

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2022/033
Gündem No	: 58
Karar Tarihi	: 22/06/2022
Karar No	: 2022/DK.D-228
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 7
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 ile 8/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-200 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) Sözleşme süresi bitip cezalı çalışılan işlerde Esaslara göre sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği; Esasların 13 üncü maddesine göre sözleşmenin fesih tarihinin hangi tarih olduğu; fesih başvurusunda bulunan yükleniciye başvuru öncesinde veya sonrasında kesilmiş ya da kesilecek gecikme cezalarının iade edilip edilmeyeceği; fesih başvurusundan önce veya sonra idarece yüklenicinin yasak fiil veya davranışının tespit edilmesi halinde nasıl bir işlem tesis edileceği hususlarına ilişkin olarak:

Esasların 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında “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,

13 üncü maddesinde “(1) Bu Esaslara göre sözleşmenin feshedilerek tasfiye edilebilmesi için yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvuruda bulunması zorunludur. Ancak 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesine göre devredilen sözleşmeler için gerçekleşme oranı hangi seviyede olursa olsun bu fıkra kapsamında fesih başvurusunda bulunulamaz. Yüklenicinin fesih başvurusunda bulunması, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 22/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-228

(2) Başvuru üzerine idarece 30 gün içerisinde, sözleşmenin gerçekleşme oranının 15/4/2022 tarihi itibarıyla ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ini geçip geçmediği tespit edilir. Gerçekleşme oranının tespitinde bu tarihe kadar gerçekleştirilen imalatlara/işlere/teslimatlara ilişkin onaylanan hakedişlerin ilk sözleşme bedeline oranı dikkate alınır. Onaylanan hakedişten; yapım işleri ile hizmet alımları için hakediş raporunun yüklenici veya vekili tarafından imzalanıp idareye verilmesini müteakip yetkili makamlar tarafından varsa gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra imzalanması, mal alımları için ise kabule/kısmi kabule ilişkin belgenin yetkili makam tarafından onaylanması anlaşılar. Gerçekleşme oranının yüzde 15'i geçtiğinin tespit edilmesi halinde başvuru reddedilir. Kesin hesap sonucunda tespit edilen gerçekleşme oranı bu maddenin uygulanmasında dikkate alınmaz.

...

(5) Sözleşmenin feshine ilişkin başvuru yapılmış olması halinde artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkına ilişkin işlemler fesih işlemleri sonuçlandırıluncaya kadar durdurulur. Ancak sözleşmenin feshinden önce yükleniciye bu Esaslara göre artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı verilmiş olması halinde, ödenen tutar iade edilmedikçe fesih işlemleri sonuçlandırılmaz..." hükümleri bulunmaktadır.

Yukarıda aktarılan hükümlerden, 1/1/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden imzalanan sözleşmelerden 15/4/2022 tarihi itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ine kadar olanların (bu oran dâhil) yüklenicinin başvurusu halinde feshedilip tasfiye edileceği, bunun için yüklenicinin Esasların yürürlüğe girdiği 13/5/2022 tarihinden itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvuruda bulunması gerektiği, ancak 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesine göre devredilen sözleşmeler için gerçekleşme oranı hangi seviyede olursa olsun Esaslar kapsamında fesih başvurusunda bulunulamayacağı, sözleşmenin feshine ilişkin başvuru yapılmış olması halinde artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkına ilişkin işlemlerin fesih işlemleri sonuçlandırıluncaya kadar durdurulacağı, ancak sözleşmenin feshinden önce yükleniciye Esaslara göre artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı verilmiş olması halinde, ödenen tutar iade edilmedikçe fesih işlemlerinin sonuçlandırılmayacağı anlaşılmakta olup, varsa süre uzatımı dâhil iş bitim tarihi geçmiş olan sözleşmelerin Esaslar kapsamında feshedilemeyeceğine dair bir hüküm bulunmadığı görülmektedir.

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,

2) Kısmi teklife açık olan ihalelerde birden fazla kısım bakımından tek sözleşme

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 22/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-228

imzalandığı durumlarda, Esasların 13 üncü maddesine göre sözleşmeler hakkında fesih ve tasfiye kararı alınmasına dayanak teşkil eden, sözleşmenin gerçekleşme oranının 15/4/2022 tarihi itibarıyla ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ini geçip geçmediğine ilişkin tespitin ne şekilde yapılacağı hususuna ilişkin olarak:

Esaslar kapsamında, belirli şartlar dâhilinde sözleşmelerin feshedilip tasfiye edileceği hükme bağlanmış olup kısmi teklife açık olan ihaleler bakımından özel bir düzenleme öngörülmemiştir.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 16.4.3 üncü maddesinde “İşin tamamına veya bir kısmına teklif veren isteklinin teklif verdiği kısım veya kısımlardan birkaçı veya tamamı için ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenmesi söz konusu olduğunda, yapım işleri ihaleleri hariç, bu istekli ile tek bir sözleşme imzalanacaktır. Ancak, mal ve hizmet alımlarında bir idareye bağlı birimlerin ihtiyaçlarının bir merkezden yapılan ihale ile karşılanması amacıyla kısmi teklife imkan verilen ihalelere münhasıran ve idari şartnamenin “Kısmi teklife ilişkin açıklamalar” başlığı altında idarece bu hususun düzenlenmiş olması kaydıyla her bir kısım için ayrı ayrı sözleşme imzalanabilecektir. Ayrı ayrı sözleşmeye bağlanacak her kısım için ayrı kesin teminat alınacaktır.” açıklamalarına yer verilmiştir.

Bu doğrultuda, kısmi teklif verilmesine imkân tanınan mal ve hizmet alımlarında, kısımlardan birkaçı veya tamamı için ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak aynı isteklinin belirlenmesi söz konusu olduğunda, bu istekli ile tek bir sözleşme imzalanması kuralı getirilmiş olsa da, belli şartlar altında ayrı ayrı sözleşme yapılması hususunda idarelere takdir yetkisi tanındığı, Esaslarda da kısmi teklife açık olan ihaleler bakımından özel bir düzenleme öngörülmediği anlaşılmakta olup birden fazla kısma ilişkin tek sözleşme imzalandığı durumlarda, 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi kapsamındaki fesih ve tasfiye işlemleri bağlamında gerçekleşme oranının ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ini geçip geçmediğine ilişkin tespitin sözleşmeye konu her bir kısım için ayrı ayrı yapılmasının geçici 6 ncı maddenin amacına uygun olacağı, buna göre 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin uygulanması bakımından birden fazla kısım için tek sözleşmenin imzalandığı hallerde fesih ve tasfiyeye ilişkin tespit ve işlemlerin her bir kısım için ayrı ayrı yapılması gerektiği,

3) Esaslara göre sözleşmelerde hem ek fiyat farkının, hem de artırımlı fiyat farkının hesaplanıp hesaplanmayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların 4 üncü maddesinde sözleşmelerde, 1/1/2022 ile 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için hesaplanmak üzere artırımlı fiyat farkı, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için hesaplanmak üzere ise ek fiyat farkı tanımlanmış olup söz konusu fiyat farklarının hangi şartlar altında ne şekilde hesaplanacağı Esasların ilgili maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Esasların 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında “Ek fiyat farkı hesaplanması, bu Esasların artırımlı fiyat farkına ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hususlar çerçevesinde; sözleşmelerin ek fiyat farkı hesaplanan kısımları bakımından

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 22/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-228

artırımlı fiyat farkının da ayrıca hesaplanabileceği; buna göre, Esaslardaki şartların sağlanması kaydıyla, sözleşmelerde ilgili tarih aralıklarında gerçekleştirilen kısımlar için hem ek fiyat farkının hem artırımlı fiyat farkının Esasların ilgili hükümleri dikkate alınarak ayrı ayrı hesaplanması gerektiği,

4) 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 kapsamındaki uygulamalar bakımından geçerli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak:

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 uygun düştüğü ölçüde 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar kapsamındaki uygulamalar bakımından da geçerli olduğu,

5) Esasların 13 üncü maddesi çerçevesinde gerçekleşme oranının belirlenmesinde kullanılan 15/4/2022 tarihi itibarıyla onaylanan son hakediş tutarının doğruluğuna dair tereddüt hasıl olduğu durumlarda, hakediş tutarının sahada yapılan imalatlar ve/veya imalatlara dair tutulan kayıtlar üzerinden yeniden tespit edilip edilemeyeceği hususuna ilişkin olarak:

18/5/2022 tarihli ve 2022/DK.D-171 sayılı Kurul kararında; sözleşmenin feshedilip tasfiye edilmesinde, gerçekleşme oranının ilk sözleşme bedelinin yüzde 15’ini geçip geçmediğinin tespitinde hangi hakedişlerin dikkate alınacağı hususunda “4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinde, sözleşmenin fesih ve tasfiyesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih (15/4/2022) itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15’ine (bu oran dâhil) kadar olan sözleşmelerin yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edileceği, Esasların 13 üncü maddesinde ise gerçekleşme oranının tespitinde onaylanan hakedişlerin ilk sözleşme bedeline oranının dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler karşısında, Esaslar kapsamında sözleşmenin feshedilebilmesi için %15 oranının (bu oran dâhil) tespitinde; 15/4/2022 tarihi itibarıyla onaylanmış olan hakedişlerin toplam tutarının (iş artışları dâhil, fiyat farkları ve KDV hâriç, sözleşme fiyatları ile yapılan iş/teslimat tutarının) ilk sözleşme bedeline (iş artışları, fiyat farkları ve KDV hâriç) bölünmesi suretiyle bulunan oranın dikkate alınması gerektiğine” karar verilmiştir.

Öte yandan, Esasların 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında “...Kesin hesap sonucunda tespit edilen gerçekleşme oranı bu maddenin uygulanmasında dikkate alınmaz.” hükmü bulunmaktadır.

Bu çerçevede, sözleşmenin feshine ilişkin karar verilmesinde 15/4/2022 tarihi itibarıyla onaylanmış hakediş tutarlarının dikkate alınması gerektiği, hakediş tutarının doğruluğuna dair tereddüt hasıl olduğunda sahada yapılan imalatlar ve/veya imalatlara dair tutulan kayıtlara istinaden fesih kararına esas olmak üzere söz konusu hakediş tutarında sonradan değişiklik yapılamayacağı,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 22/06/2022
: 2022/DK.D-228

Anlaşılmakta olup, 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,

Oybirliği ile karar verildi.