

**ihale Sözleşme Tasarısına göre ihale konusu iş kapsamında çalıştırılacak olan sürücülerin yıllık izinli istirahatli olmaları veya herhangi bir nedenle işe gelmemeleri halinde yüklenicinin hizmetin aksamaması için başka bir sürücü temin etmek zorunda olduğu ancak söz konusu düzenlemenin İş Kanununa ve Kamu İhale Genel Tebliğine aykırılık teşkil ettiği iddası**

4857 sayılı iş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinin 9'uncu maddesinde "...Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları

ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz.” hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliği'nin “Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dahil olacak giderler” başlıklı 78'nci maddesinde “...78.25. İhale dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan ihalelerde, 4857 sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacak ve izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceğinden, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilmeyecektir. İdarelerin, ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak belirlemeleri gerekmektedir. Ayrıca idareler ve yükleniciler, işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullanmasına ilişkin olarak 4857 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerle uymak zorundadır.

78.26. 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulmayacaktır. İdarelerce, çalışan personel açısından denetim, sadece teknik şartnamede istenen kriterlere göre ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak olup, ihale dokümanında, anılan Kanun maddesine ve ilgili mevzuata aykırı şekilde, işe alınacak veya işten çıkarılacak personelin idarece belirleneceğine yönelik düzenlemelere yer

verilmeyecektir...” açıklaması,

İdari 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...” düzenlemesi,

Teknik Şartname'nin “Sözleşmenin Uygulanması ve Çalışma Esasları” başlıklı 6'ncı maddesinde “...7- Kira sözleşmesinin devamı müddetince araç sürücülerinin yasal mevzuat çerçevesinde yıllık izinli, istirahatli olmaları veya herhangi bir nedenle işe gelmemeleri halinde yüklenici hizmetin aksamaması için başka bir sürücü temin etmek zorundadır. Aksi takdirde Sözleşme ve İdari Şartnamedeki ceza ile ilgili madde hükümleri uygulanır.” düzenlemesi,

Sözleşme Tasarısı'nın “Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16'ncı maddesinde “...16.1.12. Kira sözleşmesinin devamı müddetince araç sürücülerinin yasal mevzuat çerçevesinde yıllık izinli, istirahatli olmaları veya herhangi bir nedenle işe gelmemeleri halinde yüklenici hizmetin aksamaması için başka bir sürücü temin etmek zorundadır. Görevde olunmayan her gün için durum bir tutanakla tespit edilir ve sözleşme bedelinin %1'i (yüzde biri) tutarında idari para cezası kesilir. Cezalı durumun 3 (üç) defa tekrarı halinde 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir...” düzenlemesi,

Anılan Tasarı'nın “Diğer hususlar” başlıklı 36'ncı maddesinde “... 36.2. Yüklenici tarafından çalıştırılan sürücü İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatı hükümlerine tabi

olup, çalıştırılan sürücünün mevzuatla ilgili tüm hakları saklıdır. (rneğin 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 dhil) 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 tahsilt olamayacaksa icra yoluyla tahsili yoluna gidilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve Tebliğ açıklamaları doğrultusunda personel alıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 55'inci maddesinde yıllık ücretli iznin dışında yıllık izin gibi çalışılmış sayılacak hallerin neler olduğu belirtilmiş olup bu izinlerin kullanılmasđ durumunda da Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.25'inci maddesine göre izin kullanan işçilerin yerine başka işçiler getirilerek sayının tamamlanmasının idarece talep edilmeyeceğinin hüküm altına alındıęđ anlaşılmaktadır.

İdarece ihale dokümanında yer verilen düzenlemelerde ise yüklenici tarafından çalıştırılan sürücülerin İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatđ hükümlerine tabi olduğu, çalıştırılan işçilerin mevzuatla ilgili tüm hakları saklı

olduğu düzenlemelerine yer verildiği görölmektedir. Teknik Şartname'de araç sürücülerinin mevzuat çerçevesinde yıllık izinli, istirahatli olmaları veya herhangi bir nedenle işe gelmemeleri halinde yüklenicinin hizmetin aksamaması için başka bir sürücü temin etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

İhale dokümanı düzenlemelerinde ihale konusu işin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı olmadığı, bu itibarla Tebliğ'in 78.25'inci maddesinin söz konusu ihalede uygulanamayacağı anlaşılmıştır. Düzenlemede yer verilen istirahatli personelin geçici iş göremezliğinin üçüncü gününden itibaren yüklenici için herhangi bir maliyete neden olmayacağı, ilgili personelin yerine yeni bir personel getirilmesine ilişkin idarece süre belirlemesi yapılmadığı, Kamu İhale Genel Tebliği 78.25'inci maddesinin ise yıllık izne hak kazanan işçilerin yerine ikame personel temin edilemeyeceğinin düzenlediği, öte yandan idarece belirlenen personel sayısının asgari sayı olduğu dikkate alındığında hizmetin ifasının eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesini teminen idare tarafından konulan tedbir amaçlı düzenleme olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu düzenlemenin anılan Tebliğ açıklamalarına aykırılık taşımadığı anlaşılmış olup başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

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