



## ŞİRKET ORTAĞI GERÇEK KİŞİNİN SOSYAL GÜVENLİK BORCU İHALE AÇISINDAN KESİNLEŞMİŞ BORÇ SAYILIR MI?

Akın ŞİMŞEK<sup>(\*)</sup>

### 1 - GİRİŞ

Sosyal güvenlik idari para cezası veya sigorta primleri gibi borçların kesinleşmesi tüzel kişilerin (şirketlerin) kamu ihalelerine girmelerinde büyük önem arz etmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan borçların hangi durumlarda kesinleşmiş sayılacağı, sosyal güvenlik açısından kesinleşmiş borçların hangilerinin ise kamu ihalelerinde engel teşkil edeceği tartışmalı bir konudur. Konu zaman zaman isteklilerin şikâyetleri neticesinde Kamu İhale Kurulu'nda çözülmekte veya nihai olarak yargı tarafından karar verilmektedir. Bu işlemler de işlerin gecikmesine ve gereksiz emek ve zaman kaybına yol açmaktadır.

Bu makalede sosyal güvenlik mevzuatı açısından borçların kesinleşme niteliğini ne zaman ve nasıl kazanacağı hususu ile şirket ortağı gerçek kişinin bu kapsamda kesinleşen borcunun kamu ihaleleri açısından durumu Kamu İhale Ku-

rule'nun konuya bakışı açısından değerlendirilecektir.

### 2- SOSYAL GÜVENLİK BORÇLARININ KESİNLEŞMESİ

Sosyal güvenlik borçlarının genel olarak kesinleşmesine borcun niteliği ve konuları itibarıyla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun ilgili maddelerinde yer verilmiştir.

#### 2.1- Asgari İşçilik Uygulamasında Borcun Kesinleşmesi

Asgari işçilik uygulaması konusuna 5510 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinde yer verilmiştir. Bu madde uyarınca işverenin; işin emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespit halinde, işin yürütümü açısından gerekli olan asgari işçilik tutarı;

- Yapılan işin niteliği,

\*Rekabet Kurumu, Basım ve Yayın Müdürü

- Kullanılan teknoloji,
- İşyerinin büyüklüğü,
- Benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı,
- İlgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü,

Gibi unsurlar dikkate alınarak Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişlerince tespit edilmektedir. Kamu kurumları, döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ile bankalar tarafından ihale mevzuatına göre yaptırılan işlerden ve özel nitelikteki inşaat işlerinden dolayı bu işleri yapan işveren tarafından, yeterli işçilik bildirilmiş olup olmadığı Sosyal Güvenlik Kurumu'na araştırılmakta ve bu araştırma sonucunda yeterli işçiliğin bildirilmemiş olduğu anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı üzerinden hesaplanan prim tutarı gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte işverene tebliğ edilerek, bu borcun bir ay içinde ödenmesi istenmektedir. İşverene tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödendiği veya ödeneceğinin işveren tarafından yazılı olarak taahhüt edilmesi halinde bu borç kesinleşmektedir.

## 2.2- Uzlaşma Uygulamasında Borcun Kesinleşmesi

Sosyal güvenlik mevzuatında uzlaşma neticesinde borcun kesinleşmesine, yine 5510 sayılı Kanun'un 85'inci maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişleri tarafından devamlı mahiyetteki işyerlerinde yapılan asgari işçilik incelemesi sonucunda tespiti yapılan ve sigortalılara mal edilemeyen fark sigorta primine esas kazanç matrahı üzerinden, gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanacak sigorta primi ve buna bağlı uygulanacak idari para cezalarında, konuya ilişkin raporun Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ilgili birimine gönderilmesinden önce işverenle uzlaşma yapılabilmektedir.

Borç üzerinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yetkili ilgili birimi ile uzlaşmaya varılması halinde, bu durum tutanakla tespit edilerek taraflar arasında uzlaşılan tutarlar kesinleşir. Uzlaşma konusu yapılan tutarlar hakkında işverence dava açılmaz ve hiçbir mercie şikâyet ve itirazda bulunulamaz. Uzlaşılan prim ve idari para cezaları, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir. İşveren, uzlaşılan idari para cezası tutarı için ayrıca peşin ödeme indiriminden yararlandırılmaz. Uzlaşılan tutarların, bu sürede tam olarak ödenmemesi halinde uzlaşma bozulur ve uzlaşılan tutarlar kazanılmış hak teşkil etmez.

## 2.3- Beyan Edilmediği Tespit Edilen Sigortalılara İlişkin Borcun Kesinleşmesi

Beyan edilmediği, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca tespit edilen çalışanlara ait primlerin ödenmesine ve işverenler tarafından verilmesi gereken belgelere, 5510 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre Sosyal Güvenlik Kurumu'nun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşıl原因 sigortalılara ait olup, Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Sosyal güvenlik Kurumu'nca re'sen düzenlenmekte ve muhteviyatı sigorta primleri tespit edilerek işverene tebliğ edilmektedir. İşveren, bu düzenlemeye göre tebliğ edilen

prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde itiraz edebilmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu'na itiraz, takibi durdurmakta, itirazın reddi halinde, işveren kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesine başvurabilmektedir. Yetkili mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmamaktadır. Bu durumda işveren tebliğ edilen borca bir ay içinde itiraz etmez ve dava da açmazsa borç kesinleşmektedir.

#### **2.4- İdari Para Cezalarının Kesinleşmesi**

Sosyal Güvenlik Kurumu'nca verilecek idari para cezalarına ve bu para cezalarının kesinleşmesine 5510 sayılı Kanun'un 102'nci maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre sosyal güvenlik idarî para cezaları tebliğ ile tahakkuk etmekte, borç tutarı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ilgili banka hesaplarına yatırılmakta veya aynı süre içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na itiraz edilebilmektedir. Kuruma itiraz takibi durdurmaktadır. İtirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilmekte olup, bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşmektedir.

İdarî para cezalarının, Sosyal Güvenlik Kurumu'na itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilmektedir. Peşin ödeme idari para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilememekte ancak mahkemece Sosyal Güvenlik Kurumu lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarı gecikme faizi ile birlikte tahsil edilmektedir.

Mahkemeye başvurulması idari para cezasının takip ve tahsilini durdurmamakta, tebliğ tari-

hinden itibaren on beş gün içinde ödenmeyen idari para cezaları hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilmektedir.

#### **3- KAMU İHALE MEVZUATINDA KESİNLEŞMİŞ SOSYAL GÜVENLİK BORCU**

Kamu alımları ile ilgili olarak kesinleşmiş sosyal güvenlik borcunun tespitine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10'uncu maddesinde yer verilmiştir. Sözü edilen düzenlemenin dördüncü fıkrasının (c) bendinde, Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı, aynı maddenin beşinci fıkrasında ise Kamu İhale Kurumu'nun, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın uygun görüşünü alarak, sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarını belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

Kesinleşmiş sosyal güvenlik borcunun tespiti ile ilgili olarak yapılan bir başvuru neticesinde Kamu İhale Kurulu tarafından verilen, 30.04.2009 tarih, 2009/38 toplantı numaralı ve 2009/UH.1-1428 sayılı kararda " ... Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 51 inci maddesinde, Türkiye'de kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarının Kamu İhale Genel Tebliğinde belirleneceği düzenlenmiş ve anılan maddede Türkiye'de kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcunun değerlendirilmesinde esas alınacak kriterler sayılmıştır.

Kamu İhale Genel Tebliğinin "IX- İsteklilerden 10 uncu Maddenin Son Fıkrasına Göre İstenecek Belgeler" başlıklı bölümünde ise kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcunun belirlenmesinde esas alınacak hususlar ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

...Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü...Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından düzenlenen 26.03.2009

tarih ve...no lu yazıdan, ihale üzerinde bırakılan isteklinin (...Ltd. Şti.) kamu ihale mevzuatı çerçevesinde ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcunun olmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, tüzel kişi isteklilerin ortağı olan gerçek kişilerin prim borcuna ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliğinin "IX- İsteklilerden 10 uncu Maddenin Son Fıkrasına Göre İstenecek Belgeler" başlıklı bölümünde "Sosyal güvenlik prim borcu olmadığına ilişkin olarak; gerçek kişi isteklilerin devredilen Bağ-Kur a prim borcu olmadığına ve ayrıca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi sigortalı çalıştırıyor olması halinde ilave olarak devredilen Sosyal Sigortalar Kurumuna prim borcu olmadığına dair belge, tüzel kişi isteklilerin ise devredilen Sosyal Sigortalar Kurumuna ve/veya 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi çalıştırması halinde devredilen Emekli Sandığına sosyal güvenlik prim borcu olmadığına dair belge vermeleri yeterli olacak, tüzel kişi isteklilerin ortağı olan gerçek kişilerin devredilen Bağ-Kur prim borcu olmadığına ilişkin belge istenmeyecektir." açıklaması yer almaktadır.

Dolayısıyla, ihale üzerinde bırakılan istekli tüzel kişi statüsünde (limited şirket) olduğundan, ihale üzerinde bırakılan isteklinin ortağı olan gerçek kişilerin prim borcu olup olmadığına göre değerlendirme yapılması mümkün bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır." Denilmek suretiyle, limited şirketlerin gerçek kişi ortaklarının prim borcu olmasının şirketin kesinleşmiş prim borcu olarak sayılamayacağına karar verilmiştir.

#### 4- DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

İşverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan

idari para cezası veya prim borcu gibi sosyal güvenlik borçlarının ne zaman kesinleşeceğinin bilinmesi ve ona göre hareket edilmesi, bu borçların ödenmesi veya bu borçlar hakkında dava açılması açısından büyük önem kazanmaktadır.

Özellikle borcun, kesinleşmeden işveren tarafından da kabullenilebilecek sosyal güvenlik borcu kapsamında idari para cezası borcu olması halinde, Sosyal Güvenlik Kurumu'na itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçünün tahsil edilmesi nedeniyle en azından dörtte bir oranında bir kazanımdan da mahrum kalmalarına yol açacaktır.

Kamu ihalelerine katılan tüzel kişiliği olan şirketlerin gerçek kişi ortaklarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na kesinleşmiş borcu olmasına rağmen, bu borcun şirketin borcu olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, bazı kamu idarelerinde bu şirketler ihale dışı bırakılarak mağdur olmaktadır. Bu durumda şirketin gerçek kişi ortağının kesinleşmiş sosyal güvenlik borcu, şirketin tüzel kişiliğinin kesinleşmiş borcu olarak sayılmadığından özellikle idarelerin satın almaları gecikmekte, satın alma kapsamında teklif veren isteklilerin de yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve alacaklarını tahsil etmeleri de gecikmektedir. Hatta bu durum gereksiz olarak kamu ihalelerinin iptaline de yol açmakta, idareler de planladıkları işlerini gereksiz yere ertelemektedir.

Bu nedenlerle gerek işverenler tarafından, gerekse ihale ile alım yapan kamu idareleri tarafından, kesinleşmiş sosyal güvenlik borcunun tespitine çok dikkat edilmeli, özellikle bu kapsamda iş ve işlemlerin yürütülmesinde gerekli titizlik gösterilmelidir.