

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2022/034
Gündem No	: 58
Karar Tarihi	: 29/06/2022
Karar No	: 2022/DK.D-246
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 8
Gündem Konusu	: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara Daire 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 ile 22/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-228 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) 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 9 uncu maddesine göre devredilen sözleşmelerin, 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi sonrasında, devralan yüklenici veya idare tarafından feshedilmesi ya da devir olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi hallerinde 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar kapsamında fiyat farkı ödenip ödenmeyeceği hususuna ilişkin olarak;

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında “Sözleşmenin bu madde kapsamında devredilmesi durumunda birinci fıkra hükmü saklı kalmak üzere yüklenici devir tarihine kadar gerçekleştirdiği işler ya da imalatlar dışında idareden herhangi bir mali hak talebinde bulunamaz...” hükmüne yer verilmiştir.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 9 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında “Sözleşmenin devredilmesi durumunda, ek fiyat farkına ilişkin hakları saklı kalmak üzere, yüklenici devir tarihine kadar gerçekleştirdiği işler ya da imalatlar dışında idareden herhangi bir mali hak talebinde bulunamaz.” hükmü bulunmaktadır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-246

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 12 nci maddesi kapsamında alınan 18/05/2022 tarihli ve 2022/DK.D-169 sayılı Kurul kararının ilgili bölümünde “1) 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi uyarınca devredilen sözleşmelerde ek fiyat farkının sözleşmeyi devreden yükleniciye mi yahut devralan yükleniciye mi ödeneceği hususuna ilişkin olarak:

...
Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre, ek fiyat farkının sözleşmenin 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen kısımları için hesaplanacağı, sözleşmenin devrinin ise Esasların yürürlüğe girdiği 24/2/2022 tarihinden sonra yapılabileceği anlaşılmakta olup, sözleşmeyi devralan yüklenici tarafından ek fiyat farkı hesabına konu imalat/iş/teslimatın yapılmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, ek fiyat farkının edimi bizzat gerçekleştiren ve sözleşmeyi devreden yükleniciye ödenmesi gerektiği...” hususları ifade edilmiştir.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 15 inci maddesi kapsamında alınan 18/05/2022 tarihli ve 2022/DK.D-171 sayılı Kurul kararının ilgili bölümünde ise “2) 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların “Tereddütlerin giderilmesi” başlıklı 12 nci maddesi uyarınca görüş talep edilen konular ile ilgili alınan Kamu İhale Kurulu kararlarının, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar kapsamında ek fiyat farkı uygulamaları bakımından geçerli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak:

...
Bu çerçevede, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların “Tereddütlerin giderilmesi” başlıklı 12 nci maddesi uyarınca görüş talep edilen konular ile ilgili alınan Kamu İhale Kurulu kararlarının, farklılık arz eden ve yukarıda yer verilen hususlar hariç olmak üzere, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar bakımından yapılacak ek fiyat farkı hesabı için de geçerli olduğu...” belirtilmiştir.

Yukarıda aktarılan hususlar çerçevesinde, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 9 uncu maddesine göre devredilen sözleşmelerde devir sonrasında devralan yüklenici veya idare tarafından sözleşmenin feshedilmiş olmasının, yüklenicinin kusuru olup olmadığına bakılmaksızın, devreden yükleniciye ek ve/veya artırımlı fiyat farkı ödenmesine engel teşkil etmediği, diğer taraftan 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara göre hesaplanan ek ve/veya artırımlı fiyat farkının sözleşmenin devredilmiş olmasına ve/veya feshedilmiş olmasına bakılmaksızın edim konusunu bizzat gerçekleştiren yükleniciye ödenmesi gerektiği,

2) Sözleşme süresi bitmiş ve idarenin izni ile cezalı çalışılan işlerde, cezalı çalışılan

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-246

döneme ilişkin olarak artırımlı fiyat farkı hesaplanıp hesaplanmayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 4 üncü maddesinde “(1) Bu Esasların uygulanmasında;

...

d) Fiyat Farkına İlişkin Esaslar: İlgisine göre 27/6/2013 tarihli ve 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar; 27/6/2013 tarihli ve 2013/5215 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar veya 27/6/2013 tarihli ve 2013/ 5216 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasları,

...

m) Uygulama ayı/tarihi: Artırımlı fiyat farkı hesabında iş programına uygun olarak işlerin gerçekleştirilmesi gereken ayı, malın teslim edilmesi gereken tarihi veya bu tarihin içinde bulunduğu ayı; ek fiyat farkı hesabında ise işlerin gerçekleştirildiği veya malın teslim edildiği ayı,

...

ifade eder...” hükmü,

Esasların 7 nci maddesinin beşinci fıkrasında “Artırımlı fiyat farkı hesabına ilişkin olarak bu bölümde hüküm bulunmayan hallerde Fiyat Farkına İlişkin Esaslar uygulanır.” hükmü,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 7 nci maddesinde “(1) Sözleşme imzalandıktan sonra iş kalemlerinin, aylık imalatın, ihzaratın ve yıllık ödenekler ile bunların aylara dağılımını gösteren ayrıntılı bir iş programı hazırlanarak idarenin onayına sunulur.

(2) Herhangi bir aya ait iş programına yüklenicinin kusuru nedeniyle uyulmadığı takdirde, daha sonraki aylarda yapılacak imalatlarda, imalat miktarı iş programına uygun hale gelinceye kadar, fiyat farkı hesaplanırken, iş programına göre gerçekleştirilmesi gereken ayın endeksi ile işin fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinde düşük olanı esas alınır...” hükmü,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 7 nci maddesinde “...(10) Sözleşme süresi bitmiş ve idarenin izni ile cezalı çalışılan işlerde fiyat farkı hesaplanırken sözleşmede öngörülen iş bitim tarihi ile işin fiilen bitirildiği tarihteki endeks, fiyat veya ortalama fiyatlardan düşük olanı esas alınır...” hükmü,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesinde “...(7) Sözleşmede öngörülen malın teslim süresi sona eren ve idarenin izni ile cezalı sürelerde yapılan teslimatlarda fiyat farkı

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-246

hesaplanırken, sözleşmede öngörülen teslim tarihi ile cezalı çalışılan süre içerisinde yapılan teslimat tarihindeki endeks, fiyat veya ortalama fiyatlardan düşük olanı esas alınır...” hükmü bulunmaktadır.

Yukarıda yer verilen hususlar çerçevesinde, Esaslarda cezalı çalışılan döneme ilişkin olarak artırımlı fiyat farkı hesaplanmayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmediği, hüküm bulunmayan bu konuya ilişkin olarak “Fiyat Farkına İlişkin Esaslar”ın uygulanması gerektiği, “Fiyat Farkına İlişkin Esaslar”da cezalı çalışılan işler bakımından fiyat farkı hesaplanmasının öngörüldüğü ve bu hesaplamanın ne şekilde yapılacağının düzenlendiği, buna göre, sözleşme süresi bitmiş ve idarenin izni ile cezalı çalışılan işlerde, Esaslarda öngörülen şartların da sağlanması kaydıyla, cezalı çalışılan döneme ilişkin artırımlı fiyat farkının “Fiyat Farkına İlişkin Esaslar”ın yukarıda aktarılan hükümleri doğrultusunda tespit edilen endeks/fiyat/ortalama fiyatlar dikkate alınarak hesaplanması gerektiği,

3) Ek fiyat farkı ve artırımlı fiyat farkı hesabı, süre uzatımı verilmesi ve fesih-tasfiye işlemlerine ilişkin olarak geçici kabul itibar tarihinin mi geçici kabul onay tarihinin mi esas alınacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 2 nci maddesinde “(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.

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.

(2) 1/4/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen (3 üncü maddesindeki istisnalar dâhil) yapım işlerine ilişkin Türk Lirası üzerinden imzalanan ve 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı bu Esaslara göre verilir.

(3) 1/1/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden imzalanan sözleşmelerden 15/4/2022 tarihi itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15’ine kadar olanlar (bu oran dâhil) yüklenicinin başvurusu halinde bu Esaslara göre feshedilip tasfiye edilir...” hükmü yer almaktadır.

Esaslar kapsamında, ek fiyat farkı ve artırımlı fiyat farkı hesaplanabilmesi, süre uzatımı verilebilmesi ve sözleşmelerin feshedilip tasfiye edilebilmesi için; işin 15/4/2022 tarihi itibarıyla kabulünün/geçici kabulünün onaylanmamış olması diğer bir ifadeyle işin devam ediyor olması gerektiği dikkate alındığında sözleşmenin 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam edip etmediğinin

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-246

geçici kabul onay tarihi dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği,

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

15/4/2022 tarihli ve 31810 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 8/4/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle 4735 sayılı Kanuna eklenen “Ek fiyat farkı veya sözleşmelerin feshi” başlıklı geçici 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında “1/4/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde;

a) 1/1/2022 tarihinden sonra (bu tarih dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunanlarda, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı oransal olarak artırılabilir; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayanlar ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplananlarda hesaplanmayan kısımlar için de fiyat farkı verilebilir.

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, 1/7/2021 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) ihalesi yapılan işlerde ihale tarihinin (son teklif verme tarihi) içinde bulunduğu aya ait endeks, 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde ise 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edilerek ve sözleşme fiyatları kullanılarak yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkına ilave olarak ek fiyat farkı verilebilir.

1/4/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen (3 üncü maddesindeki istisnalar dâhil) yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden imzalanan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı verilebilir...” hükmü yer almaktadır.

Öte yandan, 8/4/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanunun “Yürürlük” başlıklı 39 uncu maddesinde, anılan Kanunun 19 uncu madde hükümlerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

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,

Anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen 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 ve kararın Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 29/06/2022
: 2022/DK.D-246

Oybirliđi ile karar verildi.