

İhale sözleşmesinin ihale tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücret dikkate alınarak asgari işçilik maliyetini karşılayacak tutar üzerinden imzalandığı asgari ücret arttığında sözleşme fiyatının asgari işçilik maliyetinin altında kaldığı görülmüş olup Sözleşmeye fiyat farkı verilmeyecektir hükmü konulmuşsa da 4857 sayılı İş Kanunu gereğince yüklenicinin işçilere asgari ücretin altında bir ücret ödemesi mümkün değildir 4857 sayılı Kanunun amir hükümlerine aykırı olduğu anlaşılan

sözleşmenin bu hükmünün hukuken geçerliliği bulunmamaktadır 1

Kamu İdaresi Türü		
Yılı	2009	
Dairesi	8	
Dosya No	37140	
Tutanak No	39228	
Tutanak Tarihi	17.6.2014	
Kararın Konusu		

Dosyada mevcut belgeler okunup incelendikten sonra gereği görüşüldü:

1-951 sayılı ilamın 1.maddesi ile; Temag Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. Ltd. Şti. firmasına ihalesi yapılan 637.975 TL sözleşme bedelli "73 kişilik güvenlik görevlisi ile özel güvenlik hizmeti alımı" işine ait hakediş tutarlarının ödenmesi sırasında, sözleşmede fiyat farkı verilmeyeceği öngörülmesine rağmen, asgari ücret artışından doğan fiyat farklarının ödenmesi nedeniyle 14.130,00 TL.ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde özetle: Belediye ile davalı şirket arasında imzalanan 16.06.2009 tarihli, "23.06.2009 – 31.12.2009 tarihlerini kapsayan 200 gün süreli 73 adet silahsız özel güvenlik hizmeti alımı sözleşmesi"ne dayalı hakediş tutarlarının davalı şirkete ödenmesi sırasında, sözleşmede fiyat farkı verilmeyeceği öngörülmesine rağmen,

asgari ücret artışından doğan toplam 14.130,00 TL. fiyat farkının sehven davalı şirkete ödendiğini,

Bu nedenle, davalı şirkete sehven ödenen asgari ücret artışından doğan fiyat farkının ödeme tarihlerinden itibaren hesaplanacak faiziyle birlikte İdareye iade edilmesi amacıyla Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/336 Esas sayılı dosyası üzerinden 19/07/2011 tarihinde alacak davası açıldığını,

25/07/2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve dava konusu ihale tarihinde yürürlükte olan Kamu İhale Genel Tebliği uyarınca, personel çalıştırılmasına ilişkin hizmet alım ihalesinin götürü bedel üzerinden teklif verilmek suretiyle yapılmasının ve buna bağlı olarak fiyat farkı hesaplanmamasının Kamu İhale Kurumu tarafından ihale mevzuatına uygun bulunarak onaylanmış olduğunu,

Personel çalıştırılmasına ilişkin hizmet alım sözleşmesinin birim fiyat sözleşmesi olması ve fiyat farkı verilmesinin ilk defa 22/08/2009 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliğinde hüküm altına alındığını, davaya konu ihalenin, personel çalıştırılmasına ilişkin hizmet alım ihalelerinin birim fiyat sözleşmesi olarak yapılacağına ve fiyat farkı hesaplanacağına dair bir zorunluluk bulunmayan 25/07/2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği hükümleri uyarınca yapıldığının ispatı için, 22/05/2009 tarihli İhale Komisyonu Kararının dilekçe ekinde sunulduğunu,

Sayıştay tarafından yapılan sorgu yazısı üzerine yanlışığın fark edilmesi neticesinde söz konusu bedelin Kuruma iade edilmesi gerektiği hususunda tebligat yapılarak davalı şirketin temerrüde düşürüldüğünün ve Borçlar Kanununda belirtilen yasal süre içerisinde dava açıldığının ispatı için, Destek Hizmetleri Müdürlüğünün 16/06/2011 tarihli ve M.06.6.MAM.0.73/630 sayılı, sehven ödenen asgari ücret artışından doğan fiyat farkının iadesine ilişkin idari

yazısının bulunduğunu,

Mahkemeden bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırılmasının talep edildiğini,

TEMAG Güvenlik Koruma ve Eğitim Hiz.Ltd.Şti. vekilinin dilekçesinde zamanaşımı defii ileri sürmekte ise de, Borçlar Kanununun 66. maddesinde, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda iki türlü zamanaşımı süresi kabul edildiği, zenginleşen kişiyi ve malvarlığındaki azalmayı öğrenme tarihinden itibaren bir yıl, bunlar daha geç öğrenilmiş olsa bile en geç zenginleşmeyle ilgili olay tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi öngörüldüğü belirtilerek, Belediyemizin 2009 yılı hesaplarının Sayıştay incelemesi sonucu tanzim olunan 11/05/2011 tarihli ve 2009/06A19/20/1327 sayılı sorgu yazısı üzerine bu yanlışlığın fark edildiği, açık yasal hüküm uyarınca adı geçen şirketin zamanaşımı definin dikkate alınmasının hukuken mümkün olmadığının dilekçelerinde belirtildiğini,

Sayıştay Savcılığının yazısına karşılık İkinci dilekçesinde; Sayıştay savcısının 03/10/2012 tarihli ve 2012/12150-19203 sayılı temyiz dilekçesinde, adli yargının vereceği kararın Sayıştay'ın hesap yargılaması açısından belirlediği sorumluları değiştirmeyeceği ve tahsilat yapılmadığı belirtilerek Daire Kararının onanmasının talep edildiğini,

Ancak, Mamak Belediye Başkanlığı tarafından açılan alacak davası sonucunda, fiyat farkı olarak ödenen bedel, sebepsiz zenginleşen şirketten tahsil edileceğinden, Sayıştay tarafından belirlenen sorumlu personelin sorumluluğunun ortadan kalkacağını,

Nitekim, Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/336 E. sayılı dosyası üzerinden açılan alacak davasında mahkemenin, 17/10/2012 tarihli kısa kararında davanın kabulüne ve söz konusu bedelin adı geçen şirketten tahsil edilerek Belediyeye ödenmesine karar verdiğini,

Mahkemece gerekçeli karar yazılarak Mamak Belediye Başkanlığına tebliğinden sonra, mahkeme kararından doğan alacağın tahsili amacıyla şirket aleyhine icra takibinin başlatılacağını, Mahkeme kararından doğan alacağın, kesinleşen ilamlı icra takibi sonunda adı geçen şirketten tahsil edilerek Belediye veznesine yatırılması üzerine sorumluluğun biteceğini belirterek verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir.

Savcılık: "İlamın 1. maddesine ilişkin olarak, belediye ile davalı şirket arasında imzalanan "73 kişilik güvenlik görevlisi ile özel güvenlik hizmeti alımı" işinde, sözleşmede fiyat farkı verilmeyeceği öngörülmesine rağmen, asgari ücret artışından doğan fiyat farklarının ödenmesi nedeniyle adlarına tazmin hükmolunan 14.130,00 TL.nin ahizinden tahsili amacıyla Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan alacak davasının halen devam ettiği bildirilmekte ve tazmin hükmünün kaldırılması talep edilmektedir.

Adli yargının vereceği karar, Sayıştay'ın hesap yargılaması açısından belirlediği sorumluları değiştirmeyeceğinden ve henüz bir tahsilâta bildirilmediğinden, talebin reddedilerek Daire Kararının onanmasına" şeklinde görüş bildirmiştir.

Rapor dosyası ve ekleri incelendiğinde; sözleşmenin ihale tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücret dikkate alınarak asgari işçilik maliyetini karşılayacak tutar üzerinden imzalandığı, asgari ücret arttığında sözleşme fiyatının asgari işçilik maliyetinin altında kaldığı görülmüştür.

Sözleşmeye "fiyat farkı verilmeyecektir." hükmü konulmuşsa da 4857 sayılı İş Kanunu gereğince yüklenicinin işçilere asgari ücretin altında bir ücret ödemesi mümkün değildir. 4857 sayılı Kanunun amir hükümlerine aykırı olduğu anlaşılan sözleşmenin bu hükmünün hukuken geçerliliği bulunmamaktadır.

Bu nedenle 951 sayılı ilamın 1.maddesi ile 14.130 TL.ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA,

2-951 sayılı ilamın 2.maddesi ile; Doğu Güvenlik Özel Eğitim

Hizmetleri Tic.Ltd.Şti.ne ihalesi yapılan (48 kişilik ve 56 kişilik) özel güvenlik hizmeti alımına ilişkin 2 ayrı ihalede 5763 sayılı Kanunla getirilen 5 puanlık (%5) işveren indiriminden yüklenici firma tarafından yararlanıldığı halde bu indirimin hakedişlerden (asgari ücret) fiyat farkı kesintisi olarak kesilmemesi nedeniyle 48.150 TL.ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde özetle;

Ankara Mamak Belediyesinin Muhasebe Biriminin 2009 yılı mali yılına ait hesaplarının incelenmesi sonucu 951 sayılı ilamın 2. Maddesi ile, Doğu Güvenlik Özel Eğ. Hiz.Tic. Ltd. Şti.'ne ihale edilen (48 kişilik ve 56 kişilik) "özel güvenlik alımı işinde" 2009 yılına ilişkin sigorta prim tutarı olan 48 kişilik özel güvenlik hizmet alımı işi ile ilgili KDV dahil 23.380,-TL. ve 56 kişilik özel güvenlik hizmet alımı işi ile ilgili KDV dahil 24.770,-TL. olmak üzere toplam 48.150,-TL. kamu zararının harcama yetkilisi olarak şahsından tahsiline karar verildiğini,

Sık değişen mevzuatı takip edememekten kaynaklanan ve sehven oluşan bu hatanın telafi edilebilmesi için 21.04.2010 tarih ve 2008/06A19/1/540 sayılı sorgunuzdan önce 06/11/2009 tarihinde Doğu Güvenlik Özel Eğt.Hizm.Tic.Ltd.Şti.'ne yazı yazılarak ödemenin yapılması istemi ile Belediyenin hukuki süreci başlattığını,

Sayıştay ilamına konu edilen ve kamu zararı olarak tespit edilen alacağın tahsili istemiyle Mamak Belediye Başkanlığı tarafından Doğu Güvenlik Özel Eğt.Hizm.Tic.Ltd.Şti. aleyhine Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesine 2010/101 E sayı ile alacak davası açıldığını,

Yargılama aşamasında yapılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen 08.04.2011 tarihli bilirkişi raporu ile belediye avukatının itirazı üzerine verilen 27.06.2011 tarihli ek bilirkişi raporlarında; 5510 kanununun 81. maddesi uyarınca

yüklenici şirketin kanunla getirilen indirimden yararlanmaya hak kazandığı bu nedenle belediyenin davalı şirketten talep edeceği alacağı bulunmadığının, ifade edildiğini,

Yargılama sonunda da Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinin 21.07.2011 tarih 2010/101 E., 2011/327 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiğini,

Kararın belediye tarafından temyiz edildiğini, temyiz incelemesinin henüz sonuçlanmadığını,

Mamak Belediyesi tarafından açılan alacak davasının reddedilmiş olması nedeniyle olayda kamu zararından söz edilemeyeceğini,

5510 sayılı kanunun 81. maddesine göre yüklenicinin indirimden yararlanması mahkeme kararı ile hukuka uygun bulunmuş ve bu yöndeki dava reddedilmiş olduğundan verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir.

Dilekçi ikinci dilekçesinde, İlamin 2. maddesinde yer alan Doğu Güvenlik Özel Eğ. Hiz. Tic. Ltd. Şti. ile ilgili olarak Belediye tarafından Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde 2010/101 E- sayı ile açılmış olan dava sonunda verilen kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.06.2012 tarih, E:2012/13177, K:2012/14651 sayılı karar ile onadığını belirterek verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir.

Savcılık; "İlamin 2. maddesine ilişkin olarak, Doğu Güvenlik Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.ne ihale edilen özel güvenlik alımı işinde, sigorta indiriminden yararlanan işverene ödenecek fiyat farkından Hazinece karşılanan işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden sigorta priminin kesilmediği gerekçesiyle tazmin hükmolüdüğü, oysa İlama konu edilen kamu zararının tahsili amacıyla Belediyece Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde 2010/101 E. Sayı ile alacak davası açıldığı, yargılama sonunda da Mahkemenin 21.07.2011 tarih 2010/101 E., 2011/327 K. Nolu kararı ile davanın reddine karar verildiği; belediye tarafından temyiz edilen kararın

Yargıtay'ca da 2012/13177 E., 2012/14651 K. No'lu karar ile onandığı ifade edilmekte ve açılan alacak davasının reddedilmiş olması nedeniyle olayda kamu zararından bahsedilemeyeceği ileri sürülerek tazmin hükmünün kaldırılması talep edilmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "Prim Oranları ve Devlet Katkısı" başlıklı 81 inci maddesinin birinci fıkrasının "1" bendinde yer alan düzenleme ile özel sektör işverenleri üzerindeki sosyal güvenlik prim yükünün hafifletilerek istihdamın artırılması amaçlandığından tazmin hükmünün kaldırılmasına karar verilmesinin, uygun olacağı değerlendirilmektedir." şeklinde görüş bildirmiştir.

İlama konu olayda;

48 kişilik özel güvenlik hizmeti alımı işiyle ilgili olarak 19.813,74 TL,

56 kişilik özel güvenlik hizmeti alımı işiyle ilgili olarak 20.992,04 TL,

olmak üzere toplam (KDV hâriç) 40.805,78 TL.nin 23.12.2009 tarih ve 12147 yevmiye no'lu muhasebe işlem fişi ile (140 – Kişilerden Alacaklar) hesabına borç kaydedilmek suretiyle adı geçen firmanın borçlandırıldığı görülmüş olup, ancak bu konuda tahsilat yapılmadığından dolayı, söz konusu meblağın "Bütçe Gelirleri" hesabına intikal ettirilmediği anlaşılmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 81. maddesinin birinci fıkrasına 17/4/2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunun 24. maddesi ile eklenen (1) bendinde;

"Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece

karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır. Ancak Kuruma olan prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarını 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48. maddesine göre tecil ve taksitlendiren işverenler ile 29/7/2003 tarihli ve 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa ve 22/2/2006 tarihli ve 5458 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile diğer taksitlendirme ve yapılandırma Kanunlarına göre taksitlendiren ve yapılandıran işverenler bu tecil, taksitlendirme ve yapılandırmaları devam ettiği sürece bu fıkra hükmünden yararlandırılır. Bu fıkra hükümleri Kamu idareleri işyerleri ile bu Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ve yurt dışında çalışan sigortalılar hakkında uygulanmaz. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu fıkrayla düzenlenen destek unsurundan diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamaz. Bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır. Bu Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği tespit edilen işverenler bir yıl süreyle bu fıkrayla sağlanan destek unsurlarından yararlanamaz.(Ek cümle: 31/7/2008-5797/2 md.) Bu fıkrada düzenlenen teşvik, kamu idareleri hariç bu Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah, oran ve esaslar üzerinden 506

sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir” hükmü getirilmiştir.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, özel sektör işverenlerinin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarını yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması şartıyla, özel sektör işverenlerinin, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarı 01.10.2008 tarihinden itibaren Hazinece karşılanabilmektedir.

Dolayısıyla yapılan bu düzenlemeyle, Kanunda belirtilen şartları taşımak koşuluyla, işveren tarafından karşılanacak olan %11 oranındaki malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranınının 5 puanlık kısmı artık 01.10.2008 tarihinden itibaren hazine tarafından karşılanmaya başlanmıştır.

Ödeme Emri Belgesi ekinde yer alan ilgili firmaya ait hak edişlere ekli aylık SGK Tahakkuk Bildirimleri-Fişlerinde, işveren tarafından karşılanacak olan %11 oranındaki malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranınının 5 puanlık kısmının Hazinece karşılandığı görülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihalesi yapılacak hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esaslar hakkındaki 2002/5037 sayılı kararın değişik 8. maddesinde;

“İhale konusu hizmetin gerçekleştirilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanuna tabi personelin sayı ve

günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla;

a) Asgari ücret tespit komisyonunca ihale (son teklif verme) tarihinde 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenmiş asgari ücretin değiştirilmesi halinde eski ve yeni asgari ücret arasındaki fark,

b) İhale (son teklif verme) tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark,

c) 506 sayılı Kanununun 77 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde sözleşmede öngörülen ücret ekleri nedeniyle, işveren tarafından karşılanmakta olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigorta primine ilişkin toplam tutarda meydana gelecek fark,

toplamı (a), (b) ve (c) bentleri toplamı), 506 sayılı Kanun gereğince işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu esasların 7 nci maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir." hükmü yer almaktadır.

Gerek Kararnamenin yukarıya alınan hükmü ve gerekse de ilgili firmaya ait hak edişlere ekli aylık SGK Tahakkuk Bildirimleri-Fişlerinde, işveren tarafından karşılanacak olan %11 oranındaki malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranınının 5 puanlık kısmınının Hazinece karşılanması nedeniyle, aylık prim bildirelerine ait SGK Tahakkuk Fişinde de tenzilat olarak yer alan sigorta primi işveren hissesinin 5 puanlık kısmına isabet eden tutarın aylık hak edişlerden tenzil edilmesi gerekmektedir.

01.10.2008 tarihinden itibaren Sigorta işveren primi hissesinin %5'lik kısmı hazine tarafından karşılanmasına rağmen, bu miktara isabet eden tutarın ilgili firmaya yapılan aylık istihkak ödemelerinden tenzil edilmemesi mevzuata

aykırıdır.

Bu nedenle 951 sayılı ilamın 2.maddesi ile 40.805,78 TL.ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

Karar verildiği 17.06.2014 tarih ve 39228 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.

Sayıştay Temyiz Kurulunun 08.01.2013 tarih ve 36064 tutanak sayılı kararı da bu yöndedir.