

asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinin altıncı fıkrasında "...Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur..." hükmü,

Anılan Kanun'un "Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı" başlıklı 112'nci

maddesinde "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu Kanun ve 854, 5953, 5434 sayılı kanunların hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır. 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları;

a) Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından,

b) Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırılmaya devam olunan ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı

talebi hâlinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

...

Kıdem tazminatı tutarı, 4734 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde kıdem tazminatı ile ilgili açılacak bütçe tertibinden, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın ödenir..." hükmü yer almakta olup, bu madde çerçevesinde kıdem tazminatlarının ne şekilde kazanılacağı ve ne şekilde hesaplanacağı, 08.02.2015 tarihli ve 29261 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımları Kapsamında İstihdam Edilen İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir.

7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11'inci maddesinde "22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 112 nci maddesine beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir."4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt

işverenlere rücu edilmez.”” hükmü,

Anılan Kanun’un 12’nci maddesinde “4857 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 9- Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.”” hükmü,

Anayasa mahkemesinin 19.09.2019 tarih ve 2019/73 sayılı kararında “31. Bu itibarla kamuda 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesine taraf olan alt yüklenicilere karşı sözleşmede açık hüküm bulunması dışında rücu yolunun kapatılması ve bu kapsamdaki derdest davaların sonlandırılmasını öngören itiraz konusu kuralların bu kesimdeki alt işverenler yönünden farklı bir uygulama getirmesinin nesnel ve makul bir temele dayalı olduğu söylenemez. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla getirilen farklı düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.” ifadelerinin yer aldığı, söz konusu iptal gerekçesinde kıdem tazminatının rücu edilmesi hususunun sözleşmede bulunması ile sınırlandırılmasının uygun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İdari Şartname'nin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25'nci maddesinde "...25.3.1.

...

-İşin mahiyetinin yemek hizmet alımı olması ve personel çalıştırılması nedeniyle; yemek hazırlama, pişirme, servis, dağıtım ve bulaşık yıkama vs. işlerde çalışan personellerin maaşları (Ulusal bayram ve resmi tatil günleri ve fazla çalışma ücreti dahil), işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı ücreti, çalışanlara verilecek eğitim giderleri ve her türlü özlük hakları (hukuki ve mali) yüklenici tarafından karşılanacaktır. Ulusal bayram ve resmi tatil günleri ve fazla çalışma ücreti bordroda gösterilecektir..." düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hüküm ve açıklamaları uyarınca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen hizmet alım ihalelerinde, kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğu, bu itibarla ihale dokümanında personel sayısı ve personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanacağı düzenlenen hizmet alımı ihalelerinde idare ile sözleşme imzalayan ve alt işveren konumunda olan yüklenicilerin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüklerin bulunmadığı, dolayısıyla isteklilerin kıdem tazminatlarını teklif fiyatlara dâhil etmelerinin gerekmediği anlaşılmıştır.

Sonuç olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112'nci maddesinde yer alan emredici hükümler uyarınca, ihale dokümanında personel sayısı ve personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanacağı düzenlenen hizmet alımı ihalelerinde kıdem tazminatının, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceğinin açık olduğu, her ne kadar Sözleşme Tasarısı'nın "Diğer hususlar" başlıklı 36'ncı maddesinin emredici Kanun

hükümlerine aykırı şekilde düzenlenmiş olsa da, söz konusu Kanun hükmü karşısında sözleşmenin uygulanması aşamasında herhangi bir boşluk doğmayacağından bu hususla ilgili taraflarca sorun yaşanmayacağı, idarelerin de yükleniciler gibi, ihale ve sözleşme sürecinin her aşamasında kanun hükümlerine uymak zorunda oldukları, yine kıdem tazminatına ilişkin maliyetlerin tekliflerin hazırlanmasında dikkate alınmasının gerekli olmadığı ve bu durumun teklif verilmesine engel bir durum oluşturmadığı başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Toplantı No : 2019/052

Gündem No : 75

Karar Tarihi : 28.11.2019

Karar No : 2019/UH.I-1572