

HİZMET ALIM İHALELERİNDE ENGELLİ SİGORTALI İSTİHDAMINDA PRİM TEŞVİKİ VE YARGI YOLU

1. GİRİŞ

Hizmet alım ihalesi yüklenicilerinin, çalıştırdıkları engelli sigortalılar nedeniyle yasal olarak hak kazandıkları sigorta prim teşvikinden fiilen yararlanamadıkları, bu hakkın ihale makamlarınca çeşitli yöntemlerle bertaraf edildiği görülmektedir. Söz konusu uygulama onlarca davaya konu olmuş; mahkemeler büyük ölçüde işverenler lehine karar vermiştir.

Bu yazıda konunun hukuki temeli, uygulamada ortaya çıkan sorun ve yargı içtihadının seyri ele alınmaktadır.

2. TEMEL HAK: 4857 SAYILI KANUN'UN 30. MADDESİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin birinci fıkrası, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlere toplam işçi sayısının yüzde üçü oranında engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü getirmektedir. Aynı maddenin altıncı fıkrası ise bu yükümlülüğü yerine getiren özel sektör işverenlerine önemli bir mali destek tanımaktadır: Engelli sigortalıların prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primi işveren hisselerinin tamamı Hazinece karşılanmaktadır. Kontenjan fazlası ya da zorunluluk olmaksızın engelli istihdam eden işverenler de bu destekten aynı koşullarda yararlanmaktadır.

Madde metninde yer alan kamu idareleri hariç ifadesi, teşvikin münhasıran özel sektör işverenleri için öngörüldüğünü açıkça göstermektedir. İhale kapsamında çalışan yüklenici, hizmetin ifa edildiği işyeri kamu kurumuna ait olsa bile hukuki açıdan özel sektör işvereni sayılmaktadır. Dolayısıyla prim ödeme yükümlüsü sıfatıyla bu teşvikten yararlanma hakkı doğrudan yükleniciye aittir.

Teşvikten yararlanabilmek için aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içinde SGK'ya verilmesi ve sigortalı hissesi ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesinin ödenmiş olması gerekmektedir. Bu koşulları karşılayan yüklenici, söz konusu hakka kanun gereği sahip olmaktadır.

3. SORUNUN KAYNAĞI: KAMU İHALE GENEL TEBLİĞİ'NİN MÜDAHALESİ

Uygulamada yüklenicilerin bu haktan yararlanmasını engelleyen sorun, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.28. maddesinde yapılan düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Tebliğ iki farklı dönemde iki farklı yöntem benimsemiştir; ancak her iki yöntemin de ulaştığı sonuç aynıdır: Hazinece sağlanan prim desteği, kanunen hak sahibi olan yükleniciye değil ihale makamına intikal etmektedir.

25.12.2013 tarihinde yürürlüğe giren ilk düzenlemeye göre, işin yürütümü sırasında yüklenicinin engelli işçi çalıştırması durumunda Hazine tarafından karşılanan prim tutarı, fazla ödeme yapılmasını önlemek amacıyla idarece yüklenicinin hakedişinden kesilecektir. Bu uygulamada teşvik önce yükleniciye tanınmakta, ardından hakediş aşamasında geri alınmaktadır.

16.08.2014 tarihinde yapılan değişiklikle yöntem farklılaşmıştır. Yeni uygulamada ihale makamı, elli veya daha fazla işçi çalıştırılması öngörülen ihalelerde engelli işçiler için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı bir satır açmakta ve isteklilerden tekliflerini Hazinece karşılanacak prim teşvik tutarını düşerek oluşturmalarını istemektedir. Bu durumda teşvik, sözleşme aşamasına bile gelmeden teklif bedelinin içinden çıkarılmaktadır.

İlk yöntemde bertaraf işlemi hakedişe yansırken, ikinci yöntemde sözleşmenin kurulma aşamasında gerçekleşmektedir. Normlar hiyerarşisi açısından ikisi arasında bir fark bulunmamaktadır: Her iki düzenleme de kanunun yükleniciler için öngördüğü bir hakkı, kanun altındaki bir idari işlemle yok saymaktadır.



Bu durum KİK'in kendi işçilik hesaplama modülüyle de teyit edilmektedir. Söz konusu modülde engelli işçi için hesaplanan asgari işçilik birim fiyatı; asgari ücret, yüzde iki işsizlik sigortası işveren primi ve bu iki kalemin toplamı üzerinden yüzde üç sözleşme ve genel giderden oluşmaktadır. İşveren sigorta priminin Hazinece karşılanan kısmı bu hesaba dahil edilmemektedir.¹ Başka bir deyişle teşvik tutarı, ihale sürecine dahil edilmeksizin teklif bedelinin dışında bırakılmakta; yüklenici sözleşmeyi imzaladığı andan itibaren söz konusu destekten fiilen yoksun kalmaktadır.

4. NORMLAR HİYERARŞİSİ VE HUKUKUN TEMEL İLKELERİ

Bir genel tebliğ, kanunun öngördüğü hakları kısıtlayamaz ya da ortadan kaldıramaz. 4857 sayılı Kanun'un 30. maddesinin altıncı fıkrası emredici nitelikte bir düzenlemedir; bu hakkı devre dışı bırakan tebliğ hükmü, kaynağı bakımından yeterli hukuki dayanaktan yoksundur.

Öte yandan Hazine desteğinin amacı, engelli bireyler için özel sektörün istihdam maliyetini azaltmaktır. Bu destek prim ödeme yükümlüsüne yöneltilmiş bir mekanizmadır. İhale makamının prim yükümlüsü olmadığı dikkate alındığında, söz konusu desteğin idare lehine aktarılmasının kanunun öngördüğü amaçla bağdaşmadığı görülmektedir.

Tebliğ hükümlerinin geçersizliğini destekleyen bir diğer gerekçe, sözleşme serbestisi ilkesinden kaynaklanmaktadır. Yüklenicinin teklif aşamasında zorunlu olarak daha düşük bir bedel sunmasına yol açan ihale dokümanı düzenlemesi, teknik açıdan kanun dışı bir maliyet aktarımı yaratmaktadır.

5. YARGININ TUTUMU

Bu konuda açılan davalarda yargı içtihadı zamanla belirgin biçimde netlik kazanmıştır.

Husumete ilişkin en temel soru şudur: Dava kime karşı açılacaktır? SGK'ya karşı dava yolu yerinde görülmemiş; mahkemeler ister hakediş kesintisi ister teklif bedelinin düşürülmesi yöntemi benimsensin, husumetin sözleşme ilişkisi kurulan ihale makamına yöneltilmesi gerektiğinde birleşmiştir. Yargıtay 3., 23. ve 6. Hukuk Dairelerinin bu yöndeki kararları tutumu pekiştirmektedir.²

Esas meselede ise belirleyici karar Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin Mayıs 2023 tarihli ilamıdır.³ Daire, birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılarak teklif bedelinin düşürülmesi uygulamasının kanunun yükleniciye tanıdığı prim teşviki hakkını başlangıçta ortadan kaldırdığını tespit etmiş ve uğranılan zararın ihale makamından tahsilini hüküm altına almıştır. Bu kararın temyiz ve istinaf aşamalarından da sağlam biçimde geçmesi, emsal niteliğini güçlendirmektedir.

Davalı idarelerin başvurduğu önemli bir savunma, yüklenicilerin hakedişleri ihtirazi kayıtsız imzalamaları nedeniyle alacak haklarını yitirdiği argümanıdır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bu meseleyi ele almış⁴ ve akabinde Danıştay 13. Dairesi 2023 yılında Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 42. maddesindeki ihtirazi kayıt zorunluluğuna ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir.⁵ Bu gelişme söz konusu savunma argümanını işlevsiz kılmakta ve dava yolunu daha da güvenli hale getirmektedir.

Faiz meselesinde ise Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bu nitelikteki alacak taleplerine dava tarihinden itibaren avans faizi uygulanacağını ortaya koymuştur.⁶

6. USULE İLİŞKİN NOTLAR

Alacak talebi, hizmet alım sözleşmesinden doğduğu için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Alacak miktarı, SGK'dan temin edilecek aylık tahakkuk belgeleri üzerindeki engelli teşvik tutarları esas alınarak belirlenmektedir. Birim fiyat teklif cetvelindeki ayrı satır uygulamasından kaynaklanan davalarda, engelli ve engelli olmayan işçiler için belirlenen birim fiyatlar arasındaki fark hesabın temelini oluşturmaktadır.

¹ KİK İşçilik Hesaplama Modülü, EKAP, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/IscilikHesaplamaWizard.aspx>

² Yargıtay 3. HD, 29.02.2012, E:2012/124, K:2012/5196; Yargıtay 23. HD, 12.10.2020, E:2017/2490, K:2020/2939; Yargıtay 6. HD, 24.11.2021, E:2021/1771, K:2021/1735.

³ Yargıtay 6. HD, 03.05.2023, E:2022/508, K:2023/1603.

⁴ Danıştay İDDK, 03.11.2022, E:2022/892, K:2022/3100.

⁵ Danıştay 13. D., 06.06.2023, E:2023/404, K:2023/2898.

⁶ Yargıtay 13. HD, 14.05.2015, E:2015/4686, K:2015/15523; Yargıtay 13. HD, 04.12.2019, E:2018/4676, K:2019/12074.



7. SONUÇ

Hizmet alım ihalesi kapsamında faaliyet yürüten özel sektör işverenleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun açık hükmü gereği engelli sigortalı istihdam etmeleri nedeniyle prim teşvikine hak kazanmaktadır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin bu hakkı ya hakediş kesintisi ya da teklif bedelinin baştan düşürülmesi yoluyla bertaraf eden düzenlemeleri, kanunun üstünlüğü ilkesi karşısında hukuki geçerlilik taşımamaktadır.

Mahkemeler bu gerçeği farklı dönemlerde ve farklı uyuşmazlıklarda defalarca teyit etmiştir. Bugün itibarıyla yüklenicilerin dava yoluyla bu alacağı geri alabileceği yönünde yerleşik bir içtihat mevcuttur. İhale süreci tamamlanmış, hakediş ödemeleri yapılmış olsa bile on yıllık zamanaşımı süresi içinde mahkeme yoluna başvurulması mümkündür. Süreç, dava tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte alacağın tahsilini de kapsamaktadır.

Kökten çözüm ise Tebliğ hükümlerinin kanunla uyumlu hale getirilmesini gerektirmektedir. Bu adım atılmadığı sürece mahkeme yolu, hakkını arayan yükleniciler için işlevsel olmayı sürdürecektir.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU EKİBİ

isVerenim.com

