

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2022/040
Gündem No	: 45
Karar Tarihi	: 24/08/2022
Karar No	: 2022/DK.D-308
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 7
Gündem Konusu	: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 ve 6 ncı Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara Dair Tereddütlerin Giderilmesi

A) 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 24/3/2022 tarihli ve 2022/DK.D-94 sayılı, 30/3/2022 tarihli ve 2022/DK.D-101 sayılı, 6/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-114 sayılı, 13/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-129 sayılı, 28/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-145 sayılı, 18/5/2022 tarihli ve 2022/DK.D-169 sayılı, 8/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-201 sayılı ile 26/7/2022 tarihli ve 2022/DK.D-268 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 konusu malın fiilen kullanılabilmesi için ayrıca montaj/kurulum/birleştirme vb. işlemin yapılmasının zorunlu olduğu ve/veya bünyesinde farklı parça/bileşenler bulundurmakla birlikte bir bütün olarak ürün seti şeklinde ihalesi gerçekleştirilen mal alımı sözleşmelerinde, ek fiyat farkı hesabına esas uygulama ayının tespitinde dikkate alınması gereken fiili teslim tarihinin ne olması gerektiği hususuna ilişkin olarak:

Esasların “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesinde “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.” hükmü,

Aynı Esasların “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde ise “(1) Bu Esasların uygulanmasında;

...
f) Güncel endeks: Uygulama ayına ait Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan ilgili endeksi,

...
l) Uygulama ayı: İşlerin gerçekleştirildiği veya malın teslim edildiği ayı,

...
ifade eder.” hükmü bulunmaktadır.

Diğer yandan, 24/03/2022 tarih ve 2022/DK.D-94 sayılı Kurul kararında “...4) Hakedişlerin aylık olarak düzenlenmediği işlerde ek fiyat farkı hesabına esas olarak hangi ayın

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

endeksinin kullanılacağı hususuna ilişkin olarak:

...
Bu çerçevede, ek fiyat farkı hesaplamalarına ilişkin olarak 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen kısımların tespitinin yapılması gerektiği, hakedişlerin aylık olarak yapılmadığı durumlarda hakediş tarihinin dikkate alınmasının uygun olmayacağı, bu ve benzeri hallerde idareler tarafından 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında imalatın/işin/teslimatın fiili olarak gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilerek, imalatın/işin/teslimatın fiili gerçekleştirildiği ayın endeksinin kullanılması gerektiği,

...
14) Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "gerçekleştirilen kısımlar" ifadesinden hakediş ödemesinin mi yoksa imalatın yerinde gerçekleşme durumunun mu anlaşılması gerektiği hususuna ilişkin olarak:

Anılan fıkra da yer alan "gerçekleştirilen kısımlar" ifadesinden, 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında sözleşme konusu iş kapsamında iş/imalat/teslimat programına uygunluk şartı aranmaksızın yüklenici tarafından fiili olarak yapılan iş, imalat ve/veya teslimat miktarının anlaşılması gerektiği," ifadelerine yer verilmiştir.

Aktarılan hususlar çerçevesinde, 4734 sayılı Kanuna göre 1/12/2021 tarihinden önce ihalesi yapılan ve 22/1/2022 tarihi itibarıyla devam eden veya 22/1/2022 tarihinden önce fesih veya tasfiye edilmeksizin kabulü/geçici kabulü yapılan mal alımlarına ilişkin olarak 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 ek fiyat farkı hesaplanacağı,

Ek fiyat farkı hesaplamalarında; güncel endeksin uygulama ayına ait Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan ilgili endeksi, uygulama ayının ise malın teslim edildiği ayı ifade ettiği, "gerçekleştirilen kısımlar" ifadesinden ise 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında sözleşme konusu iş kapsamında teslimat programına uygunluk şartı aranmaksızın yüklenici tarafından fiili olarak yapılan teslimat miktarının anlaşılması, ayrıca yapılacak ek fiyat farkı hesaplamalarında da teslimatın fiili olarak gerçekleştirildiği ayın endeksinin kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, sözleşmesinde ara teslimat ve buna istinaden ara ödeme yapılacağına ilişkin hüküm bulunmaması koşuluyla;

a) Sözleşme konusu malın fiilen kullanılabilmesi için ayrıca montaj/kurulum/birleştirme vb. işlemin yapılmasının zorunlu olduğu hallerde, söz konusu montaj/kurulum/birleştirme vb. işlem sonrasında yüklenici tarafından malın fiilen kullanılabilir halde teslim edildiği tarihin,

b) Bünyesinde farklı parçalar/bileşenler bulundurmakla birlikte bir bütün olarak ürün seti şeklinde ihalesi gerçekleştirilen mal alımı sözleşmelerinde, söz konusu parça/bileşenlerin farklı tarihlerde idareye teslim edilmesi halinde, en son parça/bileşenin teslim edildiği tarihin,

Teslimatın fiili olarak gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmesi, güncel endekse esas uygulama ayının belirlenmesinde de bu tarihin esas alınması gerektiği,

2) Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) yer alan puan birimleri

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 24/08/2022
: 2022/DK.D-308

üzerinden ihale edilen hizmet alımlarından, ihale dokümanında SUT puanlarında değişiklik yapıldığında ödemelerin ihale tarihinde değil, ilgili (işin yapıldığı) ayda geçerli olan puanlar üzerinden gerçekleştirileceğinin belirtildiği işler için 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar kapsamında ek fiyat farkı hesabı yapıp yapılmayacağına ilişkin olarak:

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın "Fiyat farkı hesabı" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasının "*Fiyat farkı aşağıdaki formüllere göre hesaplanır:*

a) Sağlık Uygulama Tebliğinde fiyatları belli olan teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımlarında; $F = An \times B \times [(Sn/So)-1]$

...
i) So: Sağlık Uygulama Tebliğinde yer alan ve ihale tarihinin içinde bulunduğu ayda geçerli fiyatı,

i) Sn: Sağlık Uygulama Tebliğinde yer alan ve sözleşmeye göre hizmetin gerçekleştirilmesi gereken ayda geçerli fiyatı" hükmü,

Anılan Esasların "Uygulama esasları" başlıklı 7 nci maddesinin onbirinci fıkrasında "*Teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımlarında puan birimi üzerinden sözleşmeye bağlanan işlerde bir hizmetin puanının artırılmasından veya azaltılmasından kaynaklanan fiyat değişimleri için fiyat farkı hesaplanamaz.*" hükmü yer almaktadır.

Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), yararlananlar adına Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacak sağlık giderlerine ilişkin ödemelerin yapılma usul ve esaslarının belirlenmesi amacıyla yayımlanmış olup SUT'ta yer alan düzenlemeler çerçevesinde, sağlık hizmetlerinin sunumu için gerekli ihtiyaçlar, hizmet sunucusu kuruluşlar tarafından iki farklı teklif alma yöntemi kullanılarak ihale edilebilmektedir. Buna göre;

- İlk durumda SUT'ta fiyatı belli olan ürün ve hizmetler için "adet" belirlenmesi yapılarak ihaleye çıkılmakta ve "adet" başına fiyat alınmakta,

- İkinci durumda ise puanlar üzerinden ihaleye çıkılmakta ve Tebliğ ekindeki listelerde yer alan ilgili işlemler için Tebliğin 2.2 nci maddesinin 16 numaralı bendinde belirtilen 0,593 katsayısı yerine isteklilerin teklif edecekleri katsayı üzerinden hesaplanacak şekilde "toplam puan" üzerinden teklif alınmaktadır. Böylece ihaleye konu ürün ve hizmetler için ödenecek bedel, anılan listelerde yer alan puanlar ile isteklilerin 0,593 katsayısı yerine teklif ettiği katsayının çarpımı sonucunda belirlenmektedir.

Aktarılan iki farklı teklif alma yöntemi, fiyat farkı hesaplanması bağlamında incelendiğinde; 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların "Fiyat farkı hesabı" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, SUT'ta fiyatları belli olan teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımlarında fiyat farkının bu bentte yer verilen formüle göre hesaplanacağına, "Uygulama esasları" başlıklı 7 nci maddesinin onbirinci fıkrasında ise puan birimi üzerinden sözleşmeye bağlanan teşhis ve tedaviye yönelik işlerde bir hizmetin puanının artırılmasından veya azaltılmasından kaynaklanan fiyat değişimleri için fiyat farkı hesaplanamayacağına hüküm altına alındığı, dolayısıyla SUT'ta fiyatı belli olan işler ile SUT'ta yer alan puan birimleri üzerinden ihaleye çıkılan işler bakımından iki ayrı düzenlemeye yer verildiği görülmektedir.

Puan birimi üzerinden sözleşmeye bağlanan teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımlarının ihale dokümanlarında, fiyat farkı verilmeyeceği düzenlenmekle birlikte SUT'ta yer alan puanlar

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

değiştirildiğinde ödemelerin yeni puanlar üzerinden yapılacağına ilişkin bir hükme de yer verilmişse, yüklenicilere güncel puan üzerinden ödeme yapılmasından dolayı zaten fiili bir fiyat farkı mekanizması işletilmiş olduğundan, bu sözleşmeler niteliği itibarıyla fiyat farkı hesaplanan sözleşmeler haline gelmektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmelere ilişkin değerlendirmelerin 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların fiyat farkı hesaplanması öngörülen sözleşmelere ilişkin hükümleri çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Esasların "Hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabı" başlıklı 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının;

(b) bendinde, 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 yapılacak ek fiyat farkı hesabına,

(c) bendinde, 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 yapılacak ek fiyat farkı hesabına,

(ç) bendinde, ihale dokümanında sadece Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine göre fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmeler için yapılacak ek fiyat farkı hesabına,

Yer verilmiştir. Anılan bentlerin hiç birisinde SUT'ta yer alan puanlardaki değişiklikler çerçevesinde yeni puanlar üzerinden ödeme yapıldığı için fiyat farkı hesaplanması sonucunu ortaya çıkaran sözleşmelere ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, bu tip sözleşmelerden, ihale dokümanında sadece Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine göre fiyat farkı hesaplanacağı yönünde hüküm bulunanlar için de yukarıda aktarılan (ç) bendi kapsamında ek fiyat farkı hesaplanması mümkün görülmemektedir. Çünkü, (ç) bendi yalnızca tam zamanlı işçilikten kaynaklanan artışlar için fiyat farkının (asgari ücrette meydana gelen değişikliklerin) hesaplandığı ancak ihale konusu iş kapsamında yer alan diğer girdilerde oluşan fiyat artışları için fiyat farkının hesaplanmadığı sözleşmeleri kapsamakta olup; SUT'ta yer alan puanlarda yapılan değişiklik sonucunda yeni puanlar üzerinden ödeme yapılan işlerde, tam zamanlı işçilik maliyetleri dışındaki girdiler için de zaten fiyat farkı ödemesi yapılması sonucu doğmaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, bu madde kapsamında ek fiyat farkı verilebilecek alım türleri ile ürün ve girdiler dâhil, ek fiyat farkı hesaplamalarına ilişkin esas ve usulleri tepite Cumhurbaşkanının yetkili olduğu hüküm altına alınmış ve bu yetkiye dayanılarak, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar yürürlüğe konulmuştur. Bu Esaslara göre ek fiyat farkı hesabı yapılması da ancak ek fiyat farkı hesaplanacak alım türleri ve girdilerin Esaslarda belirtilerek, ek fiyat farkına ilişkin hesaplama yöntemi vb. gerekli düzenlemelerin yapılması halinde mümkündür.

Dolayısıyla, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslarda SUT'ta yer alan puan birimleri üzerinden ihale edilen hizmet alımlarından, ihale dokümanında SUT puanlarında değişiklik yapıldığında ödemelerin ihale tarihinde değil, ilgili (işin yapıldığı) ayda geçerli olan puanlar üzerinden gerçekleştirileceğinin belirtildiği işler için ek fiyat farkı hesabı yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye ve formüle yer verilmeyerek söz konusu işlere ilişkin sözleşmeler kapsam dışında bırakıldığından, anılan

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

sözleşmeler için ek fiyat farkı hesaplanmasının mümkün olmadığı,
Değerlendirilmektedir.

B) 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, 8/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-200 sayılı, 22/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-228 sayılı, 29/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-246 sayılı, 26/7/2022 tarihli ve 2022/DK.D-268 sayılı ile 10/8/2022 tarihli ve 2022/DK.D-292 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) Sözleşmesindeki fiyat farkı formülünde yer alan (B) katsayısının 0,90’dan farklı olduğu (örneğin 0,85) istisna kapsamında yapılan alımlara ilişkin sözleşmeler için artırımlı fiyat farkının azami ne kadar hesaplanabileceğine ilişkin olarak:

Esasların “İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmeler” başlıklı 5 inci maddesinde “(1) Yapım işlerinde, 1/1/2022 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için fiyat farkı hesaplanmasında Fiyat Farkına İlişkin Esasların 5 inci maddesindeki formülde yer alan B katsayısı 0,90 yerine 1,00 olarak uygulanır.

(2) Hizmet alımlarında, 1/1/2022 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için fiyat farkı hesaplanmasında Fiyat Farkına İlişkin Esasların 5 inci maddesindeki formülde yer alan B katsayısı 0,90 yerine 1,00 olarak uygulanır.

(3) Mal alımlarında, 1/1/2022 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) teslim edilen kısımlar için fiyat farkı hesaplanmasında Fiyat Farkına İlişkin Esaslara göre hesaplanan fiyat farkı tutarı yüzde 10 oranında artırılarak verilir.” hükmü,

Esasların “İstisna ve kapsam dışı alımlara ilişkin hükümler” başlıklı 14 üncü maddesinde “(1) 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 maddede belirtilen şartları sağlayan sözleşmeler için, bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 120 gün içinde bu Esaslara uygun olarak ilgili mevzuatında düzenleme yapılması

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

kaydıyla;

a) 1/1/2022 - 31/12/2023 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için artırımlı fiyat farkı hesaplanabilir.

...

(2) 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.

(3) Artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı, ikinci ve üçüncü bölümlerde belirtilen mal ve hizmet alımları ile yapım işleri sözleşmelerinde hesaplanabilir. Bu kapsamda hesaplanan artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı tutarı, bu Esaslara göre verilebilecek artırımlı fiyat farkı ve/veya ek fiyat farkı tutarını aşamaz...” hükmü bulunmaktadır.

Anılan mevzuat hükümlerinden, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmeler için artırımlı fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin olarak, yapım işi ve hizmet alımı sözleşmelerinde fiyat farkı formülünde yer alan B katsayısının 0,90 yerine 1,00 olarak uygulanacağı; mal alımı sözleşmelerinde ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslarına göre hesaplanan fiyat farkı tutarının yüzde 10 oranında artırılacağı, istisna kapsamında yapılan alımlara ilişkin sözleşmelerde de Esaslardaki şartların sağlanması halinde artırımlı fiyat farkı hesaplanabileceği, ancak hesaplanan artırımlı fiyat farkı tutarının Esaslara göre verilebilecek artırımlı fiyat farkı tutarını aşamayacağı anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerde artırımlı fiyat farkı hesaplanırken, sözleşmeye göre hesaplanan fiyat farkı tutarına ilave olarak fiyat/endeks artışından kaynaklanan maliyet artışının yüzde 10'u oranında fiyat farkı hesaplanacağı, dolayısıyla istisna kapsamında yapılan alımlarda da sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkına ilave olarak verilebilecek artırımlı fiyat farkı tutarının fiyat/endeks artışı nedeniyle oluşan maliyet artışının yüzde 10'unu aşamayacağı, bu doğrultuda sözleşmesindeki fiyat farkı formülünde yer alan (B) katsayısının 0,90'dan farklı olduğu (örneğin 0,85 veya 1,10) istisna kapsamında yapılan alımlara ilişkin sözleşmeler için Kanunun geçici 6 ncı maddesine istinaden verilebilecek azami fiyat farkı tutarının, sözleşmesinde yer alan (B) katsayısına 0,10 eklenerek (örneğin 0,85 + 0,10= 0,95 veya 1,10 + 0,10=1,20 vb.) bulunan yeni B katsayısı ile hesaplanacak tutar olacaktır,

2) 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (a) bendine istinaden gecikme cezası uygulanan ve cezalı çalışma süresi 15/4/2022 tarihinden sonra fakat Esasların yürürlüğe girdiği 13/5/2022 tarihinden önce sona eren sözleşmelerde, yüklenicinin 4735 sayılı Kanunun Geçici 6 ncı maddesi kapsamında yaptığı sözleşmenin feshine ilişkin başvurusunun kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesinde “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

...

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” hükmü,

Anılan Kanun’un “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinin birinci fıkrasında “19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.” hükmü,

Aynı Kanun’un 15/4/2022 tarihinde yürürlüğe giren “Ek fiyat farkı veya sözleşmelerin feshi” başlıklı Geçici 6’ncı maddede “1/4/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden (kabulü/geçici kabulü onaylanmamış olan) sözleşmelerde;

...

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 fesihden 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 tespiti Cumhurbaşkanlığı yetkilidir...” hükmü,

Esasların “Kapsam” başlıklı 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

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

Esaslara göre feshedilip tasfiye edilir.” hükmü,

Esasların “Sözleşmenin feshine ilişkin uygulama esasları” başlıklı 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. 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.*” hükmü yer almaktadır.

Ayrıca, Esasların “Tereddütlerin giderilmesi” başlıklı 15 inci maddesine istinaden alınan 22/6/2022 tarihli ve 2022/DK.D-228 sayılı Kurul kararının ilgili kısmında “...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:

...
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 Kanununun 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 Kanununun 25 inci maddesinde sayılan sahte belge düzenlemek, hile, rüşvet, nüfuz kullanma ve benzeri diğer hollere ilişkin yasak fiil ve davranışlar ile aynı Kanununun 21 inci maddesi uyarınca sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle ise yasaklamaya ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceği, ...” ne karar verilmiştir.

Anılan mevzuat hükümleri ve Kurul kararından;

Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği, bu durumda ihtar süresinin bitiminde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı,

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 olanların (bu oran dâhil) yüklenicinin başvurusu halinde 4735 sayılı Kanununun geçici 6 ncı maddesi kapsamında feshedilebileceği, bunun için yüklenicinin Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 24/08/2022

Karar No

: 2022/DK.D-308

içerisinde idareye yazılı olarak başvuruda bulunması gerektiği, iş bitim süresi geçmiş olup yüklenicinin cezalı çalıştığı sözleşmelerin de Esaslar kapsamında feshedilip tasfiye edilebileceği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, 4735 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinde gecikme cezalı olarak yürütülen sözleşmelerin yüklenicisinin fesih talebinde bulunamayacağına ilişkin bir hükmün bulunmadığı, geçici 6 ncı maddenin amacının piyasada yaşanan fiyat artışları nedeniyle bunun yürüyen sözleşmelere olumsuz etkisinin bertaraf edilmesi ve sözleşmenin fesih talebinin de bu çerçevede madde kapsamındaki sözleşmeler açısından yükleniciye tanınan bir hak olduğu, geçici 6 ncı maddenin yürürlüğe girdiği 15/4/2022 tarihi itibarıyla sözleşmenin cezalı çalışma sürecinde de olsa devam eden bir sözleşme olması nedeniyle Esasların kapsamına girdiği,

Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte madde kapsamındaki sözleşmelerin tarafı yükleniciler için ek fiyat farkı, artırımı fiyat farkı, süre uzatımı veya sözleşmenin feshi hususunda seçimlik hakkın doğduğu ve aynı madde uyarınca; madde kapsamında yer alan sözleşmelerin feshi hususundaki usul ve esasların Cumhurbaşkanınca belirleneceği, buna göre; sözleşmenin feshi sürecindeki iş ve işlemlerin Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulan Esaslara göre yürütüleceği, Esasların 13/5/2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girdiği dikkate alındığında azami cezalı çalışma süresinin bitim tarihi itibarıyla Esaslar henüz yayımlanmadığından yüklenicinin Esaslar kapsamında fesih başvurusunda bulunmasının objektif olarak beklenilemeyeceği,

Netice itibarıyla, kanunların kural olarak geleceğe etkili sonuç doğurduğu ve geçici 6 ncı maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte yüklenicilere seçimlik hakkın tanınmış olduğu, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlara da geçici 6 ncı maddenin uygulanabileceği, Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlüğe konulan Esasların geçici 6 ncı maddeyle tanınan haklar yönünden kurucu nitelikte olmadığı, söz konusu Esaslarda bu hakların kullanılması hususunda kuralların belirlendiği, Kanun maddesinde Cumhurbaşkanı kararından önce feshedilmiş sözleşmelere geçici 6 ncı maddenin uygulanmayacağı yönünde bir hükme de yer verilmediği, aksi yönde yorumun hakkaniyete ve Kanunun maddesinin amacına aykırı olacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (a) bendine istinaden gecikme cezası uygulanan ve cezalı çalışma süresi 15/4/2022 tarihinden sonra fakat 13/5/2022 tarihinden önce sona eren sözleşmelere ilişkin olarak sözleşmenin 4735 sayılı Kanunun Geçici 6'ncı maddesindeki diğer koşulları sağlaması kaydıyla feshedilebileceği,

Anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1) 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 12 nci maddesi ile 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,

2) Kararın Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanmasına,

Oybirliği ile karar verildi.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No

: 24/08/2022
: 2022/DK.D-308