

İdari Şartname maddesine göre işçilere ödenecek kıdem tazminatının yükleniciye ait olduğu bu durumun mevzuata aykırılık taşıdığı iddası

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinde "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.

...

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. Bu şekilde hesaplanarak ödenen kıdem tazminatı tutarının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden aynı süreler dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından daha düşük olması hâlinde, işçinin aradaki farkı alt işverenden talep hakkı saklıdır.

İkinci fıkranın (b) bendi veya üçüncü fıkra uyarınca farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkra hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılmaz.

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.

Bu madde kapsamında alt işverenler yanında çalışan işçilerin bu işyerlerinde geçen hizmet süresinin hesabı, alt işverenden ve alt işveren işçisinden istenecek belgeler ve ödeme süreci ile ilgili diğer usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik

Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir. ..." 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.

22.02.2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile 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,

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 bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2019 tarih 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.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar” başlıklı 62'nci maddesinde “Bu Kanun kapsamındaki idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce aşağıda belirtilen hususlara uyulması zorunludur:

...

e)
1) 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan

idarelerin merkez ve taşra teşkilatları, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler; merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü, mahalli idare ve şirket bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkân sağlayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz.

2) Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder. Mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilir. Hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirme her hizmet türü için ayrı ayrı yapılır. Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmez.

3) Kurum, hizmet alımının personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda (2) numaralı alt bentte sayılan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir...” hükmü,

İdari Şartname'nin “Teklif fiyata dahil olan giderler” başlıklı 25'inci maddesinde “25.1. Sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince ödenecek ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderleri teklif fiyata dahildir.

25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları karşılayacak payı içerdiği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

25.3. Teklif fiyata dahil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:

25.3.1.

A-) Binek oto ve 4+1 pick-up sürücülerine araç sürücülerine yürürlükteki asgari ücretin %30fazlası ücret, aylık 22 gün üzerinden bürüt 8,00 TL. yol ücreti, Bürüt 15,00 TL. yemek ücreti teklif fiyata dahil olup, ücret bordrosunda gösterilecektir.

B -) Aracın bakım, onarım, yağ, yağlama, yedek parça ve diğer masrafları ile tüm vergi, sigorta, kasko vb giderleri teklif fiyata dahildir.

C-) Minibüs Sürücülerine Yürürlükteki Brüt Asgari ücret verilecek aylık 26 gün üzerinden bürüt 8,00 TL. yol ücreti, Bürüt 15,00 TL. yemek ücreti teklif fiyata dahil olup, ücret bordrosunda gösterilecektir.

D-) Çalışan tüm sürücülere Resmi ve Dini Bayram Çalışmalarında çalışmalarını halinde ücretlerine ilaveten 1 günlük Brüt ücret ödenecek olup, ücret bordosunda gösterilecektir.

25.4. Sözleşme konusu işin bedelinin ödenmesi aşamasında doğacak Katma Değer Vergisi (KDV), ilgili mevzuatı çerçevesinde İdare tarafından yükleniciye ayrıca ödenir.

25.5. Kısa vadeli sigorta prim oranları belirtilecektir.

2" düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin "Diğer Hususlar" başlıklı 47'nci maddesinde "...47.2. Yüklenici tarafından çalıştırılan sürücüler İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatı hükümlerine tabi olup, çalıştırılan işçilerin mevzuatla ilgili tüm hakları saklıdır. (Örneğin sigorta primlerinin yatırılması, yıllık izin, yol, yemek, giyim yardımı, varsa toplu sözleşmeden doğan haklar, kıdem tazminatları vs.)..." düzenlemesi,

Sözleşme Tasarısı'nın "Diğer hususlar" başlıklı 36'nci maddesinde " ... 36.2. Yüklenici tarafından çalıştırılan sürücü İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatı hükümlerine tabi olup, çalıştırılan sürücünün mevzuatla ilgili tüm hakları saklıdır. (Örneğin sigorta primlerinin yatırılması, yıllık izin, doğum izinleri ve yardımları, varsa toplu sözleşmeden doğan haklar, kıdem tazminatları vs.) Yüklenici firma, sürücünün Sosyal Güvenlik Kurumu, Maliye Bakanlığı, belediyeler ve diğer mercilere yapılması gerekli beyan ve bildirimlerini, vergi, resim, harç mükellefiyeti ve sorumluluklarını, hata, noksan ve kusurlu işlemlerden dolayı meydana gelebilecek maddi ve manevi zarar, ziyan ve tahakkuk edecek cezaların tazmini (bu nedenlerden dolayı tahakkuk edenler de dâhil) ile iş kazasıyla ilgili sorumluluğu da üstlenmeyi kabul eder. İlgili mevzuatın yüklenici tarafından

yerine getirilmemesi sonucundan alt işveren asıl işveren ilişkisi nedeniyle idareye yüklenecek maddi sorumluluklar aynen yüklenici firmaya yönlendirilir ve ilk tahakkuk evrakından kesinti yapılır. Şayet yükleniciye herhangi bir ödeme yapılması söz konusu değilse, kesin teminattan kesinti yapılır. Eğer hiçbir yolla tahsilât olamayacaksa icra yoluyla tahsili yoluna gidilir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Başvuruya konu ihaleye ilişkin olarak idarece yapılan yaklaşık maliyet hesabı incelendiğinde, sürücülü araç kiralanmasına ilişkin şikayete konu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmıştır. Sözleşme Tasarısının 36’ncı maddesinde, alt işveren sıfatıyla yüklenicinin, personelin mevzuattan kaynaklanan borç ve yükümlülükleri ile kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğunun bulunduğu ilişkin düzenleme yapıldığı görülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu’nun yukarıda yer verilen 112’nci maddesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62’nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine atıfta bulunularak kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin öncelikli muhatabın ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğunun hüküm altına alındığı, 4734 sayılı Kanun’un 62’nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin personel çalıştırılmasına dayalı ihalelere ilişkin olduğu, bu çerçevede, 4734 sayılı Kanun’a göre ihale edilen personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin öncelikli muhatabın ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğunun açık olduğu, diğer taraftan, 4857 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi gereğince, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin, 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 sorumlu olduğu anlaşılmıştır.

Personel çalıştırılmasına dayalı olmayan bir hizmet alımı olan başvuruya konu ihalede 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112'nci maddesinde yer alan ve kıdem tazminatının idarelerce ödenmesi hususuna ilişkin kuralların söz konusu ihalede uygulanamayacağı ve personel çalıştırılmasına dayalı olmayan hizmet alımı ihalelerinde, kıdem tazminatının ödenmesinde öncelikli muhatabın ilgili kamu kurum ve kuruluşları olmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, söz konusu hususta asıl işveren olan ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının alt işveren olan yükleniciler ile birlikte sorumlu olduğunun açık olduğu, başvuruya konu ihaleye ilişkin Sözleşme Tasarısının 36'ncı maddesinden kıdem tazminatı ödemelerinden yalnızca yüklenicinin sorumlu olduğu sonucu çıkarılsa da 4857 sayılı İş Kanunu'nun yukarıda anılan 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, öte yandan, ihale konusu iş süresince kaç personelin iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ereceğinin idare tarafından da net olarak belirlenemeyeceği, bu bağlamda hesaplama yapılmasının mümkün olmadığı, anılan belirsizliğin bu tür hizmet alımlarının tümü için geçerli olduğu hususları bir arada değerlendirildiğinde, çalıştırılacak personele ilişkin olarak iş mevzuatından kaynaklanan yükümlülükler konusunda ihale dokümanında yer alan düzenlemenin hukuka aykırı olmadığı, isteklilerin tekliflerini sunmasına da engel teşkil etmediğinden başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

| | |
|---------------------|------------------|
| Toplantı No | : 2021/052 |
| Gündem No | : 50 |
| Karar Tarihi | : 29.12.2021 |
| Karar No | : 2021/UH.I-2386 |