

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No : 2022/021
Gündem No : 65
Karar Tarihi : 06/04/2022
Karar No : 2022/DK.D-114
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 ve 30/03/2022 sayılı 2022/DK.D-101 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) Esasların 8 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ek fiyat farkının hesaplanabilmesi için yüklenicinin Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvurusu gerektiği dikkate alındığında, 28/3/2022 tarihinde başvuruda bulunan yüklenicinin başvurusunun süresi içerisinde yapıp yapılmadığına ilişkin olarak:

Esasların 8 inci maddesinin birinci fıkrasında ek fiyat farkının hesaplanabilmesi için yüklenicinin Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvurusunun zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Esasların 24/2/2022 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında bu tarihi takip eden otuzuncu gün (26/3/2022) Cumartesi günü olup hafta sonu tatiline rastlamaktadır. Esaslarda ise, ek fiyat farkına dair son başvuru tarihinin hafta sonuna rastlaması durumuna ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

4735 sayılı Kanunun “Hüküm bulunmayan haller” başlıklı 36 ncı maddesinde “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümden anlaşıldığı üzere, kamu ihale sözleşmeleri mevzuatında sürelerle ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı hallerde Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir.

Bu çerçevede, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun sürelerle ilişkin genel esasların düzenlendiği maddeleri incelendiğinde, bunlar arasında yer alan “Tatil günleri” başlıklı 93 üncü maddesinde “İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer.” şeklinde yer alan hükümden, belli bir sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde sürenin sonunun tatil olmayan ilk gün olarak dikkate alınacağı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, Esasların yürürlüğe girdiği tarihi (24/2/2022) takip eden otuzuncu gün (26/3/2022 Cumartesi günü) hafta sonu tatiline rastladığından, ek fiyat farkı hesaplanması için yüklenicinin idareye başvuracağı son tarih olarak Esasların yürürlüğe girdiği 24/2/2022 tarihinden sonraki otuzuncu günü takip eden ilk işgünü olan 28/3/2022 tarihinin (Pazartesi günü) alınması gerektiği,

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 06/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-114

2) 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ilgili bentleri uyarınca kamu kurum ve kuruluşları tarafından sözleşme/protokol hükümlerine göre diğer kamu kurum ve kuruluşlarından karşılanan alımlara ilişkin olarak ek fiyat farkı hesaplanabilmesi ve/veya bu sözleşmelerin devredilebilmesi için sözleşme taraflarının karşılıklı mutabakatıyla sözleşme/protokol hükümlerinde ilave düzenleme yapılmasının tek başına yeterli olup olmayacağı diğer bir ifadeyle ilgili mevzuatında düzenleme yapılması koşulunun aranıp aranmayacağı hususuna ilişkin olarak:

Esasların "İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler" başlıklı 11 inci maddesinin birinci fıkrasında *"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."* hükmü yer almaktadır.

Bu çerçevede, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin birbirlerinden yaptıkları alımlarda ek fiyat farkı hesaplanabilmesi ve/veya bu sözleşmelerin devredilebilmesi için ilgili mevzuatında düzenleme yapılması koşulunun aranıp aranmayacağı hususuna ilişkin olarak 22/3/2022 tarihli ve 5008 sayılı yazı ile Hazine ve Maliye Bakanlığında görüş talep edilmiş olup 31/3/2022 tarihli ve 1087257 sayılı cevabi yazıda *"...4734 sayılı Kanundan istisna edilen alımlarla ilgili olarak 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi kapsamında ek fiyat farkı ödenebilmesi için ilgili mevzuatında (mevzuatın henüz çıkartılmamış olması halinde ise ilgili mevzuatın çıkartılması suretiyle konunun ele alınması) düzenleme yapılması gerektiği"* değerlendirmelerine yer verilmiştir.

Esasların yukarıda aktarılan hükmü uyarınca 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ilgili bentleri uyarınca kamu kurum ve kuruluşları tarafından sözleşme/protokol hükümlerine göre diğer kamu kurum ve kuruluşlarından karşılanan alımlara ilişkin olarak ek fiyat farkı hesaplanabilmesi ve/veya bu sözleşmelerin devredilebilmesi için 24/2/2022 tarihinden itibaren 120 gün içinde ilgili mevzuatında düzenleme yapılması, ilgili mevzuatın bulunmaması halinde ise bu konuda bir mevzuat düzenlemesi yapılması gerektiği, dolayısıyla sözleşme/protokol taraflarının karşılıklı mutabakatıyla sözleşme/protokol hükümlerinde ilave düzenleme yapılmasının tek başına yeterli olmayacağı,

3) 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (c) bendi kapsamında dış finansman yoluyla yaptırılan işler için Esasların 11 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca gerekli olan düzenlemenin Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanıp hazırlanmayacağına ilişkin olarak:

4734 sayılı Kanunun "İstisnalar" başlıklı 3 üncü maddesinin (c) bendinde, uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hâriç 4734 sayılı Kanuna tâbi olmadığı hüküm altına alınmıştır. Ancak anılan Kanunda, 3 üncü maddenin (c) bendi kapsamında yapılacak alımlara ilişkin usul ve esasların hangi merci tarafından belirleneceğine dair herhangi bir hükme yer verilmemekte, bahse konu alımlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi konusunda Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkisi de bulunmamaktadır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 06/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-114

Diğer taraftan, bahse konu alımlar uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılmakta olup, ihale ve sözleşme sürecine dair tatbik edilecek usul ve esaslar finansman anlaşmasında belirlenmektedir. Bu çerçevede söz konusu usul ve esasların, Esasların “İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler” başlıklı 11 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen “ilgili mevzuat”a karşılık geldiği,

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.