

Bülten: 2022/9

Tarih: 18.04.2022

SİMDATA BÜLTEN

1. Kamu İhale Kurumu tarafından 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esaslara Dair Tereddütlerin Giderilmesi Hakkındaki 4. Kurul Kararı yayımlanmıştır. 2022/DK.D-129 Göre;

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 sayılı 2022/DK.D-94 sayılı, 30/03/2022 sayılı 2022/DK.D-101 sayılı ve 6/4/2022 tarihli ve 2022/DK.D-114 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) 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesi uyarınca alt yüklenicilere de ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Ek fiyat farkına ilişkin uygulama esasları" başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Ek fiyat farkının hesaplanabilmesi için yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvurması zorunludur.*" hükmü uyarınca ek fiyat farkı hesaplanabilmesi için yüklenicinin başvuruda bulunması gerekmekte olup, bu çerçevede alt yükleniciye ödeme yapılması konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu itibarla, ek fiyat farkı ödemelerinin alt yüklenicilere yansıtılıp yansıtılmayacağı hususunun taraflarca, alt yüklenicilik sözleşmesinin ilgili hükümleri ile varsa ilgili mevzuatındaki hükümlere göre sonuçlandırılması gerektiği,

2) Proje hizmet alımı işlerinin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında değerlendirilerek Esasların 6 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği ve anılan fıkra da yer alan kısa süreli hizmetler ifadesinden hangi sürenin anlaşılması gerektiği hususlarına ilişkin olarak:

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde “*Bu Kanunun uygulanmasında;*

...
Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,

...
İfade eder." hükmü,

Aynı Kanunun "Danışmanlık hizmetleri" başlıklı 48 inci maddesinin birinci fıkrasında "Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadaastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır." hükmü,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasında "4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen ve 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre Türk parası üzerinden sözleşmeye bağlanan hizmet alımlarında uygulanacak fiyat farkı bu Esaslara göre hesaplanır. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan hizmetlerden; araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta, muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmetlere fiyat farkı ödenmez." hükmü,

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların "Hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabı" başlıklı 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında ise "Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta, muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet alımlarında bu Esaslara göre ek fiyat farkı hesaplanmaz." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden 4734 sayılı Kanunun uygulanmasında dikkate alınacak hizmet alımlarının Kanunun 4 üncü maddesinde tadadı sayma yoluyla belirlendiği, bu kapsamda danışmanlık işleri ile fikrî ve güzel sanat hizmetlerinin ayrı ayrı sayıldığı, danışmanlık hizmetlerinin kapsamının ise Kanunun 48 inci maddesinde özel olarak yine sayma yoluyla belirlendiği anlaşılmaktadır.

Nitekim yürürlükte bulunan Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 2 nci maddesi ile 4735 Sayılı Kanunun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 6 ncı maddesinde hüküm altına alınan fiyat farkı verilmeyecek alımların belirlenmesinde; 4734 sayılı Kanunun 4 üncü ve 48 inci maddelerinde yapılan söz konusu ayırım gözetilerek Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikte olanların özel olarak sayıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, Kanunun 48 inci maddesine yer verilen mimarlık ve mühendislik gibi danışmanlık hizmetlerine ilişkin proje hazırlama işlerinin teknik niteliği haiz olduğu dikkate alındığında gerek kamu ihale mevzuatının gerekse de 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin uygulanması bakımından fikrî ve güzel sanatlara yönelik hizmetler kapsamında değerlendirilemeyeceği,

Ayrıca, Esasların 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında, ek fiyat farkı hesaplanmayacak alımlar olarak belirlenen; araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat alımları; nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler olarak addedildiklerinden anılan alımlar için ayrıca bir süre hesabı yapılmasına gerek bulunmadığı, diğer bir ifadeyle sayılan hizmetler için süreden bağımsız olarak ek fiyat farkı hesaplanmaması gerektiği,

3) İhale dokümanında fiyat farkı hesabına esas olarak ilgili formüldeki, diğer malzemelerin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayının (b5) “1” olarak belirlendiği durumlarda, ek fiyat farkı hesabında hangi (E) katsayısının kullanılması gerektiği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 5 ve 6 ncı maddeleri uyarınca ek fiyat farkı hesabında “ $F_e = A_n \times E \times (P_n - 1)$ ” formülünün kullanılması gerekmekte olup anılan hesaplamalarda (E) katsayısının kural olarak, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen sözleşmeler için 0,56; 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 0,41; 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 ise 0,33 sabit katsayısının kullanılması gerekmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat açıklamaları doğrultusunda, ihale dokümanında fiyat farkı hesabında kullanılacak girdilerin ağırlık oranlarına ilişkin temsil katsayısı/katsayıları ile ilgili TÜİK endeksi/endekslerinin belirlendiği sözleşmelerde, ek fiyat farkı hesabında (E) katsayısının 0,33 olarak dikkate alınması gerektiği,

4) Esaslarda, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen mal alımlarında ek fiyat farkı hesabında kullanılan “A1” değişkenine ilişkin bir tanıma yer verilmediği, Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslardaki A1 tanımına göre doğalgaz alımları için ihale tarihinin içinde bulunduğu aydaki endeksin esas alınacağı, bu durumda fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen ve 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen doğalgaz alımlarında temel endeks olarak ihale tarihinin içinde bulunduğu endeksin mi yoksa 2021 yılı Haziran ayına ait endeksin mi esas alınacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks olarak kabul edileceği hükme bağlanmış, Esasların “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde temel endeks, kanun maddesindeki hükme paralel bir biçimde 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde 2021 yılı Haziran ayına ilişkin Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan ilgili endeks olarak tanımlanmıştır.

Esasların “Mal alımlarında ek fiyat farkı hesabı” 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) beninde ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmelerde, ek fiyat farkı hesabının $Fe = (M \times B) \times E \times [(A2/A1) - 1]$ formülüne göre yapılacağını düzenlendiği, Esaslarda formülde geçen “A1” değişkenine ilişkin bir tanıma yer verilmediği, bu maddede tanımına yer verilmeyen değişkenler için Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslardaki tanımların geçerli olduğu belirtilmiş olup, buradaki yollamanın Esaslarda düzenlenmeyen hususlar bakımından hüküm ifa ettiği, bu itibarla, “A1” değişkenine hangi ayın endeksinin uygulanacağına ilişkin olarak Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslardaki hükmün uygulamasının mümkün olmadığı, gerek 4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde gerekse Esasların 4 üncü maddesindeki hüküm çerçevesinde 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde 2021 yılı Haziran ayına ait endeksin temel endeks olarak kabul edilmesi gerektiği,

5) Yüklenici tarafından ek fiyat farkı için yapılan başvuru dilekçelerinde 1/7/2021 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen imalatlara ilişkin hakedişlerin bir kısmının açıkça ifade edilerek ek fiyat farkı talebinde bulunduğu durumlarda, başvuru dilekçelerinde açıkça talep edilmeyen ancak 1/7/2021 - 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen imalatlara ilişkin hakedişler için de ek fiyat farkı hesabının yapıp yapılmayacağı hususuna ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinde ek fiyat farkı hesabı için yüklenicinin başvurusu şartı aranmıştır. Esasların “Ek fiyat farkına ilişkin uygulama esasları” başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında ek fiyat farkının hesaplanabilmesi için yüklenicinin bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde idareye yazılı olarak başvurması zorunlu tutulmuştur.

Görüldüğü üzere ek fiyat farkı hesabı için yüklenicinin yazılı başvurusu zorunlu olup yukarıda yer verilen hükümler karşısında, yüklenicinin talebine bağlı kalınarak ek fiyat farkı hesabının yapılması gerektiği, bu itibarla 1/7/2021 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen imalatlara ilişkin hakedişler için yüklenicinin talepte bulunulmadığı hallerde, talepte bulunulmayan kısımlar açıkça anlaşılıyorsa bu kısımlar için ek fiyat farkı hesabının yapılmasının mümkün olmadığı,

6) Yazılım ve donanım hizmet alımı sözleşmelerinin, Esaslar çerçevesinde fiyat farkı verilebilecek hizmet alımlarından olup olmadığı hususuna ilişkin olarak:

Esasların "Hizmet alımlarında ek fiyat farkı hesabı" başlıklı 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunmayan araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, tanıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanatlar gibi nitelikleri itibarıyla kısa süreli hizmetler ile sigorta, muhasebe ve 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde yer alan danışmanlık hizmetlerinden mali ve hukuki nitelikteki hizmet alımlarında bu Esaslara göre ek fiyat farkı hesaplanmaz."* hükmüyle Esaslar kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmayacak hizmet alımları düzenlenmiş olup bahse konu hizmet alımının anılan fıkra kapsamında olmadığı,

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 verilmiştir.

2. Kamu İhale Kurumu tarafından 4735 sayılı Kanunun Geçici 6 ncı Maddesi Uyarınca Sözleşmelerin Feshinde Dikkat Edilecek Hususlara İlişkin 15.04.2022 tarihinde Önemli Duyuru yayımlanmıştır. Buna göre;

15 Nisan 2022 tarihli ve 31810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7394 sayılı Kanunun 19 uncu maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa eklenen geçici 6 ncı maddede “...(3)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...”

(5) 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...” hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hüküm 15 Nisan 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmekle birlikte, sözleşmelerin feshine dair işlemler, maddeye ilişkin esas ve usullerin yayımlanmasından sonra tamamlanabilecektir. Bu çerçevede;

- ✓ İdareler tarafından; devam eden sözleşmelerde yüklenicilerin fesih başvurusunda bulunabileceği de dikkate alınarak, sözleşmenin gerçekleşme oranının geçici 6 ncı maddede belirlenen yüzde 15 oranını geçip geçmediğinin, bu maddenin yürürlük tarihi olan 15 Nisan 2022 tarihi itibarıyla tespit edilmesi hususunda gerekli özenin gösterilmesi,
- ✓ Yükleniciler tarafından; fesih işlemleri tamamlanana kadar sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmeye devam edilmesi,

gerekmektedir.

3. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici 6. madde ile ek fiyat farkı verilebilmesine yönelik hazırlanan kanuni düzenleme 15.04.2022 tarihli Resmi Gazete yayımlanmıştır. Kamu ihaleleri için ikinci bir Ek Fiyat Farkı getiren söz konusu düzenlemeye göre;

- Yeni ek fiyat farkı kapsamında **1/4/2022 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine** ilişkin Türk lirası üzerinden yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmeler girmektedir.
- 01/01/2022 tarihinden sonra (bu tarih dâhil) gerçekleştirilen kısımlar için; ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunanlarda, sözleşmesine göre hesaplanan fiyat farkı tutarı oransal olarak artırılabilir, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin hüküm bulunmayanlar ile hüküm bulunmakla birlikte sadece girdilerin bir kısmı için fiyat farkı hesaplananlarda hesaplanmayan kısımlar için de fiyat farkı verilebilecektir (**01/04/2022 tarihinden sonraki dönemde ek fiyat farkı verilebilmesi imkânı getirilmektedir**).
- Ek fiyat farkı, **1/1/2022 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen kısımlar** için verilecektir.
- Ek Fiyat farkı hesaplaması, 1/7/2021 ile 31/3/2022 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) ihalesi yapılan işlerde **ihale tarihinin (son teklif verme tarihi) içinde bulunduğu aya ait endeks, 1/7/2021 tarihinden önce ihale edilen işlerde ise 2021 yılı Haziran ayına ait endeks temel endeks** olarak kabul edilerek yapılacaktır.
- Ek fiyat farkı için yüklenicinin başvuru yapma zorunluluğu vardır.
- 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.
- Söz konusu ek fiyat farkı ile ilgili düzenlemenin uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin tespitine Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır.

Arz Ederiz

Simdata Danışmanlık