

İhale Kanunu kapsamında çalışan işçilerin 4857 Sayılı Kanun'a göre değerlendirilmesi

696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklik öncesi 4734 sayılı Kanuna göre kamu kurumlarınca kanun,yönetmelik ve ikincil mevzuatlara göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, en üst ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla 4734 sayılı kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabileceği yönündeki düzenlemeye dayanılarak idarelerde yürütülen asıl işin bir bölümünde de işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesi yapılabilmekteydi.

Her ne kadar bu düzenlemeler 4734 sayılı Kanundan kaldırılmış olsa da kamu sektöründe alt işverenlik uygulamalarında anılan zorunluluklara uyulmayacağı sonucu doğmamıştır. Zira 4734 sayılı Kanundan kaldırılan bu düzenlemeler,

4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer bulmakta ve İş Kanunundaki alt işveren hükümleri kamu sektöründe de geçerliliğini korumaktadır. Aynı doğrultuda "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 40 68. maddesine eklenen ek madde 8/3. fıkraya göre 4857 s.k m.2/f.7" hükmüne aykırılık oluşturacak eylem ve işlemler yapılamayacağı düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Ek madde 8/3. Fıkrasında kanunun 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri düzenlemesi ile çalıştırılan personelin, *ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştırılmayacağı ve görevlendirilemeyeceği* vurgulanarak 4857 s.k'da bulunan düzenlemeye paralel bir düzenleme yapılmıştır.

İş Kanunu'nun 2. maddesine göre *alt işveren asıl işverenliğin mevcudiyeti için gereken unsurlardan biri işçinin münhasıran asıl işverenden alınan söz konusu işte görevlendirilmesi, alt işveren*

işçisinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve asıl işverenin diğer işlerinde çalıştırılmaması zorunluluğunun bulunmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunundaki işbu düzenleme 4734 sayılı Kanunda daha açık bir şekilde yerini bulmuştur. Söz konusu düzenleme ile kamu kurumlarında yaygın olarak rastlanan alt işveren işçilerinin alınan hizmetten farklı işlerde çalıştırılmasının önüne geçilmek istenilmiştir.

Ek madde 8/3. fıkra devamındaki düzenlemeye göre ise “*personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılmaması gerektiği hâlde ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hâllerde alınmadan ihaleye çıkılması, ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması,*” 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. Fıkrasına aykırılık oluşturacak biçimde iş ve işlemler yapılması nedeniyle kurumlar aleyhine zarar oluşması hâlinde, Aynı ek maddenin devamında yer alan “*oluşan bu zararlar, bu zarara neden olduğu tespit edilenlere rücu edilmek suretiyle tahsil edilir.*

Ayrıca, bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere, bu kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır.” hükümler uygulanır

Fıkranın son cümlesine göre 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında *“muvazaalı işlemlere karşı öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmayan kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanacağı”* düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeyle, kamu kurumlarında muvazaalı ve hukuka aykırı asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin önüne geçilmeye çalışıldığı, kamu kurum ve kuruluşlarının muvazaalı ve hukuka aykırı söz konusu işlemler ile uğradığı zararların önlenebilmek istenildiği görülmektedir.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımına ilişkin bir diğer düzenleme, İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 sayılı Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında yer bulmuştur. Düzenlemeye göre;

“Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu çerçevesinde kanununun 27 maddesi “Niteliğinden dolayı malî yıllla sınırlı tutulamayan ve sürekliliği bulunan aşağıdaki iş ve hizmetler için...

“...her iş itibarıyla, bütçelerinde öngörülen ödeneklerin yüzde ellisini, izleyen yılın Haziran ayını geçmemek ve yüklenme süresi on iki ayı aşmamak üzere, ilgili üst yöneticinin onayıyla ertesi yıla geçen yüklenmelere girişilebilir:

a) Türk Silahlı Kuvvetlerinin yapım, onarım, etüt ve proje işleri, araştırma-geliştirme projeleri, giyecek ve yiyecek alımları, makine-teçhizat, silah-mühimmat-teçhizat alımlarıyla bunların bakım, onarım ve imalat işleri.

b) Yiyecek, yakacak, akaryakıt ve madeni yağ ihtiyaçları.

c) Temini ve korunması güç olan ilaç, aşı, serum ve tıbbi sarf malzemeleri.

d) Süreli yayın alımı, taşıma, koruma ve güvenlik, temizlik ve yemek hizmetleri...”

ve aynı kanununun 28. maddesi yılı bütçesinde ödeneği bulunması ve merkezî yönetim kapsamındaki idareler için Cumhurbaşkanlığının onayıyla...

-Yıllı bütçesinde ödeneği bulunması ve merkezî yönetim

kapsamındaki idareler için Cumhurbaşkanlığının onayıyla; satın alma suretiyle edinilmesi ekonomik olmayan her türlü makine-teçhizat, cihazlar ve taşıtlar ile hava ambulansı ve yangınla mücadele amacıyla hava ve deniz araçlarının kiralanması veya finansal kiralama suretiyle temini; afet ve acil durumlar için kurulan lojistik depoların işletilmesiyle ilgili hizmetleri, yemek (beşinci fıkra kapsamındaki yemek hizmetleri hariç) ve personel taşıma hizmetleri, 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Kanuna göre sağlanan sabit ve ankesörlü telefon hizmetleri ile acil yardım çağrıları hizmetleri, internet erişim hizmetleri, deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetleri, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamındaki elektronik haberleşme hizmetleri, elektrik ve doğalgaz alımları, harita, plan, proje, etüt ve müşavirlik hizmetleri, 17/2/2011 tarihli ve 6114 sayılı Kanuna göre yapılan sınav işlemleri ile sınırlı olmak üzere basım, dağıtım, nakil, kamera kaydı ve izlenmesi ile sınav güvenliği ve gizliliği kapsamındaki alımlar, ulusal araştırma geliştirme kurumlarının süreli ve süresiz yayın alımları, orman ağaçlandırma ve amenajman işleri, kit karşılığı cihaz, ilaç, tıbbi cihaz, aşı ve anti-serum alımı için; süresi üç yılı geçmemek, finansal kiralama suretiyle temin edileceklerde ise dört yıl olmak üzere üst yöneticinin onayıyla gelecek yıllara yaygın yüklenmeye girişilebilir. Bu fıkroda sayılanlar dışında, birden fazla yıla yaygın olması zorunluluğu bulunan veya ekonomik olan diğer mal ve hizmet alımlarını, yüklenme süresi 3 yılı geçmemek üzere belirlemeye ve bu fıkroda belirlenen süreleri beş katına kadar artırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir.

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında, yüklenme süresi üç yıl olup, işin niteliğinden veya süresinden

kaynaklanan zorunlu hâllerde bu süre gerekçesi gösterilmek şartıyla üst

yöneticinin onayıyla kısaltılabilir.” Kamu İhale Kanunu 62/1/e bendi kapsamındaki işlerden sürekli nitelikte olanlar için alt işverene verilecek işlerin kural olarak 3 yıllığına verileceği düzenlenmiş olmaktadır.

Kamudaki genel uygulama alt işverenliğe verilecek işin bir yıllığına verilmesi ve bu sürenin sonunda yeniden ihale yapılarak alt işverenin değişmesi şeklinde olmaktadır. *“Bunun sonucunda da alt işveren işçileri, alt işverenin başka bir alanda faaliyet göster memesi durumunda işsiz kalmakta, yıllık izin haklarını kullanamamakta, kıdem tazmi natlarının tahsili konusunda sorun yaşamakta ve alt işveren işyerinde çoğu zaman toplu iş sözleşmesi imzalanamamaktaydı.*

Söz konusu düzenlemeyle kamuda yaygın olan bir yıllığına iş verilmesi uygulaması kaldırılarak alt işverene gördürülecek işin ihale süresi kural olarak üç yıla çıkarılmış bulunmaktadır.

Böylece alt işveren işçileri 4857 sayılı kanundaki haklardan olan kıdem tazminatına hak kazanacağı gibi yıllık izinlerini ve diğer özlüklerinde kullanabileceklerdir.

Bu noktada 696 sayılı KHK ile Kamu İhale Kanununun m.62/f.1-e bendinde yapılan değişiklikle kamu kurumlarında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinin yasaklandığı göz önüne alındığında; ihale süresinin 3 yıl olması kuralının, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımın yasaklanmadığı kamu kurum ve kuruluşları ile hizmetler için geçerli olacağını belirtmeliyiz.

Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanununun alt işverene ilişkin temel düzenlemeleri içermesi ve aynı Kanunda salt kamu sektöründe alt işverenlik uygulamasına ilişkin hükümlerin bulunması, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ek madde 8 ile İş Kanununa yaptığı atıf ve 6552 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemeler sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunun alt işverenliğe ilişkin hükümleri personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı şeklinde adlandırılan kamu sektöründeki alt işverenliklerde de uygulanacaktır.

“İlaveten alt işveren ile asıl işveren ilişkisinin bir özel hukuk ilişkisi olması da 4857 “sayılı İş Kanunundaki alt işverenliğe ilişkin genel hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.” Buna göre;

“bir kamu işvereninden iş yerinde 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 iş yerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisi kurulabilir.145

Aynı kanunun 2. maddesinin 6 fıkrasına kapsamında kamu işvereni bu minvalde “alt işverenin işçilerine karşı o iş yeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”“Görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisi kural olarak özel kesimde ve kamu kesiminde aynıdır.”