

## Derya KARADEMİR

TİSK Müşavir Avukatı

# İhaleli İşlerde Teşvik: Bir Varmış, İki Yokmuş...

Bu incelemenin hikâyesi; üç kanun<sup>1</sup>, bir SGK Genelgesi ve bir Kamu İhale Tebliği tarafından yazılmıştır.

### 6111 sayılı Kanun: İhaleli İşler Kapsam Dışında

Toplumun her kesimi tarafından farklı nedenlerle ve yakından takip edilen 6111 sayılı Kanun, 216 madde ve beş kısımdan oluşmuştur. İlk dört bölümde kanunun asıl amacını oluşturan, af ve teşviklere ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, beşinci kısmında ise bazı kanunlarda (ki bunlar hiç de azımsanmayacak sayıda) değişiklik yapılmıştır.

“Torba Kanun”<sup>2</sup> geleneğinin giderek yerleştiği bir dönemde çıkarılan kanun, söz konusu geleneğin şüphe yok ki önemli temsilcilerinden biridir.

Aynı kanun içinde onlarca, bazen çok daha fazla kanunun değiştirilmesi, mevzuatın takibi açısından “ince hukuk işçiliği” gerektirmekte, “hukuk güvenliği” açısından da -kimi zaman bertarafı son derece zor- riskleri beraberinde getirmektedir.

6111 sayılı Kanunumuza ilişkin bu -kaçılmaz- ön değerlendirmeden sonra incelememizin ana konusuna dönerek, 6111 sayılı Kanun ile getirilen teşviklere, “ihaleli işler” özelinde bakmak istiyoruz.

6111 sayılı Kanun’un sosyal güvenliğe ilişkin getirdiği düzenlemelerin hazırlanış gerekçeleri arasında;

- Ülkemizin ve dünyanın en büyük sosyal güvenlik reformu olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun eksik ve aksaklıklarının giderilmesi,

- Sosyal güvenlik kapsamının genişletilmesi,

- Sosyal sigorta ve genel sağlık sigortasının kolaylaştırılması ve

- Prim tahsilatının artırılması gibi hususlara yer verilmiştir.

Yer verilen gerekçelerin her birinin son derece önemli ve yerinde olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu önem ve yerindelik ihaleli işler açısından geçerli ve gerekli görülmemiş olsa gerek ki; ihaleli işler getirilen tüm teşviklerin kapsamı dışında tutulmuştur.

6111 sayılı Kanununun 38. maddesi ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun, "Prim Oranları ve Devlet Katkısı" başlıklı 81. maddesinde değişikliğe gidilmiştir.

81. madde, özel sektör işverenlerinin Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalıştırdıkları sigortalıları için ödedikleri "malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılmasına" yönelik önemli bir teşvik düzenlemesini içermektedir.

Bu teşvik uygulamasına, Torba Kanun'dan önce 5763 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemede ilk kez yer verilmiştir.

5763 sayılı Kanun, "ihaleli işlere" 6111 sayılı Kanun'dan daha müşfik davranmış ve 24. maddesinde, bu teşvikten "yararlanamayacak olan" işveren ve sigortalıları şu şekilde belirlemiştir:

- Kamu idareleri işyerleri,
- Bu Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar,
- Yurt dışında çalışan sigortalılar<sup>3</sup>.

Bir başka ifade ile 5763 sayılı Kanun getirdiği teşvikin "ihaleli işlere" uygulanmasına imkân vermiştir.

Toplumun tüm kesimleri ile adeta bir barış imzalamaya ve yeni bir sayfa açma hedefi ile yola çıkmış olan 6111 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle ise teşvikten "yararlanamayacak olanların kapsamı genişletilmiş" ve yukarıdakilere ilave olarak aşağıdaki işler ve işyerleri teşvik kapsamı dışına çıkarılmıştır:

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na,
- Uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan alım ve yapım işleri<sup>4</sup>,
- 4734 sayılı Kanun'dan istisna olan alım ve yapım işlerine ilişkin işyerleri.

Bu düzenleme sonucunda ihale mevzuatımız kapsamında ve hatta ondan istisna tutularak yapılan tüm alımlar söz konusu teşvik uygulamasının dışında bırakılmıştır.

6111 sayılı Kanun'un 38. maddesinin gerekçesi, düzenlemeyle ilgili iki temel amaçtan söz etmiştir.

Amaçlardan birincisi:

"5 puanlık prim indirimini içeren teşvik un-

surunun diğer teşviklerle aynı anda uygulanmasını sağlamak ve bu şekilde kapsamını genişletmek" iken;

İkinci amaç ise:

"Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve bu kanundan istisna olan alımlar ile uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan hizmet alımları<sup>5</sup> ve yapım işlerini yürüten işyerleri hakkında uygulanmamasını sağlamak" tır.

Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, 6111 sayılı Kanun uygulamasında, "İhaleli işler" sadece 5 puanlık prim indiriminden değil, genç ve kadınların istihdamına yönelik olarak getirilen teşviklerinde kapsamı dışında tutulmuştur.

Kamu alımları kapsamında istihdam edilen kişi sayısına dair bir veriye sahip olmamakla birlikte kamu alımlarına ayrılan kaynaklar dikkate alındığında, bu sayının küçümsemeyecek bir istihdam potansiyeline denk düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

AB ülkelerinde, kamu alımlarının sadece; "harcama", "yatırım" ve "ihtiyaçların temini" anlamına gelmediği, aynı zamanda istihdam, eğitim ve bazı sosyal alanlardaki sorunların çözümünde önemli bir pay sahibi olduğu giderek kabul görmekte ve bu yönde düzenlemeler yapılmaktadır.<sup>6</sup>

Ülkemizde de bu yaklaşımın gelişeceğine inanılmakla birlikte, Torba Kanun düzenlemesine bakıldığında, inancın gerçekleşme süresinin kısa olmayacağı görülmektedir.<sup>7</sup>

## 5763 sayılı Kanun: İhaleli İşler Kapsam İçinde (Mi?)

Tarihsel olarak yeniden eskiye gitmeyi tercih ettiğimiz incelememizde, daha geriye ve teşvikin -ve sorunun- başladığı 5763 sayılı Kanun dönemine geri dönüyoruz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere istihdam için önemli teşvikler getiren 5763 sayılı Kanun'da, 6111 sayılı Kanun'dan farklı olarak ihaleli işler "sürpriz bir şekilde", 5 puanlık teşvikten yararlanacak işyerleri arasında kabul edilmiş, daha doğrusu "istisna tutulmamıştır".

Uygulamaya açıklık getirmek amacı ile Sosyal Güvenlik Kurumu'nca çıkarılan 13 Kasım 2008 tarih ve 2008/93 sayılı Genelge'de ihaleli işlerle ilgili olarak sadece, "Diğer Hususlar"

başlıklı 11 numaralı bölümde “Özel nitelikteki bina inşaatı ile ihale konusu işyeri işverenleri, aranılan şartları sağlamış olmaları kaydıyla, beş puanlık prim indiriminden yararlanabileceklerdir.” açıklamasına yer verilmiştir.

Bu ilk Genelge'den bir yıl sonra, 19 Kasım 2009 tarih ve 2009/139 sayılı Genelge yayımlanmıştır.

2009/139 sayılı Genelge ile 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen “sigorta prim indiriminden yararlanılmasında tereddüde düşülen konularla ilgili olarak” açıklama yapılmıştır<sup>8</sup>.

Genelge'nin 5 numaralı alt başlığı “Beş puanlık prim indiriminden yararlanan ihale konusu işyerleri ile ilgili yapılacak işlemlere” ayrılmıştır.

Söz konusu açıklamayı içeren Genelge'nin ilgili bölümü şöyledir:

İhale konusu iş üstlenen işverenlerin, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim indiriminden yararlanmış olmaları halinde, idarelerce yapılacak olan hakediş ödemeleri sırasında, Hazinece karşılanmış olan prim tutarları, ilgililerin hakedişinden kesilmektedir.

Bu nedenle, ihale konusu iş üstlenen işverenlerce, hakediş ödemesine esas yasal ödeme süresi geçmiş borçlarının olup olmadığının bildirilmesinin talep edildiği durumlarda söz konusu işverenlerin beş puanlık prim indiriminden yararlanmış olmaları halinde, düzenlenecek olan yazıların altına,

“Bu işyerinde çalışan sigortalılardan dolayı 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim indiriminden yararlanılmış olup, ... TL tutarındaki sigorta primi Hazinece karşılanmıştır.” şeklinde açıklama yapılacaktır.

Diğer taraftan, ihale konusu iş üstlenen bazı işverenlerin, aylık prim ve hizmet belgelerini Kanun numarası seçmeksizin düzenleyerek prim tutarlarını ödedikten ve hakediş ile teminatlarını aldıktan sonra, geriye yönelik olarak Kanun numarası seçilmeksizin düzenlenmiş olan aylık prim ve hizmet belgeleri için iptal nitelikte ve iptal edilen prim belgelerinin yerine de 5510 sayılı Kanun numarası seçilmek

suretiyle asıl nitelikte prim belgesi düzenleyerek Kuruma verdikleri ve geriye yönelik olarak anılan Kanunda öngörülen indirimden yararlanmak istedikleri anlaşılmıştır.

Bu bakımdan, ihale konusu iş üstlenen ve aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde kanun numarası seçmeksizin Kuruma vermiş olan işverenlerce, sonradan geriye yönelik ve düzeltme amaçlı olarak 5510 sayılı Kanun numarası seçilmek suretiyle aylık prim ve hizmet belgesi düzenlendiği durumlarda, söz konusu belgelerin işleme alınıp alınmayacağı hususunda durum ilgili idareye bildirilecek ve ihale konusu iş üstlenen işverenin beş puanlık prim indiriminden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı hususunda, ilgili idareden alınacak cevaba göre işlem yapılacaktır.”

Bölümün ilk paragrafında yer alan: “ihale konusu iş üstlenen işverenlerin.....idarelerce yapılacak olan hakediş ödemeleri sırasında, Hazinece karşılanmış olan prim tutarları, ilgililerin hakedişlerinden kesilmektedir.” şeklindeki, prim indiriminin hakedişlerden kesilmesini; “doğal”, “zaten olması gereken” ve “alışlagelmiş bir uygulama” olarak ifade eden bu açıklama, uygulama sorunlarının da başlangıcını oluşturmuştur.

Genelge'den sonra ortaya çıkan durumu özetlemeye çalışalım;

- İhaleli işin (sosyal güvenlik mevzuatı açısından) işvereni/(ihale mevzuatı açısından) yüklenicisi 5763 sayılı Kanun'da yer alan teşvikten yararlanıp, prim ödemelerinde 5 puanlık indirimi uyguluyor.

- Genelgeye göre ihaleli işin idaresi ise bu indirimi işverene/yükleniciye ödeyeceği hakedişten kesiyor.

- Bu durumda işveren/yükleniciye nasıl bir teşvik uygulanmış oluyor?

Aslında sonuç açık; 5763 sayılı Kanun'la teşvik kapsamında kabul edilen “ihaleli işlerin yüklenicisi olan özel sektör işverenleri”, Genelge'de yer alan açıklama sonucunda bu teşvikten fiilen yararlanamamış oluyor.

Nitekim bu sonuç, pek çok sorun ve hukuki uyumsuzluğa da konu olmuştur.

“5 puanlık indirimin hakedişlerden kesilmesi” şeklinde yaşanan uyumsuzlukta ilk derece

mahkemesi<sup>9</sup>, “Sigorta primlerini ödemeyi üstlenmiş olan yüklenicinin, kendi sorumluluğunu yerine getirirken ve devletin sağladığı katkıdan yararlanırken bunun idareye geçirilmesi anlamına gelecek bir uygulama ile hakedişlerinin kesilmesini yerinde bulmamıştır”<sup>10</sup>.

Hakedişlerden kesinti yapılmasının yasal zorunluluklardan ya da işin şartname ve sözleşmesinden kaynaklanması gerektiği, bu gerekler dışında hiçbir nedenle idarelerin hakediş kesintisi yapamayacağı, ihale ve kamu ihale sözleşmeleri mevzuatımızın hukuki gereklerinden biridir.

Sorunun kaynağına ve -sonra da mümkün ise- çözüme ulaşabilmek için, kanuna ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açan Genelge açıklamasının ihale mevzuatı açısından durumuna daha yakından bakmak gerekiyor.

## İhaleli İşlerde İstisnai Bir Uygulama ve “Hakedişten Teşvik Kesintisi” İstisnasının Genele Teşmili

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan alımlar, alımın konusuna göre; “mal”, “hizmet” ve “yapım” ana başlıklarında ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kurumu’da, her alım türünün özelliklerine uygun, farklı ikincil mevzuat düzenlemeleri yapmıştır.

Ayrıca her bir alım türü de; “fiyat farkı uygulamasına tabi olanlar” ve “fiyat farkı uygulamasına tabi olmayanlar” şeklinde kendi içinde ayrılmıştır.

Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatı kapsamında yapılan alımların -istisnai bazı düzenlemeler dışında- “altı farklı şekilde” yürütüldüğünü söylemek mümkündür.

Bu “altı farklı uygulama” içinde;

- Hizmet ihaleleri kapsamında yapılan,
- Personel çalıştırılmasına yönelik olan<sup>11</sup> ve
- Fiyat farkı uygulamasına<sup>12</sup> tabi tutulan

alımlar, inceleme konumuz açısından özel önem taşımakta ve diğer beş alımdan ayrılmaktadır.

Fiyat farkı uygulaması, idare ile yüklenici

arasında imzalanan “Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme”nin 14. maddesinde yer almakta ve alım konusu işin yürütümü sırasında fiyat farkı uygulanıp uygulanmayacağı bu madde ile belirlenmektedir. Bir başka ifade ile fiyat farkı uygulaması, taraflar açısından sözleşme hükmü niteliğini taşımaktadır.

Fiyat farkının uygulama esasları ise Bakanlar Kurulu’nca<sup>13</sup> belirlenmiştir.

Hizmet alımlarında uygulanacak olan Fiyat Farkı Esasları’nın 8. maddesinde<sup>14</sup> yer alan düzenlemeye göre, sözleşme süresi içindeki “Asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fark yükleniciye ödenmektedir. Sosyal sigorta ve işsizlik sigortası primlerindeki artışlardan kaynaklanan maliyetlerde aynı şekilde yükleniciye bu kapsamda ödenmektedir. Buna karşılık aynı maddenin son bendinde, sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca “işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemelerin de yükleniciden kesileceği” düzenlenmiştir.<sup>15</sup>

Düzenleme kendi içinde hakkaniyetlidir. Zira alım konusunun personel çalıştırılması olduğu durumlarda, sözleşme döneminde işçilik maliyetlerindeki (asgari ücret, sigorta prim vb.) artışlar idareler tarafından işverene ödenmekte, devletin işçilik maliyetlerini azaltan düzenlemeler yapması halinde ise paralel şekilde bunu yüklenicilerden kesmektedir.

Düzenleme, yukarıda da belirtildiği üzere hizmet alımlarının spesifik bir uygulamasını kapsayan, özel bir düzenlemedir. Belirtilen özel nitelikli hizmet alımları dışında kalan hizmet alımları, mal ve yapım alımları açısından, -fiyat farkı ödensin ya da ödenmesin- benzer bir düzenleme öngörülmesi değildir.<sup>16</sup> Personel çalıştırılmasına yönelik olan ancak fiyat farkı uygulaması öngörülmemiş hizmet alımları açısından da asgari ücret ve prim değişiklikleri nedeniyle yükleniciye herhangi bir fiyat farkı uygulaması yapılmayacaktır.

Nitekim bu durumu göz önünde bulunduran Kamu İhale Kurumu, gerek 5763 sayılı Kanun, gerekse 6111 sayılı Kanun çerçevesinde yaptığı düzenleyici işlemlerde, sadece personel çalıştırılmasına dayalı ve fiyat farkı uygulaması yapılan hizmet alımlarını dikkate almıştır.

İhaleli işlerin teşvik kapsamında kabul edildiği 5763 sayılı Kanun'u takiben Kamu İhale Kurumu'nca yapılan düzenlemede<sup>17</sup>; "İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı fiyat farkı hesaplanması öngörülen hizmet alımı ihalelerinden" söz edilmiş ve yukarıdaki düzenlemeler gereğince, Hazine tarafından karşılanan prim tutarının, idare tarafından yüklenici hakedişinden kesileceği" belirtilmiştir.

Diğer alımlar açısından bir açıklama yapılmamış; yukarıda belirtilen gerekçelere dayalı olarak yapılmasına gerek duyulmamıştır.

İhaleli işlerin teşvik kapsamı dışında bırakıldığı 6111 sayılı Kanun'u takiben Kurumca yapılan düzenlemede<sup>18</sup> yine yalnızca söz konusu hizmet alımlarına atıfta bulunulmuş ve "01.03.2011 tarihinden sonraki dönemlere ait prim ödemelerinde işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanması uygulamasına son verildiğinden, yüklenicilerin 2011 yılının Mart ayı ve sonrasındaki aylara ait hakedişlerinden 5510 sayılı Kanununun 81. maddesi birinci fıkrasının (ı) bendi kapsamında herhangi bir kesinti yapılmayacağı" açıklanmıştır.

"İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı fiyat farkı hesaplanması öngörülen hizmet alımı ihaleleri" açısından ortaya çıkan 5 puanlık prim indirimin hakedişlerden kesilmesi uygulaması, kanaatimize göre SGK Genelgesi'nde tüm ihaleli işler açısından geçerli kabul edilerek bir açıklama yapılmış ve uygulamada sadece işveren/yükleniciler açısından değil, idarenin kendi içinde dahi uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır.<sup>19</sup>

## "Bir Var"Ken, "İki Yok"Muşun Yansımaları

"İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı fiyat farkı hesaplanması öngörülen hizmet alımı ihaleleri"nin yüklenicileri açısından, hakediş kesintisi sözleşmesel bir taahhüdü ifade etmekte iken diğer ihaleli iş yüklenicileri açısından böyle bir taahhütten söz etmek mümkün değildir.

Belirtildiği üzere personel çalıştırılmasına dayalı ve fiyat farkı ödemesi yapılan ihaleli işler açısından hakediş kesintisi, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan bir taahhüdüdür.<sup>20</sup> Bu tür işlerde idare ve yüklenici, personelin ücret ve prim farkları konusunda sözleşme ile karşılıklı olarak anlaşmaktadır. Yüklenici, asgari ücret ve primlerdeki artışların kendisine ödeneceğini, buna karşılık Hazinece karşılanacak bir tutarın ortaya çıkması halinde ise, Hazine'nin karşıladığı tutarın hakedişlerinden kesinti konusu yapılacağını sözleşmesinin bir hükmü olarak baştan kabul etmekte ve işin yürütümünü bu şartlar altında üstlenmektedir.

"5 puanlık prim teşvikinden yararlanan ve ihaleli iş yüklenen işverenlerin hakedişinden teşvik tutarı kadar kısmının kesilmesinin, prim teşviki ile getirilen esas amaçtan uzaklaşılması" anlamını taşıdığı ve "ihaleli iş alan işverenler açısından ikincil düzenlemelerle bu kısıtlamanın yapıldığı" şüphesiz olmakla birlikte, çözümün "Kamu İhale Genel Tebliği'nde yapılacak değişikliklerle<sup>21</sup>" geleceği yönündeki yaklaşımı paylaşmak güçtür.

Konuya bir başka açıdan yaklaşıldığında ise "kamudan iş alan yüklenicinin teşvik koşullarını hak ederek uyguladığı prim indiriminin, kamu idaresince hakedişinden kesilmesi halinde devletin kendisini mi, yoksa yükleniciyi mi ödüllendirdiği" sorusu son derece haklıdır. Ancak çözüm için hem Kamu İhale Genel Tebliği'nin, hem de SGK Genelgesi'nin kaldırılması ya da yargı tarafından iptali yönündeki görüşü de<sup>22</sup> özellikle Kamu İhale Genel Tebliği ve ihale mevzuatı hükümleri yönüyle paylaşmak zordur.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin tüm alım türleri içinden sadece hizmet alımlarını ve onların içinden de personel çalıştırılmasına dayalı ve fiyat farkı ödenenleri esas alarak düzenleme yapmış olması ne kadar doğru ise, SGK Genelgesi'nin tüm alım türlerini içine alacak ve teşvik uygulamasını adeta kullanılamaz hale getirecek bir açıklama içermesi o kadar yerinde olmamıştır.

SGK Genelgesi normlar hiyerarşisindeki yerini aşarak, sözleşmesel bir yükümlülük taşımayan ihaleli iş yüklenicilerinin/işveren-

lerinin 5763 sayılı Kanun'un getirdiği teşvik imkânından yararlanmasında ciddi sorunlara yol açmıştır.

Son cümle; ihaleli işler açısından 6111 sayılı Kanun'la "teşvik -zaten- gitmiş"; ama 5763 sayılı Kanun'un uygulama dönemi yönünden "kavga henüz bitmemiştir".

## DİPNOTLAR

1 6111 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 25 Şubat 2011 tarih ve 27857 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 26 Mayıs 2008 tarih ve 26887 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu" 16 Haziran 2006 tarih ve 26200 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

2 ALTINOK Tevfik; Torba Kanun mu, Çorba Kanun mu?, Tekstil İşveren, Sayı 375, Haziran 2011, s. 30-31.

3 Yurtdışında çalışan sigortalıların teşvik kapsamı dışında tutulmasındaki ısrar ve bunun sonuçları ise ayrı bir makale konusu olacak niteliktedir.

4 "Alım" kavramının kamu ihale mevzuatında özel olarak tanımlanmamış olduğunu; 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan, "mal, hizmet ve yapım" ihalelerinin tümü için "alım" kavramının ortak olarak kullanılabilmesini; hal böyle olunca da "yapım" kelimesinin ayrıca kullanılmasına esasen gerek bulunmadığını belirtmek gerekiyor.

5 Gereğede "hizmet alımlarına ve yapım işlerine" atfı yapılar iken, kanun metninde genel olarak "alım" ve "yapım" işlerinden söz edilmiş olması "mal alımları"na uygulanmama açısından tereddüd yaratacak mahiyette ise de kanun koyucunun genel amacının "her türlü ihaleli işleri" kapsam dışında bırakmak olduğu ve kanun maddesinde de bu hususun belirtilmiş olduğu dikkate alındığında "mal alımlarının" da kapsam dışında olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Gereğede bu ayrıma dikkat edilmemiş olmasının bir eksiklik olduğuna vurgu yapılmakla yetinilmektedir.

6 Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmet Sektörlerinde Faaliyet Gösteren İdarelerin İhale Usullerinin Koordine Edilmesine ilişkin 31 Mart 2004 tarih, 2004/17/EC sayılı AB Direktifi'nde mesleki eğitim ve istihdama yönelik yeni yaklaşımlara yer verilmiştir.

Direktifin 39 numaralı başlığı altında "İstihdam ve meslek kazandırma, herkes için eşit fırsat yaratılmasının garanti edilmesini sağlayan temel faktörlerdir ve toplumdaki bütünleşmeye katkıda bulunur." ifadesi yer almakta; 44 numaralı başlık altında ise "İhalenin gerçekleştirilmesine ilişkin şartların doğrudan veya dolaylı olarak ayırım gözetmemeleleri ve ihaleye davet ilanında veya şartnamede belirtilmeleri koşuluyla Direktife uygun olacağı" vurgulandıktan sonra "bu şartların mesleki eğitim, bütünleşme konusunda belirli

bir zorluk yaşayan insanların istihdamı, işsizlikle mücadele veya çevrenin korunması gibi konularda teşvik edici olabileceği" belirtilmekte ve bu kapsamda "uzun süreli iş arayanların işe alınması veya işsizler veya gençler için eğitim tedbirlerinin uygulanması gibi" örneklere yer verilmektedir.

7 İhaleli İşlerde Nitelikli İşgücü İstihdamı İçin Bir Fırsat Kaçırıldı

6111 sayılı Kanun'un, 74. maddesinde mesleki yeterlilik belgesi sahibi ve mesleki eğitim almış işgücünün istihdamı açısından son derece önemli bir teşvik getirilmiştir.

Düzenlemeye göre belli niteliklere haiz sigortalıların sigorta primlerinin işveren hisseleri İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır. "Mesleki yeterlilik belgesine sahip" olanlar bu teşviktan kırksekiz ay süreyle yararlanabileceklerdir. Bu süre, teşviktan yararlanmak için öngörülen en uzun süredir.

"Mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler" içinse bu süre otuz altı ay olarak uygulanacaktır.

İhale konusu "yapım" işlerinin bir diğer deyişle "inşaat" sektörünün teşvik kapsamı dışında bırakılmasının, bu çalışmanın sınırları dışında kalan, ancak vurgulanmazsa çok eksik kalacak bir başka yönü de budur.

İnşaat, işgücü niteliğini yükseltmeye en fazla ihtiyaç duyan sektörlerin başında gelmektedir.

İhaleli yapım işlerinin bu teşvikin de kapsamı dışında bırakılmış olması, özellikle kamu inşaatlarında nitelikli işgücünün istihdamının artırılması açısından kaçırılmış bir fırsattır.

Üstelik kaçan fırsat yapım işleri ile sınırlı görülmemelidir. Kamunun ihale ile yaptığı tüm alımlarda nitelikli işgücü kullanma fırsatı önemli ölçüde kaçırılmıştır.

8 2009/139 sayılı söz konusu Genelge'nin diğer bazı düzenlemelerinin eleştirisi için; ŞAKAR, Müjdat; Prim İndirimi Genelgesi Kanunu Aşıyor!, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, s.249.

9 ÇOLAK, Mahmut; Hazine'ce Karşılana 5 Puanlık Sigorta Priminin Hakedişlerden Kesilip Kesilemeyeceği, Yaklaşım, Kasım 2010, Sayı: 215, s. 215-217.

10 Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nin, 14.07.2010 tarih ve E.2009/193, K.2010/441 sayılı Kararı (Söz konusu kararın temyiz incelemesi Eylül 2011 tarihi itibarıyla halen devam etmektedir).

11 Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78. maddesinde, söz konusu hizmet alımları ve teklif fiyatın belirlenmesi konusunda ayrıntılı açıklama yapılmıştır. Buna göre:

"Madde 78-Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dahil olacak giderler

78.1. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları; ağırlıklı olarak personel çalıştırılmasına dayanan, çalıştırılacak personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı hizmetlerdir.

78.2. 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 hizmetler personel çalıştırılmasına dayalı olup, bu tebliğde personel ça-

hıstırılmasına dayalı olan/olmayan hizmetler arasında sayılmayan işlerin personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı yukarıda yer verilen tanıma göre idarelerce değerlendirilecektir.

78.3. Malzeme dahil yemek hazırlama hizmeti veya malzeme dahil yemek hazırlama ve dağıtım hizmeti ya da makine ve ekipman ile araçlar ve/veya akaryakıtın yüklenici tarafından sağlanacağı çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetler ile personel taşıma gibi hizmetler personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak, personel çalıştırılmasına dayalı olmayan bir hizmet alımına ilişkin ihale dokümanında haftalık çalışma saatlerinin tamamını idarede geçirecek personel sayısının belirlenmesi hallerinde teklif fiyata dahil giderler arasında işçilik giderine yer verilmesi gerekmektedir.

78.4. Çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetlerde, çöp toplama ve naklinde kullanılacak makine ve ekipmanlar ile çöp toplama araçlarının ve akaryakıtın idare tarafından karşılanması durumunda bu alımların ve ayrıca malzemenin idare tarafından karşılandığı yemek hizmeti (malzemesiz yemek hizmeti) alımlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir.”

12 Fiyat farkı uygulaması, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde başlamış, 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 22 Ocak 2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ikincil mevzuatı çerçevesinde bu kez mal, hizmet ve yapım işleri için ayrı ayrı hazırlanmış ve Kanunun yürürlüğe girmesinden bir gün önce 31.12.2002 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

13 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar (31.12.2002 tarih ve 24980 3.Mükerrer sayılı Resmi Gazete).

14 Asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fark (Değişik: 07.05.2004- 25455/ 3 md.)

Madde 8 - İhale konusu hizmetin gerçekleştirilebilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa 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 Kanunun 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.

15 Kamu İhale Kurulu Üyesi Bahattin Işık tarafından konuyla ilgili yapılan açıklamada şu görüşlere yer verilmiştir: “Fiyat Farkı Esasları’nın amacı, ihale tarihindeki şartların sözleşme aşamasında değişmesi durumunda, işveren aleyhine gelişen durumların giderilmesi, işveren lehine gelişmeler olduğunda ise kesinti yapılarak teklifin verildiği ihale tarihindeki şartların korunmasıdır. Bir başka ifade ile ihale tarihinde teklif edilen fiyatı dikkate alıp sözleşme aşamasında oluşan ekli ya da artıya göre fiyat farkı vermek ya da kesmektir. Fiyat farkı esaslarının mantığı budur ve burada taraflar korunmaktadır. İhale tarihindeki şartların birinin aleyhine diğerinin lehine gelişmemesi anlamında getirilmiştir.” Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri-Çalıştayı, Antalya/Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010), KAMU-İŞ Yayını, s.150.

16 “Hizmet” alımlarına yönelik Fiyat Farkı Esasları’nın yanı sıra “Mal” ve “Yapım” alımlarına yönelik olarak yayımlanmış fiyat farkı esasları da bulunmaktadır. Tüm fiyat farkı uygulamalarının ortak yönlerinden birinin “Fiyat Farkı” kavramının her zaman bir artışı ifade etmediği, kimi zaman yüklenicinin hakedişinden yapılacak kesintiyi de içerecek şekilde kullanıldığını belirtmek gerekmektedir. Yükleniciye yapılacak ödeme ya da kesinti Esaslar’da yer alan göstergelerin sözleşme dönemi içindeki değişimlerinin yine Esaslar’da yer alan formüle uygulanması sonucunda ortaya çıkmakta ve hakedişe yansımaları da bu sonuca uygun olarak yapılmaktadır. Ancak personele dayalı hizmet alımları dışında hiçbir fiyat farkı uygulamasında asgari ücret ve primler temel göstergeler arasında yer almamaktadır. Örneğin yapım işleri açısından temel göstergeler arasında çimento, demir, akaryakıt, kereste vb. ürünlerdeki fiyat değişimleri yer almaktadır.

17 Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin 4. maddesi, 25.10.2008 tarih ve 27035 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

18 Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin 20. maddesi, 20.04.2011 tarih ve 27911 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

19 Uyuşmazlıklar hakedişlerinden SGK Genelgesi nedeniyle kesinti yapılan yüklenicilerin konuyu yargıya taşımalarının yanı sıra, idarelerin Maliye Bakanlığı’na görüş sorarak “kesinti yapılmayacak” şeklindeki Bakanlık görüşü doğrultusunda işlem yapmalarının ardından aynı işlemin bu kez Sayıştay denetçileri tarafından eleştirilmesi konusunda yapılması şeklinde de ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için: Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri-Çalıştayı, Antalya/Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010), KAMU-İŞ Yayını, s.114.

20 CANBOLAT Talat; Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri-Çalıştayı, Antalya/Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010), KAMU-İŞ Yayını, s.105

21 ÇOLAK, Mahmut; Hazine’ce Karşılanan 5 Puanlık Sigorta Primininin Hakedişlerden Kesilip Kesilemeyeceği, Yaklaşım, Kasım 2010, Sayı: 215, s.215-217.

22 AKYİĞİT, Ercan; Kamuda İhaleyle İş Alan Yüklenicilerin Prim İndirimlerinin Kamu İşverenince Hakedişten Kesilmesi Yasal Mıdır?, Çimento İşveren, Cilt 25, Sayı 4, Temmuz 2011, s.13.