

ihale dökümanında asıl işveren olan ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının alt işveren olan yükleniciler ile birlikte sorumlu olduğunun açık olduğu, başvuruya konu ihaleye ilişkin Teknik Şartname'nin anılan maddesinden kıdem tazminatı ödemelerinden yalnızca yüklenicinin sorumlu olduğu sonucu çıkarılsa dahi 4857 sayılı İş Kanunu'nun yukarıda anılan hükmü karşısında sözleşmenin uygulanması aşamasında herhangi bir boşluk doğmayacağından bu hususla ilgili taraflarca

sorun yaşanmayacağı

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. 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,

İdari Şartname'nin “Teklif fiyata dahil olan giderler” başlıklı 25'inci maddesinde “...25.3.1. İlgili mevzuat gereğince ödenecek vergi(kdv hariç), resim, harç ile ulaşım ve sigorta giderleri teklif fiyata dahildir. Yüklenici tarafından Sözleşmenin Uygulanması sırasında Teknik Şartnamede belirtilen sayı ve özelliklerde işçi çalıştırılacak olup, Yüklenicinin çalıştıracığı İşçilerin 4857 sayılı İş Kanunu ve diğer kanunların hükümlerine göre her türlü yasal hakları teklif fiyata dahildir. İdarenin çalışanların özlük hakları konusunda hiç bir sorumluluğu yoktur. Çalışılanlar açısından karşılaşılabilecek her türlü hukuki ve yasal sorunlar da maddi ve manevi zararı Yüklenici karşılamakla sorumlu olup, idareye herhangi bir ceza gelmesi durumunda idare bunu yüklenicinin hak edişlerinden veya Kesin Teminatından kesmekte serbesttir.

...

b) İşçi ücret, sigorta, doğum/hastalık ve her türlü izin, kıdem tazminatı vs. giderleri teklif fiyata dahil olup, yüklenici tarafından karşılanacaktır.

..." düzenlemesi,

Sözleşme Tasarısı'nın "Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracığı personele ilişkin sorumlulukları" başlıklı 22'nci maddesinde "22.1. Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracığı personele ilişkin sorumlulukları, ilgili mevzuatın bu konuyu düzenleyen emredici hükümleri ve Genel Şartnamenin Altıncı Bölümünde belirlenmiş olup, Yüklenici bunları aynen uygulamakla yükümlüdür.

22.2. Yüklenici, tüm giderleri kendisine ait olmak üzere çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu çerçevede; çalışanların iş güvenliği uzmanı, iş yeri hekimi ve zorunlu olması halinde diğer sağlık personeli tarafından sunulan hizmetlerden yararlanması, çalışanların sağlık gözetiminin yapılması, mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hâle getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığının izlenmesi, denetlenmesi ve uygunsuzlukların giderilmesi gibi iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin alınması zorunlu tedbirler yüklenicinin sorumluluğundadır." düzenlemesi,

Beslenme Hizmetleri Yemek Hizmet Alımı Teknik Şartnamesi'nin "Genel Hükümler" başlıklı 14'üncü maddesinin 36'ncı bendinde "...Yüklenici hiçbir ihtar ve ikaza gerek kalmaksızın gerekli

emniyet tedbirlerini zamanında alma, kazalardan korunma yöntemlerini işçilerine öğretmek ve bu eğitimleri idareye belgelemek zorundadır. Bu itibarla hizmetin ifasında gerek ihmal, dikkatsizlik gerekse tedbirsizlik ve ehliyetsiz işçi çalıştırmaktan veya herhangi bir sebepten meydana gelecek kazalardan yüklenici sorumludur. Yüklenici iş kanunu, işçi sağlığı ve işçi güvenliğine ilişkin mevzuat gereği işçilerinin sağlığını korumak üzere her türlü sağlık tedbirlerini alacak ve oluşacak tehlikeli şartlar altında çalışılmasına izin vermeyecektir (yanma, elektrik çarpması, düşme, çarpma vb.). İşçinin tüm haklarıyla ilgili mali ve hukuki sorumluluklar yükleniciye ait olup bu konuda idare sorumlu olmayacaktır. Sosyal Sigortalar Mevzuatı çerçevesinde her türlü işçi işveren hakkındaki haklardan dolayı; işçi alınması veya işçi haklarının ödenmesi, işçi çıkarılması gibi sorumluluklar yükleniciye ait olup idare bu konuda sorumluluk taşımayacak yalnızca sözleşme içeriğindeki işi yükleniciden isteyecektir. Yüklenici işin ifası sırasında da meydana gelebilecek her türlü zarar ve hasarı tazmin etmekle mükelleftir..." düzenlemesi,

Beslenme Hizmetleri Yemek Hizmet Alımı Teknik Şartnamesi'nin "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemleri" başlıklı 20'nci maddesinde "...3. İş yasası ve Sosyal Sigortalar mevzuatı hükümlerine göre işe işçi alınması işçi çıkarılması ve işçi özlük haklarının tümünün ödenmesi gibi sorumluluklar firmaya aittir. Hastane idaresi bu konuda hiçbir sorumluluk taşımaz. İdarenin firmaya rücu hakkı saklıdır.

4. Yüklenici Firma, halen çalıştırdığı, bu ihale döneminde yeni işe aldığı, gerek bu işyerinde daha önce kendisinin çalıştırdığı veya ihale tarihinden önceki dönemler için kendisinin çalıştırdığı işçilerin olabilecek maaş, fazla mesai, bayram tatili ücreti, kıdem tazminatı gibi her türlü ücret ve borçlarından tek başına sorumludur.

...

7. Yüklenici firma, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası, 4857 ve 1475 sayılı İş kanunu mevzuatına göre işçi alınması, işçi haklarının ödenmesi (ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve benzeri tüm hak ödemeleri), işçi çıkarılması ve sair konularda tüm sorumluluk yükleniciye ait olup hastane idaresi bu konularda sorumlu sayılmayacaktır. Sorumluluk yükleniciye ait olup yerine getirilmeyen mali yükümlülükler de yüklenicinin hak edişlerinden idarece kesilecektir. "düzenlemesi yer almaktadır.

Başvuruya konu ihaleye ilişkin olarak idarece yapılan yaklaşık maliyet hesabı incelendiğinde, şikâyete konu ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmıştır.

Beslenme Hizmetleri Yemek Hizmet Alımı Teknik Şartnamesi'nin 20'nci maddesinde, yüklenicinin alt işveren sıfatıyla, 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 Kanun'dan, 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 maddesi yer alan 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 Teknik Şartname'nin anılan maddesinden kıdem tazminatı ödemelerinden yalnızca yüklenicinin sorumlu olduğu sonucu çıkarılsa dahi 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, diğer taraftan 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, bir arada değerlendirildiğinde,

alıştırılacak personele ilişkin olarak iř mevzuatından kaynaklanan yükümlülükler konusunda ihale dokümanında yer alan düzenlemenin hukuka aykırı olmadığı, isteklilerin tekliflerini sunmasına engel teşkil etmeyeceği anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Toplantı No	: 2022/035
Gündem No	: 85
Karar Tarihi	: 07.07.2022
Karar No	: 2022/UH.II-849