

KAMU İHALE KURULU KARARI

| | |
|--------------------------------------|--|
| Toplantı No | : 2022/020 |
| Gündem No | : 29 |
| Karar Tarihi | : 30/03/2022 |
| Karar No | : 2022/DK.D-101 |
| Toplantıya Katılan Üye Sayısı | : 8 |
| Gündem Konusu | : 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara Dair Tereddütlerin Giderilmesi |

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların (Esaslar) yürürlüğe konulmasına dair 23 Şubat 2022 tarihli ve 5203 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, 24 Şubat 2022 tarihli ve 31760 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Esasların “Tereddütlerin giderilmesi” başlıklı 12 nci maddesinde “(1) Bu Esasların uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye Kamu İhale Kurumu yetkilidir.” hükmü yer almakta olup, bu hükme istinaden Kurumumuza intikal eden uygulamadaki tereddütlere ilişkin ilk olarak 24/03/2022 tarihli ve 2022/DK.D-94 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı alınmıştır. Ancak bu süreçte Kuruma başvurular yapılmaya devam etmekte olup, söz konusu Kurul kararı ile giderilen tereddütlere ilaveten Kurumumuza intikal eden uygulamadaki diğer tereddütlerin aşağıdaki şekilde giderilmesine karar verilmiştir:

1) 1/7/2021 - 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen işlerde iş artışı kapsamında yapılan imalatlar için de ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kapsamdaki sözleşmelerin 1/7/2021-31/12/2021 tarihleri arasında iş artışı dahil gerçekleştirilen kısımları için, Esaslarda belirtilen diğer koşulların sağlanması kaydıyla ek fiyat farkı verilmesi gerektiği,

2) Sözleşmenin devri kapsamında devralan yüklenici ile idare arasında yapılacak yeni sözleşmede damga vergisi alınıp alınmayacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi ile Esasların 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında devredilecek sözleşmelerden damga vergisi alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Esasların 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında; “Bu Esaslara göre sözleşmeler, yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvuruda bulunması ve idarenin onayı ile devredilebilir. Başvuru üzerine idarece 30 gün içerisinde başvuruya ilişkin karar alınır. İdarenin sözleşmenin devrine onay vermesi halinde, yüklenici tarafından devre ilişkin işlemler onay tarihini takip eden 30 gün içerisinde tamamlanır. İşlemlerin tamamlanmaması halinde başvuru yapılmamış kabul edilir. Yüklenicinin idareye başvuruda bulunması, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre devir sözleşmesinin, yüklenicinin başvurusu üzerine idare tarafından devre onay verildikten sonra mevcut yüklenici ile idarenin onay verdiği kişi arasında imzalanacağı, bu sözleşmenin devredilen sözleşmenin geçerlilik şartına tabi olacağı, ancak kimi durumlarda mevcut yüklenici ile idarenin onay verdiği kişi arasında imzalanan bu sözleşmenin ayrıca idare tarafından da nihai olarak imzalandığı/onaylandığı, devir kapsamında yeni yüklenici ile idare arasında imzalanan bir sözleşmenin bulunmadığı, öte yandan 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi uyarınca Esaslar kapsamında devredilecek sözleşmelerde damga vergisinin alınmayacağının açık olduğu,

3) Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olmayan ancak tam zamanlı çalıştırılacak

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 30/03/2022

Karar No

: 2022/DK.D-101

personel sayısının dokümanda belirlendiği ve sadece işçilik gideri için fiyat farkı hesaplanmasının öngörüldüğü ve birim fiyatın personel giderleri de dâhil edilerek tek bir iş kalemi üzerinden teklif alındığı hizmet alımlarında, asgari ücretten kaynaklanan fiyat farkının normal fiyat farkı hesabı kapsamında ödenmiş olduğu hususu göz önünde bulundurularak, mükerrer ödemeye (asgari ücretten kaynaklanan fiyat farkı) neden olmamak amacıyla ek fiyat farkı hesabının Esasların 6 ncı maddesinin hangi fıkrası dikkate alınarak yapılacağı hususuna ilişkin olarak:

İhale dokümanında sadece Hizmet Alımı İhalelerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine göre fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmelerde ek fiyat farkı hesabının, Esasların 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendine göre yapılması gerektiği,

4) Devredilen sözleşmelerde kesin teminat tutarının, sözleşmenin devredildiği tarih itibarıyla ifa edilmeyen kısım üzerinden mi yoksa sözleşmenin tamamı üzerinden mi alınacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi ile Esasların 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların, devir tarihi itibarıyla aranacağı hükme bağlanmış olup, sözleşmeyi devralan kişinin, sözleşmeyi her türlü hak ve borcu ile birlikte devraldığı dikkate alındığında, devralan yüklenicinin devreden yüklenici tarafından idareye verilmesi gereken kesin/ek kesin teminat tutarı kadar teminat vermesi gerektiği,

5) Ek fiyat farkı kapsamında yapılacak ödemelere ilişkin hususların Esaslarda düzenlenmediği, ödemenin ilgili işe/alıma ait sözleşmede belirtilen ödeme koşulları dikkate alınarak yapılıp yapılmayacağı, yapılmayacaksa ödemelerin idarenin yükleniciye mali yönden belirleyeceği ödeme takvimine göre yapılmasının uygun olup olmayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esaslarda, ek fiyat farkı kapsamındaki sözleşmeler ile bu sözleşmeler için ek fiyat farkının ne şekilde hesaplanacağı düzenlenmiş olup, hesaplanan ek fiyat farkının ödenme sürecine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu itibarla, ödeme sürecine ilişkin olarak sözleşme ve diğer mevzuat hükümlerinin esas alınması gerektiği,

6) Sözleşmesine göre iş bitim tarihinin 1/7/2021 - 31/12/2021 tarihleri arasında olduğu ancak işin tesliminin geciktiği işlerde gecikilen döneme ilişkin yükleniciye ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 8 inci maddesinin beşinci fıkrasındaki “*Ek fiyat farkı hesaplamalarında 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) sözleşmelerin gerçekleştirilen kısımlarının iş veya teslim programına uygun olması şartı aranmaz.*” hükmü ile altıncı fıkrasındaki “*İş veya teslim süresi 1/7/2021 tarihinden önce sona eren ancak bu tarihten sonra gecikme cezası uygulanarak devam eden sözleşmelerde, ek fiyat farkı hesaplanmaz.*” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmesine göre iş bitim tarihi 1/7/2021 - 31/12/2021 tarihleri arasında olmakla birlikte gecikilen işlerde, gerçekleşmenin 1/7/2021 - 31/12/2021 tarihleri arasında olması kaydıyla, yüklenicinin geciktiği dönem için de ek fiyat farkı verilmesi gerektiği,

7) 4735 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi uyarınca, %80’den daha düşük bir bedelle

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 30/03/2022

Karar No

: 2022/DK.D-101

tamamlanan ve yüklenici kârına karşılık işin %80'i ile işin tamamlandığı bedel arasındaki farkın %5'inin ödendiği işlerde, ödenen bu bedele ilişkin olarak ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin son fıkrasında, sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde yüklenicinin işi bitirmek zorunda olduğu, bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderler ve kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'inin geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun geçici 5 inci maddesi ile Esaslarda, ek fiyat farkının 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında fiilen gerçekleştirilen işlere ilişkin olarak hesaplanacağının belirtildiği, buna karşın iş eksilişi durumunda verilen %5'lik ödemenin fiilen bir imalata karşılık olarak verilmediği, ek fiyat farkının kanun ile getirilen istisnai bir düzenleme olduğu dikkate alınarak, söz konusu ödeme için ek fiyat farkı hesaplanmaması gerektiği,

8) İdari yargı kararı ile ihalenin iptal edilmesi nedeniyle tasfiye edilen sözleşmelerde ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi ile Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca, 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten (22/1/2022) önce, fesih veya tasfiye edilen sözleşmelerde ek fiyat farkı verilmeyeceği düzenlendiğinden idari yargı kararı ile ihalenin iptal edilmesi nedeniyle tasfiye edilen sözleşmelerde ek fiyat farkı verilmeyeceği,

9) Esasların 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında "*Hesaplama sonucunda ek fiyat farkının eksi (-) çıkması durumunda hakedişten kesinti yapılmaz.*" hükmünün yer aldığı, bu hüküm ile toplam ek fiyat farkının eksi (-) çıkması durumunun mu yoksa ay bazında eksi (-) çıkması durumunun mu kastedildiği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 5, 6 ve 7 nci maddelerinde yapım işleri ile mal ve hizmet alımı sözleşmelerinde ek fiyat farkı hesabının aylar itibarıyla yapılmasının öngörüldüğü dikkate alındığında, Esasların 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Hesaplama sonucunda ek fiyat farkının (-) eksi çıkması durumunda hakedişten kesinti yapılmaz.*" hükmünden, aylık bazda yapılan ek fiyat farkı hesaplaması sonucunun eksi (-) çıkması durumunun anlaşılması gerektiği,

10) Sözleşmesinde "fiyat farkı hesaplanmayacaktır" hükmüne ek olarak, gerek idareden kaynaklanan nedenlerle gerekse mücbir sebep hallerinin ortaya çıkması üzerine yükleniciye süre uzatımı verilmesi halinde uzatılan süreye ilişkin fiyat farkı hesabı yapılacağına ilişkin hükmün yer aldığı ve uygulamada süre uzatımının verildiği yapım işi ile hizmet alımı sözleşmelerinde ek fiyat farkı hesabında hangi E katsayısının esas alınacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 5 ve 6 ncı maddelerinde yapım işleri ile hizmet alımı sözleşmelerinde ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen sözleşmelerde E katsayısının 0,56 olarak alınacağı, ihale dokümanında fiyat farkı hesabında kullanılacak girdilerin ağırlık oranlarına ilişkin temsil katsayıları ile endeksler belirlenmeksizin Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan "Yİ-ÜFE Genel" endeksi esas alınarak fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmelerde E katsayısının 0,41 olarak alınacağı hükme bağlanmıştır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 30/03/2022
: 2022/DK.D-101

Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların “Fiyat farkı hesaplanması öngörülmeleyen işler” başlıklı 9 uncu maddesinde “(1) İdari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verilmesi öngörülmeleyen işlerde, 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde belirtilen mücbir sebepler ya da idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için, bu madde hükmüne işin idari şartname ve sözleşmesinde yer verilmiş olması şartıyla bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanır.

(2) Fiyat farkı hesabında temel endeks, iş bitim tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeksi; güncel endeks ise, revize iş programına göre işin gerçekleştirilmesi gereken aya ait endeksi ifade eder. Temel endeks ve güncel endeks olarak Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun “ÜFE Genel” sütunundaki sayı esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.” hükmü yer almakta olup, benzer hüküm Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin 8 inci maddesinde de yer almaktadır.

Esasların 5 ve 6 ncı maddelerindeki hükümler ile hizmet ve yapım işlerinde uygulanacak fiyat farkına ilişkin esaslarda yukarıda belirtilen maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmesinde, fiyat farkı hesaplanmayacağına ilişkin hüküm bulunan ancak mücbir sebepler veya idareden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımı verilen ve uzatılan süre boyunca fiyat farkı hesabı yapılmış olan yapım işleri ve hizmet alımı sözleşmelerinde, fiyat farkı hesabı yapılan dönem için E katsayısının 0,41; fiyat farkı hesabı yapılmayan dönem için ise E katsayısının 0,56 olarak esas alınması gerektiği,

11) Mal alımlarında ek fiyat farkı hesabında yüklenicinin malı ihale dokümanında belirtilen teslim tarihinden önce teslim etmesi durumunda, 60 günün hesabında fiili teslim tarihinin mi yoksa ihale dokümanında belirtilen teslim tarihinin mi esas alınacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “İhale tarihi (son teklif verme tarihi) ile teslim tarihi arasındaki süre 60 takvim günü ve altında olan mal alımlarında (kısmi teslim yapılan mal alımlarında bu sürede teslim edilen kısımlar için)” ibaresindeki “teslim tarihi” ifadesinden sözleşmeye göre malın teslim edilmesi gereken tarihin, kısmi teslim yapılan alımlarda ise sözleşmeye göre kısmi teslimatın yapılması gereken tarihin anlaşılması gerektiği,

12) Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesinin dokuzuncu fıkrasında “Birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan işlerde, herhangi bir imalat için yapılan ara veya kesin metraj sonucu bir imalatın miktarında artma ya da azalma tespit edildiği takdirde, artan ya da azalan miktar (imalat hangi ayda yapılmış olursa olsun) geçici kabul itibar tarihini geçmemek üzere, artış ya da azalışın kesinleştiği ayın fiyat farkı katsayısı (Pn) esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.” hükmünün yer aldığı, bu hüküm çerçevesinde kesin hesap neticesindeki imalat artış ve azalışlarında, imalatın ne zaman yapıldığı tespit edilebiliyorsa ek fiyat farkı hesabında sonradan düzeltme yapıp yapılmayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrasına göre 1/7/2021-31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen kısımlar için, Esaslarda belirtilen diğer koşulların sağlanması kaydıyla ek fiyat farkı hesaplanabilecektir. Bu itibarla, birim fiyatlı yapım işleri sözleşmelerinde, kesin hesap neticesindeki imalat artış ve azalışlarında, imalatın ne zaman yapıldığı tespit edilebiliyor ise,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 30/03/2022

Karar No

: 2022/DK.D-101

imalatın yapıldığı tarihin 1/7/2021-31/12/2021 tarihleri arasında olması halinde ek fiyat farkı hesaplamasında gerekli düzeltmelerin yapılabileceği,

13) Danışmanlık hizmet alımı ihalelerine ilişkin bazı sözleşmelerde fiyat farkının, Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 5 inci maddesine göre a2 katsayısı üzerinden, bazılarında ise Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine göre hesaplanacağını düzenlendiği, salt a2 katsayısı üzerinden hesaplama yapılacağı düzenlenen sözleşmelerde, yıl içindeki işçilik ücretleri değişmediğinden, ek fiyat farkı tutarının sıfır ($Fe=0$) çıktığı, Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesi üzerinden fiyat farkı verilen sözleşmelerde de a1'in 1 olarak kabul edildiği durumlarda ek fiyat farkı tutarının sıfır ($Fe=0$) çıktığı, Esaslarda danışmanlık hizmet alımlarında ek fiyat farkı verileceğinin düzenlendiği dikkate alınarak, ek fiyat farkı hesabının ne şekilde yapılacağı, ayrıca, teklif edilen brüt ücret ile birlikte fiyat farklarının da teknik personele yansıtılması gerektiğine ilişkin hükümlerin yer aldığı sözleşmelerde, ek fiyat farkına ilişkin bu yönde bir hükmün yer almadığı dikkate alınarak, verilecek ek fiyat farkının teknik personele yansıtılıp yansıtılmayacağı hususlarına ilişkin olarak:

Esasların 6 ncı maddesinde hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabına ilişkin hükümlere yer verildiği, danışmanlık hizmet alımlarına ilişkin ek fiyat farkı hesabının da bu maddeye göre yapılması gerektiği, ilgili maddedeki hükümler dikkate alındığında, a2 katsayısının 1 olarak belirlendiği sözleşmeler ($a2=1$) ile a1 katsayısının 1 olarak belirlendiği sözleşmelerde ($a1=1$), ek fiyat farkı olarak verilecek tutarın sıfıra eşit çıktığı, bu durumda ek fiyat farkı kapsamında herhangi bir ödeme yapılmasının söz konusu olmayacağı, ek fiyat farkı hesabı sonucunda bir ödemenin yapılmasının söz konusu olması durumunda, bu ödemenin teknik personele yansıtılıp yansıtılmaması konusunun ise Esaslarla ilgili bir husus olmayıp ilgili sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili bir husus olduğu,

14) Esaslarda, ihale tarihi ile teslim tarihi arasındaki süre 60 takvim günü ve daha az olan mal alımlarında ek fiyat farkı hesaplanmayacağını hükme bağlandığı, malın teslim edilen tarihi ile ihale tarihi arasındaki süre hesaplanırken, bu sürenin başlangıç günü olarak ihale tarihinin mi yoksa ihale tarihini izleyen günün mü esas alınacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ihale tarihi (son teklif verme tarihi) ile teslim tarihi arasındaki süre 60 takvim günü ve altında olan mal alımlarında ek fiyat farkı hesaplanmaması gerektiği hüküm altına alınmış olup, bunun dışında konuya ilişkin olarak Esaslarda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

4734 sayılı Kanunun "Sürelerin hesabı" başlıklı 64 üncü maddesinde "*Bu Kanunda yazılı sürelerin hesaplanmasında hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmüne, 4735 sayılı Kanunun "Hüküm bulunmayan haller" başlıklı 36 ncı maddesinde "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan hükümlerden anlaşıldığı üzere, kamu ihale mevzuatında sürelerle ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı hallerde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir.

Bu çerçevede, Türk Borçlar Kanununun sürelerle ilişkin genel esasların düzenlendiği

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 30/03/2022

Karar No

: 2022/DK.D-101

maddeleri incelendiğinde, bunlar arasında yer alan “Diğer sürelerde vade” başlıklı 92 nci maddede “Bir borcun veya taraflardan birine düşen herhangi bir yükümlülüğün sözleşmenin kurulmasından başlayarak belli bir sürenin sonunda ifası gerekiyorsa, ifa zamanı aşağıdaki biçimde belirlenir: 1. Gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur...” hükmünün yer aldığı anlaşılmaktadır. Türk Borçlar Kanununda sürelerle ilişkin genel esasların düzenlendiği maddelerde sürenin gün olarak belirtildiği hallerde, sözleşmenin kurulduğu günün sayılmayacağı, diğer bir ifadeyle başlangıç gününün dikkate alınmayacağı ve sürenin izleyen günden itibaren başlayacağının hükme bağlanmış olduğu, Esaslarda sürenin gün olarak belirlendiği dikkate alınarak, somut olayda Türk Borçlar Kanununun ilgili hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, 60 günlük sürenin hesabında ihale tarihinin hesaba katılmaması gerektiği, daha açık bir ifadeyle, sürenin ihale tarihini izleyen günden itibaren başlaması gerektiği,

15) 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi kapsamında bir işi devralan yüklenicinin aynı madde kapsamında ikinci bir işi devralmasının mümkün olup olmadığı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşmenin devredilemeyeceği veya devir alınamayacağı hükmü bulunmakta ise de, aynı Kanunun geçici 5 inci maddesinde bu madde kapsamında devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların, devir tarihi itibarıyla aranacağı, ancak devirden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımların uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm karşısında, 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin ikinci fıkrası ile Esasların 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca devirden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımların uygulanmayacağından, Esaslar kapsamında yapılacak devirlerde aynı Kanunun 16 ncı maddesindeki devri yasağının uygulanmayacağı, diğer koşulların sağlanması şartıyla geçici 5 inci madde kapsamında bir sözleşmeyi devralan yüklenicinin ikinci bir sözleşmeyi devralması hususunda herhangi bir kanuni engelin bulunmadığı, devre onay verme konusunda takdir ve yetkinin idareye ait olduğu,

16) Esasların “Kapsam” başlıklı 2 ncı maddesinde, devre ilişkin hususları düzenleyen ikinci fıkrada geçen “devam eden” işler ibaresinden, yapım işlerinde sözleşmenin imzalanmış olmasının mı yoksa yer tesliminin yapılmış olmasının mı kastedildiği hususuna ilişkin olarak:

Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin 9 uncu maddesinde, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren sözleşmesinde belirtilen gün içinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yer teslimi yapılarak işe başlanacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, yapım işlerinde, işe başlama olgusunun yer teslimine bağlandığı ve işin süresinin bu tarihten itibaren başlayacağı düzenlenmiştir.

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi ile Esaslarda yer alan hükümler uyarınca, 22/1/2022 tarihi itibarıyla devam eden sözleşmeler devredilebilecek olup, her ne kadar tip sözleşmede işe başlama olgusu yer teslimine bağlanmışsa da, işe başlamış ve devam eden bir sözleşmenin devredilebildiği ve bu hükümlerin amacının da sözleşmenin devrinin nispeten esnek kurallara tabi kılınması olduğu dikkate alınarak, sözleşmesi imzalanmış ancak henüz yer teslimi yapılmamış sözleşmelerin de, devam eden sözleşme kabul edilerek devredilebileceği, benzer şekilde mal ve hizmet alımlarında da 22/1/2022 tarihi itibarıyla imzalanmış olan sözleşmelerin devredilebileceği,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 30/03/2022

Karar No

: 2022/DK.D-101

17) Esaslar kapsamında sözleşmenin devredilmesi aşamasında, bilanço ve gelir tablolarının ihalenin ilan tarihi baz alınarak güncellenmesi gerekip gerekmediği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar, devir tarihi itibarıyla aranacağından, devralan yüklenicinin devir tarihi itibarıyla ekonomik ve mali yeterlik dâhil yeterlik şartlarını sağlaması gerektiği, bu çerçevede iş hacmi ve iş deneyimi gibi parasal yeterlik kriterlerinin devir tarihi itibarıyla yayımlanmış en güncel endeks esas alınarak güncellenmesi gerektiği, bilanço için ise böyle bir durumun söz konusu olmadığı, devir tarihi ihale tarihi olarak kabul edilip mevzuatta bilanço yeterliliğinin tevsikine ve değerlendirilmesine ilişkin kurallar doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği,

Anlaşılmakta olup, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 12 nci maddesi uyarınca, idarelerce tesis edilecek işlemlerde yukarıda belirtilen hususların dikkate alınmasına ve kararın ilgili kısmının Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

Oybirliği ile karar verildi.