

## KAMU İHALE KURULU KARARI

<b>Toplantı No</b>	: 2022/028
<b>Gündem No</b>	: 53
<b>Karar Tarihi</b>	: 18/05/2022
<b>Karar No</b>	: 2022/DK.D-169
<b>Toplantıya Katılan Üye Sayısı</b>	: 7
<b>Gündem Konusu</b>	: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara Daire 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 24/03/2022 tarihli ve 2022/DK.D-94 sayılı, 30/03/2022 tarihli ve 2022/DK.D-101 sayılı, 6/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-114 sayılı, 13/04/2022 tarihli ve 2022/DK.D-129 sayılı ile 28/04/2022 tarihli ve 2022/DK.D-145 sayılı Kamu İhale Kurulu kararları alınmıştır. Ancak bu süreçte Kuruma başvurular yapılmaya devam etmekte olup, Kurumumuza intikal eden uygulamadaki diğer tereddütlerin aşağıdaki şekilde giderilmesine karar verilmiştir:

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:

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.

Esasların “Sözleşmenin devrine ilişkin uygulama esasları” başlıklı 9 uncu maddesinde “(1) 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...”

...  
(4) 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.

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

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 18/05/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-169

yapılmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, ek fiyat farkının edimi bizzat gerçekleştiren ve sözleşmeyi devreden yükleniciye ödenmesi gerektiği,

2) Devredilen sözleşmelerde sözleşmeyi devralan yükleniciden alınacak kesin teminatın, devreden yüklenicinin teminat verdiği tarihten sözleşmenin devredildiği tarihe kadar güncellenerek alınıp alınmayacağı, kesin teminatın güncellenmeksizin alındığı ve devir sonrasında teminatın gelir kaydedilmesi gereken bir durumun da ortaya çıkması halinde 4735 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca güncellenecek teminatlarda hangi tarihin esas alınması gerektiği hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun "Ek fiyat farkı ve/veya sözleşmenin devri" başlıklı geçici 5 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında "*Ayrıca bu kapsamdaki sözleşmeler; yüklenicinin başvurusu ve idarenin onayı ile devredilebilir. Devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar; devir tarihi itibarıyla aranacak olup devirden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz. Yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartları aranmaz. Sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir.*

*Bu kapsamda devredilecek sözleşmelerden damga vergisi alınmaz. 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. Yüklenici tarafından idarece uygun görülecek can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik tedbirlerin alınması şarttır.*" hükmüne yer verilmiştir. Kanun maddesindeki hükme uygun olarak Esasların "Sözleşmenin devrine ilişkin uygulama esasları" başlıklı 9 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında "*(2) Devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar; devir tarihi itibarıyla aranır. Ancak, yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartları aranmaz.*

*(3) Sözleşme devirlerinde, devirden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz, devredilecek sözleşmelerden damga vergisi alınmaz. Sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir.*" hükümlerine yer verilmiştir.

Öte yandan, Esasların 12 nci maddesi kapsamında alınan; 24/03/2022 tarihli ve 2022/DK.D-94 sayılı Kurul kararının ilgili bölümünde "*17) Devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda aranacak yeterlik kriterlerinin sözleşme bedeli üzerinden mi devredilen kısım üzerinden mi aranacağı hususuna ilişkin olarak:*

*Esasların 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında "Devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar; devir tarihi itibarıyla aranır. Ancak, yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartları aranmaz."* hükmü yer almaktadır.

*Anılan mevzuat hükmü uyarınca devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların, devir tarihi itibarıyla aranması gerektiği anlaşılmakta olup bu çerçevede sözleşmeyi devralacakların ilk sözleşme bedeli üzerinden belirlenecek yeterlik kriterlerini haiz olması gerektiği," hususuna, 30/03/2022 tarihli ve 2022/DK.D-101 sayılı Kurul kararının ilgili bölümünde "...4) Devredilen sözleşmelerde kesin teminat tutarının, sözleşmenin devredildiği tarih itibarıyla ifa edilmeyen kısım üzerinden mi yoksa sözleşmenin tamamı üzerinden mi*

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 18/05/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-169

*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,*

...

*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 yeterli dâhil yeterli şartlarını sağlaması gerektiği, bu çerçevede iş hacmi ve iş deneyimi gibi parasal yeterli 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” hususlarına yer verilmiştir.*

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ile ilgili Kurul kararları birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmenin Kanunun geçici 5 inci maddesi kapsamında devrinde, yeterli kriteri olarak ilk ihaledeki şartların devir tarihi itibarıyla aranacağı, yeterli değerlendirmesinde ilk sözleşme bedelinin herhangi bir güncelleme işlemine tabi tutulmaksızın esas alınacağı, buna karşın yeterli değerlendirmesi kapsamında sözleşmeyi devralacak kişi tarafından sunulan iş hacmi ve iş deneyimi gibi belgelerdeki parasal tutarların devir tarihi itibarıyla yayımlanmış en güncel endeks esas alınarak güncelleneceği, devralan yüklenicinin devreden yüklenici tarafından idareye verilmesi gereken kesin/ek kesin teminat tutarı kadar teminat vermesi gerektiği, ayrıca sözleşmeyi devralan kişinin, sözleşmeyi her türlü hak ve borcu ile birlikte devraldığı anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında, aynı Kanunu 19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan yurt içi üretici fiyat endeksine (Yİ-ÜFE) göre güncelleneceği, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki farkın ayrıca yükleniciden tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, kamu ihale sözleşmelerinde yükleniciler, sözleşmenin yüklenicinin kusuruna dayalı olarak feshedilmesi halinde kesin ve ek kesin teminat tutarının yanı sıra, bu teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar güncellenmesi sonucunda bulunan tutarı da ödeme borcu altına girmekte olup, yukarıda yer verilen Kurul kararı çerçevesinde sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devralan yüklenicinin sözleşmeyi her türlü hak ve borcu ile birlikte devraldığı hususu dikkate alındığında, devralan yüklenicinin bundan da sorumlu olması gerektiği anlaşılmaktadır.

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 18/05/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-169

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde, sözleşmenin devrinde devralan yüklenici tarafından kesin teminat olarak;

a) Devreden yüklenicinin kesin teminat ve ek kesin teminat tutarı ile bu teminatların verildiği tarihten devir tarihine kadar güncellenmiş bedeli kadar kesin teminat verilebileceği gibi,

b) Devralan yüklenicinin devreden yüklenicinin verdiği kesin ve ek kesin teminat tutarı kadar kesin teminatın devir tarihi itibarıyla güncellenmeksizin de verilebileceği,

Ancak, devir sonrasında teminatın gelir kaydedilmesinin gerekmesi halinde; (a) bendine göre kesin teminat veren yüklenicinin teminatının güncellenmesinde, devir kapsamında kesin teminatı idareye verdiği tarihin esas alınması gerektiği, (b) bendine göre kesin teminat veren yüklenicinin kesin teminatının güncellenmesinde ise devreden yüklenicinin kesin ve ek kesin teminatı idareye verdiği tarihin esas alınması gerektiği,

3) Yapım işine ilişkin sözleşmenin yüklenici tarafından eksik veya kusurlu bir şekilde ifa edilmesi üzerine eksik veya kusurlu ifa edilen kısmın yüklenicinin nam ve hesabına ifa edilmesini teminen ikinci bir ihaleye konu edildiği durumlarda, ikinci ihaleye ilişkin sözleşmede ek fiyat farkı hesabının yapılp yapılmayacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde 1/12/2021 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden veya bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü/geçici kabulü yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde ek fiyat farkı verilebileceği hükme bağlanmış olup, Esasların "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasında "(1) 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre 1/12/2021 tarihinden önce ihalesi yapılan ve 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin yürürlüğe girdiği 22/1/2022 tarihi itibarıyla devam eden veya 22/1/2022 tarihinden önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü/geçici kabulü yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk Lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde, 1/7/2021 ile 31/12/2021 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." hükmüne yer verilmiştir.

Esasların 12 nci maddesi kapsamında alınan 30/03/2022 tarihli ve 2022/DK.D-101 sayılı Kurul kararının ilgili bölümünde "... 23/2/2022 tarihli ve 5203 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile ek fiyat farkı verilmesi gereken sözleşmeler tespit edilmiş olup, bu Karar uyarınca idarelerin bağlı yetki çerçevesinde hareket etmesi gerektiği ve ek fiyat farkı verilmemesi yönünde takdir yetkisinin bulunmadığı..." açıklamasına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek Kanun maddesinde gerekse Esaslarda yer alan hükümler uyarınca, 1/12/2021 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve Türk lirası üzerinden imzalanan sözleşmelerin 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısmı için ek fiyat farkı hesabının yapılması zorunludur. Bu çerçevede, ihalenin hangi amaçla yapıldığından bağımsız olarak, 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve Esaslarda belirtilen şartları sağlayan her sözleşme için ek fiyat farkı hesabının yapılması

## KAMU İHALE KURULU KARARI

**Karar Tarihi**

: 18/05/2022

**Karar No**

: 2022/DK.D-169

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 Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

Oybirliđi ile karar verildi.