

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No : 2022/022
Gündem No : 47
Karar Tarihi : 13/04/2022
Karar No : 2022/DK.D-129
Toplantıya Katılan Üye Sayısı : 7
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 Cumhurbaşkanlığı 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 24/03/2022 sayılı 2022/DK.D-94 sayılı, 30/03/2022 sayılı 2022/DK.D-101 sayılı ve 6/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-114 sayılı Kamu İhale Kurulu kararları alınmıştır. Ancak bu süreçte Kuruma başvurular yapılmaya devam etmekte olup, söz konusu Kurul kararları ile giderilen tereddütlere ilaveten Kurumumuza intikal eden uygulamadaki diğer tereddütlerin aşağıdaki şekilde giderilmesine karar verilmiştir:

1) 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi uyarınca alt yüklenicilere de ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Ek fiyat farkına ilişkin uygulama esasları" başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Ek fiyat farkının hesaplanabilmesi için yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvurması zorunludur.*" hükmü uyarınca ek fiyat farkı hesaplanabilmesi için yüklenicinin başvuruda bulunması gerekmekte olup, bu çerçevede alt yükleniciye ödeme yapılması konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu itibarla, ek fiyat farkı ödemelerinin alt yüklenicilere yansıtılıp yansıtılmayacağı hususunun taraflarca, alt yüklenicilik sözleşmesinin ilgili hükümleri ile varsa ilgili mevzuatındaki hükümlere göre sonuçlandırılması gerektiği,

2) Proje hizmet alımı işlerinin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında değerlendirilerek Esasların 6 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği ve anılan fıkra da yer alan kısa süreli hizmetler ifadesinden hangi sürenin anlaşılması gerektiği hususlarına ilişkin olarak:

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde “*Bu Kanunun uygulanmasında;*

...
Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 13/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-129

hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,

...
İfade eder.” hükmü,

Aynı Kanunun “Danışmanlık hizmetleri” başlıklı 48 inci maddesinin birinci fıkrasında *“Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.” hükmü,*

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasında *“4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen ve 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre Türk parası üzerinden sözleşmeye bağlanan hizmet alımlarında uygulanacak fiyat farkı bu Esaslara göre hesaplanır. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan hizmetlerden; araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, meslekî 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 hizmetlere fiyat farkı ödenmez.” hükmü,*

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların "Hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabı" başlıklı 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında ise *"Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, meslekî 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." hükmü yer almaktadır.*

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden 4734 sayılı Kanunun uygulanmasında dikkate alınacak hizmet alımlarının Kanunun 4 üncü maddesinde tadadi sayma yoluyla belirlendiği, bu kapsamda danışmanlık işleri ile fikrî ve güzel sanat hizmetlerinin ayrı ayrı sayıldığı, danışmanlık hizmetlerinin kapsamının ise Kanunun 48 inci maddesinde özel olarak yine sayma yoluyla belirlendiği anlaşılmaktadır.

Nitekim yürürlükte bulunan Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 2 nci maddesi ile 4735 Sayılı Kanunun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 6 ncı maddesinde hüküm altına alınan fiyat farkı verilmeyecek alımların belirlenmesinde; 4734 sayılı Kanunun 4 üncü ve 48 inci maddelerinde yapılan söz konusu ayırım gözetilerek Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikte olanların özel olarak sayıldığı görülmektedir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 13/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-129

Bu itibarla, Kanunun 48 inci maddesine yer verilen mimarlık ve mühendislik gibi danışmanlık hizmetlerine ilişkin proje hazırlama işlerinin teknik niteliği haiz olduğu dikkate alındığında gerek kamu ihale mevzuatının gerekse de 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin uygulanması bakımından fikrî ve güzel sanatlara yönelik hizmetler kapsamında değerlendirilemeyeceği,

(Değişik ibare: 22/3/2023 tarihli ve 2023/DK.D-79 Sayılı Karar)¹ Ayrıca, Esasların 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat alımları gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler için Esasların uygulanması bakımından “nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler” ifadesinden sözleşme süresi 365 takvim gününün altında olan hizmetlerin anlaşılması gerektiği,

3) İhale dokümanında fiyat farkı hesabına esas olarak ilgili formüldeki, diğer malzemelerin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayının (b5) “1” olarak belirlendiği durumlarda, ek fiyat farkı hesabında hangi (E) katsayısının kullanılması gerektiği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 5 ve 6 ncı maddeleri uyarınca ek fiyat farkı hesabında “ $F_e = A_n \times E \times (P_n - I)$ ” formülünün kullanılması gerekmekte olup anılan hesaplamalarda (E) katsayısının kural olarak, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen sözleşmeler için 0,56; 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 sözleşmeler için 0,41; ihale dokümanında fiyat farkı hesabında kullanılacak girdilerin ağırlık oranlarına ilişkin temsil katsayıları ile endeksler belirlenerek Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan “Yİ-ÜFE” alt endeksleri esas alınarak fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmeler için ise 0,33 sabit katsayısının kullanılması gerekmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat açıklamaları doğrultusunda, ihale dokümanında fiyat farkı hesabında kullanılacak girdilerin ağırlık oranlarına ilişkin temsil katsayısı/katsayıları ile ilgili TÜİK endeksi/endekslerinin belirlendiği sözleşmelerde, ek fiyat farkı hesabında (E) katsayısının 0,33 olarak dikkate alınması gerektiği,

4) Esaslarda, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen mal alımlarında ek fiyat farkı hesabında kullanılan “A1” değişkenine ilişkin bir tanıma yer verilmediği, Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslardaki A1 tanımına göre doğalgaz alımları için ihale tarihinin içinde bulunduğu aydaki endeksin esas alınacağı, bu durumda fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen ve 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen doğalgaz alımlarında temel endeks olarak ihale tarihinin içinde bulunduğu endeksin mi yoksa 2021 yılı Haziran ayına ait endeksin mi esas alınacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 13/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-129

işlerde 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edileceği hükme bağlanmış, Esasların “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde temel endeks, kanun maddesindeki hükme paralel bir biçimde 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde 2021 yılı Haziran ayına ilişkin Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan ilgili endeks olarak tanımlanmıştır.

Esasların “Mal alımlarında ek fiyat farkı hesabı” 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) beninde ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmelerde, ek fiyat farkı hesabının $Fe = (M \times B) \times E \times [(A2/A1) - 1]$ formülüne göre yapılacağına düzenlendiği, Esaslarda formülde geçen “A1” değişkenine ilişkin bir tanıma yer verilmediği, bu maddede tanımına yer verilmeyen değişkenler için Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslardaki tanımların geçerli olduğu belirtilmiş olup, buradaki yollamanın Esaslarda düzenlenmeyen hususlar bakımından hüküm ifa ettiği, bu itibarla, “A1” değişkenine hangi ayın endeksinin uygulanacağına ilişkin olarak Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslardaki hükmün uygulamasının mümkün olmadığı, gerek 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde gerekse Esasların 4 üncü maddesindeki hüküm çerçevesinde 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde 2021 yılı Haziran ayına ait endeksin temel endeks olarak kabul edilmesi gerektiği,

5) Yüklenici tarafından ek fiyat farkı için yapılan başvuru dilekçelerinde 1/7/2021 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen imalatlara ilişkin hakedişlerin bir kısmının açıkça ifade edilerek ek fiyat farkı talebinde bulunduğu durumlarda, başvuru dilekçelerinde açıkça talep edilmeyen ancak 1/7/2021 - 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen imalatlara ilişkin hakedişler için de ek fiyat farkı hesabının yapılıp yapılmayacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde ek fiyat farkı hesabı için yüklenicinin başvurusu şartı aranmıştır. Esasların “Ek fiyat farkına ilişkin uygulama esasları” başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında ek fiyat farkının hesaplanabilmesi için yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvurması zorunlu tutulmuştur.

Görüldüğü üzere ek fiyat farkı hesabı için yüklenicinin yazılı başvurusu zorunlu olup yukarıda yer verilen hükümler karşısında, yüklenicinin talebine bağlı kalınarak ek fiyat farkı hesabının yapılması gerektiği, bu itibarla 1/7/2021 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen imalatlara ilişkin hakedişler için yüklenicinin talepte bulunulmadığı hallerde, talepte bulunulmayan kısımlar açıkça anlaşılıyorsa bu kısımlar için ek fiyat farkı hesabının yapılmasının mümkün olmadığı,

6) Yazılım ve donanım hizmet alımı sözleşmelerinin, Esaslar çerçevesinde fiyat farkı verilebilecek hizmet alımlarından olup olmadığı hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabı" başlıklı 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta, muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık*

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 13/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-129

hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet alımlarında bu Esaslara göre ek fiyat farkı hesaplanmaz." hükmüyle Esaslar kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmayacak hizmet alımları düzenlenmiş olup bahse konu hizmet alımının anılan fıkra kapsamında olmadığı,

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.