

## KAMU İHALE KURULU KARARI

<b>Toplantı No</b>	: 2022/044
<b>Gündem No</b>	: 39
<b>Karar Tarihi</b>	: 21/09/2022
<b>Karar No</b>	: 2022/DK.D-336
<b>Toplantıya Katılan Üye Sayısı</b>	: 6
<b>Gündem Konusu</b>	: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 ve 6 ncı Maddelerinin 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 ile 7/9/2022 tarihli ve 2022/DK.D-320 sayılı 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) Esaslara göre feshedilen sözleşmelerde fesih başvurusunda bulunan yükleniciye, fesih başvurusu öncesinde veya sonrasında kesilen gecikme cezaları dışında, sözleşme ve eklerine göre kesilen cezaların (iş programının süresinde hazırlanıp verilmemesi, teknik personel ve makine teçhizatın bulundurulmaması vb. durumlarda kesilen cezaların) iade edilip edilmeyeceği,

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “İş programı” başlıklı 17 nci maddesinin birinci fıkrasında “Yüklenici, yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren on beş gün içinde, idarece verilen örneklerle, sözleşmedeki ödeme şartlarına ve imalatların niteliği, teknik özelliği ve yapım sürelerine uygun bir iş programını hazırlayarak, onaylanmak üzere idareye teslim edecektir. Süresinde teslim edilen iş programının idarece uygun bulunmaması halinde uygun bulunmama gerekçeleri yükleniciye bildirilerek, bir defaya mahsus olmak üzere ceza uygulamaksızın, beş gün süre verilir. Belirtilen süreler içerisinde iş programının sunulmaması veya teslim edilen iş programının idarece uygun bulunmaması durumunda, gecikilen her gün için, işin süresinde bitirilememesi haline ilişkin olarak sözleşmede öngörülen günlük gecikme cezasının %10’u oranında ceza uygulanır.” hükmü,

Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin “Teknik personel, makine, teçhizat ve ekipman bulundurulması” başlıklı 23 üncü maddesinde “23.1. Yüklenici, 23.3. maddesi uyarınca, İdareye

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 21/09/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-336

*bildirdiği teknik personelin onaylandığının kendisine bildirildiği tarihten itibaren aşağıda adet ve unvanları belirtilen teknik personeli iş programına göre iş yerinde bulundurmamak zorundadır.*

*Adet Pozisyonu Mesleki Unvanı Mesleki Özellikleri*

1-

2-

3-

23.2. Yüklenici, yukarıda adet ve mesleki unvanı belirtilen teknik personeli(Ek ibare: 08/08/2019-30856 R.G./15. md., yürürlük: 18/08/2019) idareye süresinde bildirmediği veya iş programına göre iş başında bulundurmadağı takdirde;

1- .....(Mesleki unvanı)..... için... TL/Gün,

2- .....için.....TL/Gün,

*ceza müteakiben düzenlenecek ilk hakedişten kesilir. Bu cezalar, yüklenicinin cezalı çalıştığı süre içerisinde yukarıdaki yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde de uygulanır.*

23.3. Teknik personelin idareye bildirilmesi ve iş yerinde bulundurulmasıyla ilgili hususlarda Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan hükümler uygulanır.

23.4. Yüklenici, işe başlama tarihinden itibaren aşağıda cinsi, çeşidi, adedi ve kapasitesi belirtilen makine, teçhizat ve ekipmanı iş programına uygun olarak iş yerinde bulundurmamak zorundadır.

*Cinsi*

*Çeşidi*

*Adedi*

*Kapasitesi*

1-

2-

3-

23.4.1...<sup>21.1</sup>

23.5 Yüklenici tarafından ihale konusu işte kullanılacak olan ve bu sözleşmenin eki “Yerli Malı Kullanılacak Makine, Malzeme ve Ekipman Listesi”nde belirtilen makine, malzeme ve ekipmanın yerli malı olması zorunludur.<sup>21.2</sup> Ancak, her durumda 4734 sayılı Kanunun 63 üncü maddesi uyarınca ilgili Bakanlıklar tarafından belirlenen ve Kurum tarafından ilan edilen listelerde yer alan makine, malzeme ve ekipman yerli malı olacaktır...” düzenlemesi,

Anılan Tip Sözleşme’nin 23.4.1 inci maddesinin dipnotunda 21.1 numaralı dipnotunda “21.1(1) Yüklenici tarafından iş yerinde bulundurulması gereken makine, teçhizat ve ekipmanın iş yerinde bulundurulmaması halinde ceza öngörülüyor ise aşağıdaki metne yer verilecektir:

“Yüklenici, yukarıda belirtilen makine, teçhizat ve ekipmanı iş programına göre iş başında bulundurmadağı takdirde;

1- ...(Cinsi, çeşidi ve kapasitesi)..... için..... TL/Gün,

2- .....için..... TL/Gün,

3- ...

*ceza müteakiben düzenlenecek ilk hakedişten kesilir. Bu cezalar, yüklenicinin cezalı çalıştığı süre içerisinde yukarıdaki yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde de uygulanır.”* düzenlemesi,

Anılan Tip Sözleşmenin “Gecikme halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 25 inci maddesinde “25.1. Bu sözleşmede belirtilen süre uzatımı halleri hariç, Yüklenici sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikme cezası uygulanır.

25.2. Yüklenici sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için ilk sözleşme bedelinin ..... (rakam ve yazıyla) ..... oranında gecikme cezası

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 21/09/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-336

*uygulanır...” düzenlemesi yer almaktadır.*

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden süresi içinde iş programının sunulmaması veya teslim edilen iş programının idarece uygun bulunmaması durumunda sözleşmede öngörülen günlük gecikme cezasının %10’u oranında ceza uygulanacağı; sözleşmesine göre işyerinde bulundurulması istenen teknik personelin ve makine teçhizatın iş başında bulundurulmaması durumunda sözleşmesinde öngörülen günlük cezaların; işin sözleşmede belirlenen bitim tarihinde veya süre uzatımı verilmiş ise süre uzatımına göre belirlenen tarihte tamamlanıp geçici kabule hazır hale getirilmemesi durumunda ise gecikilen her gün için sözleşmesinde öngörülen günlük gecikme cezasının uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Cezalara ilişkin benzer hususlar Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmesi’nin 16 ncı maddesinde ve Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmesi’nin 34 üncü maddesinde düzenlenmektedir.

Esasların “Tereddütlerin giderilmesi” başlıklı 15 inci maddesine istinaden alınan 22/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-228 sayılı Kurul kararında, sözleşme süresi bitip cezalı çalışılan işlerde Esaslara göre fesih başvurusunda bulunan yükleniciye başvuru öncesinde veya sonrasında kesilmiş ya da kesilecek gecikme cezalarının iade edilip edilmeyeceği hususunda “...*Bu çerçevede; Esaslarda sözleşmenin feshi için öngörülen şartların sağlanması kaydıyla, iş bitim süresi geçmiş olup yüklenicinin cezalı çalıştığı sözleşmelerin Esaslar kapsamında feshedilip tasfiye edilebileceği; fesih tarihinin “idarenin fesih karar tarihi” olacağı; fesih kararından sonra, 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi ile fesih kararı arasında işin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle kesilen gecikme cezalarının iade edilmesi, 15/4/2022 tarihinden önce kesilen cezaların ise iade edilmemesi gerektiği; ifa güçlüğünden kaynaklanan durumlara bağlı olarak taahhüdün yerine getirilememesi nedeniyle cezalı çalışılan durumlarda yasaklamaya ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı; 4735 sayılı Kanunun 25 inci maddesinde sayılan sahte belge düzenlemek, hile, rüşvet, nüfuz kullanma ve benzeri diğer hallere ilişkin yasak fiil ve davranışlar ile aynı Kanunun 21 inci maddesi uyarınca sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle ise yasaklamaya ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceği, ...*”ne karar verilmiştir.

Anılan Kurul kararından; Esaslarda sözleşmenin feshi için öngörülen şartların sağlanması kaydıyla, iş bitim süresi geçmiş olup yüklenicinin cezalı çalıştığı sözleşmelerin Esaslar kapsamında feshedilmesi durumunda fesih kararından sonra, 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi ile fesih kararı arasında işin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle kesilen gecikme cezalarının iade edilmesi, 15/4/2022 tarihinden önce kesilen cezaların ise iade edilmemesi gerektiği, kararda yer verilen cezaların sözleşmenin süresi içinde bitirilememesi nedeniyle kesilen gecikme cezalarına ilişkin olduğu, kararda sözleşmenin uygulanması sürecinde gecikme cezası dışında kesilebilecek diğer cezaların iadesine ilişkin açık bir değerlendirmede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda fesih tarihine kadar geçecek sürede, yüklenicinin 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinden doğan fesih hakkını saklı tutarak sözleşme konusu işi yerine getirmeye devam etmesi gerekmele birlikte, ifa güçlüğüne bağlı olarak yerine getirilemeyen yükümlülükler nedeniyle anılan maddenin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi ile fesih karar tarihi arasındaki döneme ilişkin kesilen gecikme cezaları dahil tüm cezaların iade edilmesi, 15/4/2022 tarihinden önceki döneme ilişkin gecikme cezaları dahil tüm cezaların ise kesilmesi gerektiği,

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 21/09/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-336

2) 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun ek 33 üncü maddesinin ek onbirinci fıkrası uyarınca 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadan yapılan alımlara ilişkin olarak, Türksat Uydu ve Haberleşme Kablo TV A.Ş. (TÜRKSAT A.Ş.) ile kamu idareleri arasında imzalanmış olan hizmet alımı sözleşmelerine istinaden, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun geçici 5 inci ve 6 ncı maddeleri kapsamında TÜRKSAT A.Ş.'ye ek fiyat farkı ile artırımlı fiyat farkının ödenip ödenmeyeceğine ilişkin olarak;

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun ek 33 üncü maddesinin yedinci fıkrasında TÜRKSAT A.Ş. ile ilgili olarak, *“Türksat A.Ş., sermayesinde kamu payı ne oranda olursa olsun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu hükümlerine ve 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede düzenlenen kısıtlamalara tâbi değildir. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır.”* hükmüne,

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 İnci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların “İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler” başlıklı 11 inci maddesinde, *“(1) 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin bu Kanundan istisna edilen (3 üncü maddesindeki istisnalar dâhil) mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin imzalanan ve 2 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen şartları sağlayan sözleşmeleri için, bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 120 gün içinde ilgili mevzuatında düzenleme yapılması kaydıyla, 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için ek fiyat farkı hesaplanabilir ve/veya bu sözleşmeler devredilebilir. Ek fiyat farkı, 5 inci, 6 ncı ve 7 nci maddelerde belirtilen mal ve hizmet alımları ile yapım işleri sözleşmelerinde hesaplanabilir. Bu kapsamda hesaplanan ek fiyat farkı tutarı, bu Esaslara göre verilebilecek ek fiyat farkı tutarını aşamaz.*

...  
(3) 4734 sayılı Kanun kapsamı dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin 2 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartları sağlayan sözleşmeler için, ilgili mevzuatında düzenleme yapılması kaydıyla, 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için ek fiyat farkı hesaplanabilir.

(4) (Ek fıkra: 13.05.2022-31834 R.G./2. md.) 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin, söz konusu Kanun ile diğer kanunlarda yer alan ve birbirlerinden yapacakları alımlara ilişkin özel hükümler içeren istisnalara göre imzaladıkları sözleşme veya sözleşme hükmündeki protokoller için tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları kaydıyla bu Esaslara uygun olarak ek fiyat farkı verilebilir. Bu fıkra kapsamında ek fiyat farkı hesaplanabilmesi için yüklenici konumundaki idarenin, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde alımı yapan idareye yazılı olarak başvurusu gereklidir.” hükmüne,

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların “İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler” başlıklı 14 üncü maddesinde, *“(1) 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin bu Kanundan istisna edilen (3 üncü maddesindeki istisnalar dâhil) mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin imzalanan ve 2 nci maddede belirtilen şartları sağlayan sözleşmeler için, bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 120 gün içinde bu Esaslara uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme*

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 21/09/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-336

yapılması kaydıyla;

a) 1/1/2022 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için artırımlı fiyat farkı hesaplanabilir.

b) 1/1/2022 - 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için ek fiyat farkı hesaplanabilir.

c) 1/1/2022 - 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı (yapım işleriyle sınırlı olarak) verilebilir.

ç) 15/4/2022 tarihi itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ine (bu oran dâhil) kadar olan sözleşmeler yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edilir.

(2) 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin, bu Kanun ile diğer kanunlarda yer alan ve birbirlerinden yapacakları alımlara ilişkin özel hükümler içeren istisnalara göre imzalanan sözleşme veya sözleşme hükmündeki protokoller için tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları kaydıyla bu Esaslara uygun olarak artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı verilebilir. Bu fıkra kapsamında artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı hesaplanabilmesi için yüklenici konumundaki idarenin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde alımı yapan idareye yazılı olarak başvurusu gerekmektedir.

...

(6) 4734 sayılı Kanun kapsamı dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin 2 nci maddede belirtilen şartları sağlayan sözleşmeler için, bu Esaslara uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu çerçevede; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun ek 33 üncü maddesinin ek onbirinci fıkrası uyarınca TÜRKSAT A.Ş.'den yapılan alımların istisna kapsamında yapılan alımlar olduğu, bu kapsamda söz konusu alımlar için 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların "İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler" başlıklı 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların aynı başlıklı 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükümler çerçevesinde ek ve/veya artırımlı fiyat farkı hesaplanabileceği,

Anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1) 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 12 nci maddesi ile 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.