

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2011/19
Gündem No	: 26
Karar Tarihi	: 03.03.2011
Karar No	: 2011/DK.D-27
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 7
Gündem Konusu	: Kırsal motorin alımına konu sözleşmelerin durumu

Kuruma yapılan muhtelif başvurularda, petrol piyasası mevzuatında yapılan değişikliklerin yükleniciler tarafından kırsal motorinin idarelere teslim edilemeyeceği sonucu doğurduğu, bu durumun 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesinde düzenlenen mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile sözleşmenin feshedilip edilip edilemeyeceği, kırsal motorin fiyatı üzerinden motorin alınıp alınmayacağı ile fiyat farkı verilir verilmeyeceği hususlarında Kurum görüşü talep edilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun “Mücbir sebepler” 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.”

Aynı Kanunun “Sözleşmede değişiklik yapılması” başlıklı 15 inci maddesinde; “*Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:*

- a) İşin yapılma veya teslim yeri.
- b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.”

Aynı Kanunun “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi” başlıklı 23 üncü maddesinde; “*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.”*

hükümleri yer almaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliğinin “Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin hususlar” başlıklı 25 inci maddesinin “İdare ile yüklenici arasında sözleşmenin karşılıklı olarak feshedilmesi ve kesin teminatın iade edilmesi” 25.1 inci alt maddesinde; “*Teknik şartnamede belirtilen nitelikteki mal temininin fiilen imkansız olması durumunda; sözleşmenin feshi ile bu durumda kesin teminat ve varsa ek kesin teminatın iadesi hali, sözleşme tatbikatı ile ilgili bir sorun olup, anılan sorunun, 4735 sayılı Kanun ve genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir.”*

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 03.03.2011

Karar No

: 2011/DK.D-27

Aynı Tebliğin “Mal ve hizmet alımlarında iş artışı ve iş eksilişi” başlıklı 26 ncı maddesinin 26.3 üncü alt maddesinde;

“Birden çok mal kaleminden oluşan mal alımlarında 4735 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi çerçevesinde iş artışı ve iş eksilişinde aşağıdaki hususların esas alınması gerekmektedir:

1) İş artışı veya iş eksilişinde temel kural her bir kalemde kalem tutarının %20’si oranına kadar iş eksilişi veya iş artışı yapılmasıdır.

2) Alıma konu bazı mal kalemi veya kalemlerinde bu kalemlerin her birinin tutarının %20’sinden çok olmamak üzere iş eksilişi yapılmış olması ve sözleşme tutarının da aşılmaması şartıyla diğer mal kalemi veya kalemlerinde söz konusu kalem tutarının %20’sinden fazla iş artışı yapılabilir.” açıklamasına yer verilmiştir.

Konu ile ilgili olarak; 2010 yılının Eylül ayında Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden kırsal motorin alımı ihalelerine ilişkin yayımlanan bilgi notunda idareler tarafından kırsal motorinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (EPDK) tarafından yayımlanan Motorin Türlerine İlişkin Teknik Düzenleme Tebliğine uygun olarak alınması ve değişiklik çalışmalarının takip edilmesinin sözleşmenin uygulanması aşamasında sorunlar yaşanmaması için önem taşıdığı ifade edilmiştir.

4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idareler tarafından alım konusunun sadece kırsal motorin olduğu alımlar yanında konusu birden fazla akaryakıt ve/veya madeni yağ olan alımlar da gerçekleştirilmektedir.

EPDK tarafından 9/11/2010 tarihli ve 27754 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Motorin Türlerine İlişkin Teknik Düzenleme Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile 1/1/2011 tarihinden itibaren yurt içi serbest dolaşıma girecek tüm motorin türlerinin azami kükürt içeriği 10 mg/kg ile sınırlandırılmış; 28/12/2010 tarihli ve 27799 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan EPDK’nın 2957 sayılı Kararı ile de 1/1/2011 tarihinden önce piyasaya arz edilecek 1000 mg/kg kükürt içeren kırsal motorinin:

a-15/2/2011 tarihine kadar yeniden satış amacıyla,

b-1/4/2011 tarihine kadar son kullanıcılara,

satılmasına yönelik düzenleme yapıldığı, söz konusu Kurul Kararında ayrıca, "2710.19.41.00.11 GTİP’li Motorinin resmi ismi, herhangi bir vergi farklılaştırması kapsamında teslim edilmesi durumunda "Kırsal Motorin" şeklinde değiştirilir" hükmüne yer verildiği, bu nedenle, piyasada anılan Kurul Kararıyla düzenlenen geçiş sürecinin ardından kırsal motorin resmi adlı ürünün bulunup bulunmayacağı hususunun, herhangi bir vergi düzenlemesi yapılıp yapılmamasına göre kesinlik kazanacağı ifade edilmiştir.

EPDK’nın anılan düzenlemeleri çerçevesinde kırsal motorin alımına konu sözleşmelerde teknik şartnamede belirtilen nitelikte mal temininin fiilen veya hukuken imkansız olması nedeniyle yüklenicinin taahhüdünü yerine getiremediği ve sözleşme uygulamalarında sıkıntılar yaşandığı, yüklenicilerin kırsal motorine ilişkin taahhütlerini yerine getirememesi halinin kaçınılmazlık ve öngörülemezlik niteliklerini taşıdığı anlaşıldığından, söz konusu durum 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (e) bendinde “Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller” hükmüne dayanılarak, Kuruma tanınan yetki çerçevesinde genel nitelikte mücbir sebep hali olarak kabul edilme şartlarını taşımaktadır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 03.03.2011

Karar No

: 2011/DK.D-27

Bir kalemi kırsal motorin olan birden fazla akaryakıt ve/veya madeni yağ alımına ilişkin sözleşmelerde kırsal motorin temininin fiilen ve/veya hukuken imkansız olması durumunda sözleşmenin tarafları olan idare ve yüklenicinin ikisinin de sözleşmede değişiklik yapma hususunda bir iradelerinin bulunmadığı, esasen sözleşmenin bir kaleminde mücbir sebep nedeniyle ifa imkansızlığının ortaya çıktığı ve bu kalem olmaksızın da sözleşmenin diğer kalemlerinin ifasının mümkün olduğu hususu dikkate alındığında; kırsal motorin kalemi haricinde sözleşmeye konu diğer kalemlerin alımına sözleşme şartları dahilinde devam edilmesi gerekmektedir.

Bir kalemi kırsal motorin olan birden fazla akaryakıt ve/veya madeni yağ kaleminden oluşan sözleşmelerin iş artışı ve eksilişinde; mücbir sebep nedeniyle alınamayan kırsal motorine ilişkin bedelin sözleşme bedelinden düşülmesi suretiyle bulunacak yeni sözleşme bedelinin dikkate alınması ve konuyla ilgili olarak Kamu İhale Genel Tebliğinin 26.3. maddesi çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanununa tabi idarelerin, 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre sözleşmeye bağlanan mal alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esas ve usuller, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Mal Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar” ile düzenlenmiş olup, kırsal motorin fiyat farkı hesaplamasında, ihale tarihinde kırsal motorin için ihale tarihinde ve sözleşmenin uygulanma sürecinde geçerli bayi satış fiyatları esas alınmaktadır. Bayi satış fiyatı, bir önceki yıl gerçekleşen piyasa büyüklüklerine göre en büyük işlem hacmine sahip olduğu EPDK’nca belirlenen ilk sekiz akaryakıt dağıtım şirketinin İstanbul ili Avrupa yakası için bildirdikleri ve EPDK’nın internet sitesinde yayınlanan KDV hariç geçerli bayi satış fiyatlarının aritmetik ortalaması esas alınarak belirlenmektedir.

EPDK tarafından yapılan düzenleme gereği “kırsal motorin” teknik özellikleri açısından “motorin” ile aynı özelliğe sahip yakıt haline gelmekle birlikte aralarında fiyat farkı bulunmakta olup, geçiş sürecinin ardından herhangi bir vergi düzenlemesi yapılmadığı sürece kırsal motorin resmi adlı ürün satılmayacaktır.

Bu nedenle; akaryakıt fiyat farkı hesabında EPDK’nın yürürlükte ve geçerli olan kararlarında sayılan resmi adlı ürün ile bu ürünlere ilişkin yayımlanan bayi satış fiyatlarının esas alınması gerekeceğinden “kırsal motorine” ilişkin geçerli bayi satış fiyatlarının EPDK’nın internet sitesinde yayımlanmaması durumunda fiyat farkı verilemeyecektir.

Açıklanan gerekçe ve nedenlerle;

1) Petrol piyasası mevzuatında yapılan değişiklikler nedeniyle kırsal motorin temininin fiilen veya hukuken imkansız olmasının 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (e) bendinde “Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller” hükmüne dayanılarak, Kuruma tanınan yetki çerçevesinde genel nitelikte mücbir sebep hali olarak kabul edilmesine,

2) Alım konusunun sadece kırsal motorin olduğu sözleşmelerin mücbir sebepten dolayı feshedilmesi, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların iade edilmesine,

3) Bir kalemi kırsal motorin olan birden fazla akaryakıt ve/veya madeni yağ alımına ilişkin sözleşmelerde mücbir sebebin etki ettiği kırsal motorin kalemi haricinde sözleşmeye konu diğer

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 03.03.2011

Karar No

: 2011/DK.D-27

kalemlerin alımına, sözleşme şartları dahilinde devam edilmesine, kırsal motorin alımına ilişkin karşılıklı yükümlülüklerin hükümsüz kalmış olacağına,

4) Akaryakıt fiyat farkı hesabında EPDK'nın yürürlükte ve geçerli olan kararlarında sayılan resmi adlı ürün ile bu ürünlere ilişkin yayımlanan bayi satış fiyatlarının esas alınması gerekeceğinden "kırsal motorine" ilişkin geçerli bayi satış fiyatlarının EPDK'nın internet sitesinde yayımlanmaması durumunda fiyat farkının verilemeyeceğine,

5) Bir kalemi kırsal motorin olan birden fazla akaryakıt ve/veya madeni yağ kaleminden oluşan sözleşmelerin iş artışı ve eksilişinde; mücbir sebep nedeniyle alınamayan kırsal motorine ilişkin bedelin sözleşme bedelinden düşülmesi suretiyle bulunacak yeni sözleşme bedelinin dikkate alınmasına,

6) Konuya ilişkin alınacak Düzenleyici Kurul Kararının Kurumun internet sayfası ile Elektronik Kamu Satınalma Platformu İdare Girişinde yayımlanmasına,

4734 sayılı Kanunun 65 inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

Oybirliği ile karar verildi.

Dr. Hasan GÜL
Başkan

Ali Kemal AKKOÇ
II. Başkan

Ali KAYA
Kurul Üyesi

Bahattin IŞIK
Kurul Üyesi

Hakan GÜNAL
Kurul Üyesi

Adem KAMALI
Kurul Üyesi

Erkan DEMİRTAŞ
Kurul Üyesi