

Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı İhalelerinde İşçilerin Kıdem ve İhbar Tazminatı ile Yıllık Ücretli İzinleri

Yaşar GÖK[1]

4857 sayılı İş Kanununun 112 nci maddesinde değişiklik yapan 6552 sayılı Kanunla kıdem tazminatı yükümlüsü olarak asıl işveren sıfatıyla idare gösterilmiş, bu düzenlemeye paralel biçimde Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan değişiklikle daha önce sözleşme giderleri ve genel giderler kapsamında bulunan **kıdem tazminatı** maliyeti bu kapsamdan çıkartılmıştır.

Böylece, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında sözleşme kapsamında çalışan personelin kıdem tazminatı yükümlüsü idare olduğundan ve şartların gerçekleşmesi halinde kıdem tazminatının idarece doğrudan işçiye ödenmesi gerektiğinden, bu unsurun yaklaşık maliyet hesabında dikkate alınmaması, idari şartnamede yükleniciye ait bir sorumluluk olarak düzenlenmemesi gerekmektedir.

Öte yandan, bilinmektedir ki, idarenin doğrudan kıdem tazminatı yükümlüsü olduğu hizmetler (4734/62/e) maddesi kapsamında kalan personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerle sınırlıdır. Ancak bu kapsamda yer alan hizmetlerle ilgili olarak Bakanlar Kurulunca bir belirleme yapılmadığı için, bu belirleme yapıncaya kadar, Kamu İhale Genel Tebliğindeki tanım ve kapsam dışında dikkate alınabilecek başka bir ölçü bulunmamaktadır. Bu tanım ve kapsam ise Tebliğin (78.1.) maddesinde;

“(Değişik: 07/06/2014-29023 R.G./ 39. md.) Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları; ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı ve yaklaşık maliyetinin en az % 70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu hizmetlerdir.”

Şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır.

Bu tespitler çerçevesinde cevabı aranması gereken soru şudur : Tebliğdeki ölçütlere göre personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olmadığı anlaşılan bir hizmet alımı işinde de, çalışma saatlerinin tamamını idare için kullanan belli sayıda personel mevcutsa bunların kıdem tazminatı sorumlusu kim olacaktır. Örneğin çöp toplama ve çevre temizlik işinde söz gelimi 120 personel çalışma saatlerinin tamamını idare için kullanacak şekilde istenilmiş, ancak işin yaklaşık maliyeti içindeki asgari yol ve yemek dahil işçilik maliyeti ağırlığı % 70’ i geçmediği için personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet olmadığı belirlenmişse, kıdem tazminatı yönüyle nasıl bir uygulama yapılmalıdır?

Bahse konu işler bakımından kıdem tazminatı yükümlüsünün kim olduğu hususunda Kamu İhale Kurumu kararları arasında tam bir birlik bulunmamaktadır.

Örneğin, 2015/UH.III-2456 sayılı Kararda, malzemeli yemek pişirme, taşıma, dağıtım ve sonrası hizmet alımı işine ilişkin olarak;

“Gerek İş Kanunu’nun ilgili maddesinde gerekse buna dayalı olarak çıkarılan Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımları Kapsamında İstihdam Edilen İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik’te personel çalıştırılmasında dayalı hizmet alımı ihalelerinde kıdem tazminatının kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceği hükme bağlanmış olup başvuruya konu hizmetin Kamu İhale Genel Tebliği’nin 78.1’inci maddesinde yer alan kriterlere göre personel çalıştırılmasında dayalı bir hizmet olmadığı bu durumda söz konusu Kanun maddesinde belirtilen hükümlerden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.”

Denilerek, Tebliğdeki ölçüte göre personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olmayan bir işte, çalışma saatlerinin tamamını idarede geçiren personel olsa bile bu personelin İş Kanunu'nun 112 nci maddesindeki kıdem tazminatı hükmünden yararlanamayacağı sonucuna varılmışken; 2015/UH.III-101 sayılı Kararda;

“İdari Şartname'nin 25'inci maddesinde “İş Kanunu ile iş sağlığı ve güvenliği kanunu ile bunlara bağlı mevzuat ile işin evsafının gerektirdiği ilgili mevzuatların gerekliliklerinden doğan giderler teklif fiyata dahildir.” düzenlemesine yer verilmiş olmakla birlikte 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve dolayısıyla ihale ilan tarihi 12.09.2014 olan söz konusu ihalede yürürlükte olduğu anlaşılan 6552 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi hükmünde kıdem tazminatının idarelerin yükümlülüğünde bulunan bir maliyet olarak belirtildiği görülmüş olup, anılan tazminatın ihale konusu işin yürütülmesi aşamasında İş Kanunu ve ilgili mevzuat gereğince yüklenici tarafından karşılanması gereken bir gider olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu itibarla 6552 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatının idarelerin yükümlülüğünde bulunan bir maliyet olarak belirlenmesi nedeniyle teklif fiyata dahil bir maliyet olarak değerlendirilmemesi gerektiği anlaşıldığından, kıdem tazminatının idarece yaklaşık maliyete dahil edilmemesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

Şeklindeki bir değerlendirmeye, çöp toplama ve çevre temizlik işinde çalışan personelin kıdem tazminatının idarenin sorumluluğunda olduğu ifade edilmiştir.[2]

Kanaatimizce, İş Kanununun 112 nci maddesi hükmünün uygulanması bakımından Kamu İhale Genel Tebliğinin (78.1) maddesinde belirtilen ölçüt yetersiz kalmaktadır. Öyle ki, yaklaşık maliyet içerisindeki işçilik ağırlığı % 71 olan bir işte çalışan işçilerin kıdem tazminatları idare tarafından güvence altına alınırken, bu oranın % 69' da kaldığı bir diğer işte çalışan işçiler bu güvenceden mahrum kalmaktadırlar. Kuşkusuz uygulamanın merkezinde (4734/62/e) hükmü bulunduğu ve İş Kanununun 112 nci maddesinde de (4734/62/e)' ye atıf yapıldığı için, İş Kanununun korumaya çalıştığı değer dikkate alınarak (4734/62/e) çerçevesinde personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerin tanım ve kapsamıyla ilgili bir belirlemeye ihtiyaç vardır. Bu yetki ise Bakanlar Kuruluna ait olup, ivedilikle kullanılmasında ve ölçütün işçilik maliyetinin yaklaşık maliyet içerisindeki ağırlığına göre değil, sözleşme kapsamında çalışan işçilerin çalışma saatlerinin tamamını idare için geçirip geçirmediğine göre belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

Diğer yandan, Kamu İhale Kurumu, **personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında** kıdem tazminatı yükümlüsünün idare olduğunu belirten bir düzenlemenin ihale dokümanında yapılmasını zorunluluk olarak görmemektedir.[3] Zira, Kurum'un değerlendirmesine göre, bu husus yasal bir gereklilik olduğu için, dokümanda düzenlenmesi bile idare ve isteklilerce bilinmeli ve gözetilmelidir.

Ancak mevcut sistem içerisinde, kanaatimizce bir kısım ihaleler bakımından, bu hususun ihale dokümanında belirtilmesinde zaruret bulunmakta olup, ikincil düzenlemelerde de bu bilgiyi dokümanda göstermeyi temin edecek şekilde bir değişiklik yapmakta yarar vardır. Yukarıda ifade edildiği bir kısım hizmetlerin (malzemeli veya malzemesiz temizlik, malzemesiz yemek, özel güvenlik, sayaç okuma ve kesme-açma, hasta ve ziyaretçi yönlendirme, tıbbi sekreterlik, veri işleme ve otomasyon sisteminin işletimi hizmetleri gibi) personel çalıştırmaya dayalı hizmet alımı işi olduğunda kuşku bulunmamakta, bu tür işlerin ihalesinde kıdem tazminatının idareye ait olduğunda da tereddüt yaşanmamaktadır. Ancak malzemeli yemek, çöp toplama ve çevre temizlik, park ve bahçelerin bakımı gibi hizmetlerde yaklaşık maliyet içerisindeki işçilik ağırlığının % 70' i geçip geçmediği istekliler açısından belirsizlik arz etmektedir. Bu husus idarece bilinmesine rağmen isteklilerce bilinmemekte, bu belirsizlik kıdem tazminatı yükümlüsünün kim olacağı yönüyle teklif maliyetini ve ihaleye ilgiyi etkilemektedir. Belirsizlik isteklilerce açıklama istenilmesi şeklinde giderilebilmekle birlikte, bu yöntemin etkili kullanılamaması sorunun varlığını tam olarak ortadan kaldırmamaktadır. Ancak

kuşkusuz (4734/62/e) kapsamında Bakanlar Kurulunca açık, kesin ve somut belirlemeler yapıldığında bu tür bir sorun yaşanmayacaktır.

Yukarıda değinildiği üzere, kıdem tazminatıyla ilgili uygulama nispeten belli bir standart kazanmakla birlikte, **ihbar tazminatı** yükümlüsünün kim olduğu konusundaki belirsizlik varlığını sürdürmektedir.

Bu bağlamda, Kamu İhale Genel Tebliğinde, ihbar tazminatı maliyeti % 4' lük sözleşme giderleri ve genel giderler içerisinde sayılmamaktadır. Ancak Kamu İhale Kurumu, çeşitli kararlarına yansıdığı şekilde, Tebliğde düzenlenmemiş olsa dahi ihbar tazminatı maliyetinin % 4' lük sözleşme giderleri ve genel giderler içerisinde kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Nitekim, 2015/UH.III-961 sayılı Kararda;

“... her ne kadar 25.10.2014 tarihli ve 29156 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30'uncu maddesinin (ç) bendinde yer alan “ihbar tazminatları” ibaresi yürürlükten kaldırılmışsa da, kıdem tazminatlarının ödenmesine ilişkin değişiklik getiren 6552 sayılı Kanun'da ihbar tazminatları ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmadığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ihbar tazminatları ile ilgili düzenlemelerinin yukarıda anılan Tebliğ ve Kanun değişiklikleri öncesindeki haliyle korunduğu da dikkate alındığında, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet işlerinde ihbar tazminatlarının ödenmesi ile ilgili yükümlülüğün ihaleyi gerçekleştiren idareyle sözleşme imzalayacak olan yüklenicilere ait olduğu,

Nitekim ihbar tazminatının, yüklenici tarafından hizmet işi kapsamında çalıştırılan personelin işten haber verilmeksizin veya 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen ihbar süreleri bitiminden önce çıkarılması durumunda işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken bir tazminat türü olduğu, dolayısıyla anılan tazminatın nitelik itibariyle, sözleşmenin uygulanması sırasında ödenmesi kesin olan bir maliyet kalemi olarak kabul edilmemesi gerektiği; bu itibarla, isteklilerin, olası ihbar tazminatı giderlerini, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30'uncu maddesinin (ç) bendinde sayılan maliyet kalemlerine “benzernitelikteki genel giderleri karşılamak üzere” teklif fiyatının bir bileşeni olarak düzenlenen %4 sözleşme giderleri ve genel giderlerine yansıtmak suretiyle tekliflerini oluşturabilecekleri anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, 6552 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet işlerinde kıdem tazminatlarının ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceğinin düzenlendiği, ihbar tazminatlarına ilişkin düzenlemelerde ise herhangi bir değişikliğe gidilmeyerek bu konuda yüklenici sorumluluğunun devam ettiği, bahse konu Kanun düzenlemesi uyarınca 11.09.2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.30'uncu maddesinin (ç) bendinden “kıdem ve ihbar tazminatları” ibaresi çıkarılmakla birlikte, yüklenici sorumluluğunda olan olası ihbar tazminatı giderlerinin %4 sözleşme giderleri ve genel giderlere yansıtılmak suretiyle teklif fiyatının oluşturulmasının mümkün olduğu, öte yandan mevcut doküman düzenlemelerinin tekliflerin oluşturulmasını engelleyici veya isteklileri tereddüde düşürücü nitelikte de olmadığı ...”

Şeklinde bir sonuca varılmaktadır[4].

Dolayısıyla, ihbar tazminatının % 4' lük sözleşme giderleri ve genel giderler içerisinde olduğu kabul edildiğinden, bu unsur için idari şartnamede düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yıllık ücretli izin konusunda, Kamu İhale Genel Tebliğinin (78.25.) maddesinde;

"(Değişik: 25/10/2014-29156 R.G./ 1. md., Geçerlilik: 11/9/2014) İhale dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan ihalelerde, 4857 sayılı Kanununun 55 inci maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacak ve izin kullanan işçilerin 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 yükümlülüklere uymak zorundadır."

Şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliğinin bahse konu hükmüyle, işçilerin yıllık ücretli izin maliyetlerinin idareye ait olduğu, izin kullanan işçiler için her hangi bir ücret kesintisi yapılamayacağı gibi, yerine başka işçi temin edilmesinin de yükleniciden istenemeyeceği açıkça kural altına alınmıştır.

Tebliğde atf yapılan 4857 sayılı İş Kanununun yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin süreleriyle ilgili 53 üncü madde hükmü ise şöyledir :

"İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.

Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez.

Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.

İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi;

a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden,

b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden,

c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden,

Az olamaz. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/5 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır.

Ancak onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.

Yıllık izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir."

Öte yandan, işçilerin yıllık ücretli izin haklarının her bir projedeki/ihaledeki/alt işverendeki sürelerle sınırlı mı dikkate alınması yoksa aynı idaredeki çalışma sürelerinin toplamı olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususu son yasal düzenlemelerle netleşmiştir.

Bu amaçla 10/9/2014 tarih ve 6552 sayılı yasa (Torba Yasa) ile 4857 sayılı İş Kanununun 56 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır. Asıl işveren, alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin hak kazandıkları yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılıp kullanılmadığını kontrol etmek ve ilgili yıl içinde kullanılmasını sağlamakla, alt işveren ise altıncı fıkraya göre tutmak zorunda olduğu izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermekle yükümlüdür."

Söz konusu madde hükmünün gerekçe metninde;

"4857 sayılı Kanunun 56 ncı maddesine eklenen fıkra ile alt işveren yanında çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanması açısından aynı işyerinde çalışma süresi dikkate alınmakta olup, aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde işvereni değişse dahi bu hakları korunmaktadır. Bu düzenlemeyle, aynı işyerinde bir yıllık çalışma süresini dolduran alt işveren işçisinin hak ettiği yıllık ücretli izin, iş edimini sunduğu işverence kanuni olarak kullandırılabilir. Böylece, alt işverenin ayrıldığı fakat işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumlarda işçilerin yıllık izin açısından hak kayıpları önlenmektedir. Ayrıca, yapılan düzenleme ile alt işveren asıl işverene izin kayıt belgesinin bir nüshasını sunmakla yükümlü tutulmuştur."

Denilmek suretiyle düzenlemenin amacına da açıklık getirilmiştir.

Böylece, yeni bir ihale yapılması nedeniyle yüklenici değişmiş dahi olsa, önceden beri idarenin aynı işyerinde çalışan işçilerin izne hak kazanma ve izin sürelerinin belirlenmesinde eski çalışma sürelerinin de dikkate alınması gerekecektir.

Öte yandan, önceki sözleşme döneminde de çalışan işçiler bakımından, yeni ihale süreci tekemmül edinceye kadar işçilerin o işyerinde çalışmaları belli bir kesintiye uğramış olsa dahi yukarıda ifade edilen hususların gözetilmesinde bunun bir hak mahrumiyetine neden olmayacağı değerlendirilmektedir.

Bütün bu gerekçelerle, ihale dokümanına; yıllık ücretli izin sorumluluğunun istekliye ait olduğu, izne ayrılan işçilerin ücretlerinin kesileceği veya izne ayrılanın yerine eleman temin edilmesi gerektiği gibi hükümler konulmayacak, uygulama sırasında da izne hak kazanan işçilerin izinleri bir plan dahilinde kullanılacak ve yükleniciye de her hangi bir yükümlülük yüklenmeyecektir.

[1] E. Sayıştay Uzman Denetçisi, Kamu İhale Kurumu E. Daire Başkanı, Kamu İhale Kurulu E. Üyesi

[2] Kararın verildiği tarihte geçerli Tebliğ hükümlerine göre, çöp toplama ve çevre temizlik işleri personel çalıştırılmasına dayalı hizmet işi olarak kabul edilmemektedir.

[3] 2015/UH.II-2128 sayılı Kararın hüküm fıkrası şöyledir :

"6552 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde, 4734 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatının asıl işveren durumundaki kamu kurum ve kuruluşlarınca ödeneceği hüküm altına alınmış, böylece asıl işverenin kamu kurum ve kuruluşları olduğu, personel çalıştırılan hizmet işlerinde kıdem tazminatı yükleniciler tarafından tekliflerine dahil edilecek bir gider olmaktan çıkmıştır. Ancak, ihale mevzuatında, bahse konu yasa hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra, hizmet işlerinde çalıştırılacak personelin kıdem tazminatının idarece ödeneceğinin ihale dokümanında ayrıca belirtilmesini zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmadığından, başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır."

[4]2015/UH.III-1404, 2014/UH.I-4236 sayılı kararlar da aynı doğrultudadır.