

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No : 2016/008
Gündem No : 104
Karar Tarihi : 28/01/2016
Karar No : 2016/DK.D-11
Toplantıya Katılan Üye Sayısı : 6
Gündem Konusu : İdarelerce imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerine ilişkin sözleşmelerin bir kısmında, istihdam edilen bazı işçilerin ücretinin asgari ücretin belirli bir oranda fazlası olarak ödenmesi yönünde düzenleme yapıldığı ancak 2016 yılı asgari ücretinin beklenenden daha fazla belirlenmesi sebebiyle, bu işçilerin ücretlerinin ödenmesinde ödenek yetersizliği yaşandığı ifade edilerek, bu durumun 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda yapılan başvuruya ilişkin Kurum görüşünün oluşturulması.

Akdeniz Üniversitesinin 30/12/2015 tarihli ve 90996262-045.99-30243 sayılı yazısı başta olmak üzere idarelerce imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerine ilişkin sözleşmelerin bir kısmında, istihdam edilen bazı işçilerin ücretinin asgari ücretin belirli bir oranda fazlası olarak ödenmesi yönünde düzenleme yapıldığı ancak 2016 yılı asgari ücretinin beklenenden daha fazla saptanması sebebiyle bu işçilerin ücretlerinin ödenmesinde ödenek yetersizliği yaşanabileceği ifade edilerek, bu durumun 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep kabul edilip edilemeyeceği ve sözleşmenin feshinin mümkün olup olmadığı konularında Kurum görüşü talep edilmektedir.

Yapılan başvurularda, özellikle işçilere brüt asgari ücretin belirli bir yüzde fazlasının ödenmesinin öngörüldüğü ihalelerde, 2016 yılı asgari ücretinin beklenenden daha fazla belirlenmesi sebebiyle idarelerin ödeme güclüğü yaşadığı; yüklenici tarafından istihdam edilen bazı işçilerin aldığı ücretlerin benzer işi yapan kamu görevlilerinin maaşından fazla hale gelmesinin iş barışını da etkilediği ifade edilmektedir.

İdarelerce personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, işin niteliği dikkate alınarak, çalıştırılacak personele brüt asgari ücret veya brüt asgari ücretin belirli bir yüzde (%) fazlasının personel ücreti olarak ödenmesi öngörülmektedir.

Asgari ücret ise bir sosyal politika aracı olarak kullanılan ve çalışanlara devlet tarafından tespit edilen ücretin altında ödeme yapılmasını engelleyen işçiyi koruyucu bir uygulamadır. Asgari ücrete yönelik temel düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39'uncu maddesinde yer almaktadır. Asgari ücret, Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile belirlenmekte ve Komisyon kararları kesin olup Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Önceki yıllarda 1 Ocak-30 Haziran ile 1 Temmuz-31 Aralık dönemi için iki asgari ücret belirlenirken 2016 yılı için tek asgari ücret belirlenmiştir.

2015-2016 YILLARINA AİT ASGARİ ÜCRET TABLOSU		
YIL	2015 (1Temmuz-31 Aralık)	2016 (1 Ocak-31 Aralık)
NET ASGARİ ÜCRET	1.000,54 TL	1.300,99 TL
BRÜT ASGARİ ÜCRET	1.273,50 TL	1.647,00 TL
İŞVERENE MALİYET	1.496,36 TL	1.935,23 TL

Fiyat farkına ilişkin yasal düzenleme ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde yer almaktadır. Anılan maddede, "Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28.01.2016

Karar No

: 2016/DK.D-11

Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.

4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkra göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir...” hükmü ile fiyat farkının ödenmesine ilişkin kurallar belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idareler tarafından sözleşmeye bağlanan hizmet alımlarında uygulanacak fiyat farkı hesabına ilişkin usul ve esaslar ise anılan maddeye dayanılarak hazırlanan ‘4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar’da düzenlenmiştir.

Esasların 6’ncı maddesinin ikinci fıkrasında, “İhale dokümanında sözleşme kapsamında çalıştırılacak personele brüt asgari ücretin belli bir yüzde fazlası oranında ücret ödenmesi öngörülmüş ise, uygulama ayında fiilen ödenen ücret üzerinden fiyat farkına esas olacak brüt maliyet bulunur ve fiyat farkı, bu maliyete asgari ücretteki brüt artış oranı uygulanarak hesaplanır. Ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma ücretiyle ilgili olarak bu fıkra göre belirlenen ücret esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca, asgari ücret değişikliği sebebiyle ortaya çıkan farkların idarelerce Fiyat Farkına İlişkin Esaslar çerçevesinde yüklenicilere ödenmesi gerekmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin yürütülmesi aşamasında karşılaşılan mücbir sebeplerin sözleşmelere etkisine ilişkin olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Mücbir Sebep” başlıklı 10’uncu maddesinde;

“Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- a) Doğal afetler.*
- b) Kanuni grev.*
- c) Genel salgın hastalık.*
- d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı.*
- e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.*

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.” hükmü, Kamu İhale Genel Tebliği’nin 25.3’üncü maddesinde de konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28.01.2016

Karar No

: 2016/DK.D-11

4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde hem "öngörülmezlik" hem de "önlenemezlik" şartlarının bir arada gerçekleştiği durumların mücbir sebep olarak kabul edildiği dikkate alındığında, Kurumca (e) bendi çerçevesinde belirlenecek "benzeri diğer haller" için de bu iki kriterin bir arada bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, mücbir sebep olduğu kabul edilen olaylar, öngörülemez ve önlenemez olduğu için sözleşmenin ifasını sürekli ya da geçici olarak imkânsız kılan durumlardır. Bir başka ifadeyle, 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen haliyle mücbir sebepler, yüklenicinin kusuru olmaksızın, sözleşme konusu işi sözleşmede belirtilen şartlarda yapmasını engelleyen durumlardır.

4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında *mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi* gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Ancak Akdeniz Üniversitesince Kuruma gönderilen belgeler içinde yüklenicinin, ortaya çıkan durumların 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilmesine yönelik talebini içeren bir başvurusunun olmadığı anlaşılmıştır.

Sözleşmenin yürütülmesi aşamasında hangi durumların mücbir sebep olarak kabul edilebileceğine ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde; asgari ücret değişikliği sebebiyle ortaya çıkan mali güçlüklerin, yukarıda belirtilen şartları taşımaması sebebiyle, başvuruya konu hususun 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bununla birlikte, asgari ücret değişikliğinin mücbir sebep olarak kabul edilmesine yönelik başvurular incelendiğinde, sözleşme konusu işlerde ifa imkânsızlığından ziyade mali zorluklar/güçlükler sebebiyle sözleşmenin feshinin talep edildiği görülmekte, asgari ücrette meydana gelen artışın sözleşmenin yürütülmesinden beklenen ekonomik faydayı ortadan kaldırdığı ve ödenek yetersizliğinin ortaya çıktığı ifade edilmektedir.

Sözleşme aşamasında karşılaşılan bazı durumlarda borcun ifası tamamen imkânsız olmamakla beraber, edimin ifası çok zorlaşmakta ve ortaya çıkan yeni gelişmeler sözleşme taraflarına ağır mali yükler getirebilmektedir. Bu durumda, bir mücbir sebep ya da ifanın imkânsızlığından ziyade aşırı ifa güçlüğü söz konusu olmakta, borcun ifası hâlâ mümkün görünmesine rağmen, edimler arasındaki dengenin bozulmuş olması sebebiyle, sözleşmenin değişen şartlar altında yürütülmesi borçlunun ağır mali yüklerle katlanmasına yol açabilmektedir. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen bu gibi değişiklikler sözleşmenin bir tarafı için aşırı ifa güçlüğüne ortaya çıkarırsa, mağdur taraf sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmektedir.

4735 sayılı Kanun'da aşırı ifa güçlüğüne yönelik bir hüküm yer almamaktadır. Ancak anılan Kanun'un 36'ncı maddesinde, Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu çerçevede, sözleşme şartlarında meydana gelen olağanüstü değişimler neticesinde sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması 4735 sayılı Kanunda öngörülmemiş bir müessese olduğundan Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması mümkündür.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28.01.2016

Karar No

: 2016/DK.D-11

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138'inci maddesinde ise aktarılan duruma ilişkin olarak, *"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır."* hükmü yer almaktadır.

Bu itibarla; Borçlar Kanununun anılan maddesi çerçevesinde sözleşme şartlarının olağanüstü değişmesi nedeniyle taraflardan birinin sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getirmesi olağanüstü derecede zorlaşmış ise, işlem (sözleşme) temelinin çöktüğü ve mevcut koşullar çerçevesinde taraflardan üstlendikleri edimi yerine getirmelerinin beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği iddia edilerek mahkemeden sözleşmenin mevcut olağanüstü şartlara göre uyarlanması ya da sözleşmenin feshi/sözleşmeden dönme talep edilmesi mümkündür. Dolayısıyla işçilere ödenecek ücretlerin asgari ücretin belirli bir yüzde fazlası olarak belirlendiği ihalelerde, asgari ücret artışının beklenenin çok üzerinde olması sebebiyle ifanın zorlaşması ve sözleşme sonucu elde edilecek faydadan çok daha ağır mali külfet getirmesi söz konusu ise bu durumda mahkemeden uyarlama talebinde bulunulabilecektir.

Sonuç olarak;

Hizmet alımı ihalelerinde, asgari ücret artışı sebebiyle özellikle işçilere ödenecek ücretin asgari ücretin belli bir oranda fazlası olarak belirlendiği işlerde, ortaya çıkan maliyet artışının 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğine;

Ortaya çıkan durumun 6018 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde çözüme kavuşturulabileceğine;

Oybirliğiyle karar verilmiştir.

Mahmut GÜRSES

Başkan

Ali Kemal AKKOÇ

Kurul Üyesi

Ahmet ÖZBAKIR

Kurul Üyesi

Mehmet Zeki ADLI

Kurul Üyesi

Hamdi GÜLEÇ

Kurul Üyesi

Dr. Mehmet AKSOY

Kurul Üyesi