

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No : 2023/015
Gündem No : 40
Karar Tarihi : 22/02/2023
Karar No : 2023/DK.D-48
Toplantıya Katılan Üye Sayısı : 8
Gündem Konusu : 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara Dair Tereddütlerin Giderilmesi

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların Yürürlüğe Konulmasına dair 12/5/2022 tarihli ve 5546 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı 13/5/2022 tarihli ve 31834 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların (Esaslar) “Tereddütlerin giderilmesi” başlıklı 15 inci maddesinde “(1) Bu Esasların uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye Kamu İhale Kurumu yetkili olup tereddüt duyulan hususlara ilişkin olarak idareler tarafından bağlı, ilgili veya ilişkili olunan bakanlık; il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmeler tarafından İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmeler tarafından ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı aracılığıyla, bakanlığın varsa konu hakkındaki görüşü ile birlikte Kuruma başvuruda bulunulması gerekmektedir. Yükleniciler tarafından tereddüt duyulan hususlara ilişkin başvurular ise öncelikle sözleşmenin tarafı olan idareye yapılır; idarece yapılan değerlendirme sonucunda gerekli görülmesi halinde, başvuru yukarıdaki usule göre Kuruma gönderilir.” hükmü yer almakta olup bu hükme istinaden Kurumumuza intikal eden uygulamadaki tereddütlere ilişkin 18/5/2022 tarihli ve 2022/DK.D-171 sayılı, 8/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-200 sayılı, 22/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-228 sayılı, 29/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-246 sayılı, 26/7/2022 tarihli ve 2022/DK.D-268 sayılı, 10/8/2022 tarihli ve 2022/DK.D-292 sayılı, 24/8/2022 tarihli ve 2022/DK.D-308 sayılı, 7/9/2022 tarihli ve 2022/DK.D-320 sayılı, 21/9/2022 tarihli ve 2022/DK.D-336 sayılı, 19/10/2022 tarihli ve 2022/DK.D-380 sayılı, 3/11/2022 tarihli ve 2022/DK.D-396 sayılı, 28/12/2022 tarihli ve 2022/DK.D-467 sayılı ile 18/1/2023 tarihli ve 2023/DK.D-27 sayılı Kamu İhale Kurulu kararları alınmıştır. Ancak bu süreçte Kuruma başvurular yapılmaya devam etmektedir.

Bu çerçevede, yapım işi sözleşmesinde 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesine istinaden yüklenici tarafından yapılan sözleşmenin feshi ve tasfiyesi talebine ilişkin olarak hakedişlere giren ihzarat iş kalemlerinin tutarının, gerçekleşme oranının tespiti hesabına dâhil edilip edilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 4 üncü maddesinde ihzarat; birim fiyat sözleşmeler ile karma sözleşmelerin birim fiyat teklif alınan iş kısımlarında, yapım işinin bünyesine girecek veya herhangi bir imalat için gerekli olacak malzemenin, idarenin onayı ile şantiyede ve/veya iş mahallinde stoklanması/depolanması işlemi olarak tarif edilmektedir.

Diğer taraftan, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların "İhzarat uygulaması" başlıklı 8 inci maddesinde "(1) Birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan işler ile karma sözleşmelerde sözleşmenin birim fiyatlı kısmına ait işlerde kullanılan malzemelere ihzarat bedeli ödenebilir. Ancak, ihzarat bedeli ödenecek malzemelerin listesinin ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Bu malzemeler, iş programında yer alan iş kalemleri için ve o işlere yetecek miktarda ihzar edilir. İş programında öngörülen miktardan fazla ihzar edilmiş malzemelerin fazla kısmına ihzarat bedeli

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 22/02/2023
: 2023/DK.D-48

ödenmez.

(2) Yukarıda belirtilen şartlara uygun olarak ihzar edilen malzemeler için fiyat farkı hesabı yapılır.

(3) Birim fiyatlı işlerde iş programına uygun olarak ihzar edilen malzeme için ihzaratın yapıldığı ay, uygulama ayı kabul edilerek fiyat farkı hesaplanır." hükmü,

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "İş programı" başlıklı 17 nci maddesinin ikinci fıkrasında "(2) İhzarat ödenmesi öngörülen işlerde, iş programları imalat ve ihzarat iş programı olarak düzenlenir. İhzarat, iş programlarına uygun yapılacaktır. Bu programlarda gösterilenden fazla yapılan ihzaratın bedeli hakedişe konulmaz ve iş programları onaylanmadan imalat ve ihzarat bedelleri ödenmez." hükmü,

Anılan Şartnamenin "Geçici hakediş raporları" başlıklı 39 uncu maddesinin birinci fıkrasında "(1) Birim fiyat esasına göre yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde aşağıdaki esaslara uyulur:

...

c) Yüklenicinin yaptığı işler ile ihzarattan doğan alacakları, metrajlara göre hesaplanarak sözleşme hükümleri uyarınca kesin ödeme niteliğinde olmamak ve kazanılmış hak sayılmamak üzere geçici hakediş raporları ile ödenir. Metrajlar, yeşil defter ve eklerinde gösterilir...

...

(4) Hakediş raporlarının düzenlenmesinde aşağıdaki esaslara göre işlem yapılır:

...

c) İhzarat yapılmasının öngörüldüğü işlerde;

1) İhzarat miktarı yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar sözleşmedeki esaslara uygun olarak hakediş raporuna dahil edilir. İhzaratın hakediş raporlarına geçirilebilmesi için, bunların işin bünyesine girecek veya yardımcı olarak kullanılacak malzemeden olması ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmiş bulunması gereklidir. Sözleşmelerinde aksine bir hüküm yoksa, işbaşına getirilmemiş ihzaratın bedeli ödenmez.

2) İhzaratın, iş programlarında, sözleşme ve eklerindeki esaslara göre belirtilecek miktarlardan fazla yapılması idarenin iznine bağlıdır.

3) Bedeli ödenmiş ihzarat malzemesi, ancak yetkili makamın onayı ile şantiyeden çıkarılabilir..." hükmü bulunmaktadır.

Anılan mevzuat hükümlerinden; ihzaratın, yapım işlerine dair birim fiyat sözleşmelerde, sözleşmesinde hüküm bulunması kaydıyla imalat iş kalemlerinde kullanılacak olan inşaat malzemelerinin yüklenici tarafından idarenin izni ile iş programına uygun olarak temin edilip işyerinde hazır edilmesi olduğu, yükleniciye yaptığı ihzarat için sözleşmesinde yer alan tutarların hakedişe bağlanıp ihzarat ödemesinin yapılabileceği, ihale dokümanında hüküm bulunması halinde ihzarata fiyat farkı da verilebileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede ihzarat; inşaat malzemelerinin temini, nakliyesi, işyerinde taşınıp istiflenmesi, işçilik ve makine ekipman kullanımı gibi unsurları içeren "imalat" sürecinin bir bileşenidir.

4735 sayılı Kanunun "Ek fiyat farkı veya sözleşmelerin feshi" başlıklı geçici 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında "1/1/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 22/02/2023

Karar No

: 2023/DK.D-48

yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ine kadar olanlar (bu oran dâhil) yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edilir..." hükmüne, Esasların 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında "Başvuru üzerine idarece 30 gün içerisinde, sözleşmenin gerçekleşme oranının 15/4/2022 tarihi itibarıyla ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ini geçip geçmediği tespit edilir. Gerçekleşme oranının tespitinde bu tarihe kadar gerçekleştirilen imalatlara/işlere/teslimatlara ilişkin onaylanan hakedişlerin ilk sözleşme bedeline oranı dikkate alınır..." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, Esasların "Tereddütlerin giderilmesi" başlıklı 15 inci maddesine istinaden alınan 18/05/2022 tarihli ve 2022/DK.D-171 sayılı Kurul kararında "...1) Sözleşmenin feshedilip tasfiye edilmesinde, gerçekleşme oranının ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ini geçip geçmediğinin tespitinde hangi hakedişlerin dikkate alınacağı hususuna ilişkin olarak:

...

4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinde, sözleşmenin fesih ve tasfiyesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih (15/4/2022) itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ine (bu oran dâhil) kadar olan sözleşmelerin yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edileceği, Esasların 13 üncü maddesinde ise gerçekleşme oranının tespitinde onaylanan hakedişlerin ilk sözleşme bedeline oranının dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler karşısında, Esaslar kapsamında sözleşmenin feshedilebilmesi için %15 oranının (bu oran dahil) tespitinde; 15/4/2022 tarihi itibarıyla onaylanmış olan hakedişlerin toplam tutarının (iş artışları dahil, fiyat farkları ve KDV hâriç, sözleşme fiyatları ile yapılan iş/teslimat tutarının) ilk sözleşme bedeline (iş artışları, fiyat farkları ve KDV hâriç) bölünmesi suretiyle bulunan oranın dikkate alınması gerektiği," hususları yer almaktadır.

Anılan mevzuat hükümleri ve Kurul kararından, Esaslar kapsamında sözleşmenin feshedilebilmesi için tespit edilecek gerçekleşme oranının mali gerçekleşme esas alınarak belirleneceği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, Esaslar kapsamında sözleşmenin feshedilip edilemeyeceğine ilişkin olarak gerçekleşme oranının tespitinde, 15/4/2022 tarihi itibarıyla onaylanmış hakediş raporuna dâhil edilmiş olan ihzaratın bedelinin (ihzarat için fiyat farkı ödenmiş ise fiyat farkı hariç ihzarat bedelinin) dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle;

1) Gerçekleşme oranının tespitinde 15/4/2022 tarihi itibarıyla onaylanmış hakediş raporuna dâhil edilmiş olan ihzaratın bedelinin (ihzarat için fiyat farkı ödenmiş ise fiyat farkı hariç ihzarat bedelinin) dikkate alınması gerektiğine,

2) Kararın Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

Oybirliği ile karar verildi.