

anahtar teslimi götürü bedel olarak ihale edildiği, ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren ... Ltd. Şti. üzerinde kaldığı ancak, ihaleye iştirak eden ... Ltd.Şti.'nin Kamu İhale Kurumuna yaptığı şikayet başvurusu üzerine Kurulca düzeltici işleme karar verildiği, bunun üzerine yapılan düzeltici işlem sonucu ihalenin ... Ltd.Şti. üzerinde kaldığı ve bu firma ile sözleşme yapılarak işe başlanıldığı, ancak ... Ltd.Şti. tarafından Kamu ihale Kurulu kararının iptal

**edilmesi için İdare
Mahkemesinde dava açıldığı,
Mahkemece yürütmenin
durdurulma kararının
verilmesi üzerine, KİK
kararının iptali ile bu
aşamadan sonra belirttikleri
bir kısım işlemler konusunda
nasıl hareket edilmesi
gerektiği**

YÜKSEK FEN KURULU BAŞKANLIĞI KARAR VE GÖRÜŞLER

Karar Konusu : Görüş talebi

Karar No : 2010/79

Karar Tarihi : 30/09/2010

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

I- GİRİŞ

... tarafından ihale edilen “ ... Üniversitesi 1000 Seyircili
Kapalı Spor Salonu Yapım

İşi” ile ilgili görüş istemidir.

II- KONU

... sayılı yazısında özetle; “ ... Üniversitesi 1000 Seyircili

Kapalı Spor Salonu Yapım

İşin 4734 sayılı Kanuna göre anahtar teslimi götürü bedel olarak ihale edildiği, ihalenin

ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren ... Ltd. Şti. üzerinde kaldığı ancak, ihaleye iştirak

eden ... Ltd.Şti.'nin Kamu İhale Kurumuna yaptığı şikayet başvurusu üzerine Kurulca düzeltici

işleme karar verildiği, bunun üzerine yapılan düzeltici işlem sonucu ihalenin ... Ltd.Şti. üzerinde

kaldığı ve bu firma ile sözleşme yapılarak işe başlanıldığı, ancak ... Ltd.Şti. tarafından Kamu

ihale Kurulu kararının iptal edilmesi için İdare Mahkemesinde dava açıldığı, Ankara 15.İdare

Mahkemesince yürütmenin durdurulma kararının verilmesi üzerine, Kamu İhale Kurulunun

26.07.2010 tarih ve 2010/MK/103 sayılı kararıyla daha önce alınmış olan 11.03.2010 tarih

ve 2010/04-III-769 sayılı Kurul kararının iptali ile 4734 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinin

onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun reddine karar verildiği ve kararın idarelere

tebliğ edildiği belirtilerek, bu aşamadan sonra belirttikleri bir kısım işlemler konusunda nasıl

hareket edilmesi gerektiği hususunda görüşümüzün bildirilmesi talep edilmektedir.

III- İNCELEME

Konu Kurulumuzda, gönderilen bilgi ve belgeler çerçevesinde

incelenmiştir.

- Kamu İhale Kurulunun bahis konusu 26.07.2010 tarih ve 2010/MK-103 sayılı

kararından önce imzalanmış olan sözleşmenin fesh mi yoksa tasfiye mi edilmesi gerektiği

ile ilgili olarak;

Bilindiği üzere, 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olan

“Kamu İhale Genel Tebliği”nin, ihalenin kurul kararı ile iptalinin hukuki sonuçları başlıklı

25.2. maddesinde yer alan; “4734 sayılı Kanunun 55’inci maddesinde belirtilen hallerde ve

sürede kuruma yapılan itirazın şikayet başvuruları üzerine yapılan inceleme sonucunda, anılan

Kanunun 54’üncü maddesinin onuncu fıkrasının (a) bendi gereğince ihale işlemleri Kurul

tarafından iptal edilen ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 sayılı

Kanun ve genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir” hükmü gereği, imzalanmış olan

sözleşmenin tasfiye edilmesi icap etmektedir.

- Tasfiye ve hesap kesme hakedişi konusunda;

İşin tasfiyesi ve hesap kesme hakedişinin nasıl yapılacağı ve izlenmesi gerekli sürecin

neler olduğu sözleşmesi eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinde detaylı olarak düzenlenmiş olup,

sözleşmenin tasfiyesine kadar yapılan işlerin bedeli, tasfiye

edilen işin sözleşmesi dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Tasfiye kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi işlemleriyle ilgili

olarak TÜRK-İNŞA GENEL BAŞKANLIĞINA yazılan 21.02.2008 tarih ve 03/225 sayılı görüş

yazımızın bir suretinin, konu ile ilgili olarak yapılacak iş ve işlemler ile değerlendirme sürecinde

faydalı olabileceği göz önünde bulundurularak idaresine gönderilmesinde yarar görülmektedir.

- Yeni yüklenici ile hangi bedel üzerinden sözleşme yapılması gerektiği hususu ile

ilgili olarak;

4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ikincil mevzuatına göre ihale edilen işlerde, ihale

bedeli esas alınarak sözleşme bedelinin belirlendiği ve sözleşmenin aktedildiği ayrıca, yine bu

bedel dikkate alınarak teminat, damga vergisi, KİK katkı payı v.s. gibi diğer iş ve işlemler ile

uygulamaların yapıldığının yanı sıra porsantaj oranlarının değiştirilemeyeceği ve cüzi miktarda işin

yapılmış olması hususları göz önünde bulundurulduğunda; tasfiye edilen sözleşme kapsamında

yapılmış olan imalatların ve miktarlarının kesin olarak tespit edilerek yeni sözleşmede

belirtilmesi ayrıca, mükerrer bir ödeme olmaması için belirtilen bu imalatların yeni sözleşme

ve ekleri hükümleri doğrultusunda hesaplanacak bedelinin de yükleniciye ödenmeyeceği ve

sözleşme bedelinden düşüleceği yönünde ve öncelikle uygulanacağına ilişkin sözleşmede açık

bir düzenleme yapılması kaydıyla, yeni yüklenici ile kendi teklifine dayalı olarak ortaya çıkan

ihale bedeli üzerinden sözleşme yapılabileceği düşünülmektedir.

- ... Ltd. Şti. ihale teklif bedeli ... Ltd. Şti.'nin verdiği ihale teklif bedelinden daha

düşük olduğu, dolayısıyla ilk sözleşme ... Ltd. Şti. ile yapılsaydı, aynı iş için ... Ltd. Şti.'ne

ödenecek kesin hakedişten daha az paranın ödenmiş olacağı durumu dikkate alınarak

idareleri zararının nasıl telafi edilmesi gerektiği hususundaki idaresi talebi hakkında;

Bazı idari faaliyetler dolayısıyla iş bu olayda olduğu gibi mali yönden kamu idaresi

aleyhine olan neticeler ortaya çıkabileceği, ilgililerin bilerek açıkça ve hukuka aykırı davranması

ve bazı kasti fiilleri sebebiyle oluşan "kamu zararının" ilgililerine rücusu söz konusu olacağının

tabii olduğu ancak, yargı veya yetkili kurul kararları gibi ilgililerin uymakla yükümlü olduğu

kararların gereğinin yapılması sebebiyle ortaya mali bir kamu zararı çıkması halinde konunun;

somut olayın şartları, oluş biçimi ve mevzuatın gerekleri çerçevesinde değerlendirilmesinin

gerekli olduğu ve yapılacak bu değerlendirme sonucu bilerek açıkça ve hukuka aykırı

davranılması ile kasti fiillerin olmadığının tespit edilmesi durumunda bunun mutlaka ilgililere

rücu ettirilmesinin hukuka uygun düşmeyeceği düşünülmekte ise de, konunun hukuki nitelikte

olması nedeniyle, hukuk birimlerinden gerekli görüş alındıktan sonra uygulamaya esas olacak

kararın idaresince verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

- Tasfiye edilen işin kesin hakediş tutarının hesaplanmasında gelir vergisinin

ödenip ödenmeyeceğiyle ilgili olarak;

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunun;

42 nci maddesinin birinci fıkrasında;

“Birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat (dekapaj işleri de inşaat işleri sayılır)

ve onarma işlerinde kâr veya zarar işin bittiği yıl kati olarak tespit edilir ve tamamı o yılın geliri

sayılarak mezkûr yıl beyannamesinde gösterilir” hükmü,

44 üncü maddesinde;

“İnşaat ve onarma işlerinde geçici ve kesin kabul usulüne tabi olan hallerde geçici

kabulün yapıldığını gösteren tutanağın idarece onaylandığı tarih; diğer hallerde işin fiilen

tamamlandığı veya fiilen bırakıldığı tarih bitim tarihi olarak kabul edilir.

Bitim tarihinden sonra bu işlerle ilgili olarak yapılan giderler ve her nam ile olursa

olsun elde edilen hasılat, bu giderlerin yapıldığı veya hasılatın elde edildiği yılın kâr veya

zararının tespitinde dikkate alınır.” hükmü,

Yer almaktadır.

Diğer taraftan, Gelir Vergisi Kanunun 94 üncü maddesinin 3 numaralı bendinde, bu

kanunun 42 nci madde kapsamına giren işler dolayısıyla bu işleri yapanlara (kurumlar dahil)

ödenen istihkak bedellerinden sorumlularca gelir vergisi tevkifatı yapılması ön görülmektedir.

Belirtilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde; tasfiye kesin hakediş raporu ile

yükleniciye ödenecek hakediş bedeli, ödendiği yılın hasılatı olarak beyan edileceğinden, bu

hakediş bedeli üzerinden % 3 gelir vergisi tevkifatının yapılmaması gerekmektedir.

IV- KARAR

Konu, ön bölümlerde belirtildiği üzere detaylı olarak incelenmiş ve değerlendirilmiş

olup, buna göre;

26. a) 26.07.2010 tarih ve 2010/MK/103 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararından sonra,

gerekli iş ve işlemlerin yapılması ile birlikte sözleşmenin fesih değil tasfiye edilmesinin,

1. b) Tasfiye edilen işin, tasfiye, kesin hakediş ve hesap kesme hakedişi konusunda gerekli

işlemlerin sözleşmesi eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinde

belirtilen usuller doğrultusunda

yapılmasının,

gerektiğine,

1. c) Sözleşmenin tasfiyesinden sonra, yeni yüklenici ile yapılacak sözleşmede; inceleme

bölümünde belirtilen özel düzenlemenin yapılması kaydıyla sözleşme bedeli olarak, yeni

yüklenicinin ihale bedelinin esas alınması gerektiğinin değerlendirildiğine,

3. d) İdaresi yazısının 3. sayfasının (f) maddesinde ifade edilen zararlar ilgili olarak

inceleme bölümünde belirtilen şekilde hareket edilmesinin uygun olacağına,

1. e) Tasfiye kesin hakediş raporu ile yükleniciye ödenecek hakediş bedeli, ödendiği yılın

hasılatı olarak beyan edileceğinden, bu hakediş bedeli üzerinden % 3 gelir vergisi tevkifatının

yapılmaması gerektiğine,

30/09/2010 tarihinde yapılan toplantıda oy birliği ile karar verilmiştir.