

ASGARİ ÜCRET ARTIŞININ HİZMET ALIM SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

Bahattin IŞIK

Sayıştay Denetçisi

(E.KİK Hizmet Grup Başkanı-E.KİK Üyesi)

Son yıllardaki ortalamaların çok üzerinde gerçekleşen 2022 yılı asgari ücret artışı, ihalesi veya sözleşmesi 2021 yılı veya öncesinde yapılmış olup 2022 yılı ve sonrasında devam edecek hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalıştırılmakta olan personelin ücretlerini de doğrudan etkilemektedir.

Söz konusu hizmet alımlarında asgari ücret düzeyinde ödeme öngörülen personeller için, yapılan bu artış aynen uygulanacağından bu anlamda herhangi bir sorun oluşmamakla birlikte, yeni asgari ücret üzerinden ödeme yapılması zorunluluğu nedeniyle bu yeni maliyeti karşılayacak yeterli bütçesi olmayan idarelerin özellikle belediyelerin personel çıkarması da söz konusu olabilecektir.

Hizmet alım sözleşmelerinde, asgari ücretin belli bir oran kadar fazlası üzerinden ve asgari ücretin katları üzerinden çalıştırılan personelin artan maliyetlerinin nasıl karşılanacağı idareleri, özellikle de sınırlı bütçeye sahip belediyeleri oldukça zorlayacak ve söz konusu sözleşmelerin yürütülmesini güçleştirecektir.

Bu sorunun önüne geçebilmek amacıyla belediyelerin, 696 sayılı KHK kapsamında doğrudan hizmet alımı sözleşmesi yaptıkları kendi belediye şirketlerinden, söz konusu personel ücretlerinin, asgari ücret artışından daha az artırılması konusunda, şirketleriyle anlaşma yoluna gitmelerinde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Belediyelerin, asgari ücretin yüzde seksen fazlası ya da asgari ücretin iki-üç katı oranında belirlenmiş ücretleri, 2022 yılı asgari ücretinin altında kalınmamak kaydıyla, kendi şirketleriyle anlaşarak asgari ücretin yüzde elli fazlasına ya da asgari ücretin iki katına düşürmeleri mümkün bulunmaktadır.

Öte taraftan KİT'lerin personel çalıştırmasına dayalı hizmet alımı işlerinde ve personel çalıştırmasına dayalı olmamakla beraber Kamu İhale Kanununa göre veya istisna kapsamında gerçekleştirilen işlerde çalıştırılan personelin ücretlerinin de

yüklenici tarafından kabul edilmesi kaydıyla aynı şekilde daha az artırılmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Ancak söz konusu ücretlerin daha az artırılmasını kabul etmeyen yüklenicilerle, bu şekilde bir anlaşma yoluna gidilemeyeceğinden Türk Borçlar Kanununun “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesinde yer alan, *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme yen 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 uyarınca, idareler tarafından mahkemeye başvurulmak suretiyle ücretlerin uyarlanması istenebilecek, kabul görmemesi durumunda ise sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir.

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin emprevizyon teorisine göre, özel hukuk hükümlerine tabi olan kamu ihale sözleşmeleri için de sözleşme hukukuna hâkim olan temel ilke olan ahde vefa ilkesi geçerli olmakla birlikte, bazı durumlarda, maliyeti artmasına rağmen borcun aynen ifasının borçludan beklenmesi, hakkaniyet kurallarına uygun düşmeyeceğinden sürekli edimli sözleşmelerde, sözleşmenin (ihalenin) yapıldığı zaman hâkim olan şartlar ile sözleşmenin uygulanması sırasındaki şartlar arasında öngörülme yen artışlar meydana geldiğinde, sözleşmenin (ihalenin) yapıldığı tarih ile sözleşmenin uygulanması sürecinde edimin şartlarında meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye uyarlanması söz konusu olabilecektir.

Sözleşmede ahde vefa ilkesine her zaman aynen uyulması, bazı durumlarda olumsuz sonuçlar doğurabileceğinden, doktrin ve Yargıtay tarafından, işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması olarak kabul edilen emprevizyon teorisi çerçevesinde çözüm aranması gerekecektir.

Emprevizyon teorisine göre, sözleşmenin imzalanmasından sonra değişen şartlar nedeniyle sözleşmeye ilişkin edimin yerine getirilmesi zorlaşmışsa, borçlu sözleşmenin uyarlanmasını veya feshini isteyebilecektir. Emprevizyonun koşulları, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 17.05.2001 tarihli, 2001/4384 Esas ve 2001/5327 Karar sayılı kararında:

“Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Örneğin para değerinin aşırı derecede düşmesi (enflasyon) gibi... Yine değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Ne var ki değişen hal ve şartlara rağmen aşağıdaki hallerden biri mevcutsa sözleşmenin değiştirilmemesi kaçınılmaz olacaktır. Sözleşmede veya yasada değişen hal ve şartlara dair bir kayıt veya hüküm bulunmaması gerekir. Nitekim sözleşmedeki bir kayıtla değişen hal ve şartların rizikosunu üstlenen kimse, doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanarak sonradan bu rizikodan kendisini kurtaramaz.

Uyarlama isteyen davacının değişen hal ve şartların ortaya çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir (tahmin) edilebilir veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir. İlaveten edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır. Davacı değişen hal ve şartlara rağmen edimini “ihtirazi kayıt” koymaksızın ifa etmişse uyarlama talep edemez.” şeklinde belirlenmiştir.

Bu kapsamda yıllık ortalama yüzde onbeş veya yirmi seviyelerinde olan asgari ücret artışının, 2022 yılı için yüzde elli oranında gerçekleşmesi, istisnai bir durum olarak değerlendirilmelidir. Asgari ücret artışının hizmet alım sözleşmelerine getirdiği aşırı yükün azaltılması için, ihale veya sözleşme tarihinde personel için öngörülen ücretlerin hiçbir şekilde azaltılmaması ve 2022 yılı asgari ücretinin altında kalınmaması kaydıyla aşırı ifa güçlüğü gerekçesiyle sözleşmeler uyarlanarak soruna bir çözüm bulunması mümkün olabilecektir.

Diğer taraftan özellikle belediyeler ve şirketleri açısından oluşan bu güçlüğü uyarlama yoluyla çözülememesi durumunda, doğrudan hizmet alımı kapsamında

çalıştırılan ve örneğin asgari ücretin üç katı ödeme öngörülen işçilerinin, memurlardan daha fazla maaş alabilir hale geleceği de dikkate alınmalıdır.

Benzer bir uygulama, 2016 yılı asgari ücretinin de beklenenden fazla artması nedeniyle alınan Kamu İhale Kurulunun 28.01.2016 tarihli ve 2016/DK.D-11 sayılı Kararında;

“- 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.

- Borçlar Kanununun 138 inci 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.”

Şeklinde bir öneri getirilmiş ve söz konusu Kararda da sözleşmenin ifasının zorlaşmasının mahkemeden uyarlama talebinde bulunularak çözülebileceği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurulunun söz konusu kararından sonra yürürlüğe giren 696 sayılı KHK ile yukarıda açıklandığı üzere personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerin, belediyelerin kendi şirketlerinden doğrudan alınmasına imkan verilmiş olması nedeniyle, mahkemeye başvurmadan kendi aralarında yapacakları bir ek sözleşme veya protokol ile çözmeleri mümkündür.

KİT'lerin personel çalıştırmasına dayalı hizmet alımlarında ve personel çalıştırmasına dayalı olmamakla beraber Kamu İhale Kanununa göre veya istisna kapsamında gerçekleştirilen işlerde çalıştırılan personelin ücretlerinde indirimine gidilmesinin yüklenici tarafından kabul edilmemesi durumunda söz konusu Kamu İhale Kurulu Kararında da belirtildiği üzere mahkemeye başvurularak uyarlama yoluna gidilebilecektir. Uyarlama için yapılan başvuruyu mahkemenin uygun görmeyip reddetmesi veya öngörülenden daha düşük uyarlama tespit etmesi durumunda ise, idarelerin sözleşmenin feshi yoluna gitmeleri de mümkündür.

Aslında aşırı ifa güçlüğü nedeniyle mahkeme yoluyla uyarlama yapılması işlemi bütün sözleşmeler için geçerli olduğundan yapım işleri ile mal alımları için de uyarlama söz konusu olabilecek, yükleniciler döviz krizi nedeniyle artan maliyetlerinden kaynaklı olarak yaşadıkları güçlükler için birim fiyatların veya anahtar teslimi götürü bedel işlerin bedellerinin artan maliyetlere uyarlanmasını isteyebileceklerdir.

İdarelerin işini kolaylaştırmak ve mahkeme yoluna gitmeye gerek kalmadan sorunu ortadan kaldırmak açısından, yürürlükte olan hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalıştırılan personel ücretlerinin idareler tarafından uyarlanmasına veya tüm kamu alım sözleşmelerinde uyarlama yapılmasına imkan veren bir geçici maddenin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa eklenmesi yoluyla çözüm getirilmesi daha makul bir yöntem olacaktır.