

3996 VE 6428 SAYILI KANUNLAR KAPSAMINDA KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ PROJELERİNDE ASGARI İŞÇİLİK UYGULAMASI VE SİGORTA PRİMİ TEŞVİKLERİ

1. GİRİŞ

Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) modeli, Türkiye'de büyük ölçekli altyapı ve kamu hizmetlerinin finansmanı ile yapım ve işletiminde giderek yaygınlaşan bir yöntem hâline gelmiştir. Toplam sözleşme değeri itibarıyla havalimanı, karayolu, sağlık tesisi ve enerji sektörlerinde yüzden fazla tamamlanmış proje bulunmaktadır.

Türkiye'de KÖİ projeleri, temelde iki ayrı yasal çerçeve altında gerçekleştirilmektedir. İlki, köprü ve otoyol başta olmak üzere ulaştırma ve enerji altyapısına yönelik 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun'dur. İkincisi, Sağlık Bakanlığınca yaptırılan şehir hastanelerine özgü 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına İlişkin Kanun'dur. Her iki kanun da kapsamındaki işlerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmadığını açıkça hükme bağlamıştır.

Bu çerçeve farklılığı; 5510 sayılı Kanun kapsamındaki asgari işçilik araştırması, işyeri tescili ve sigorta primi teşviki uygulamaları bakımından birbirinden ayrılan sonuçlar doğurmaktadır. Aşağıda her iki yasal çerçeve ayrı ayrı ele alınarak karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmıştır.

2. 3996 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ YAP-İŞLET-DEVRET PROJELERİ

A. Hukuki Çerçeve

3996 sayılı Kanun; köprü, otoyol, tünel, liman, havalimanı ve benzeri altyapı yatırımlarının Yap-İşlet-Devret (YİD) modeliyle özel sektöre yaptırılmasını düzenlemektedir. 1915 Çanakkale Köprüsü ve Otoyolu, Osmangazi Köprüsü ve Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, İstanbul Havalimanı ve Avrasya Tüneli bu kanun kapsamındaki başlıca projelerdir.

YİD modelinde kamu idaresi, 3996 sayılı Kanun'un kendi usulüne göre ihale yapar; ihaleyi kazanan yüklenici finansmanı sağlar, yapım işini tamamlar, sözleşmede öngörülen süre boyunca işletir ve süre sonunda tesisi ilgili kamu idaresine devreder. Sözleşme süresi boyunca yükleniciye geçiş ücreti geliri veya bu gelirin garantisi karşılığında ödeme yapılır. Kanun, bu kapsamdaki iş ve işlemlerin 2886 ve 4734 sayılı kanunlara tabi olmadığını hükme bağlamıştır.

B. Asgari İşçilik Uygulaması

5510 sayılı Kanununun 85. maddesinin ikinci fıkrası, kamu idareleri ve benzeri kuruluşlar tarafından "ihale mevzuatına göre" yaptırılan işlerde asgari işçilik araştırması yapılmasını öngörmektedir. Buradaki "ihale mevzuatı" kavramı, "ihale usulü" kavramından daha geniş bir anlam taşımakta; kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve genel talimat gibi tüm yazılı düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu nedenle 3996 sayılı Kanun kapsamındaki YİD işleri, ihale usulleri arasında sayılmasa da 5510 sayılı Kanununun 85. maddesi anlamında "ihale mevzuatına göre yaptırılan işler" kapsamında değerlendirilmeli; Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110. maddesi uyarınca ihale konusu iş mekanizmasına tabi tutulmalıdır.



SSİY'nin 110. maddesinde öngörülen araştırma mekanizması KDV hariç toplam istihkak tutarı üzerinden yürütülmektedir. YİD projelerinde kamu idaresi yükleniciye klasik anlamda istihkak ödemesi yapmadığından bu tutarın belirlenmesi özel bir yöntem gerektirmektedir. Bu çerçevede öncelikle ilgili ihale makamından işin yaklaşık maliyeti veya sözleşme bedeli yazılı olarak talep edilmeli; bildirilen tutar araştırmanın matrahını oluşturmalıdır. Nükleer güç santrali inşaatı gibi standart birim maliyet cetvellerinin uygulanmadığı projelerde de bu yolun öncelikle izlenmesi gerekmektedir.

İhale makamının maliyet bilgisini temin edememesi hâlinde Kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca işverenin defter ve kayıtları üzerinden maliyet tespiti yapılır; bulunan tutar araştırmanın matrahı olarak esas alınır. Standart yapı ruhsatına tabi inşaatlarda ise m² yüzölçümü ile birim maliyet bedelinin çarpılması suretiyle hesaplanan yaklaşık maliyet, yukarıdaki yolların sonuç vermediği durumlarda yedek yöntem olarak uygulanabilir. Araştırma her hâlükârda SSİY'nin 110. maddesinde öngörülen oran ve usule göre tamamlanır.

C. İşyeri Tescili

YİD modelinde inşaat ve işletme yüklenici tarafından yürütülmektedir. Dolayısıyla 6428 sayılı Kanun kapsamındaki sağlık projelerinde olduğu gibi inşaat ve işletme dönemleri için iki farklı işyeri dosyası tescil edilmelidir; her aşama kapandığında ayrı bir asgari işçilik araştırması yürütülür.

İşletme aşamasında yüklenici kendi işçilerini çalıştırıyor ve bir kısım hizmetleri başka işverenlere veriyorsa, bu işverenler alt işveren olarak yüklenicinin işyeri dosyasına bağlı tescil edilir. Yüklenicinin hiç sigortalı çalıştırmaksızın tüm işletmeyi başkalarına devretmesi hâlinde ise asıl işveren sıfatı oluşmayacağından hizmet üstlenen her firma bağımsız işveren olarak ayrı ayrı tescil edilmelidir.

D. Sigorta Primi Teşvikleri

Teşvik kanunlarındaki kısıtlayıcı hüküm, 2886 ve 4734 kapsamındaki işler ile 4734'ten istisna olan alım ve yapım işlerini teşvik dışında tutmaktadır. 3996 sayılı Kanun kapsamındaki YİD işleri bu kategorilerin hiçbirine girmemektedir. Söz konusu projeler uluslararası anlaşmaya da dayanmamaktadır. Bu nedenle YİD kapsamında çalıştırılan sigortalılar bakımından sigorta primi teşviklerinden yararlanılması gerekmektedir.

3. 6428 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ SAĞLIK TESİSİ PROJELERİ

A. Hukuki Çerçeve

6428 sayılı Kanun kapsamında ihale üzerinde kalan yüklenici, sözleşme hükmü uyarınca özel amaçlı bir anonim şirket kurar. Kurulan proje şirketi; hastanenin tasarım, finansman, inşaat, bakım-onarım ve işletim süreçlerinin tamamından Sağlık Bakanlığına karşı sorumludur. Tesisler, Hazine taşınmazları üzerinde bedelsiz üst hakkı tesis edilerek yaptırılır; sözleşme süresi sonunda - yapım süresi hariç en fazla otuz yıl - tesis çalışır hâlde Bakanlığa devredilir.

Proje, hukuki niteliği itibarıyla iki ayrı aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşamada hastanenin inşaatı gerçekleştirilmekte, yapım tamamlanmadan herhangi bir bedel ödenmemektedir. İkinci aşamada hastane işletmeye açılmakta ve sözleşmede belirlenen kullanım bedeli ile mecburi hizmet bedeli proje şirketine periyodik olarak ödenmektedir. Bu iki aşamanın her biri, SGK mevzuatı açısından ayrı hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

B. İnşaat Döneminde Asgari İşçilik Uygulaması

5510 sayılı Kanununun 85. maddesi ve SSİY'nin 110. maddesi çerçevesinde ihale konusu işlerde asgari işçilik araştırması, kesin ya da geçici kabulün noksansız yapıldığı tarihten sonra, KDV hariç toplam istihkak tutarına asgari işçilik oranının yüzde yirmi beş eksiği uygulanmak suretiyle yürütülür.



6428 kapsamındaki projelerde yapım aşamasında proje şirketine herhangi bir istihkak ödemesi yapılmamaktadır. Bu durumda araştırmanın istihkak üzerinden kurgulanmış olan SSİY 110. madde mekanizmasıyla işletilmesi fiilen mümkün olamayacağından öncelikle ihale makamından maliyetin ne olduğu hususunun sorulması, maliyetin bildirilememesi hâlinde kayıt incelemesi yoluyla maliyet tespitine gidilmesi, bunun da tespit edilememesi durumunda m² maliyet bedeli üzerinden tebliğdeki işçilik oranının yüzde yirmi beş eksiğiyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Yeterli işçilik bulunması ve prim borcu bulunmaması hâlinde yapım işleri için ilişiksizlik belgesi düzenlenir.

C. İşletme Döneminde İşyeri Tescili ve Asgari İşçilik Araştırması

Yapım işyeri dosyasının kapatılmasının ardından hastane işletmesi için ayrı bir işyeri dosyası tescil edilmesi gerekmektedir. İşletme döneminin tamamlanmasıyla bu dosya da kapatılarak asgari işçilik araştırması yürütülür.

1. Proje Şirketinin Sigortalı Çalıştırmadığı Hâl

Proje şirketinin kendi bünyesinde sigortalı çalıştırmaksızın hastanenin işletilmesini bütünüyle ya da bölümlere ayırarak başkalarına devrettiği durumda, iş alanlar ile proje şirketi arasında 5510 sayılı Kanun anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamaz. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işverenin de işyerinde sigortalı çalıştırıyor olması şarttır.¹ Sigortalı çalıştırmayan iş sahibi "işveren" sıfatını kazanamayacağından, bu kişilerden iş alanlar "aracı" sayılamaz; dayanışmalı sorumluluk da doğmaz.²

Aynı ilke Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihadında da pekiştirilmiştir: işin bütünü başka bir işverene bırakıldığında alt işverenlik ve dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmaz; işveren sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek farklı kişilere verirse, iş sahibi kanunun tanımladığı anlamda asıl işveren sayılamaz.³

Bu çerçevede, 4/1-(a) kapsamında sigortalı çalıştıran firmaların her biri bağımsız işveren olarak kabul edilip adlarına ayrı işyeri dosyası tescil edilmeli; yeterli işçilik araştırması proje şirketinin dosyasıyla birlikte bu dosyaların tamamı incelenerek yürütülmelidir.

2. Proje Şirketinin Kendisi de Sigortalı Çalıştırdığı Hâl

Proje şirketinin kendi bünyesinde sigortalı istihdam ederek bir kısım hizmetleri başka işverenlere devrettiği durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir. Bu hâlde hizmet firmalarının proje şirketinin işyeri dosyasına bağlı alt işveren olarak tescil edilmesi ve asgari işçilik araştırmasının bu dosya üzerinden yürütülmesi gerekmektedir.

D. Sigorta Primi Teşvikleri

6428 sayılı Kanun, kapsamındaki işlerin 2886 ve 4734 sayılı kanunlara tabi olmadığını açıkça hükme bağlamıştır. Bu işler ayrıca 4734'ten istisna tutulan işler kategorisine de girmemekte; uluslararası anlaşmaya da dayanmamaktadır. Bu nedenle 6428 kapsamındaki projelerde çalıştırılan sigortalılar bakımından sigorta primi teşviklerinden yararlanılması gerekmektedir.

4. KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRME

Her iki yasal çerçeve de teşvik uygulaması bakımından aynı sonuca ulaşmaktadır: 2886 ve 4734 kapsamı dışında kalan KÖİ projeleri sigorta primi teşvikinden yararlanabilir. Bu sonuç, YİD modeli açısından 6486 sayılı Kanun döneminden bu yana yerleşik biçimde uygulanmaktadır.



¹Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 14/11/2012 tarih, 2011/12805 E., 2012/21908 K.

²Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05/05/2004 tarih, 2004/10-233 E., 2004/262 K.

³Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06/06/2012 tarih, 2012/21-135 E., 2012/346 K.

Asgari işçilik araştırması mekanizması her iki çerçevede de aynı şekilde yürütülmektedir. 3996 kapsamındaki YİD projeleri ile 6428 sayılı KÖİ projelerinde "ihale mevzuatı" kavramının geniş yorumu nedeniyle SSIY'nin 110. maddesi uygulanmalı; araştırmanın matrahı sırasıyla ihale makamından alınacak maliyet bilgisi, denetmen defter tespiti ve bu yollarla tespit yapılamaması hâlinde m² birim maliyet yöntemiyle belirlenmelidir.

İşyeri tescili bakımından iki model arasında fark bulunmamaktadır. Her iki proje türünde de inşaat ve işletme aşamaları ayrı işyeri dosyalarıyla takip edilmeli; her aşama kapandığında ayrı bir asgari işçilik araştırması başlatılmalıdır.

Yüklenicinin ya da proje şirketinin sigortalı çalıştırıp çalıştırmaması meselesi her iki çerçevede de belirleyici unsur olmaya devam etmektedir. Sigortalı çalıştırmayan taraf "asıl işveren" sıfatını kazanamayacağından, hizmet üstlenen firmalar bağımsız işveren olarak tescil edilmek durumundadır.

5. SONUÇ

3996 sayılı Kanun kapsamındaki YİD projeleri ile 6428 sayılı Kanun kapsamındaki sağlık tesisi projelerinde asgari işçilik araştırması, "ihale mevzuatı" kavramının geniş yorumu çerçevesinde SSIY'nin 110. maddesi uyarınca ihale konusu iş mekanizmasıyla yürütülmelidir. Araştırmanın matrahı sırasıyla ihale makamından alınacak maliyet bilgisi, denetmen defter tespiti ve maliyet tespitinin bu yollarla yapılamaması durumunda m² birim maliyet yöntemiyle belirlenir. Her iki proje türünde de işyeri tescili inşaat ve işletme aşamaları için ayrı ayrı yürütülür; teşvik uygulaması bakımından bu işler sigorta primi teşvikine tabidir.

İşletme döneminde yüklenicinin ya da proje şirketinin sigortalı çalıştırıp çalıştırmadığı, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulup kurulamayacağını ve araştırmanın hangi dosya ya da dosyalar üzerinden yürütüleceğini belirleyen kritik unsurdur.

Her iki modelde de ortak nokta teşvik uygulamasıdır: 2886 ve 4734 kapsamı dışında kalan KÖİ projelerinde çalıştırılan sigortalılar bakımından sigorta primi teşviklerinden yararlanılması gerekmekte olup bu husus mevzuat ve uygulama açısından yerleşik bir ilke hâlini almıştır.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU EKİBİ

