

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2023/006
Gündem No	: 79
Karar Tarihi	: 18/01/2023
Karar No	: 2023/DK.D-27
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 ile 28/12/2022 tarihli ve 2022/DK.D-467 Kamu İhale Kurulu kararları alınmıştır. Ancak bu süreçte Kuruma başvurular yapılmaya devam etmekte olup Kurumumuza intikal eden uygulamadaki diğer tereddütlerin aşağıdaki şekilde giderilmesi gerektiği;

1) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayan ve Esasların 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında artırımlı fiyat farkı hesaplanmayacağı belirtilen hizmetleri de içeren sözleşmelerde, Esaslar uyarınca artırımlı fiyat farkının nasıl hesaplanacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında “(3) Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta (6 ncı maddenin beşinci fıkrasında belirtilen sigorta hizmeti alımları hariç), muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet atımlarında artırımlı fiyat farkı hesaplanmaz. ” hükümleri bulunmaktadır.

Yukarıda aktarılan hükümler göz önüne alındığında, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 18/01/2023

Karar No

: 2023/DK.D-27

süreli hizmetler ile sigorta (Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin Geçici 12 nci maddesi uyarınca kurulan riskli sigortalılar havuzu kapsamındaki poliçeler hariç), muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet alımlarının Esaslar kapsamında da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan idarelerce aralarında bağlantı bulunan alımlar bir arada ihale edilebildiğinden, bu alımların bir kısmını artırımlı fiyat farkı hesaplanamayacak olan yukarıda sayılan işler oluştururken diğer kısım veya kısımlarını artırımlı fiyat farkı hesaplanması gereken işlerin oluşturduğu durumlar söz konusu olabilmektedir.

Esasların “İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayan sözleşmeler ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplanan sözleşmeler” başlıklı 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında “(2) Hizmet alımlarında, 1/1/2022 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımları için fiyat farkı hesaplanmasında;

a) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayan sözleşmeler için,

$$P_n = \frac{G_n}{G_0} \text{ olmak üzere,}$$

$$F_d = A_n \times D \times (P_n - 1) \text{ formülü kullanılır.}$$

b) İhale dokümanında sadece Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine göre fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmeler için,

$$P_n = a1 + (1 - a1) \frac{G_n}{G_0} \text{ olmak üzere,}$$

$$F_d = A_n \times D \times (P_n - 1) \text{ formülü kullanılır.}” \text{ hükümleri,}$$

Anılan 6 ncı maddenin dördüncü fıkrasında “(4) Bu madde kapsamında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin formülde yer alan değişkenlerden;

a) F_d : Artırımlı fiyat farkı tutarını,

b) D : 1/1/2022 - 31/12/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) 0,25; 1/1/2023 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) 0,15 sabit katsayısını,

c) A_n : 1/1/2022 tarihinden sonra (bu tarih dâhil) gerçekleştirilen sözleşme kısmı için yapılan ilk geçici hakedişte ($n=1$) olmak üzere (n) inci hakedişte; birim fiyatlı işlerde uygulama ayında gerçekleşen iş kalemleri ve ihzarat miktarlarının sözleşme birim fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı, anahtar teslimi götürü bedel işlerde veya götürü bedel alımlarda ise uygulama ayında gerçekleşen ilerleme yüzdesiyle sözleşme bedelinin çarpılması sonucu bulunan tutarı,

...

ifade eder. ” hükümleri bulunmaktadır.

Dolayısıyla, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayan sözleşmelerde artırımlı fiyat farkının, A_n tutarının belli katsayı ve tutarlarla çarpılması suretiyle hesaplandığı, A_n tutarının ise birim fiyatlı işlerde uygulama ayında gerçekleşen iş kalemi miktarlarının sözleşme birim fiyatlarıyla çarpılması, götürü bedel atımlarda uygulama ayında gerçekleşen ilerleme yüzdesiyle sözleşme bedelinin çarpılması suretiyle belirlendiği

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 18/01/2023

Karar No

: 2023/DK.D-27

anlaşılmaktadır.

Netice itibarıyla, bu tür alımlarda A_n tutarı belirlenirken, Esasların 7 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca artırımlı fiyat farkı hesaplanmaması gereken kısımların hesaba katılmaması ve artırımlı fiyat farkının diğer kısımlar dikkate alınarak bulunan A_n tutarı üzerinden hesaplanması gerektiği,

2) İhale sürecinde alınan bir Kurul kararına karşı dava açılması ve mahkeme kararıyla bu Kurul kararının iptaline karar verilmesi sonucunda 15/4/2022 tarihinden önce imzalanmış olan bir sözleşmenin feshedilmesine bağlı olarak işin yüklenicisinin bu tarihten sonra değişmesi halinde işin devamında 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesine istinaden artırımlı fiyat farkı hesaplanıp hesaplanamayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasında "(1) 1/4/2022 tarihinden önce 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde;

a) 1/1/2022 ile 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunanlarda, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı bu Esaslara göre artırılır; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayanlar ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplananlarda hesaplanmayan kısımlar için de bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanır..." hükümlerine,

Esasların 15 inci maddesine istinaden alınan 26/7/2022 tarihli ve 2022/DK.D-268 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının ilgili bölümünde "(1) Sözleşmesi 15/4/2022 tarihinde imzalanan işler için artırımlı fiyat farkı verilip verilemeyeceği hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasında "1/4/2022 tarihinden önce 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde;

a) 1/1/2022 ile 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunanlarda, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı bu Esaslara göre artırılır; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayanlar ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplananlarda hesaplanmayan kısımlar için de bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanır.

b) 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın verilecek ek fiyat farkı bu Esaslara göre hesaplanır." hükmü bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Esasların 15 inci maddesi uyarınca uygulamadaki tereddütlerin giderilmesine ilişkin olarak alınan 29/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-246 sayılı Kamu İhale

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 18/01/2023

Karar No

: 2023/DK.D-27

Kurulu kararında "...4) Kabul/geçici kabul tutanağı 15/4/2022 tarihinde onaylanmış olan sözleşmelerin Esaslar kapsamında olup olmadığı hususuna ilişkin olarak:

...

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden, 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin 15/4/2022 tarihinde yürürlüğe girdiği, bu çerçevede sözleşmelerin anılan Kanun kapsamında devam eden sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için işin kabulü/geçici kabulünün 15/4/2022 tarihi ve sonrasında onaylanmış olması gerektiği, ... "ne,

...

karar verilmiştir.

...

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca artırımlı fiyat farkı hesaplanabilmesi için sözleşme konusu işin anılan maddenin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam etmesi gerektiği anlaşılmakta olup bu kapsamda yukarıda yer verilen Kurul kararları da dikkate alındığında 15/4/2022 tarihi itibarıyla imzalanmış olan sözleşmelerin devam eden sözleşme olarak kabul edilmesi ve bu sözleşmeler için Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre artırımlı fiyat farkı hesaplanması gerektiği" hususlarına yer verilmiştir.

Anılan mevzuat hükümleri ile Kurul kararına göre; en geç 15/4/2022 tarihi itibarıyla imzalanmış olup en erken anılan tarihte geçici kabulü onaylanmış olan sözleşmelerin devam eden sözleşme olarak kabul edilmesi ve bu sözleşmeler için artırımlı fiyat farkı hesaplanması gerekmektedir.

Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca 4734 sayılı Kanununa göre ihale edilen işlerde artırımlı fiyat farkı hesaplanabilmesi için ihalenin 1/4/2022 tarihinden önce yapılması, sözleşmenin Türk lirası üzerinden akdedilmesi ve 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam etmesi şartlarının bir arada sağlanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 15/4/2022 tarihinden önce imzalanmış olan bir sözleşmenin mahkeme kararı üzerine feshedilip tasfiye edildiği, tasfiye edilen sözleşme için tasfiye kararına kadar söz konusu Esaslar uyarınca artırımlı fiyat farkı hesaplandığı, tasfiye işlemi sonrasında işe ihale tarihindeki şartlar üzerinden yeni yükleniciyle devam edildiği durumlarda, sözleşme konusu işin yüklenicisinin yargı kararı üzerine değişmesi nedeniyle 15/4/2022 tarihi itibarıyla kapsamda bulunma şartlarını haiz olan bir işin kapsam dışına çıkması sonucunun ortaya çıkmayacağı, dolayısıyla bahse konu durumlarda 15/4/2022 tarihinden sonra imzalanmış sözleşme için 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesine istinaden artırımlı fiyat farkı hesaplanması gerektiği,

3) Esasların 7 nci maddesinde kısa süreli hizmetler kapsamında ismen sayılmamakla birlikte işin süresi kısa olan hizmet alımlarında ek/artırımlı fiyat farkı hesaplanıp hesaplanmayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Artırımlı fiyat farkı hesabına ilişkin uygulama esasları" başlıklı 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında "(3) Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 18/01/2023

Karar No

: 2023/DK.D-27

mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta (6 ncı maddenin beşinci fıkrasında belirtilen sigorta hizmeti alımları hariç), muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet alımlarında artırımlı fiyat farkı hesaplanmaz.” hükümleri,

Esasların “Hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabı” başlıklı 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında “(1) Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta, muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet alımlarında bu Esaslara göre ek fiyat farkı hesaplanmaz.” hükümleri bulunmaktadır.

(Mülga ibare: 22/03/2023 tarihli ve 2023/DK.D-79 Sayılı Karar)¹

Bu kapsamda, Esaslarda araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetlerin özel olarak ayrı ayrı sayılmak suretiyle bu hizmetlerde ek/artırımlı fiyat farkı hesaplanmayacağının hüküm altına alındığı ve “*gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler*” ibaresine yer verilerek benzer nitelikteki işlerin de kısa süreli hizmetler kapsamında değerlendirilmesine imkân tanındığı anlaşılmaktadır.

(Mülga ibare: 22/03/2023 tarihli ve 2023/DK.D-79 Sayılı Karar)²

Bu bakımdan anılan hizmetler arasında ismen sayılmayan diğer hizmetlerde işin süresinin kısa olmasının tek başına bu hizmetler için ek/artırımlı fiyat farkı hesaplanmaması sonucunu doğurmayacağı, bunun için hizmetin niteliği itibarıyla kısa süreli olması gerektiği; dolayısıyla bir hizmetin niteliği itibarıyla kısa süreli hizmetler kapsamında yer alıp almayacağının işin süresi, özellikleri, koşulları, ihtiyacın karşılanmasına yönelik alımın ne şekilde planladığı vb. hususlar dikkate alınmak suretiyle işin sahibi konumundaki idarenin takdirine bırakılması gerektiği,

Anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1) 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 15 inci maddesi uyarınca, idarelerce tesis edilecek işlemlerde yukarıda belirtilen hususların dikkate alınmasına,

2) Kararın Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

Oybirliği ile karar verildi.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 18/01/2023
: 2023/DK.D-27