

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2022/031
Gündem No	: 54
Karar Tarihi	: 08/06/2022
Karar No	: 2022/DK.D-200
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 8
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 Kamu İhale Kurulu kararı alınmıştır. Ancak bu süreçte Kuruma başvurular yapılmaya devam etmekte olup, Kurumumuza intikal eden uygulamadaki diğer tereddütlerin aşağıdaki şekilde giderilmesi gerektiği;

1) İl özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ile bunların üyesi oldukları mahalli idare birliklerinin, doğrudan veya dolaylı olarak birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketlerden, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 20 nci maddesi kapsamında aldığı personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarına ilişkin sözleşmelerdeki ek fiyat farkı ve/veya artırımlı fiyat farkı hesaplamalarında izlenecek usule ilişkin olarak:

20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 126 ncı maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ve daha sonra 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanunun 117 nci maddesi ile aynen kabul edilen 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 20 nci maddesinde “İl özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetleri 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesindeki limit ve şartlar ile 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki sınırlamalara tabi olmaksızın doğrudan hizmet alımı suretiyle birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası bu idarelere ait ve halen bu kapsamda hizmet alımı yaptığı mevcut şirketlerinden birine, bu nitelikte herhangi bir şirketi bulunmuyorsa münhasıran bu amaçla kuracakları bir şirkete gödürebilir.

(Değişik ikinci fıkra: 25/7/2018-7145/25 md.) Bu madde kapsamındaki şirketlerin koruma ve güvenlik hizmeti alanındaki faaliyetlerinde 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun hükümleri uygulanır. Ancak;

a) Bu şirketlerin faaliyet alanının münhasıran koruma ve güvenlik hizmeti olması

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 08/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-200

zorunluluğu yoktur. Şirketler bu kapsamdaki faaliyetlerini ayrı bir bölüm hâlinde yürütür.

b) Şirketlerde özel güvenlik alanında istihdam edilen özel güvenlik görevlisi sayısının on kişiyi geçmemesi hâlinde özel güvenlik bölümü yöneticisinde en az lise mezunu olma şartı aranır. Kanunda belirtilen özel güvenlik temel eğitim şartı sadece bu bölümde görevli olan yöneticiler hakkında aranır.

c) Bu şirketler 5188 sayılı Kanununun 24 üncü maddesinde belirtilen ruhsat harcından muaftır.

ç) Bu şirketler kendi kurumları dışındaki özel ve kamu kurumlarına özel güvenlik hizmeti veremezler.

Bu madde kapsamındaki şirketlerde işçilerin işe alımı, işçilere ilişkin personel giderlerinin toplam giderler içindeki payına ilişkin üst sınırları, ilk defa alınacak işçilere ilişkin belirlenecek ölçütleri esas alarak yıllık sınırlamaları ve bu kapsamdaki alımlar ile harcamaları izlemeye ilişkin usul ve esasları belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.” hükmü yer almakta olup, maddede sayılan idarelerin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarının, bu idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketlerden “doğrudan hizmet alımı suretiyle” yapılabileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu Kanun maddesine dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan ve 28/4/2018 tarihli ve 30405 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İl Özel İdareleri, Belediyeler ve Bağlı Kuruluşları ile Bunların Üyesi Olduğu Mahalli İdare Birliklerinin Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Usul ve Esasların “Hizmetlerin gördürülmesi” başlıklı 6 ncı maddesinde “(1) İl özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerini 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesindeki limit ve şartlar ile 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki sınırlamalara tabi olmaksızın doğrudan hizmet alımı suretiyle, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası bu idarelere ait şirketlere gördürebilir.

(2) Belediye veya bağlı kuruluşlarından birinin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketlerden; aynı belediye veya bağlı kuruluşları tarafından da ortaklık oranlarına bakılmaksızın doğrudan hizmet alımı yapılması mümkündür.

(3) Bu kapsamda yapılacak personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerin bedelinin tespitinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin yaklaşık maliyetin tespitine ilişkin hükümlerine uyulması zorunludur. Bu Usul ve Esaslarda düzenlenmeyen hususlarda Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır.

(4) Bu kapsamdaki hizmet alımlarında taraflar arasında sözleşme imzalanması zorunludur.” hükmü yer almaktadır.

28/04/2022 tarihli ve 2022/DK.D-145 sayılı Kurul Kararıyla “...Gerek söz konusu Kanun Hükmünde Kararname maddesinde gerekse buna dayalı olarak çıkarılan usul ve esaslarda, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesindeki limit ve şartlara tabi olmaksızın doğrudan hizmet alımı suretiyle yapılabileceği belirtilmiştir.

375 sayılı Kanun Hükmüne Kararnamenin ek 20 nci maddesinde yer alan hüküm incelendiğinde, bu hükmün özel Kanunda/KHK’da düzenlenen ve 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinden bağımsız bir istisna hükmü olduğu sonucuna varılmıştır. Bu çerçevede bahse konu alımlara ilişkin olarak Esasların 11 inci maddesi uyarınca Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 120 gün içinde ilgili mevzuatında düzenleme yapılması kaydıyla ek fiyat farkı verilebileceği, ...”ne karar verilmiştir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 08/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-200

Esasların "İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler" başlıklı 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında "4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin, bu Kanun ile diğer kanunlarda yer alan ve birbirlerinden yapacakları alımlara ilişkin özel hükümler içeren istisnalara göre imzalanan sözleşme veya sözleşme hükmündeki protokoller için tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları kaydıyla bu Esaslara uygun olarak artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı verilebilir. Bu fıkra kapsamında artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı hesaplanabilmesi için yüklenici konumundaki idarenin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde alımı yapan idareye yazılı olarak başvurması gerekmektedir." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri ile Kurul Kararı uyarınca, il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ile bunların üyesi oldukları mahalli idare birliklerinin, doğrudan veya dolaylı olarak birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu şirketlerden, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 20 nci maddesi kapsamında aldıkları personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanundan istisna olduğu, bu çerçevede anılan işlere ilişkin sözleşmelerde 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca ek fiyat farkı ve/veya artırımlı fiyat farkı hesaplamalarının 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre tarafların karşılıklı olarak anlaşmaları ve yüklenici konumundaki idarenin 13/6/2022 tarihine kadar alımı yapan idareye yazılı olarak başvurması kaydıyla yapılabileceği,

2) Esasların yayımlandığı 13/5/2022 tarihinden önce sözleşmenin feshedilmesi konusunda yapılan yüklenici başvuruları ile bu başvurular üzerine idarelerce alınan fesih kararlarının geçerliliğine ilişkin olarak:

15/4/2022 tarihli ve 31810 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7394 sayılı Kanunun 19 uncu maddesi ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa "Ek fiyat farkı veya sözleşmelerin feshi " başlıklı Geçici 6 ncı madde eklenmiş ve madde hükmü 15/4/2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan maddede "...1/1/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ine kadar olanlar (bu oran dâhil) yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edilir. Geçici 5 inci maddeye göre devredilen sözleşmeler için bu fıkra kapsamında fesih başvurusunda bulunulamaz. Feshedilen sözleşmelerde birinci fıkranın (a) ve (b) bendindeki hükümler uygulanmaz. Sözleşmenin feshi halinde yüklenici hakkında fesihten kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz ve yüklenicinin teminatı iade edilir. Bu durumda, fesih tarihine kadar gerçekleştirilen imalatlar dışında idareden herhangi bir mali hak talebinde bulunulamaz ve 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel iade edilmez. Yüklenici tarafından can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik idarece uygun görülecek tedbirlerin alınması şarttır. Bu kapsamda düzenlenecek fesihnamelerden damga vergisi alınmaz. Bu fıkra kapsamında feshedilen sözleşmelere konu edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine yeniden ihale edilebilir.

...

Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dâhil yukarıdaki fıkraların uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespite

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 08/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-200

Cumhurbaşkanı yetkilidir..." hükmü,

Esaslar'ın 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında *"Bu esaslara göre sözleşmenin feshedilerek tasfiye edilebilmesi için yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvuruda bulunması zorunludur..."* hükmü bulunmaktadır.

Anılan mevzuat hükümlerinden, 1/1/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam eden sözleşmelerden, 15/4/2022 tarihi itibarıyla gerçekleşme oranı ilk sözleşme bedelinin yüzde 15'ine kadar olanların (bu oran dâhil) yüklenicinin başvurusu üzerine feshedilip tasfiye edileceği, sözleşmenin feshine dair hususlar dâhil yasa maddesinin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespiti Cumhurbaşkanının yetkili olduğu, bu çerçevede Esaslara göre sözleşmenin feshedilerek tasfiye edilebilmesi için yüklenicinin 13/5/2022 tarihinden itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvuruda bulunmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Anılan Kanun maddesinin Resmi Gazete'de yayımlandığı 15/4/2022 tarihinden sonra, ancak söz konusu Esasların yayımlandığı 13/5/2022 tarihinden önce ilgili hükme dayanılarak sözleşmenin feshine dair yüklenici başvurularının değerlendirmeye alınıp sözleşmelerin feshedilip edilemeyeceğine dair hususa benzer bir konu 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar kapsamında ek fiyat farkı ödenmesi konusunda idarelerce Kurumumuza iletilmiş olup konuya ilişkin 28/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-145 sayılı Kurul kararı alınmıştır. Anılan kararda 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar'ın yürürlüğe girdiği 24/2/2022 tarihinden önce ek fiyat farkı verilmesi konusunda idarelere yapılan yüklenici başvuruları için anılan Esaslar kapsamında ek fiyat farkı hesaplanıp hesaplanamayacağına ilişkin olarak *"...Esasların dayanağı olan 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin birinci fıkrasında "yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkına ilave olarak ek fiyat farkı verilebilir." şeklinde yer alan hükme istinaden anılan hükmün yürürlüğe girdiği 22/1/2022 tarihinden sonra olmakla birlikte Esasların yürürlüğe girdiği tarih olan 24/2/2022 tarihinden önce yapılan başvuruların Esaslar kapsamında dikkate alınması gerektiği,..."* hususlarına yer verilerek ilgili Esasların yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan başvuruların idarelerce değerlendirmeye alınmasına karar verilmiştir.

Bu itibarla, görüş talep edilen konuya ilişkin olarak idarelerce feshedilmiş sözleşmelerin 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 6 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar çerçevesinde sözleşmenin feshine ilişkin şartları sağlanması kaydıyla, yüklenici başvurularının Esaslar kapsamında yapıldığı kabulüyle değerlendirilmesi gerektiği, bu tür başvurular üzerine idarelerce alınan sözleşmenin feshi kararlarının da geçerli olduğu,

3) Yapım işlerinde, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için verilecek süre uzatımının tespitinde, gerçekleştirilemeyen işler bakımından yüklenici kusurunun bulunup bulunmamasının veya hakediş düzenlenip düzenlenmesinin dikkate alınıp alınmayacağı, ayrıca söz konusu işlerde ödenek aktarımının hangi şekilde gerçekleştirileceği hususlarına ilişkin olarak:

Esasların "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında, *"1/4/2022 tarihinden*

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 08/06/2022

Karar No

: 2022/DK.D-200

önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen (3 üncü maddesindeki istisnalar dâhil) yapım işlerine ilişkin Türk Lirası üzerinden imzalanan ve 15/4/2022 tarihi itibarıyla devam eden (geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı bu Esaslara göre verilir.” hükmü,

“Süre uzatımına ilişkin uygulama esasları” başlıklı 12 nci maddesinde, “...(2) Başvurunun uygun görülmesi halinde, bu hususun yükleniciye tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde revize iş programı yüklenici tarafından düzenlenerek idarenin onayına sunulur. Onaylanan revize iş programına göre işe devam edilir ve bu işlerde 31/3/2022 tarihinden sonra gerçekleştirilen iş miktarına ilişkin fiyat farkı hesabı revize iş programı dikkate alınarak, ikinci bölümdeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, ilgili sözleşmeye esas ihalenin ilanı veya duyurusunun yapıldığı tarihte geçerli olan Fiyat Farkına İlişkin Esaslara göre yapılır.

(3) Uzatılacak süre, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasındaki (bu tarihler dâhil) iş programına göre; gerçekleştirilemeyen iş miktarının, bu tarihler arasındaki günlük iş miktarına bölünmesiyle tespit edilir.

(4) 1/1/2022 tarihinden önce işin süresi sona eren ancak bu tarihten sonra cezalı çalışılan işlerde bu Esaslar kapsamında süre uzatımı verilemez...” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca, Esasların 2 nci maddesinde yer verilen koşulları sağlayan yapım işi sözleşmelerinde, 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarı için süre uzatımı verilmesi gerekmekte olup bahse konu sürenin Esasların 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anılan tarih aralığında iş programına göre gerçekleştirilemeyen iş miktarının, bu tarihler arasındaki günlük iş miktarına bölünmesiyle tespit edilmesi, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de iş programının revize edilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, süre uzatımı kararına esas olarak, idare tarafından öncelikle iş programına göre 1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında gerçekleştirilmesi gerekirken herhangi bir sebeple gerçekleştirilemeyen imalatların tespit edilmesi, ardından gerçekleştirilemeyen iş miktarının bu tarihler arasındaki günlük iş miktarına bölünmesiyle verilecek ek sürenin tespit edilmesi gerektiği, diğer taraftan Esasların 12 nci maddesinin dördüncü fıkrasında 1/1/2022 tarihinden önce işin süresi sona eren ancak bu tarihten sonra cezalı çalışılan işlerde süre uzatımı verilemeyeceğinin hüküm altına alındığı bunun dışında süre uzatımı kararına esas olacak imalatların gerçekleştirilmemesinde yüklenici kusurunun bulunup bulunmaması yahut söz konusu imalatların hakedişe bağlanıp bağlanmaması yönünde bir kısıtlama getirilmediği, öte yandan süre uzatımı kararı verilmesi halinde ödenek aktarımına ihtiyaç olması durumunda işlemlerin ilgili mali mevzuata göre yapılması gerektiği,

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.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 08/06/2022
: 2022/DK.D-200