

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2022/025
Gündem No	: 11
Karar Tarihi	: 28/04/2022
Karar No	: 2022/DK.D-145
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 8
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 Cumhurbaşkanı Kararı 24 Şubat 2022 tarihli ve 31760 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Esaslar’ın “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 ile 13/04/2022 tarihli ve 2022/DK.D-129 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 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendine göre ek fiyat farkı hesaplamasında kullanılan formülün bir girdisi olan a_1 katsayısının belirlenmesinde esas alınacak işçilik için sadece işçilik modülü üzerinden hesaplanan işçilik, fazla çalışma ve dini ve milli bayramlar ve genel tatil günü ücretlerinin mi, yoksa bu teklif kalemleri dışında işçilik modülü üzerinden hesaplanmamasına karşın idarelerce yapılan ihaleler sonucu imzalanan sözleşmeler uyarınca işçiye ödenmek üzere yükleniciye ödenen dış görev harcırahı veya konaklama bedeli gibi işçilik tanımı içinde yer alabilecek kalemlerin de mi dikkate alınacağına ilişkin olarak:

Esasların 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde; ihale dokümanında sadece 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin 6 ncı maddesine göre fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmelerde ek fiyat farkı hesabında kullanılacak formül düzenlenmiş, söz konusu formülde yer alan a_1 katsayısı ise anılan maddenin üçüncü fıkrasında; haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılan işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden, Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine göre fiyat farkı hesaplanan ve sözleşmesinde belirtilen sabit katsayı; sözleşmesinde herhangi bir belirleme yapılmayan işlerde ise haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılan işçiliklerin yaklaşık maliyetteki kâr ve genel gider hariç tutarının, kâr ve genel gider hariç yaklaşık maliyet tutarına oranı olarak tanımlanmıştır.

Esasların kapsamında bulunan sözleşmelere ait ihale ilanı ve duyurusunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların “Fiyat farkı hesabı” başlıklı 5 inci maddesinde “(1) Fiyat farkı aşağıdaki formüllere göre hesaplanır:

...
c) Diğer hizmet alımlarında;

$$F = A_n \times B \times (P_n - 1)$$

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

$$P_n = [a_1 + a_2 \frac{I_n}{I_o} + b_1 \frac{Y_n}{Y_o} + b_2 \frac{G_n}{G_o} + c \frac{M_n}{M_o}]$$

(2) Formüllerde yer alan;

...

d) a_1 : Haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılan işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden ve 6 ncı maddeye göre fiyat farkı hesaplanan sabit bir katsayıyı,

e) a_2 : Haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılmayan işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

f) b_1 : Akaryakıtın ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

g) b_2 : Malzeme veya diğer hizmetlerin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

ğ) c : Makine ve ekipmanın amortismanına ilişkin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

...

ifade eder.

(3) Ağırlık oranlarına ilişkin katsayılar, işin niteliğine ve işte kullanılan girdilere uygun biçimde belirlenen a_1 , a_2 , b_1 , b_2 ve c katsayıları toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde belirlenir ve ihale dokümanında gösterilir. Katsayıların belirlenmesinde öncelikle a_2 , b_1 , b_2 ve c katsayıları belirlendikten sonra bunların toplamı birden çıkarılarak bulunan sayı a_1 katsayısı olarak alınır..." hükmü,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesinde "(1) İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatinin tamamının idarede kullanılmasının öngörüldüğü işçilikler için, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca çalıştırılan işçinin idari şartnameye göre ihale tarihi itibarıyla hesaplanan brüt maliyeti ile uygulama ayındaki brüt maliyeti arasındaki fark, 5 inci madde uygulanmaksızın ödenir veya kesilir.

(2) İhale dokümanında sözleşme kapsamında çalıştırılacak personele brüt asgari ücretin belli bir yüzde fazlası oranında ücret ödenmesi öngörülmüş ise, uygulama ayında fiilen ödenen ücret üzerinden fiyat farkına esas olacak brüt maliyet bulunur ve fiyat farkı, bu maliyete asgari ücretteki brüt artış oranı uygulanarak hesaplanır. Ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma ücretiyle ilgili olarak bu fıkraya göre belirlenen ücret esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.

(3) Uygulama ayına ilişkin aylık ücret bordrosunda belirtilen kısa vadeli sigorta kolları prim oranı ile idari şartnamede idarece öngörülen kısa vadeli sigorta kolları prim oranı arasında farklılık olması halinde, bu değişiklik fiyat farkı hesabında dikkate alınır." hükmü,

Kamu İhale Genel Tebliğinin "İşçilik maliyetleri ile ilgili fiyat farkı hesabı" başlıklı 83 üncü maddesinde "83.1. 31/8/2013 tarihli ve 28751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar kapsamında işçilik maliyetlerine ilişkin geçen brüt maliyet, ihale dokümanında yer alan düzenlemeler çerçevesinde hesaplanan asgari ücret veya idari şartnamede asgari ücretin yüzde (%) fazlası olarak belirlenen ücret (ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretler dahil) ve ilgili sosyal güvenlik mevzuatı gereği işveren tarafından karşılanması gereken primler toplamından oluşmaktadır.

83.2. Anılan Esasların 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince brüt asgari ücretin belli

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

bir yüzde fazlası oranında ücret alan personel için fiyat farkı, temel asgari ücretin yüzde fazlası ile güncel asgari ücretin yüzde fazlası arasındaki farkın işverene maliyeti kadar hesaplanır. Örneğin ihale tarihindeki temel asgari ücretin 100 TL olması durumunda yüzde 30 fazla ücret alan işçi için yüzde 5'lik asgari ücret artışına göre ödenecek fiyat farkı;

Temel asgari ücret döneminde brüt maliyet= 130 TL (temel asgari ücretin yüzde 30 fazlası) +30 TL (ilgili sosyal güvenlik mevzuatı gereği işveren tarafından karşılanması gereken primler toplamının varsayımsal tutarı)= 160 TL

Güncel asgari ücret döneminde brüt maliyet= 136,5 TL (güncel asgari ücretin yüzde 30 fazlası) +31,5 TL (ilgili sosyal güvenlik mevzuatı gereği işveren tarafından karşılanması gereken primler toplamının varsayımsal tutarı)= 168 TL

Fiyat Farkı= 168 TL-160 TL=8 TL olarak hesaplanır... ” açıklaması bulunmaktadır.

Anılan mevzuat hükümlerinden, ihale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatinin tamamının idarede kullanılmasının öngörüldüğü işçiliklerin bulunduğu ihalelerde ek fiyat farkının hesaplanması bakımından ilgili formülde yer alan a_1 katsayısının kapsamına,

a) a_1 katsayısının tanımında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6 ncı maddesine yapılan atıf gereği brüt asgari ücret veya idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası olarak belirlenen ücret (ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretler dâhil) ile sigorta primlerinden oluşan brüt maliyet ile,

b) 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan sabit katsayıların belirlenmesinde öncelikle a_2 , b_1 , b_2 ve c katsayılarının belirleneceğine, sonra bunların toplamı birden çıkarılarak bulunan sayının a_1 katsayısı olarak alınacağına dair hüküm gereği brüt maliyet kapsamında olmamakla birlikte diğer sabit katsayıların kapsamında da bulunmayan işçilikle ilişkili giderlerin de gireceği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, a_1 katsayısı belirlenirken ihale tarihinde yürürlükte bulunan brüt asgari ücret veya idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası olarak belirlenen ücret (ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretler dâhil) üzerinden hesaplanan brüt maliyetin yanında diğer sabit katsayıların kapsamında bulunmayan görev yollukları dâhil nakdi/aynı giderler (yemek, yol bedeli vb.) gibi işçilikle ilişkili giderlerin de dikkate alınması gerektiği,

2) Esasların 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,

3) Sözleşme fiyatına aktif enerji bedeli, dağıtım bedeli, enerji fonu, TRT payı, trafo kaybı ile yürürlükteki kanun, yönetmelik ve mevzuatlara göre faturalara eklenen tüm bedeller dahil, KDV hariç olan birim fiyatlı elektrik alımı sözleşmelerinde, Esasların 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

sözleşmelerde ek fiyat farkı hesaplanırken ilgili formülün bir girdisi olan sözleşme fiyatı (B) için sadece aktif enerji bedelinin mi yoksa tüm bedeller dahil sözleşme birim fiyatının mı esas alınacağına ilişkin olarak:

Esasların 7 nci maddesinde "(1) Fiyat Farkına İlişkin Esasların kapsamında bulunup bulunmadığına ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanması öngörülüp öngörülmediğine bakılmaksızın mal alımlarında ek fiyat farkı bu Esaslara göre hesaplanır. Ancak;

a) İhale tarihi (son teklif verme tarihi) ile teslim tarihi arasındaki süre 60 takvim günü ve altında olan mal alımlarında (kısmi teslim yapılan mal alımlarında bu sürede teslim edilen kısımlar için),

b) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen elektrik, ilaç, petrol ürünleri ve sıvılaştırılmış petrol gazı ürünleri alımlarında, ek fiyat farkı hesaplanmaz.

(2) Ek fiyat farkının hesaplanmasında;

a) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen sözleşmelerde:

$Fe = (M \times B) \times E \times [(Gn/Go) - 1]$ formülü,

b) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen sözleşmelerde,

$Fe = (M \times B) \times E \times [(A2/A1) - 1]$ formülü kullanılır.

(3) Ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin formülde yer alan;

c) Fe: Ek fiyat farkı tutarını,

d) E: İkinci fıkranın (a) bendindeki sözleşmeler için 0,56; (b) bendindeki sözleşmeler için 0,33 sabit katsayısını,

e) M: 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) gerçekleştirilen sözleşme kısmı için; birim fiyat sözleşmelerde idareye teslim edilen mal kalemi miktarını, götürü bedel sözleşmelerde ise toplam teslim yüzdesini,

ç) B: Sözleşme fiyatını,

f) Go, Gn: 4 üncü maddede tanımlanan temel endeks (o) ve güncel endeks (n)'e ilişkin olarak Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan yurt içi üretici fiyat endeksi, 2003=100, CPA 2008 kısım, bölüm ve gruplarına göre tarihsel seri tablosunun "Yİ-ÜFE Genel" sütunundaki sayıyı,

ifade eder. Diğer değişkenler için Fiyat Farkına İlişkin Esasların 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan tanımlar esas alınır..." hükmü bulunmaktadır.

Anılan hükümlerden, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen elektrik alım sözleşmelerinde ek fiyat farkı hesaplanacağı, hesaplamada kullanılacak formülün bir girdisi olan sözleşme fiyatı (B) için, birim fiyatlı sözleşmelerde sözleşme birim fiyatının esas alınacağı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, belirtilen sözleşmeler için ek fiyat farkı hesaplanırken ilgili formülün sözleşme fiyatı (B) girdisi için tüm bedeller dâhil sözleşme birim fiyatının esas alınması gerektiği,

4) Sözleşmesinde fiyat farkı hesaplanmasına dair hüküm bulunmayan elektrik alımları için ek fiyat farkının, Esasların 7 nci maddesine göre mi yoksa EPDK tarafından yayımlanan fiyatlar esas alınarak mı hesaplanacağına ilişkin olarak:

Esasların yukarıda yer verilen 7 nci maddesinde yer alan ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen elektrik alımlarında ek fiyat farkı hesaplanmayacağı hükmünden, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen elektrik alımlarında ek fiyat farkı hesaplanabileceği anlaşılmakta olup, bu tür alımlarda, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanmayacağı düzenlenen diğer alımlarda olduğu gibi anılan maddenin ikinci fıkrasının (a)

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

bendi çerçevesinde ek fiyat farkı hesaplanacağı,

5) İhale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, elektrik için teklif edilen birim fiyatın sabit fiyat yerine “Piyasa Takas Fiyatı”na bağlı olarak teslim tarihindeki güncel fiyata göre ödendiği elektrik enerjisi alımı sözleşmelerinde, ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususuna ilişkin olarak:

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların “Fiyat farkı hesabı” başlıklı 5 inci maddesinde “(1) Fiyat farkı aşağıdaki formüle göre hesaplanır:

$$F = (M \times B) \times [(A2/A1)-1]$$

(2) Fiyat farkı hesabında;

a) F: Fiyat farkı tutarını (TL),

b) M: Birim fiyat sözleşmelerde idareye teslim edilen mal kalemi miktarını; götürü bedel sözleşmelerde ise toplam teslim yüzdesini,

c) B: Sözleşme fiyatını,

d) A1;

3) (Değişik alt bent: 27.06.2019-30814 R.G./I. md.; yürürlük:27.06.2019)Elektrik için, ihalenin yapıldığı aya ait; aylık ağırlıklı ortalama piyasa takas fiyatı, birim yenilenebilir enerji kaynakları destekleme mekanizmasının maliyeti, idarenin bağlantı gerilim seviyesine, abone grubuna, tarife sınıfına ve tek veya çok zamanlı olma durumuna ilişkin dağıtım bedeli ile KDV hariç diğer vergi ve fonlar dikkate alınmak suretiyle EPDK tarafından hesaplanarak ilan edilen sayıyı,

d) A2;

3) (Değişik alt bent: 27.06.2019-30814 R.G./I. md.; yürürlük:27.06.2019)Elektrik için, alımın yapılması gereken aya ait; aylık ağırlıklı ortalama piyasa takas fiyatı, birim yenilenebilir enerji kaynakları destekleme mekanizmasının maliyeti, idarenin bağlantı gerilim seviyesine, abone grubuna, tarife sınıfına ve tek veya çok zamanlı olma durumuna ilişkin dağıtım bedeli ile KDV hariç diğer vergi ve fonlar dikkate alınmak suretiyle EPDK tarafından hesaplanarak ilan edilen sayıyı,

ifade eder.” hükmü,

Aynı Esasların “Uygulama Esasları” başlıklı 6 ncı maddesinin onüçüncü fıkrasında “Elektrik alımı sözleşmelerinde, birim enerji bedeli için EPDK tarafından ilan edilen ve idarenin bağlantı gerilim seviyesine, abone grubuna, tarife sınıfına ve tek veya çok zamanlı olma durumuna ilişkin, KDV hariç diğer vergi ve fonlar dikkate alınmak suretiyle belirlenen tarife bedelini aşan kısım için fiyat farkı ödenmez.” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca elektrik alımı sözleşmeleri için fiyat farkı tutarının, elektrik için EPDK tarafından hesaplanarak ilan edilen sayılardan alımın yapıldığı ay ile ihalenin yapıldığı aya ait olanların oranlanması ve tüketilen elektrik miktarı ile sözleşme birim fiyatının bu oran ile çarpılması suretiyle hesaplanması gerekmektedir.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların “Mal alımlarında ek fiyat farkı hesabı” başlıklı 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ise, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen elektrik, ilaç, petrol ürünleri ve sıvılaştırılmış petrol gazı ürünleri alımlarında ek fiyat farkı hesaplanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

Anılan hükümlerden, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağı düzenlenen elektrik alımı sözleşmelerinin, ek fiyat farkı kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, ek fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususunda görüş istenilen elektrik enerjisi alımı sözleşmelerinde, ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, alıma konu elektrik için sabit birim fiyat yerine piyasa koşullarına göre saatlik olarak değişen ve teslim tarihindeki güncel fiyata göre belirlenen dinamik bir fiyat sistemi üzerinden teklif alındığı, bu çerçevede ihale dokümanında kamu ihale mevzuatına aykırı olarak yer verilen düzenlemenin yüklenicinin sözleşme süresince doğacak maliyetlerinin karşılanmasına imkân sağladığı ve neticesi itibarıyla fiyat farkı verilmesi sonucuna yol açtığı anlaşıldığından bu kapsamdaki sözleşmelerde Esaslardaki kabuller, ek fiyat farkı verilmesindeki amaç ve eşitlik ilkeleri dikkate alınarak ek fiyat farkı hesaplanmaması gerektiği,

6) Sözleşmesine göre iş bitim tarihi 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında olmakla birlikte, gecikmeli (cezal) çalışılan sözleşmelerde ek fiyat farkı hesabı yapılırken güncel endeks olarak, sözleşmeye göre işin bitirilmesi gereken tarihteki endeksin mi yoksa gecikmeli (cezal) çalışılan dönemdeki uygulama ayı endeksinin mi esas alınacağına ilişkin olarak:

Esasların 8 inci maddesinde "...*(5) Ek fiyat farkı hesaplamalarında 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) sözleşmelerin gerçekleştirilen kısımlarının iş veya teslim programına uygun olması şartı aranmaz.*

(6) İş veya teslim süresi 1/7/2021 tarihinden önce sona eren ancak bu tarihten sonra gecikme cezası uygulanarak devam eden sözleşmelerde, ek fiyat farkı hesaplanmaz..." hükmü bulunmaktadır.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmesine göre iş bitim tarihi 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında olmakla birlikte gecikilen işlerde, gerçekleşmenin 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında olması kaydıyla, yüklenicinin geciktiği dönem için de ek fiyat farkı verilmesi gerektiği, ilaveten sözleşmelerin 1/7/2021 ile 31/12/2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen kısımlarının iş veya teslim programına uygun olması şartı aranmayacağından, ek fiyat farkı hesaplamalarında güncel endeks olarak, doğrudan imalatın/işin/teslimatın fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinin dikkate alınması gerektiği,

7) Esaslar çerçevesinde bir yüklenicinin sözleşmesini, kendisinin de ortakları arasında yer alacağı bir ortak girişime devredip devredemeyeceği hususu ile devir işleminin mümkün olması halinde ortak girişimin hangi yeterlik kriterlerine göre değerlendirileceği hususuna ilişkin olarak:

Esasların 9 uncu maddesinde sözleşmenin devrine ilişkin uygulama esasları düzenlenmiş olup, anılan maddenin ikinci fıkrasında devredilen sözleşmelerde devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların devir tarihi itibarıyla aranacağı, ancak, yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartlarının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, anılan maddede bir yüklenicinin sözleşmesini, kendisinin de ortakları arasında yer alacağı bir ortak girişime devretmesi konusunu doğrudan düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda, mevcut hükümler göz önünde bulundurulduğunda, Esaslarda bir

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

yüklenicinin sözleşmesini, kendisinin de ortakları arasında yer alacağı bir ortak girişime devretmesini yasaklayan açık bir hüküm bulunmadığından, devrin mümkün olduğu,

Diğer taraftan, sözleşmeyi devralacaklarda ilk ihaledeki şartlar devir tarihi itibarıyla aranacak olmakla birlikte, devredilecek sözleşmenin yüklenicisi devralacak ortak girişimde de yer alacağından (devreden) yüklenici için bir yeterli değerlendirmesine gerek olmadığı, ortak girişimin diğer ortağı/ortakları için ise ilk ihaledeki yeterli şartlarının (iş hacmi, iş deneyimi gibi parasal yeterli kriterleri için ortak girişimindeki hisse oranları itibarıyla) sağlanması gerektiği,

8) Yapım işinin tamamlanabilmesi için yasal iş artışı sınırının üzerinde artış yapılması gerektiğinin anlaşılması üzerine, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24 üncü maddesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 21 inci maddesine istinaden tasfiye edilen yapım işi sözleşmeleri için Esaslar kapsamında ek fiyat farkı hesaplanıp hesaplanamayacağına ilişkin olarak:

4735 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinde “*Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;*

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Cumhurbaşkanı bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur...” hükmü bulunmaktadır. Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 21 inci maddesinde aynı hükümlere yer verilmiş ve madde hükmünde yer alan “işin tamamı” ifadesinden ilk sözleşme bedeline karşılık gelen iş miktarının anlaşılacağı düzenlenmiştir.

Anılan mevzuat hükümlerinden, sözleşmenin yürütülmesi sırasında yasal iş artış oranının üzerinde bir artış yapılması halinde sözleşme konusu işin tamamlanabileceğinin anlaşıldığı durumlarda, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak ilk sözleşme bedeli kadar iş yerine getirildikten (ilk sözleşme bedeli tamamlandıktan) sonra iş artışı yapılmadan sözleşmenin tasfiye edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Esasların 2 nci maddesinin birinci fıkrasında “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

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

verilecek ek fiyat farkı, bu Esaslara göre hesaplanır." hükmü bulunmakta olup anılan hükümden 22/1/2022 tarihinden önce fesih veya tasfiye edilerek yarıda kalan sözleşmelerin anılan Esasların kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi uyarınca tasfiye edilen sözleşmelerde parasal gerçekleşme bakımından ilk sözleşme bedelinin tamamlandığı bu yönüyle bahse konu sözleşmelerin Esasların 2 nci maddesinde belirtilen tasfiye edilmiş sözleşmeler kapsamında olmadığı dikkate alındığında bu sözleşmeler için ek fiyat farkı hesaplanacağı,

9) 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 sözleşmelerde ek fiyat farkı hesaplanıp hesaplanmayacağı hususuna 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 gördürebilir.*

(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 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 Kanunun 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

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 28/04/2022

Karar No

: 2022/DK.D-145

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.

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,

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,

Oybirliği ile karar verildi.