



T.C.
ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI
Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı

Görüş No : 2021/42
Görüş Tarihi : 07/04/2021

YÜKSEK FEN KURULU GÖRÜŞÜ

... tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ... tarihinde ihale edilerek, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre ... tarihinde birim fiyat sözleşmeye bağlanan "... Yapım İşi"nde, ihale sürecinde yaşanan gecikmeye bağlı olarak, yüklenicinin ödenek aktarma talebi ile ilgili olarak, idaresince yaşanan tereddüt konusunda, Kurulumuz görüşü talep edilmektedir.

Konu ilgi yazı ve eki belgeler ile ilgili mevzuat çerçevesinde, Kurulumuzca incelenmiştir.

Başvuru yazısı ve ekleri ile EKAP üzerinden indirilen işe ait ihale dokümanlarının incelenmesinden;

İşin, ihalesinin ..., sözleşmesinin, yer tesliminin 24/07/2020 tarihlerinde yapıldığı, süresinin 400 gün, havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı günlerin (15/12/2020-15/01/2021) 31 gün, ilk iş bitim tarihinin 27/08/2021 olduğu, sözleşme ödeneklerinin, 2020 yılı % 80 (24.321.040,80 TL) ve 2021 yılı % 20 (6.080.260,00 TL) olarak belirlendiği, bu tutarlar dikkate alınarak ilk iş programın yüklenici tarafından hazırlandığı ve idaresince onaylandığı,

2020 yılında, 31/12/2020 tarihine kadar sözleşme fiyatları ile 26/01/2021 tarih ve 5 nolu geçici hakediş itibari ile 12.086.488,44 TL (-%39,76) harcandığı,

Yüklenicinin 13/01/2021 tarihli dilekçesinde; 16/03/2020 tarihinde yapılan ihaleye yapılan itirazın 22/06/2020 tarihinde sonuçlandırıldığı, aynı tarihli ihale komisyon kararı sonrası sözleşmenin imzalandığı, bahse konu itiraz sebebi ile sözleşme imzalama tarihinde ve yer tesliminde 122 günlük gecikme yaşandığı, bunun sonucunda doğal olarak sözleşme konusu iş kalemlerinin 2020 yılında yapımın en uygun olduğu çalışılacak gün sayısının 122 gün azaldığı, ayrıca COVID-19 salgınının da çalışmalarını etkilediği, bu sebeple harcanamayan 2020 yılı ödeneğinin 2021 yılına aktarılması gerektiği, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayımlanan 29/06/2011 tarih ve 3901 sayılı Genelge dikkate alınarak, idaresince, 2020 yılı harcanamayan ödeneğin aktarılması ve bu karara istinaden revize iş programı hazırlanmasına izin verilmesini talep ettiği,

İdaresinin, 08/01/2021 tarihli yazısında; Kamu İhale Kurumuna yapılan itiraz ve sonrasında kesinleşen ihale kararının gecikmesinde idarelerinin bir kusurunun bulunmadığı, sözleşmenin imzalanması sırasında gecikilen süreye yüklenicinin bir itirazının olmadığı,

Ayrıca, sözleşme imzalandıktan sonra yüklenici tarafından sözleşmede belirtilen yıl/yıllar ödeneği dikkate alınarak hazırlanan ilk iş programının idarelerince onaylandığı işlemlerin bu onaylı ilk iş programı dikkate alınarak yürütüldüğü, 2020 yılı içerisinde fiyat farklarının hesaplandığı 5 adet hakedişin düzenlenerek tahakkuka bağlandığı, bu tespitler birlikte göz önünde bulundurulduğunda, yüklenici talebinin, sözleşme ve eklerinde belirtilen hükümlere uygun olmadığı ve talebin reddedildiği,

Ancak, yüklenici talebinin uygun olup olmadığı hususunda idaresinde tereddüt yaşandığı ve bu hususta Kurulumuz görüşünün talep edildiği,

Görülmektedir.

T.C.
ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI
Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı

Görüş No : 2021/42
Görüş Tarihi : 07/04/2021

Bu tespitlerden sonra, anlaşmazlık konusunun, işe ait sözleşme ve ekleri ile ilgili mevzuatına göre değerlendirilmesine geçilmiştir

Öncelikle bir hususun belirtilmesinde fayda mütalaa edilmektedir:

Yüklenici dilekçesi ekinde yer alan Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayımlanan 29/06/2011 tarih ve 3901 sayılı Genelgenin, Bakanlık yatırım programında yer alan işlerin yürütülmesi için düzenlendiği, genelge hükümlerinin diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca uygulanması ise idarelerin yetki ve sorumluluğunda bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Genelgenin muhteviyatına bakıldığında ise;

Birinci olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesi (b) fıkrasında belirtilen hükümler gereğince zamanında ihale edilmesine rağmen ihale kararına yapılan itirazlar da dâhil çeşitli nedenlerle sözleşmenin geç imzalanması sebebiyle yer tesliminin bir sonraki yıla kalmasına bağlı ödenek aktarımının nasıl yapılması gerektiğine dair yöntemden bahsetmekte olup, bu yöntem, anılan genelge ile ihdas edilmiş bir uygulama olmayıp, normal şartlarda tüm kamu kurum ve kuruluşlarınca, mevzuat gereğince uygulana gelen bir yöntemdir.

İkinci olarak, yüklenici talebinin belki bu paragrafta önerilen düzenleme ile çözüme kavuşturulabileceği, ilk defa ihale edilecek yapım işlerinde, sözleşmede belirtilen yıl/yıllar ödeneğinin harcanabilir olarak programlanmasını sağlamak üzere, Tip İdari Şartnamenin "Diğer hususlar" başlıklı maddesinde;

"Sözleşme ödenekleri bilgi amaçlı olup, iş yeri tesliminden itibaren sözleşme bedeli üzerinden bir günde yapılması gereken iş tutarı hesaplanarak, ödeneklerin yıllara göre dağılımı yeniden hesaplanacaktır" şeklinde bir düzenleme yapılması önerilmektedir.

Bahse konu işe ait İdari Şartnamenin ve hâlihazırda yürürlükte olan Tip İdari Şartnamenin "Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin hususlar" başlıklı 45 inci maddesi 2 nci fıkrasında;

"45.2. Planlanan ödenek dilimleri

45.2.1. Bu iş için planlanan yıllık ödenek dilimleri aşağıdadır;

...

... " şeklinde,

Anılan Genelge ile önerilen düzenlemeye benzer bir düzenlemenin mevcut olduğu, ancak bu düzenlemede "planlanan" kelimesi ile kesinlik/katilik amaçlanmaz iken,

Yine bahse konu işe ait Sözleşmenin ve hâlihazırda yürürlükte olan Tip Sözleşmenin "Ödeme yeri ve şartları" başlıklı 11 inci maddesi (2) nci fıkrasında;

...

Bu iş için sözleşme bedeli üzerinden;

2020 % 80

2021 % 20

ödenek tespit olunmuştur. Yüklenici yapım işi için sözleşmede belirtilen ödenekleri iş programına uygun şekilde imalat olarak sarf etmek zorundadır." şeklinde yapılan düzenleme ile ödenek planlaması ile ilgili İdari Şartnamedeki keyfiyet/serbestlik durumu, Sözleşmede katiyete/zorunluluğa dönüştürülmüştür.

Bu sebep ile anılan genelgede, İdari Şartnamede yapılması önerilen düzenlemenin tek başına çözüme katkı sunmadığı/sunmayacağı, Tip sözleşmede var olan ve bahse konu işe ait

T.C.
ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI
Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı

Görüş No : 2021/42
Görüş Tarihi : 07/04/2021

sözleşmede de mevut olan ve taraflarca imzalanarak delil sözleşme hükmü haline gelen “Ödeme yeri ve şartları” başlıklı 11 inci maddesi (2) nci fıkrasındaki hükümde bir düzenleme yapılmadığı müddetçe;

Esasında ne idareden ne de yükleniciden kaynaklanmayan ihale sürecinde yaşanan gecikmelere bağlı olarak sözleşmenin imzalanmasında ve dolayısı ile özellikle yılı içerisinde yer tesliminde yaşanan gecikme sebebi ile ilk yıl ödeneği değişmez iken ilk yıl çalışılacak gün sayısının azalmasına bağlı olarak ilk yıl ödeneğinin harcanmasını zorlaştıracak bir durum daima ortaya çıkacak olup, esasında bu durum ilk bakışta bir yüklenici mağduriyeti gibi görünse de dolaylı olarak kanun koyucunun 4734 sayılı kanununun 62 nci maddesi (b) maddesinde murat ettiği amacı da geciktirmiş olacaktır.

Yaşanan bu sorunun kesin olarak çözümüne yönelik bir düzenlemenin ise ancak Kamu İhale Kurumu tarafından yapılabileceği açıktır.

Bu tespit ve değerlendirmeden sonra, yüklenicinin talep ettiği ve idaresinin tereddüt yaşadığı husus, sözleşme ve ekleri ile ilgili mevzuatına göre incelenip, değerlendirildiğinde;

Öncelikle sözleşme öncesi duruma bakılacak olursa;

İdari Şartnamenin “Tekliflerin geçerlilik süresi” başlıklı 24 üncü maddesinde;

“24.1. Tekliflerin geçerlilik süresi, ihale tarihinden itibaren 90 (doksan) takvim günüdür. Bu süreden daha kısa süreli teklif mektupları değerlendirmeye alınmayacaktır.

24.2. İhtiyaç duyulması halinde, teklif geçerlilik süresinin en fazla yukarıda belirlenen süre kadar uzatılması istekliden talep edilebilir. İstekli, İdarenin bu talebini kabul veya reddedebilir. İdarenin teklif geçerlilik süresinin uzatılması talebini reddeden isteklinin geçici teminatı iade edilir.

24.3. Teklifinin geçerlilik süresini uzatan istekli, teklif ve sözleşme koşullarını değiştirmeden, geçici teminatını kabul ettiği yeni teklif geçerlilik süresi ile geçici teminata ilişkin hükümlere uygun hale getirir.

24.4. Bu konudaki istek ve cevaplar yazılı olarak yapılır.” hükmü,

22/06/2020 tarihli İhale Komisyon Kararı ve gerekçesinde;

“GEREKÇE: Komisyonumuz huzurunda gerçekleştirilen “....” ihalesinde, Kamu İhale Kurumu tarafından alınan 2020/UY.II-1045 nolu kararına istinaden “....” aşırı düşük savunması yetersiz olduğundan değerlendirme dışı bırakılmıştır. İhale komisyonu İdaremize ve Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazlar sonucunda ihale sürecinin uzaması sebebiyle, tüm isteklilerden teklif geçerlilik ve geçici teminat süre uzatım yazısı istenmiştir. Teklif geçerlilik ve geçici teminat sürelerinin uzatmayan istekliler değerlendirmeye alınmamıştır. Yeterli bulunan ve teklif geçerlilik süresini uzatan “.....” iş ortaklığının verdiği 30.401.301,00-TL değerindeki teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu belirlenerek ihale yetkilisinin onayına sunulmuştur.”

Hükmü yer almaktadır.

Bu iki hüküm birlikte göz önünde bulundurulduğunda; ihale öncesi istekli durumunda olan yüklenicinin ihale sürecinin uzamasına sebep olan itiraz başvurusunu yapan istekli olduğu

T.C.
ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI
Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı

Görüş No : 2021/42
Görüş Tarihi : 07/04/2021

ve sürecin uzamasına bağlı olarak idaresince tüm isteklilere gönderilen teklif geçerlilik ve geçici teminat süre uzatım talep yazısına cevap vererek teklif geçerlilik ve geçici teminat süresini uzattığı görülmektedir.

Dolayısı ile ihale sürecinin uzamasına bağlı olarak sözleşmenin imzalanması ve yer tesliminde gecikme yaşanması tüm isteklilerce bilinebilecek bir durum olup, teklif geçerlilik ve geçici teminat süresini uzatmayan isteklilerin bu durumu göz önünde bulundurmuş olmaları ihtimal dahilindedir. İhale sürecinde istekli durumunda olan ve ihale kararı ile iş üzerinde bırakılan yüklenicinin bu durumu bilerek teklif geçerlilik süresini ve geçici teminat süresini uzattığı aşikârdır.

İkinci olarak Sözleşme sonrasına bakılacak olursa;

Sözleşmenin imzalanmasından sonra, yükleniciye yer teslimi yapıldığı ve yüklenicinin, sözleşmesinde yıllar itibariyle belirtilen ödenek dilimlerinin kendisine yılı sonu itibariyle ödenecek şekilde, yıl içinde çalışma şartları, teknik sınırlamalar, ihtiyaç önceliği gibi etkenlere göre günlük, aylık ve toplamda yılı ödeneğini hangi iş kalemlerini yaparak harcayacağını gösterir ayrıntılı bir iş programını sözleşmesinde belirtilen sürelerde hazırlayarak idaresine sunduğu ve idaresince onaylandığı, onaylanan bu ilk iş programına göre ilk yıl fiyat farklarının da hesaplandığı 5 adet hakediş düzenlendiği görülmektedir.

Tüm bu hüküm, tespit ve değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda;

Bahse konu işte yıl/yıllar ödeneğinin aktarılması ve bu ödeneye karşılık süre uzatımı verilmesinin, sözleşme ve eklerinde belirtildiği üzere, işte mücbir sebepler veya idareden kaynaklanan sebeplerle meydana gelen gecikme veya ödenek yetersizliği gibi sebeplerle mümkün olabileceği,

Mevcut sözleşme ve ekleri ile ilgili mevzuattaki var olan hükümlere göre, sözleşme imzalanması öncesi gecikmeler sebebi ile bahse konu işte ödenek aktarımı yapılamayacağı görüşüne, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 112 nci maddesinin (1) inci fıkrası (ç) bendine istinaden, 07/04/2021 tarihinde yapılan toplantıda katılanların oy birliği ile varılmıştır.