

Güvenlik Hizmet Alım ihale işlerinde çalışan işçiler için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından geçici iş göremezlik ödemesinin yapıldığı üç günü aşan süreler için yükleniciye bu işçilik ücretlerinin 1/3 lük kısmının ödenmesi suretiyle kamu zararına sebebiyet verilmesi iddiası

Kamu İdaresi Türü

Belediyeler ve Bağlı İdareler

Yılı

2017

Dairesi 7

Karar No

288

İlam No

81

Tutanak Tarihi

15.11.2018

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

HİZMET ALIM İHALESİNDE GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK İNDİRİMİ:

“Güvenlik Hizmet Alım ihale işlerinde çalışan işçiler için, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından geçici iş göremezlik ödemesinin yapıldığı üç günü aşan süreler için yükleniciye bu işçilik ücretlerinin 1/3 lük kısmının ödenmesi suretiyle kamu zararına sebebiyet verilmesi iddiası ile ilgili olarak yapılan incelemede;

Kamu İhale Genel Tebliğinin 78’inci maddesinin 25’inci fıkrası ile Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 32’nci maddesinin son fıkrası, 34’üncü maddesinin son fıkrası ve 42’nci maddesinin ilk fıkrasına göre; dönemler halinde ifa edilen hizmetlerde yine dönemler itibariyle işin sözleşme ve eklerine uygun olarak yapılıp yapılmadığı, işlerdeki hata, kusur ve eksiklikler, kaç kişinin çalıştığı ve hangi makine ve ekipmanın kullanıldığı ve kontrol teşkilatı tarafından gerek görülen diğer hususların kayıtlarının tutulması gerekmektedir. Bu kayıtlar hem hakediş ödemelerinde hem de sözleşmenin sona erdiği tarihte kabul komisyonu tarafından gerçekleştirilecek kabul işlemlerinde esas alınmalıdır. Sorumluluğunun yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu ve malzemesi kötü işlerin bedelleri, geçici hakedişlere girmiş olsa bile, işin gerçekleştirilme şekil ve durumuna göre yüklenicinin daha sonraki hakedişlerinden veya kesin hakedişinden veya teminatından kesilmesi gerekmektedir.

... Su ve Kanalizasyon idaresince ihalesi gerçekleştirilen ve personel çalıştırılmasına dayalı olan güvenlik hizmeti alım

işinin hakediş ödemelerine esas ilişkili ödeme emirleri ve eklerinin incelenmesinde; bazı işçilerin iki günden fazla raporlu olmaları nedeni ile hizmet ifa etmemelerine, yerlerine yüklenici tarafından başka bir işçi çalıştırılmamasına ve bu durumun da ilgili hakedişin ekinde kayıt altına alınmış olmasına rağmen, söz konusu işçilerin hastalık raporlarının üçüncü ve daha sonraki günleri için yükleniciye işçi yevmiyelerinin 1/3'ü tutarında ödeme yapıldığı görülmüştür.

Yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca sadece yıllık izin kullanma sebebiyle çalışmayan işçiler ve SGK tarafından iş göremezlik ödeneği ödenmeyen üç günden az raporlu işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceğinden, bu iki sebep dışındaki nedenlerle hizmet ifa edilmediği kayıt altına alınan her gün için yüklenicinin teklifinde sunduğu işçilik tutarının günlük bedeli üzerinden hakedişten kesinti yapılması gerekmekte iken, işçi başı teklif bedelinin 2/3 lük tutarının kesildiği kalan 1/3 lük tutarının ise yükleniciye ödenmesi sureti ile kamu zararına sebebiyet verildiği iddia edilmiş ise de;

Savunmalar uyarınca; söz konusu işin yüklenicisi ... Özel Gv. Kor. Ve Eđt. Hizm. Ltd. Őti.'ye yönelik olarak çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İř Teftiř Kurulu müfettişleri tarafından hazırlanan 29.05.2017 tarihli ve ... sayılı raporun 1 inci maddesinde yer alan "İşyerinde maktu ücret uygulaması yapılmasına karşın, işçilerin rapor alması durumunda, işverenlikçe o ay için işçiye raporlu günleri düşüldükten sonra kalan gün üzerinden ücret ödenmesinin hatalı olduğu ve raporlu günlere karşılık gelen ücretlerin de işveren tarafından ödenmesi gerektiği" ifadelerinden dolayı, belirtilen ödemelerin yüklenicinin 19.06.2017 tarih ve ...sayılı yazılı talebine istinaden yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; “Güvenlik Hizmet Alımı” işlerinde çalışan işçiler için, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından geçici iş göremezlik ödemesinin yapıldığı üç günü aşan süreler için yükleniciye bu işçilik ücretlerinin 1/3 lük kısmının ödenmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından, bahis konusu ödemeler toplamı ... TL için ilişilecek husus bulunmadığına, oy çokluğuyla karar verildi.

(Azınlık Görüşü:

Üye ...’in karşı oy gerekçesi: ... Su ve Kanalizasyon İdaresince ihalesi gerçekleştirilen ve personel çalıştırılmasına dayalı olan güvenlik hizmeti alım işinin hakediş ödemelerinin incelenmesinde; bazı işçilerin iki günden fazla raporlu olmaları nedeni ile hizmet ifa etmemelerine, yerlerine yüklenici tarafından başka bir işçi çalıştırılmamasına ve bu durumun da ilgili hakedişin ekinde kayıt altına alınmış olmasına rağmen, söz konusu işçilerin hastalık raporlarının üçüncü ve daha sonraki günleri için yükleniciye işçi yevmiyelerinin 1/3’ü tutarında ödeme yapıldığı görülmüştür.

... ve yüklenici arasında imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesi ve eklerinde yükleniciye tam ödeme yapılması, işçilerin 7/24 esasına göre haftalık 45 saat çalışma süresini yine sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlaması şartına bağlanmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 78 inci maddesi 25 inci fıkrasında; “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 yükümlülöklere uymak zorundadır." denilmektedir.

5510 sayılı Sosyal sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 18'inci maddesinde;

"Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla;

1. a) İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için,
1. b) (Değişik: 17/4/2008-5754/11 md.) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalılardan hastalık sigortasına tabi olanların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için,

Geçici iş göremezlik ödeneği verilir.”

Hükmü; Borçlar Kanununun 409’uncu maddesinde ise;

“Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, ... ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür”

Düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hükümlere göre, iş kazası, meslek hastalığı ya da analık halleri nedeniyle iş göremezliğe uğraması halinde işçiye, rapor aldığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödenirken; bunların dışında kalan hastalık ve benzeri sebeplerle iş göremezlik durumunda ise, geçici iş göremezliğin (rapor/istirahat tarihinin) üçüncü gününden başlamak üzere her gün için, geçici iş göremezlik ödeneği ödenmektedir. Buna karşılık 3 günden az raporlu olan işçilerin, bu günlere ilişkin ücretin ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse kim tarafından ve ne miktarda ödeneceği ile ilgili olarak mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hizmet işleri Genel Şartnamesinin Hakediş ödemeleri” başlıklı 42 nci maddesinin ilk fıkrasında; “a) Sözleşme bedelinin iş süresince dönemler itibariyle ödenmesi: Sözleşme konusu hizmetin yüklenici tarafından belli bir süre boyunca devamlı olarak verilmesi veya işin bölümlere ayrılabilir olması durumunda sözleşmede belirtilen aralıklarla, kesin ödeme

mahiyetinde olmamak ve kazanılmış hak sayılmamak üzere geçici hakediş ödemeleri yapılır. Yüklenici tarafından yapılan işlerin bedelleri, sözleşmedeki kayıtlara ve ilgili kanunlara göre yayılacak kesintiler de çıktıktan sonra sözleşmenin ödemeye ilişkin hükümleri çerçevesinde kendisine ödenir.” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda anılan Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.25. maddesi ve aşağıda yer verilen Sayıştay Temyiz Kurulu kararı uyarınca sadece yıllık izin kullanma sebebiyle çalışmayan işçiler ve SGK tarafından iş göremezlik ödeneği ödenmeyen üç günden az raporlu işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceğinden, bunlar için herhangi bir kesinti yapılmamalı; ancak, bu iki sebep dışındaki nedenlerle (raporda belirtildiği üzere sağlık raporunun 3 günden fazla kısmı) hizmet ifa edilmeyen her gün için hakedişten kesinti yapılması gerekmekte iken, kalan 1/3 lük tutarının ise yükleniciye ödenmesi sureti ile kamu zararına sebebiyet verildiği görülmektedir.

Sayıştay Temyiz Kurulu 15.03.2017 tarih ve 41237 dosya/42851 tutanak numaralı kararı ile raporlu işçiler için iş göremezlik ödeneği ödenmeyen istirahat raporunun ilk iki günü için kamu idaresince yüklenicinin teklif ettiği işçilik maliyeti üzerinden ödenen tutarların kamu zararı oluşturmadığı yönünde karar vermiştir. Temyiz Kurulunun ilgili kararında; 3 günden az raporlu olan işçilerin, bu günlere ilişkin ücretlerinin ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse kim tarafından ve ne miktarda ödeneceği konusunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmadığı, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Hüküm Bulunmayan Haller” başlıklı 36’ncı maddesine, göre konu hakkında 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği ve Borçlar Kanununun 409’uncu maddesindeki “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, ... ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa

bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür” hükmüne göre işçinin SGK tarafından da herhangi bir şekilde ödemedede bulunulmayan hastalık raporunun sadece ilk iki günü için, İdareye yapılan ödemedede mevzuata aykırılık bulunmadığı belirtilmiş; dolayısıyla Temyiz konusu ilamda hesaplanan kamu zararının, hastalık raporunun 3 günden fazla kısmına ilişkin kamu zararı bölümü kabul edilmiştir. Bu nedenle de kamu zararının, sağlık rapruu alınan sürenin sadece 3 günden fazla kısmına yönelik olarak yeniden hesaplanması için ilamın bozulmasına karar verilmiştir.

Nitekim yargılamaya esas raporun konusu da sağlık raporunun ilk iki günündeki ödemeler değil 5510 sayılı Kanunun 18 inci maddesine göre SGK tarafından işçinin günlük sigorta primine esas kazancının 2/3’ü tutarında iş göremezlik ödeneği ödemesine başladığı, raporun üçüncü ve takip eden günlerinde yapılan işçinin brüt ücretinin 1/3’ü tutarındaki ödemelerdir.

Söz konusu 1/3’lük ücret ödemelerinin yukarıda yer verilen Borçlar Kanunu’nun 409’uncu maddesine dayanarak ödenmesi mümkün değildir. Şöyle ki; ilgili maddede, işçinin raporlu olduğu sürede başka bir yolla mağduriyetinin giderilememesi halinde işverenin ücret ödemekle yükümlü olduğundan bahsedilmektedir, oysa raporun üçüncü gününden itibaren ilgili işçiye kanun koyucunun iradesi ile belirlenmiş bulunan ve bu nedenle de hakkaniyete uygun olduğu değerlendirilen geçici iş göremezlik ödeneği SGK tarafından ödenmektedir. Dolayısıyla SGK tarafından karşılanan 1/3 oranındaki işçi ücretlerinin yüklenici hakedişinden kesilmesi gerekmektedir.)