

ihale dokümanında ve sözleşmede yer almamasına rağmen kamu ihale mevzuatına aykırı olarak işçilere fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti ödenmesi hk

Kamu İdaresi Türü

Belediyeler ve Bağlı İdarelerkararı

Yılı

2015

Dairesi 6

Karar No

436

İlam No

191

Tutanak Tarihi

28.2.2017

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Fazla Çalışma Ücreti

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

“..... Belediyesi, İşi”nde ihale dokümanında ve sözleşmede yer almamasına rağmen kamu ihale mevzuatına aykırı olarak işçilere fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti ödendiği görülmüştür.

Kamu İhale Genel Tebliğinin “Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dahil olacak giderler” başlıklı 78’inci maddesinde;

“...

78.8. Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde (ulusal bayram, resmi ve dini bayram günleri ile 1 Mayıs Emek ve Dayanışma günü ve yılbaşı günü) yaptırılacak çalışma için 4857 sayılı İş Kanununun 47 nci maddesi, fazla çalışmalar için ise aynı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca hesaplanacak ücret, brüt asgari ücret üzerinden; idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası öngörülmüş ise bu tutar üzerinden hesaplanacaktır. Bu durumda, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yaptırılacak çalışma için 4857 sayılı İş Kanununun 47 nci maddesi uyarınca belirlenecek ücretin hesaplanabilmesi açısından çalışılacak gün ve personel sayısı ile fazla çalışma yapılacak hallerde toplam fazla çalışma saati ihale dokümanında belirtilecektir.

78.22. (Değişik:RG-9/2/2011-27841)(4) (Değişik cümle:RG-7/6/2014-29023) Brüt asgari ücret veya üzerinde ücret ödenmesi öngörülen personelin varsa nakdi yol ve yemek bedeli dahil aylık (78.12 nci maddeye göre gün üzerinden teklif alınan hallerde günlük) ücreti, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde (ulusal bayram, resmi ve dini bayram

günleri ile 1 Mayıs Emek ve Dayanışma günü ve yılbaşı günü) yapılacak çalışmalara ilişkin ücretler (Ek ibare:RG-16/8/2014-29090)(11) ile engelli işçi ücreti gibi ayrı ayrı hesaplanması gereken her bir işçilik maliyeti için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılması, malzeme giderlerinin de ayrı iş kalemleri şeklinde düzenlenmesi zorunludur.

...

Bununla birlikte, söz konusu personelin fazla çalışma yapması ve/veya ulusal bayram ve/veya genel tatil günlerinde çalıştırılması öngörülüyor ise, 78.8. maddesine göre çalışılacak gün ve personel sayısı ile toplam fazla çalışma saati belirlenirken, bu personel de dikkate alınmak suretiyle maliyet hesaplaması yapılarak ulusal bayram ve genel tatil günleri iş kalemi ile fazla çalışma iş kalemine dahil edilecektir...” düzenlemesi bulunmaktadır.

..... Alımı İşine Ait Teknik Şartnamenin “Görevlendirilen Personelin Ücretleri” başlıklı 5.8 no.lu bölümünde;

“ ...

5.8.1-Çalışma Saatleri

Genel olarak; işçiler Pazartesi, Salı, Çarşamba, Perşembe, Cuma günleri: 08.00-12.00, 13.00 – 17.00 saatleri arasında 1 saatlik öğlen yemek paydosu hariç günlük toplam 8 saat çalışacaklardır. Cumartesi günü 08.00 – 13.00 saatleri arasında 5 saat çalışacaklardır. Yukarıda belirttiğimiz çalışma saatlerini topladığımızda bir işçi haftada 45 saat çalışacaktır...

1. b) Fazla Mesai (saat):

Hizmet süresi içerisinde (saat) fazla mesai öngörülmemiştir. (İhale konusu iş ile ilgili eğitim seminerleri verilecek olması halinde ise, gerekli planlama yapılarak işler aksatılmadan mesai saatleri içinde idaremize ait toplantı salonlarında eğitimler verilecek olup, eğitimler ile ilgili her türlü giderler idaremiz tarafından karşılanacaktır.)

c) Fazla Mesai (gün):

Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günü yevmiyesi verilecektir. Resmi tatil ve bayram günleri çalışmış olan işçilerin ücretleri bordroda gösterilecek ve sosyal güvenlik primleri buna göre yatırılacaktır. Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günleri, çalıştırılacak personel ve sayısı ile çalıştırıp çalıştırılmama hususu idarenin takdirindedir." denilmektedir.

Aynı işe ait İdari Şartnamenin “Teklif fiyata dahil olan giderler” başlıklı 25’inci maddesinde;

“25.1. Sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak her türlü vergi, resim ve harç giderleri ile teknik -İdari şartnamedeki giderler, isteklilerce teklif edilecek fiyata dahil edilecektir.

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. İşin süresi ve personel sayısı dikkate alınarak ilgili mevzuatına göre hesaplanacak işçilik ücreti:

1.Grup (Vasıfsız işçi – Temizlik Elemanı- Lise Büro Elemanı):
184 kişi Asgari Ücretin % 15 fazlası

2.Grup (Önlisans Büro Elemanı- Lisans Büro Elemanı ,Operatör, Ağır Vasıta şoför):100 kişi Asgari Ücretin % 40 fazlası

3.Grup (Usta):50 kişi Asgari Ücretin % 30 fazlası

4.Grup (Yönetici): 30 kişi Asgari Ücretin % 100 fazlası

5.Grup(Uzman): 5 kişi Asgari Ücretin % 300 fazlası

6.Grup(Engelli) :11 kişi Asgari Ücretin % 15 fazlası

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

1.Grup Resmi Tatil Günleri Çalışma: 8.004 gün

2.Grup Resmi Tatil Günleri Çalışma: 4.350 gün

3.Grup Resmi Tatil Günleri Çalışma: 2.175 gün

...”

denilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun;

"İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde;

"Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez."

"Sözleşmede değişiklik yapılması" başlıklı 15'inci maddesinde;

"Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

1. a) İşin yapılma veya teslim yeri.

1. b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları."

hükmü bulunmaktadır.

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin, “Sözleşmenin ekleri” başlıklı 8’inci maddesinde ise, “İhale dokümanı, bu sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, İdareyi ve Yükleniciyi bağlar...” denilmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre;

İdarelerin yükleniciler ile yapacakları sözleşmeler her iki tarafı da bağlayıcı niteliktedir. Sözleşmelerde değişiklik yapılması ise sadece 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda belirtilen hallerde mümkün olmaktadır. Dolayısıyla sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere aykırı işlem yapılması mümkün değildir.

Diğer yandan, ihale kapsamında çalıştırılacak personel için gerek ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yaptırılacak çalışma gerekse de fazla çalışma öngörülmesi halinde, bu kapsamda ücret ödenebilmesi için toplam fazla çalışma saati ihale dokümanında belirtilmeli/yaklaşık maliyet cetvelinde yer almalı ve söz konusu kalemler birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılmak suretiyle gösterilmelidir. Diğer bir ifade ile, söz konusu personelin fazla çalışma yapması ve/veya ulusal bayram ve/veya genel tatil günlerinde çalıştırılması öngörülen işlerde, çalışılacak gün ve personel sayısı ile toplam fazla çalışma saati ihale dokümanlarında belirlenmeli ve maliyet hesaplaması yapılmalıdır.

İlişkili ödeme emri belgeleri ve eki belgeler incelendiğinde;

.....Belediyesi, İşinin ihale dokümanı ile sözleşmesinde, istihdam edilecek personele hiç bir şekilde fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde toplam 6 iş grubundan 3 iş grubu için çalışma ücreti ödenmeyeceğinin öngörüldüğü ve birim fiyat teklif cetvelinin de bu doğrultuda düzenlendiği, ancak, belirtilen düzenlemeye rağmen söz konusu ücretlerin idare bütçesinden ödendiği görülmüştür. Bu durumda bahsedilen işin sözleşmesinde ve ihale dökümanında yer almayan ücretler ödenmiş olmaktadır.

Sorumluların savunmalarında özetle; öngörülen hizmetin kapsamının genişlemesiyle, ilave hizmetin fazla işçi çalıştırılmasını gerektirdiği, mevcut işçi sayısının İdarenin çeşitli alanlardaki ihtiyacını karşılamamasından dolayı zorunlu ve sürekli hizmetlerin aksamadan yerine getirilmesi için, ihtiyaç duyulan sayıda ilave personelin sözleşme birim fiyatlarıyla çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılmasına gerek duyulduğu, yaz aylarına gelinmesiyle birlikte düğün salonlarında çalışan işçiler tarafından uzun süren mesailer yapıldığı ve sokak, park, bahçe ve camilerde yürütülen temizlik faaliyetlerinin ise Belediyece aksatılmadan görülmesi gerektiği, semt pazarı kurulan günlerde, Ramazan ayı boyunca kurulan iftar programlarında, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işlerin daha da yoğunlaştığı, idarenin bir kamu hizmeti yaptığı ve özellikle ulusal bayram ve genel tatillerinde bu kamu hizmetlerine duyulan ihtiyacın daha da arttığı dikkate alındığında, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilerin çalıştırılmasının bir zorunluluk olduğu, tüm bu durumların ihaleden önce öngörülemediği, daha sonra ortaya çıkan ihtiyaçlardan dolayı iş artışına gidildiği belirtilmekte ise de;

Hizmet alımı sözleşmesi tarihinde yapılmış olup işe başlama tarihi tarihidir. tarih ve..... sayılı olur

yazısıyla da yukarıda sorumluların savunmalarında belirttikleri ihtiyaçlar gerekçe gösterilerek %20 iş artışına gidilmiştir. İdarenin savunmasında belirtilen ihtiyaçların sözleşme öncesi ihale sürecinde tespit edilememesi, sözleşme tarihinden 1 gün sonra ortaya çıkması ve bu tarih itibariyle iş artışına gidilmesi kamu ihale mevzuatı açısından kabul edilebilir değildir. Üstelik ilk çalışma günü itibariyle, işçi puantajlarına sözleşmeye göre ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yaptırılmaması gereken iş grupları da dahil edilmiş ve pek çok işçiye fazla mesai yaptırılmıştır. Halbuki 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun iş artışını düzenleyen 24'üncü maddesinde iş artışına gidilebilmesi için öncelikle öngörülemeyen durumların ortaya çıkması gerektiğinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla savunmada belirtilen "kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesinin sağlanması için zorunlu olarak işçilere fazla mesai veya ulusal bayram ve genel tatil çalışması yaptırılması gerektiği" gerekçesini kabul etmek mümkün değildir. Savunmada belirtilen "düğün salonları ile ilgili faaliyetlerin, sokak ve caddelerle ilgili temizlik çalışmalarının, iftar programlarının vb" hepsinin İdarenin geçen yıllar tecrübesi ve bilgi birikimi ile stratejik plan ve performans programına istinaden biliyor olması, ihale dokümanını buna göre hazırlaması ve ihaleyi de bu doğrultuda yapması gerekmektedir. Diğer yandan, sözleşme imzalanma tarihi ile işe başlama tarihi arasında 1 gün olmasına rağmen, savunmada belirtilen zorunlu durumların nasıl ve neden ortaya çıktığına ve tespitine ilişkin herhangi bir bilgi veya belge sunulmamıştır.

Öte yandan İdarenin söz konusu uygulaması, ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi ve güvenilirliği ihlal etmektedir. Şöyle ki:

İşe ait Teknik Şartnamenin "Görevlendirilen Personelin

Ücretleri" başlıklı 5.8 no.lu bölümünde yer alan; "Hizmet süresi içersinde (saat) fazla mesai öngörülmemiştir. Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günü yevmiyesi verilecektir." hükmü ve İdari Şartnamenin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25'inci maddesinde, 6 iş grubundan sadece 3 iş grubu için ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma düzenlenmesi diğer gruplar için düzenlenmemesi birlikte değerlendirildiğinde; idare açısından "fazla mesai yaptırılmasına gerek olmadığı" taahhüdünün, yüklenici açısından ise "idare tarafından verilen işlerin personelin mesai saatleri içerisinde yaptırılacağı, ihale dokümanında belirtilen işçi gruplarının dışında ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma talep edilmeyeceği ve yaptırılmayacağı, sözleşmede belirtilenin dışında ücret istenmeyeceği" taahhüdünün ihale dokümanında kayıt altına alınması anlamına gelmektedir. Bütün bu taahhütler imzalanan sözleşme ile tarafları bağlamaktadır.

Diğer yandan, idarelerin ihale dokümanını önceden yapılan çalışmalar ve edinilen tecrübeler ışığında hazırladıklarını; isteklilerin ise ihale dokümanını okuyarak, anlayarak ve kabul ederek tekliflerini verdiklerini kabul etmek gerekmektedir. Nitekim istekliler tarafından teklif zarfı içerisine konulan teklif mektuplarında, ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğine dair ifadeye yer verilmektedir. Teklif mektubundaki ifade ihale dokümanının kabulü anlamına gelmekte olup başlangıçta ihale dokümanında var olan ve tarafların eşit rekabetini sağladığı düşünülen şartların sözleşme imzalandıktan sonra değiştirilemeyeceği bilgisini de içermektedir. Bu durum ise İdarenin güvenilirliği demektir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4 ve 15'inci maddeleri kapsamında getirilen "sözleşmenin imzalanmasından sonra değiştirilemeyeceği" ilkesi hem ihale öncesi rekabetin

ve eşitliğin sağlanması hem de sözleşme süreci içerisinde idare ve yükleniciye güvenin tesisi için önem taşıtmaktadır. İhale dokümanında fazla mesai düzenlemesi olmaması nedeniyle bazı isteklilerin teklif vermediği/vermeyebileceği de düşünüldüğünde, sözleşme hükümlerinde sonradan fiilen veya yazılı olarak yüklenici lehine değişiklik yapılması, tam anlamıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5'inci maddesinde yer alan "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmünün ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine riayet edilmemesi, yani sözleşmede sonradan fiilen veya yazılı olarak değişiklik yapılması halinde; ihaleyi alan yüklenici lehine veya aleyhine sonuçlar oluşabileceği gibi ihaleyi alamayan istekliler tarafından yargısal süreçler başlatılabilecektir. Dolayısıyla, bahsedilen uygulamanın İdare aleyhine hukuki sonuçlar doğurması mümkündür.

Sorumlular savunmalarında, yüklenici personeline yaptırılan fazla çalışma karşılığında ödenen tutara yüklenici karının eklenmediğini, gerek yüklenici gerekse de sorumluların herhangi bir kişisel hak ve menfaat temin etmesinin söz konusu olmadığını ifade etmektelese de; sorguda kişisel hak ve menfaatle ilgili bir tespit yapılmamış olup fazla mesai ödemesine yüklenici karının ilave edilmemesinin de kamu zararı değerlendirmesinde bir önemi yoktur. Zira 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Kamu Zararı" başlıklı 71'inci maddesinde kamu zararı; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu

kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla yapılan ödemelere yüklenici karının eklenmemesi, yüklenici ve sorumluların herhangi bir kişisel hak ve menfaat temin etmemiş olması fazla mesai ödemelerinde ihale mevzuatı hükümlerine aykırı işlem tesis edilmiş olmasından doğan kamu zararından sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır.

Diğer yandan, sorumluların savunmalarında yer verdikleri mahkeme kararlarında, fazla mesai ödemesinin sözleşmede yer alıp almadığı değerlendirilmemiş ve tamamen İş Kanunu hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. Bu durum işçi açısından geçerli olabilir. Ancak, kamu harcamalarının yasal düzenlemelere uygunluğunun denetlenmesi ve mevzuata uymayan harcamalarından dolayı harcama sürecinde görevli olanlar için sorumluluk tespit edilmesi farklı bir durumdur. Diğer bir ifade ile, sözleşmeye aykırı olarak çalıştırılan yüklenici işçisi için mahkemeler işçi lehine karar verebilir; ayrıca, sorgu konusu uygulamadan dolayı idare ve yüklenici arasında oluşacak ihtilaf nedeniyle mahkemeler yüklenici lehine de karar verebilir; ancak, kamu harcamasının mevzuata uygun olmamasından dolayı ilgili kamu görevlilerinin sorumlu olmayacağından bahsetmek mümkün değildir. Zaten savunmada da fazla çalışma talebinin İdareden geldiği belirtilmekte olup bu konuda iç yazışmaların ve onayların olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla, sözleşmesinde yer almayan bir ödemenin Sayıştay sorgusuna alınması; Anayasanın 160’ıncı maddesi ile 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun denetim ve yargılama ile ilgili maddelerine göre değerlendirilmelidir.

Sorumluların savunmalarında ileri sürdükleri bir diğer husus;

sorgu konusu işin sözleşmesinin bitiş tarihinin 31.12.2017 olduğu, fazla mesai ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti ödemeleri neticesinde sözleşme bedelinin aşılp aşılmadığının 2015 yılı sonu itibariyle bilinmediği, asgari ücretin 2016 yılı itibariyle öngörülemeyen oranda artışı sebebiyle ücret artışlarının daha düşük seviyeye çekilmesi amacıyla uyarlama davasının açıldığı, bu durumun bile ihale sözleşmesinin bedelinin aşılmaması konusunda göstermiş olunan hassasiyeti çok net bir şekilde ortaya koyduğudur. Ancak kamu zararına konu olan husus; yüklenici personeline ihale dokümanına aykırı olarak fazla mesai ödemesi yapılmış olması olup sözleşme bedelinin aşılp aşılmadığının konuyla ilgisi bulunmamaktadır.

Sonuç olarak İdarenin yüklenici ile yaptığı sözleşmenin her iki tarafı da bağlayıcı nitelikte olduğu, sözleşmede değişiklik yapılmasının ise sadece Kanun'da belirtilen hallerde mümkün olduğu, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere aykırı işlem yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla işin sözleşmesinde yer almayan fazla çalışma ücretlerinin ödenmesinin yasal düzenlemelere aykırı olduğu görülmüştür.

Bu itibarla, İş Ortaklığı'na yersiz ödenen TL kamu zararının;..... TL'sininna ,

..... müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereğince hüküm tarihinden itibaren işleyecek faizleri ile ödettirilmesine,

ek İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy birliğiyle karar verildi.