

Kamu Kurumlarının hizmet alımında yapacakları ihalede hizmet verecek personelin sayısının belirlenmesinde izin kullanacak işçilerinde işçi sayısına dahil edilmesinin ön görüldüğü bu değişiklikten sonra yapılacak sözleşmelerde kamu hizmeti alan kurumların izne ayrılacak işçiler için kesinti yapılmasının söz konusu olmayacağı Yasada yapılan bu değişikliğin hizmet alacak kurumlar için yapacakları sözleşmede bu hususa uymaları gerektiğini açıklamış olduğu,

değişiklikten önceki sözleşmelere uygulanacağına dair herhangi bir kaydın mevcut olmadığı, dosyamızdaki dava konusu bakımından hizmet alım sözleşmesi bu değişiklikten önce yapılmış olduğu, yapıldığı tarih itibariyle izne ayrılacak işçilerin işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmasının ön görülmediği, salt iş yapacak işçi sayısının ön görüldüğü, sözleşmenin yapılmasından sonra sözleşmeye müdahale yapılmasını gerektirecek olağan üstü şartların mevcut

olmadığı, davacının ve davalının sözleşmeye uyması gerektiği ve bu durum itibariyle davacının izne ayrılan işçiler yönünden izne ayrılan işçilerin kamu alanında hizmet vermeleri sebebiyle davacı alacağının ve alacağından kesinti yapılmasında sözleşmeye aykırılık bulunmadığından

T.C.

İZMİR

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

17. HUKUK DAİRESİ

DOSYA NO : 2018/1940

KARAR NO : 2021/665

KARAR TARİHİ: 08/04/2021

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

B Ö L G E A D L İ Y E M A H K E M E S İ K A R A R I

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İZMİR 5. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ: 16/02/2017

NUMARASI : 2015/823 Esas-2017/152 Karar

DAVANIN KONUSU : Tazminat (Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanan)

KARAR TARİHİ : 08/04/2021

KARAR YAZIM TARİHİ : 08/04/2021

İzmir 5.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 16/02/2017 tarih, 2015/823 Esas-2017/152 Karar sayılı kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğu anlaşılmış olmakla istinaf incelemesi yapılmak üzere Dairemize gönderilen dosya HMK'nın 353. maddesi uyarınca incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ :

DAVA: Davacı vekili İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesine sunduğu dava dilekçesinde özetle; müvekkili şirketin davalı şirketin temizlik hizmetleri **ihalesini** aldığını, sözleşme imzalandıktan sonra çalıştırılan personelin yıllık izinde geçirdiği süreye ilişkin ücretleri müvekkilinin hak edişinden kestiğini buna ilişkin iade faturası düzenlendiğini, yıllık izinlerin kullanımının mecburi olduğunu, 4857 sayılı yasanın 55. maddesi gereğince izne hak kazanan işçilerin yerine başka işçilerin getirtilerek sayının tamamlanmasının istenemeyeceğini hak edişlerin işçilerin tamamının çalışıyormuş gibi düzenlenmesi gerektiğini belirterek müvekkili şirketten kesilen 78.850,34-TL'nin davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davacı delil olarak 2012/92267 **ihale** kayıt nolu hizmet alım sözleşmesi ve diğer **ihale** dökümanları, kesinti yapılan ve taraflarına kesilen iade faturaları, şirketlerince personele ödenen ve hakedişlerinden kesinlen bedellere ilişkin dekontlar, emsal karar, bilirkişi incelemesine dayanmıştır.

CEVAP: Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacı tarafın yükümlendiği hizmetin belli sayıda personelin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin bir **ihale** olduğunu davacıya ait işçilerin izne çıkması sebebiyle eksik işçi ile hizmet sunumu yapıldığını, bunun kabul edilemeyeceğini, eksik işçi ile yapılan hizmete ilişkin ödemelerden kesinti yapıldığını, davalı şirket uygulamasının kamu **ihale** kanunu ve tebliğine ve Sayıştay uygulamalarına uygun olduğunu, kamu **ihale** genel tebliğinin 78.25 maddesinin izin kullanan işçilerin yerine işçi talep edilemeyeceğine dair düzenleme getirdiğini , yüklenicinin yıllık izin kullanan işçisine ödenecek ücretin

kendi sorumluluğunda olduğunu beyanla davanın reddini savunmuştur.

Davalı delil olarak ; 2012 Tarihli 92267. sayılı **ihale** evrakı, sözleşme ve teknik şartname, kamu **ihale** Kanunu, Kamu **ihale** Genel Tebliği, yapılan kesinti ve mahsuplara ilişkin belgeler, müvekkili şirket defter ve kayıtları, bilirkişi incelemesine dayanmıştır.

MAHKEMESİNCE: Toplanan deliller, bütün dosya kapsamı ve alınan bilirkişi raporuna göre; Davacı şirketin davalı şirkete 2012/92267 **ihale** kayıt numarası ile yapılan Hizmet Alım Sözleşmesi kapsamında temizlik hizmetleri verdiği, sözleşme kapsamında 99 personelin çalıştırılacağıının ön görüldüğü, izin kullanılması durumunda dahi 99 personelin temizlik işinde çalışmaya devam etmesinin gerektiği, sözleşmenin düzenlendiği tarih itibariyle davacının bu şartlara uyması gerektiği, eksik personel (izne ayrılan) dahil hizmet verilmesi halinde eksik personel ile hizmet verilmesi durumunda izne ayrılan işçilerin işyerinde temizlik faaliyetinde bulunmaması sebebiyle bu işçiler için ücret ödenmesinin söz konusu olmayacağı, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra 4857 esas sayılı Yasanın 55. maddesinin son cümlesi ile getirilen değişiklik ile Kamu **ihale** Kanunun 78.25 maddesinde Kamu Kurumlarının hizmet alımında yapacakları **ihale**de hizmet verecek personelin sayısının belirlenmesinde izin kullanacak işçilerinde işçi sayısına dahil edilmesinin ön görüldüğü, bu değişiklikten sonra yapılacak sözleşmelerde kamu hizmeti alan kurumların izne ayrılacak işçiler için kesinti yapılmasının söz konusu olmayacağı, Yasada yapılan bu değişikliğin hizmet alacak kurumlar için yapacakları sözleşmede bu hususa uymaları gerektiğini açıklamış olduğu, değişiklikten önceki sözleşmelere uygulanacağına dair herhangi bir kaydın mevcut olmadığı, dosyamızdaki dava konusu bakımından hizmet alım sözleşmesi bu değişiklikten önce yapılmış olduğu, yapıldığı tarih itibariyle izne ayrılacak işçilerin işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmasının ön görülmediği, salt iş yapacak işçi sayısının ön görüldüğü, sözleşmenin yapılmasından sonra sözleşmeye müdahale yapılmasını gerektirecek olağan üstü

şartların mevcut olmadığı, davacının ve davalının sözleşmeye uyması gerektiği ve bu durum itibariyle davacının izne ayrılan işçiler yönünden izne ayrılan işçilerin kamu alanında hizmet vermeleri sebebiyle davacı alacağının ve alacağından kesinti yapılmasında sözleşmeye aykırılık bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir.

İSTİNAF BAŞVURU:

Davacı vekili istinaf başvuru dilekçesinde özetle;
davalı taraf yıllık izin kullanan işçilerin izinde geçen sürelerine karşılık ücretleri müvekkilin hak edişinden keserek iade faturası düzenlediğini, sözleşme tarihinde de izin kullanan işçilerin fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceği yönündeki düzenlemenin yürürlükte olduğunu, işçilik alacaklarından asıl ve gerçek işveren sıfatını haiz davalının sorumlu olduğu duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açık iken tarafların işçilik alacaklarından sorumlulukları ve oranları hakkında inceleme yapmadan davanın tümünden reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu, beyanla kararın kaldırılmasını talep etmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE :

Dava, taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmesine dayalı olarak davacı hak edişlerinden yıllık izin karşılığı kesilen miktarın istirdadı istemine ilişkindir.

Mahkemece bilirkişi ... 'den alınan raporda ; sözleşme hükümlerinin belirgin olmasının yanı sıra sözleşmenin akdedildiği sıradaki mevcut şartların önemli bir surette değişmediği, sözleşmeye bağlılık ilkesinin, hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kurallarının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkelerinden bir olması, sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşme taraflarının basiretli işadamı gibi davranması gerektiği ve yasal değişikliğin sözleşme tarihinden sonra olması ve idareye kontrol yetkisi vermesi üzerine davacı şirketin davalı idareden herhangi bir alacağının olmadığı kanaatine varıldığını bildirmiştir.

Kamu **İhale** Genel Tebliğ'nin 78.25 maddesinin "**İhale** dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme

yapılan **ihale**lerde, 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. (DEĞİŞİK CÜMLE RGT: 25.10.2014 RG NO: 29156) (GEÇER. TAR.:11.09.2014) (KOD 7) Ayrıca idareler ve yükleniciler, işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullanmasına ilişkin olarak 4857 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerle uymak zorundadır.

Uyuşmazlık konusu sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte olan 22.08.2009 tarihli, 27327 sayılı resmi gazete’de yayınlanan kamu **ihale** genel tebliği’nin 78.25. maddesi ise “**ihale** dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan **ihale**lerde, 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. İdareler, yıllık ücretli izin haklarının kullanılmasına ilişkin olarak sözleşmenin uygulanması aşamasında 4857 sayılı Kanunun 53, 54 ve 55 inci maddelerinde belirtilen hükümlere uyulup uyulmadığını kontrol edeceklerdir.”

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 2016/5133 Esas-2018/3386 Karar sayılı ilamı ile “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı asıl işveren davacı yüklenicinin işçilerine karşı yıllık izin ücretinden sorumluluğu yasa hükmünden kaynaklanan işçilere karşı bir sorumluluk olduğu, **ihale**nin yapıldığı dönemde geçerli olan Kamu **ihale** Genel Tebliğ m. 78.25’de (RG 22.08.2009 ,Sayısı:

27327) “**ihale** dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan **ihale**lerde, 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 edilmeyeceği, idarelerin, **ihale** konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak belirlemesi gerektiği, davacının izanlı işçilerinin ücretinin davalı idare tarafından ödenmesi gerektiği gerekçesiyle” davanın kabulüne dair karar onanmıştır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, tüm dosya kapsamına göre 4857 sayılı yasanın 56.maddesi ile kamu **ihale** genel tebliğinin 78 ve 25.maddesi gereğince davalı tarafın davacının yıllık izin nedeniyle işyerinde çalıştırmadığı işçilere ödediği ücretleri beyan edilen KDV ile birlikte hak edişlerinden kesemeyeceği ve bu işçilere ödenen izin ücretlerinden de sorumlu olmasının gerektiği, bu sebebler ile davacının hak edişlerinden yapılan toplam 78.850,34-TL tutarındaki kesintinin davacıya iadesinin gerektiği, davalının davadan önce temerüte düşürüldüğünün davacı tarafça ispat edilemediği kanaatiyle istinaf isteminin HMK 353/1-b-2 maddesi uyarınca kabulüne karar verilmekle, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

A)1-Davacı vekilinin istinaf talebinin 6100 sayılı HMK’nun 353/1-b-2 maddesi gereğince ESASTAN KABULÜNE,
2-İzmir 5.Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 16/02/2017 tarih, 2015/823 Esas-2017/152 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA,
3-İstinaf eden tarafından peşin olarak yatırılan istinaf karar harcı ile artan yargılama giderinin istinaf edene iadesine,
4-İstinaf aşamasında yapılan 98,10 TL istinaf başvuru harcı, 17,63 TL dosya masrafı ve 14,00 TL posta gideri olmak üzere toplam 129,73 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak

davacıya verilmesine,

B)1-Davacının davasının KISMEN KABULÜNE,

2- 78.850,34 TL alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Faizin başlangıç tarihine yönelik fazlaya ilişkin istemin REDDİNE,

-Alınması gerekli 5.386,26 TL harçtan peşin alınan 1.346,57 TL'nin mahsubu ile bakiye 4.039,69 TL harcın davalı tarafça tamamlanmasına,

3-Davacı taraf kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T'ye göre 11.050,54 TL nispi vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

4-Davacı tarafından yapılan 27,70 TL başvurma harcı, 1.346,57 TL peşin harç, 450,00 TL bilirkişi masrafı ve 123,00 TL posta masrafı olmak üzere toplam 1.947,27 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda tebliğinden itibaren 2 haftalık süresi içerisinde Yargıtayda temyiz yolu açık olmak üzere oy birliği ile karar verildi.08/04/2021