatlık Asgari Ücret tarifesinin 2.Bölümünün 20.fıkrası uyarınca saptanan 1100 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Yargılama giderlerinin 2577 sayılı Kanununun 31.maddesi gereğince davalı kurum üzerinde bırakılmasına.

Bu suretle HÜKÜM UYUŞMAZLIĞININ GİDERİLMESİNE,

13.10.2014 gününde kararın 2.fıkrasının a) bendinden sonra gelen "Bu konuda vaki talep nedeniyle, davacının ihtirazi kayıtle ödediği anlaşıl原因 söz konusu idari para cezasının davacıya İADESİNE" ilişkin kısmının faize hükmedilmesi yönünden Üye Nurdane TOPUZ'UN KARŞI OYU ve OY ÇOKLUĞU İLE KARARIN DİĞER KISIMLARI YÖNÜNDEN OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Başkan Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Eyüp Sabri BAYDAR	Üye Ali ÇOLAK	Üye Nurdane TOPUZ
	Üye Alaittin Ali ÖĞÜŞ	Üye Ayhan AKARSU	Üye Mehmet AKBULUT

