

KESİN TEMİNATIN İADESİNDE SGK VE KİK UYGULAMALARI ARASINDAKİ ÇELİŞKİ¹

I. GİRİŞ

Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamalarında, ihale yoluyla idarelerden iş alan özel sektör işverenlerinin² hak edişleri Sosyal Güvenlik Kurumu'na idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenmekte, kesin teminatları ise Sosyal Güvenlik Kurumuna borçlarının bulunmadığının tespit edilmesinden sonra iade edilmektedir.

Kamu İhale Kurumu uygulamalarında ise, kesin teminatın iadesi sadece yapım işleri ihalelerinde geçici kabulün eksiksiz olarak tamamlanmasından sonra %50'si iade edilmektedir.

Bu çalışmamızda, kesin teminatların iadesinin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundaki yukarıda kısmen belirtilen çelişki değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. KESİN TEMİNATIN İADESİ

II.1. 5510 sayılı Kanuna göre kesin teminatın iadesi

5510 sayılı Kanunun “prim ve idari para cezası borçlarının hakedişlerden mahsubu, ödenmesi ve ilişiksizlik belgesinin aranması” başlıklı 90'ncı maddesinin değişik ikinci fıkrasına göre;

“ İşverenlerin hakedişleri, Kuruma³ idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenir. Kesin teminatları ise ihale konusu işle ilgili olarak Kuruma (SGK) borçlarının bulunmadığının tespit edilmesinden sonra iade edilir. İşverenlerin, kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlar, bankalar ve kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar nezdindeki her çeşit alacak, teminat ve hakedişleri üzerinde işçi ücreti alacakları hariç olmak üzere yapılacak her türlü devir, temlik ve el değiştirme, Kurum alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.”

Bu maddeye göre; işverenlerin kesin teminatları ihale konusu işle ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna borçlarının bulunmadığının tespit edilmesinden sonra iade edilmektedir.

Aynı maddenin değişik üçüncü fıkrasına göre;

“ Hak edişlerin mahsubu ve ödenmesi ile teminatların prim ve idari para cezası borçlarına karşılık tutulmasına ilişkin işlemlerin usul ve esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir.”

Bu fıkrada geçen söz konusu yönetmelik, Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik⁴'tir.

¹ Mahmut ÇOLAK, Sosyal Güvenlik Kurumu, Başmüfettiş

² Kamu ihale mevzuatında “yüklenici”, sosyal güvenlik mevzuatında “işveren” kavramları kullanılmaktadır. Bu çalışmada söz konusu iki kavram birbirlerine yerine kullanılacaktır.

³ (SGK) Sosyal Güvenlik Kurumu kastedilmektedir.

⁴ 29.09.2008 tarih ve 27012 2. Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İşveren tarafından, idareye ihale konusu işle ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna borcunun bulunmadığına dair **ilişiksizlik belgesi ibraz edilmedikçe** işverene ait kesin teminat iade edilmemektedir.

İdareye ihale konusu işle ilgili olarak işveren tarafından, borcunun bulunmadığına dair ilişiksizlik belgesinin ibraz edilmemesi halinde, idare, **kesin teminatın kısmen veya tamamen iadesi imkânının başladığı tarihten itibaren** 15 gün içinde durumu ilgili SGK İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Merkezine yazı ile bildirerek, işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna ihale konusu işin yapıldığı süreye ilişkin borcunun olup olmadığını sorar.

İlgili SGK İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından, ihale konusu işle ilgili olarak yapılacak araştırma işlemi sonucunda, yeterli işçilik bildirilmiş olduğunun ve işi üstlenenin ihale konusu işle ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna borçlarının bulunmadığının anlaşılması halinde, **ilişiksizlik belgesi** düzenlenir.

Yeterli işçiliğin bildirilmemiş olduğunun anlaşılması halinde, fark işçilik miktarı üzerinden hesaplanan prim tutarı, faaliyet süresinin son ayına mal edilir. Bu suretle tahakkuk ettirilen prim tutarı, gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte ödenmek üzere işverene tebliğ olunur.

İlgili SGK İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından hesaplanan borcun yapılan tebligata rağmen ödenmeyeceğinin bildirilmesi veya tebligatta belirtilen süre içerisinde cevap verilmemesi halinde, SGK İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezi, işin yürütümü için gerekli olan asgari işçilik miktarının tespiti amacıyla, ihale konusu işin hak ediş tutarını dikkate alarak durumu, incelenmek üzere Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının ilgili Grup Başkanlıklarına (Ankara-İstanbul-İzmir) intikal ettirir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim ve kontrole görevli memuru, işveren ve varsa alt işverenin yasal defter ve belgelerinin ibrazını yazı ile ister. Defter ve belgelerin ibraz süresinin bitiminden itibaren Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim ve kontrole görevli memuru 3 ay içinde gerekli incelemeyi yaparak konuya ilişkin rapor düzenler.

Raporun SGK İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Merkezine intikal tarihinden itibaren 15 gün içinde gerekli işlem yapılır. Buna göre;

- İşverenin ve varsa alt işverenlerin⁵ borcunun bulunmadığının anlaşılması halinde, ilişiksizlik belgesi idareye gönderilir.

- İşverenin ve varsa alt işverenlerin borcunun bulunduğu anlaşılması halinde, borcun niteliği ve miktarı ayrı ayrı belirtilerek bir yazı ile idareye bildirilir. İdare, bu yazının alındığı tarihten itibaren en geç 1 ay içinde kesin teminatı paraya çevirerek Sosyal Güvenlik Kurumunun hesabına yatırmak ve yatırılan paranın tutarını, tediye mahallini, ödeme tarihini, banka hesap numarasını, işyerinin sicil numarasını, işverenin adını ve soyadını, işveren tüzel kişilik ise unvanını yazı ile ilgili SGK İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Merkezine bildirmekle yükümlüdür. Şu kadar ki, teminatın nakde çevrilmesine kadar, söz konusu teminat idare nezdinde mahfuz kalmak ve bir defadan fazla olmamak üzere borç, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48'inci maddesine göre tecil ve

⁵ Burada geçen "alt işveren" kavramı, "alt yüklenici" olarak ta kullanılmaktadır.

taksitlendirilebilir. Bu çerçevede yapılan tecil ve taksitlendirme devam ettiği sürece idare nezdindeki kesin teminat paraya çevrilmez ve işverene iade edilmez. Tecil ve taksitlendirmenin bozulması halinde, bu durumun gerçekleştiği tarihten itibaren en geç 1 ay içinde durum SGK İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından idareye bildirilir. İdare, bu bildirim kayıtlarına intikal tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde kesin teminatı paraya çevirerek Sosyal Güvenlik Kurumu hesabına yatırır.

İhale konusu işle ilgili olarak ilgili SGK İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından yapılacak araştırma işlemi sonucunda, Sosyal Güvenlik Kurumuna yeterli işçilik bildirilmiş olduğunun veya Sosyal Güvenlik Kurumunca belirlenecek yöntemlere göre ilgili SGK İl Müdürlüğünce/Sosyal Güvenlik Merkezince, ihale konusu işin işverene ait devamlı işyeri sigortalıları ile yapıldığının anlaşılması halinde, işverenlerin ve varsa alt işverenlerinin defter ve belgeleri incelenmeyebilir.

İşveren tarafından borçlarını karşılayacak miktarda, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları ile Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler teminat olarak verildiği takdirde, ilgili SGK İl Müdürlüğünce/Sosyal Güvenlik Merkezince ilişiksizlik belgesi verilir. Ancak, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler nominal bedele faiz dahil edilerek ihraç edilmiş ise bu belgeler anaparaya tekabül eden satış değerleri üzerinden teminat olarak kabul olunur.

İlgili SGK İl Müdürlüğünce/Sosyal Güvenlik Merkezince alınan teminat, en geç verildiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar nakde çevrilerek tahsil edilir. Bu çerçevede teminat gösterilen durumlarda, teminatın, nakde çevrilmesine kadar talepte bulunulması ve teminatın borcu karşılayacak miktarda olması kaydıyla bir defaya mahsus olmak üzere borç 6183 sayılı Kanununun 48'inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilebilir. Tecil ve taksitlendirmenin bozulması halinde, bu durumun gerçekleştiği tarihten itibaren en geç 1 ay içerisinde teminat nakde çevrilerek borç tahsil edilir.

Sosyal Güvenlik Kurumuna teminat verilmesi, borç aslına gecikme cezası ve gecikme zammı uygulamasını durdurmaz.

İhale konusu işin, işverenlere ait Sosyal Güvenlik Kurumunda tescilli devamlı işyerlerinin sigortalıları ile yapılması halinde, idareye karşı işi üstlenen işverenin tescilli işyerinin, ihale konusu işin yapıldığı sürede varsa prim ve diğer borçları ödenmedikçe ilişiksizlik belgesi verilmez ve kesin teminatı iade edilmez.

İşverenlerin, idare nezdindeki her çeşit alacak, teminat ve hak edişleri üzerinde işçi ücreti alacakları hariç olmak üzere yapılacak her türlü devir, temlik ve el değiştirme, Kurum alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.

Piyasadan hazır halde alınıp satılan işlerle ilgili olarak kesin teminatın iadesinde Sosyal Güvenlik Kurumunca düzenlenecek ilişiksizlik belgesi aranmaz.

II.2. 4735 sayılı Kanuna göre kesin teminatın iadesi

4735 sayılı Kanunun “kesin teminat ve ek kesin teminatların geri verilmesi” başlıklı 13’üncü maddesine göre;

“ Taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların;

a) Yapım işlerinde; varsa eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı, Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı yükleniciye iade edilir.

b) Yapım işleri dışındaki işlerde Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirildiği saptandıktan sonra; alınan mal veya yapılan iş için bir garanti süresi öngörülmesi halinde yarısı, garanti süresi dolduktan sonra kalanı, garanti süresi öngörülmeyen hallerde ise tamamı

Yükleniciye iade edilir.

Yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir.

İşin konusunun piyasadan hazır halde alınıp satılan mal alımı olması halinde, Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi şartı aranmaz.”

Kamu İhale Genel Tebliği’nin⁶ teminat mektuplarının iadesi başlığını taşıyan 18.4. maddesine göre;

“18.4.1. İş tamamlandığı halde ilgilisi tarafından iadesi istenmemiş, ancak mektup üzerinde öngörülen geçerlilik süresini doldurduğu için teminat olma vasfını yitirmiş olan kesin teminat mektupları ile Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sosyal güvenlik borcu bulunmadığına ilişkin yazıların geç verilmesi ve kesin teminat mektuplarının geçerlilik süresinin dolması durumunda geçerlilik süresi dolan kesin teminat mektuplarına ilişkin olarak, idarelerce 4735 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddeleri gereğince işlem yapılacaktır.

18.4.1.1 İdarelerce SGK tarafından sosyal güvenlik borcu bulunmadığına ilişkin yazıların geç verilmesi sebebiyle kesin teminat mektuplarının geçerlik süresinin dolmasına meydan verilmeksizin işlemlerin tekemmül ettirilmesini teminen, 4735 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, yükleniciler tarafından yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar SGK’dan ilişiksiz belgesi getirilmemesi halinde kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına mahsup edilecek, varsa kalanı yükleniciye geri verilecektir. Kesin teminatların paraya çevrilmesi esnasında yüklenicinin SGK’ya olan borcunun miktarının bilinmemesi halinde, Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi

⁶ 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmeliğin “Kesin Teminatın İadesi” başlıklı 7’nci maddesi gereğince işlem tesis edilerek, yüklenicinin tespit edilecek borcu Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili biriminin hesabına yatırılacak ve varsa kalanı yükleniciye geri verilecektir.”

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Genel kaide, ihale konusu iş ile ilgili kesin teminatın iade edilebilmesi için münhasıran bu işyerleri ile ilgili (mevcut ihale konusu iş kastedilmektedir) olarak işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumuna borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

SGK uygulamalarında; sadece yapım işleri için değil tüm ihale konusu işle ilgili olarak (piyasadan hazır halde alınıp satılan malın temini hariç) kesin teminat, Sosyal Güvenlik Kurumunca düzenlenmiş soğuk damgalı ilişiksizlik belgesi işverenler tarafından idarelere ibraz edilmediği sürece iade edilmemektedir.

KİK⁷ uygulamalarında ise sadece yapım işleri ihalesi ile sınırlı olmak üzere SGK uygulamalarının tam tersine bir düzenleme yapılmıştır. Başka bir deyişle, varsa eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı, Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanının iade edileceği öngörülmüştür.

Kesin teminatın iade edilmesinde SGK uygulamalarına göre, 4735 sayılı Kanunun 13’üncü maddesi uygulanmayacaktır.⁸ Şöyle ki; 5510 sayılı Kanunun “uygulanmayacak hükümler” başlıklı 105’inci maddesine göre; *21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30’uncu maddesi, 26.10.1990 tarihli ve 3671 sayılı Kanunun 4’üncü maddesi ile 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5’inci maddesinin onbirinci fıkrası hariç olmak üzere, **diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.***

5510 sayılı Kanunun 90 ila 105’inci maddeleri, 4735 sayılı Kanunun 13’üncü maddesi çerçevesinde, ihale konusu işin yapım veya hizmet ihalesi olduğu üzerinde durulmaksızın SGK’ dan ilişiksizlik belgesi alınmadan kesin teminatın iadesi mümkün bulunmamaktadır.

İlgili SGK İl Müdürlüğünce/Sosyal Güvenlik Merkezince ihale makamlarına işin bitiminde ihale konusu işle ilgili gönderdiği yazılarda⁹ özellikle “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 90’inci maddesine istinaden Kurumumuzun soğuk damgasını ihtiva eden ilişiksizlik belgesi verilmeye kadar yüklenicinin idareniz nezdinde kesin teminatının iade edilmemesi gerekmektedir. Aksi halde idareniz hakkında genel hükümlere göre işlem yapılacaktır.” şeklinde idarelerin dikkatini çekmektedir.

⁷ Kamu İhale Kurumu kastedilmektedir.

⁸ Bu yönde, SGK Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü ilgili daire başkanlığının 03.08.2111 tarih ve 06.02.14376681 sayılı kesin teminatların iadesi konulu Mali Hizmetler Uzmanları Derneğine vermiş olduğu görüş yazısı mevcuttur.

⁹ SGK Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 21.01.2016 tarih ve 71582837/2060906/424110 sayılı Genel Yazı ile, ihale konusu işin bitirilmesinin ardından işin bitirildiği hususu ile ilgili ihale makamı ile yapılan yazışmalarda kullanılmakta olan ve 2011-13 sayılı Genelge ekinde yer alan (EK-11) formu yeniden düzenlenmiştir. Bu formda, ihale makamlarına ihale konusu işle ilgili 14 soru sorulmaktadır.

Bunun dışında, idare veya ödeme makamı tarafından sosyal güvenlik mevzuatı açısından yukarıda yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeden kesin teminatın iade edilmesi halinde, ilgililer hakkında genel hükümlere göre işlem yapılacağı da dikkate alınmalıdır.

Bu nedenlerle, 5510 ve 4735 sayılı Kanunların ilgili maddelerinde yer alan kesin teminatın iadesindeki çelişkinin giderilmesi yönünde yasal çalışmalar yapılması, işverenleri bu çelişkiden kurtaracağı gibi ilgili kamu görevlilerini de sorumluluktan bertaraf edeceği değerlendirilmektedir.