

Davalı ile davacı arasında çeşitli tarihlerde imzalanan "Götürü Bedel Hizmet Alım Sözleşmesi" kapsamında çevre temizliği işini gerçekleştiren davacı şirketin hak edişlerinden haksız yere yapıldığı ileri sürülen ...-TL ile ...-TL tutarındaki kesintilerin ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin, bu işlemin dayanağı olduğu ileri sürülen Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesinin ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan

Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esasların 3. maddesiyle değişik aynı Esaslar'ın 8. maddesinin son fıkrasının; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda kesinti yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, tebliğ ile yapılan bu düzenlemenin hiyerarşik sıralamaya aykırı olduğu, kamu iş yerlerinin Hazine'ce yapılan bu teşvikin kapsamı dışında tutulduğu, düzenlemenin Anayasa'nın 49.

maddesine ve 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendine aykırı olduğu; Esasların yürürlüğe girdiği, Hazine yardımına ilişkin düzenlemenin getirildiği, bu maddede yer alan Hazine yardımı ile Esasların 8. maddesinde yer alan Hazine yardımınının kastedilmediği iddialarıyla iptali ile hak edişlerden kesilen toplam ... TL'nin kesinti tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/2611

Karar No : 2017/395

Davacı :

Vekili :

Davalılar : 1- – ANKARA

Vekili :

2-

Vekilleri : Av.

Aynı adreste

3-

Mevlana Bulvarı (Konya Yolu) No:186 Balgat / ANKARA

Vekili : Av. ... – Aynı adreste

Davanın Özeti : Davalı ile davacı arasında çeşitli tarihlerde imzalanan “Götürü Bedel Hizmet Alım Sözleşmesi” kapsamında çevre temizliği işini gerçekleştiren davacı şirketin hak edişlerinden haksız yere yapıldığı ileri sürülen ...-TL ile ...-TL tutarındaki kesintilerin ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işlemin, bu işlemin dayanağı olduğu ileri

sürülen 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Kamu İhale Genel Tebliği”nin 78.23.1. maddesinin ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esasların 3. maddesiyle değişik aynı Esaslar’ın 8. maddesinin son fıkrasının; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda kesinti yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, tebliğ ile yapılan bu düzenlemenin hiyerarşik sıralamaya aykırı olduğu, kamu iş yerlerinin Hazine’ce yapılan bu teşvikin kapsamı dışında tutulduğu, düzenlemenin Anayasa’nın 49. maddesine ve 5510 sayılı Kanun’un 81. maddesinin (1) bendine aykırı olduğu; Esasların 2004 yılında yürürlüğe girdiği, Hazine yardımına ilişkin düzenlemenin ise 01.10.2008 tarihinde getirildiği, bu maddede yer alan Hazine yardımı ile Esasların 8. maddesinde yer alan Hazine yardımının kastedilmediği iddialarıyla iptali ile hak edişlerden kesilen toplam ...-TL’nin kesinti tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

’ın Savunmasının Özeti : Esasların 8. maddesinin hem ödemeleri hem de kesintileri düzenlediği, idarenin hakediş tutarı üzerinden yapacağı kesintilerde de Hazine tarafından yapılacak ödemelerin dikkate alınacağı, Esasların 8. maddesinin 5510 sayılı Kanun’un 81. maddesinin (1) bendine aykırı olmadığı, 5510 sayılı Kanun’un 81. maddesinin (1) bendinin uygulanmasına ilişkin Genelge yayınlandığı, Genelge’de işverenin o iş yerinden dolayı muaccel borcunun bulunmamasının şart olduğu, ihalelerde bu şartın gerçekleşmesinin imkânsız olduğu, teklif verilirken işveren prim indirim tutarının dikkate alınmaması gerektiği, sözleşme bedeli içinde yer alan prim tutarının yüklenicinin hakedişinden kesilmemesi hâlinde yüklenicinin hem prim indiriminden yararlanacağı, hem de ihale konusu iş kapsamında yüklenicinin üstlenmediği gider için iş sahibi idarece yükleniciye ödeme yapılması sonucunun ortaya çıkacağı, idarece yapılan işlemin fiyat farkı uygulaması olduğu belirtilerek

davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

'nın Savunmasının Özeti : Sözleşmenin fiyat farkı maddesine dayanılarak işveren nam ve hesabına Hazine'ce yapılacak ödemelerin karşılığı kesintilerin yapıldığı, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendinin uygulanmasına ilişkin Genelge yayınlandığı, yasal düzenlemeler dikkate alınarak objektif bir yorumla hakkaniyete uygun kesintiler yapıldığı, yasal düzenlemelerin davacı tarafından hatalı yorumlandığı, yasal düzenlemelerin Anayasa'nın 49. maddesine aykırı olmadığı, aksine maddeden bekleneni gerçekleştirir mahiyette olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

'nun Savunmasının Özeti : Esasların 8. maddesinin hem ödemeleri hem de kesintileri düzenlediği, idarenin hakediş tutarı üzerinden yapacağı kesintilerde de Hazine tarafından yapılacak ödemelerin dikkate alınacağı, Esasların 8. maddesinin 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendine aykırı olmadığı, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendinin uygulanmasına ilişkin Genelge yayınlandığı, Genelge'de işverenin o iş yerinden dolayı muaccel borcu bulunmamasının şart koşulduğu, ihalelerde bu şartın gerçekleşmesinin imkânsız olduğu, teklif verilirken işveren prim indirim tutarının dikkate alınmaması gerektiği, sözleşme bedeli içinde yer alan prim tutarının yüklenicinin hakedişinden kesilmemesi hâlinde yüklenicinin hem prim indiriminden yararlanacağı, hem de ihale konusu iş kapsamında yüklenicinin üstlenmediği gider için iş sahibi idarece yükleniciye ödeme yapılması sonucunun ortaya çıkacağı, idarece yapılan işlemin fiyat farkı uygulaması olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi ...'nın Düşüncesi : 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesinde yer alan "...Hazine tarafından karşılanan prim tutarı, idare tarafından yüklenicinin hakedişinden kesilecektir." cümlesinin ve Maltepe Belediyesi Başkanlığı'nın 31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işleminin

iptaline, hak edişlerden kesilen toplam ...-TL'nin kesinti tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar'ın 3. maddesiyle değişik aynı Esaslar'ın 8. maddesinin son fıkrası yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı ...'un Düşüncesi : 07/05/2004 tarih ve 25455 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "4734 sayılı Kanun'a Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar"ın 3. maddesiyle değişik aynı Esaslar'ın 8. maddesinin son fıkrasınının 22/08/2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliği"nin 78.23.1 maddesinin ve hakediş kesintilerinin iadesine yönelik olarak 'na yapılan başvurunun reddine ilişkin 31/05/2010 tarih ve 806 sayılı işlemin iptali istenilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53/b-(2). maddesinde; "Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek." 'nun görev ve yetkileri arasında sayılmış, aynı maddenin devamında, Kurumun, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurumun yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 81. maddesinin 1. fıkrasına, 5763 sayılı Kanun ile eklenen (1) bendinde; özel sektör işverenlerinin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanacağı hükme bağlanmış ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin, Sosyal

Güvenlik Kurumu'nun (13.11.2008 tarih ve 2008/93 sayılı) Genelgesinin 3/1. maddesinde; yukarıda anılan beş puanlık kısmın Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin, muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması gerektiği, işverenlerin borçlarının bulunup bulunmadığı hususunun ise her bir işyeri bazında ayrı ayrı değerlendirileceği belirtilmiş olup; hizmet alımı ihalelerinde, sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde asgari işçilik maliyetleri tespit edilirken brüt asgari ücret ve bu ücret üzerinden hesaplanan işveren primi dikkate alınıp tekliflerin buna göre verilmesi gerektiği hususu ve prim indiriminden yararlanılabilmesi için işverenlerin her bir işyeri bazında ayrı ayrı olmak üzere muaccel borçları bulunup bulunmadığı hususunun değerlendirilebilmesi için teklif verme aşamasında ihale konusu işin görüldüğü işyerinin henüz mevcut olmaması nedeniyle, Kanunun ve Genelgenin aradığı, işverenin o işyerinden dolayı muaccel borcu bulunmaması şartının gerçekleşmemesi karşısında tekliflerin verilmesi ve değerlendirilmesi sırasında işveren primi indirim tutarının dikkate alınmaması gerekmekte ve üzerinde ihale kalan istekli ile idare arasında imzalanan sözleşme bedeli içerisinde indirim konu prim tutarı da yer aldığından sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yüklenicinin işveren sıfatıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'na aylık prim ve hizmet belgesini göndermesi ve sigortalı hisseli ile Hazinece karşılanmayacak olan işveren hissesi prim tutarlarının tamamının yasal süresi içinde ödenmesi halinde beş puanlık prim indiriminden yararlanmış olacağı açıktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 8. maddesinde; "İhale tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark, ...

506 sayılı Kanun gereğince işveren nam ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu Esasların 7. maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir.” düzenlemesi yer almıştır.

Anılan mevzuat hükümlerinin birlikte incelenmesinden; Hazine tarafından karşılanan prim tutarının, idare tarafından yüklenicinin hak edişinden kesilmesine ilişkin dava konusu düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu mevzuat hükmüne dayanılarak tesis edilen; tarafından davacının aylık hakedişlerinden % 5 tutarında işveren payı kesintisi yapılmasına dair dava konusu işlemde de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.23.1. maddesi, 20/04/2011 tarih ve 27911 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği’nin 20. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından davanın bu kısmı konusuz kalmış bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın konusuz kalan kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına, diğer kısmında ise davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, Başkan Nevzat Özgür’ün, “Davanın, taraflar arasındaki eşitliğe dayalı olan ve bu nedenle de özel hukuk hükümlerine tabi bulunan ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra anılan sözleşme uyarınca davacıya yapılan ödemeye ilişkin olarak tesis edilen, davacı şirketin hak edişlerinden yapılan kesintilerin taraflarına ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin ‘nın 31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işleminin iptaline ve hak edişlerinden kesilen ...-TL’nin

kesinti tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemine ilişkin kısmının görüm ve çözümünde adli yargı yerleri görevli olduğundan, davanın anılan kısımları açısından görev yönünden reddine karar verilmesi gerektiği" yolundaki usule ilişkin ayrışık oyuna karşı; davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğuna oyçokluğu ile karar verilerek, uyuşmazlığın esasına geçildi:

Davacı tarafından ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası ciddi görülmemiştir.

Davacının ve davalı idarenin usule yönelik iddiaları yerinde görülmemiştir.

Dava, davacı şirketin hak edişlerinden yapılan kesintinin taraflarına ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 'nın 31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işleminin, bu işlemin dayanağı olduğu ileri sürülen 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliği"nin 78.23.1 maddesinin ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar'ın 3. maddesiyle değişik aynı Esaslar'ın 8. maddesinin son fıkrasının iptali ile hak edişlerden kesilen toplam ...-TL'nin kesinti tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Dava dilekçesinde, 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesinin iptali istenilmişse de, dilekçe içeriği ve öne sürülen hukuka aykırılık sebepleri dikkate alınarak, Tebliğ'e ilişkin iptal istemi, Tebliğ'in 78.23.1. maddesinde yer alan "...Hazine tarafından karşılanan prim tutarı; idare tarafından yüklenicinin hak edişinden kesilecektir." cümlesi ile sınırlı olarak incelenerek işin esasına geçildi.

Her ne kadar dava konusu düzenlemelerin yer aldığı Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesi, 20.04.2011 tarih ve 27911 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ"ın 20. maddesi ile "4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar", 31.08.2013 tarih ve 28751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar"ın 11. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de, uygulama işlemi nedeniyle anılan düzenlemelerin iptali talep edilen kısımlarının hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesinde, "İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı tüm hizmet alımı ihalelerinde, teklifler Hazine tarafından karşılanacak olan işveren sigorta primi tutarı dikkate alınmadan, işveren payları üzerinden hesaplanarak sunulacak ve değerlendirilecektir. Bu çerçevede, fiyat farkı hesaplanması öngörülen ihalelerde sözleşmenin yürütülmesi aşamasında, yüklenicinin yukarıda anılan Kanun hükmü uyarınca prim teşvikinden yararlanması halinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8 inci maddesinde yer alan, "b) İhale (son teklif verme) tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark, 506 sayılı Kanun gereğince işveren nam ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu Esasların 7 nci maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir." hükmü gereğince, Hazine tarafından karşılanan prim tutarı, idare tarafından yüklenicinin hakedişinden

kesilecektir.” düzenlemesine; “4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar”ın ‘Asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fark’ başlıklı 8. maddesinde, “İhale konusu hizmetin gerçekleştirilebilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi personelin, sayı ve günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla;

1. a) Asgari ücret tespit komisyonunca ihale (son teklif verme) tarihinde 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenmiş asgari ücretin değiştirilmesi halinde eski ve yeni asgari ücret arasındaki fark,
2. b) İhale (son teklif verme) tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark,
3. c) 506 sayılı Kanunun 77’nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde sözleşmede öngörülen ücret ekleri nedeniyle, işveren tarafından karşılanmakta olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigorta primine ilişkin toplam tutarda meydana gelecek fark,

toplamı (a), (b) ve (c) bentleri toplamı), 506 sayılı Kanun gereğince işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu Esasların 7’nci maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işlem tarihinde yürürlükte bulunan hâliyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun “Sigortalı Sayılanlar” başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, bu Kanun’un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağı belirtilmiş; “Prim

Oranları ve Devlet Katkısı" başlıklı 81. maddesine 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 24. maddesiyle eklenen ve 01.10.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren (1) bendinde, "Bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır..." hükmü yer almıştır.

5763 sayılı Kanun'un 24. maddesinin gerekçesinde ise, işsizliğin, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizin de en büyük sorunlarından biri olduğu, uluslararası rekabette istihdam üzerindeki yüklerin önemli bir engel olarak görüldüğü, bu nedenle işsizliğin azaltılması, yatırımların istihdam odaklı arttırılması amacıyla sigorta primlerinin işveren hissesinde beş puanlık indirimle gidildiği; maddede, Hazine'ce karşılanacak tutarın işveren hissesine isabet eden beş puan ile sınırlandırıldığı, işverenler hakkında teşvik uygulamasının devam edebilmesinin Kanun'un uygulama döneminde, tahakkuk eden sigortalı hissesine düşen tutar ile kalan işveren hisse tutarının ödenmesi koşuluna bağlandığı, ayrıca, teşviklerin amacına ulaşabilmesi için teşviklerin gerçekten istihdam artışı yaratan işverenlere sağlanması gerektiği, bu nedenle de gerçek istihdam artışına yol açmayacak işlemlerin teşviklerden yararlanmak için yeterli olmamasına yönelik düzenlemeler öngörüldüğü yönünde açıklamalara yer verilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 81. maddesine eklenen (1) bendi ve yapılan değişikliğe ilişkin madde gerekçesine bakıldığında, söz konusu düzenlemenin esasen, ekonomik anlamda istihdamın arttırılması yönünde yatırımları teşvik amacıyla getirildiği görölmektedir. Öte yandan, anılan düzenlemeye göre, işveren hissesine ait primlerin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazine'ce karşılanması, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilmesi, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutar ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın yasal süresinde ödenmesi ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması koşullarına bağlı tutulduğu dikkate alındığında, söz konusu prim indiriminin, yükümlülüklerini yerine getiren işverenlere tanınmış bir imkân olduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığa konu Tebliğ düzenlemesi ile, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (1) bendi uyarınca, anılan maddedeki koşulları sağlayan işverenlerin sigorta prim hisselerinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanacak olması nedeniyle, bu tutarın, gerçekte yüklenici tarafından yapılmayan bir gider olduğundan ve yükleniciye fazla ödeme yapılmasının engellenmesi gerektiğinden bahisle yüklenicinin hak edişinden kesilmesi öngörülmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendindeki koşulları sağlayan işverenlere yapılan Hazine yardımı isteklilerce yapılacak bir gider olmadığından, teklifini olağan işçilik maliyeti üzerinden hesaplayan isteklilerin ihale sonucunda işin yüklenicisi sıfatını kazanmaları hâlinde, kural olarak, sözleşme bedelinin tamamının idarece yükleniciye ödenmesi gerektiği ve Hazine'ce karşılanan prim tutarı dikkate

alınmadan işveren sigorta prim payının tamamının yükleniciye ödenmesinin fazla ödeme kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, işverenlere istihdamın artırılması amacıyla kanunla tanınan prim teşviğinin düzenleyici işlemle ortadan kaldırılamayacağı da açıktır.

Bu durumda; Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesinde yer alan "...Hazine tarafından karşılanan prim tutarı, idare tarafından yüklenicinin hak edişinden kesilecektir." ibaresinde ve bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen 31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işlemde hukuka uygunluk bulunmamakta olup; davacının hakedişlerinden kesilen ...-TL'nin de kesinti tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte iadesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine dayanılarak hazırlandığı, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesiyle de ihale yapıldıktan sonra ortaya çıkabilecek ve maliyeti etkileyebilecek fiyat değişikliklerinin dikkate alınabilmesi için, sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespit etmeye 'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğunun düzenlendiği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 8. maddesinin son fıkrasında yer alan " ... (a), (b) ve (c) bentleri toplamı), 506 sayılı Kanun gereğince işveren nam ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu Esasların 7. maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir." düzenlemesinin fiyat farkına ilişkin bir düzenleme olduğu, hem ödemeleri hem de kesintileri düzenlediği görülmekle birlikte; anılan düzenlemeyle, asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek farkın Hazinece karşılanması

hâlinde bu konuda idareler tarafından ayrıca ödeme yapılmayarak mükerrer ödemenin engellenmesinin amaçlandığı, 5510 sayılı Kanun kapsamında Hazinece yapılan % 5 tutarında prim teşviki ödemesinin fiyat farkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı değerlendirildiğinden anılan düzenlemede hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.23.1. maddesinde yer alan "...Hazine tarafından karşılanan prim tutarı, idare tarafından yüklenicinin hak edişinden kesilecektir." ibaresinin ve bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen 31.05.2010 tarih ve 13398-806 sayılı işlemin İPTALİNE; davacının hakedişlerinden kesilen ...-TL'nin kesinti tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi talebinin KABULÜNE; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 8. maddesinin son fıkrası yönünden DAVANIN REDDİNE; ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 321,90.-TL yargılama giderinin yarısı olan 160,95.-TL'nin davalı Maltepe Belediyesi ile 'ndan alınarak davacıya verilmesine, kalan yarısının davacı üzerinde bırakılmasına; hükmedilen tazminat miktarı üzerinden hesaplanan 13.555,42-TL nispî karar harcından peşin alınan 2.678,93.-TL'nin mahsubu sonucu kalan 10.876,49.-TL harcın davacıya tamamlattırılmasına; 13.555,42.-TL nispî karar harcı ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 17.856,39.-TL vekâlet ücretinin davalı Maltepe Belediyesi ile 'ndan alınarak davacıya, 1.800,00.-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak alınarak Başbakanlığa verilmesine; posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 17.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye