



Dosya 38

Eylül 2016

Kamu Alımları

Sözleşme Değişiklikleri

İÇİNDEKİLER

- [Giriş](#)
- [Sözleşmelerde vadeleri dahilinde izinli veya önemsiz değişikliklerin yapılması - ihale usulü gerekmez](#)
 - [İlk ihale belgelerinde açıkça öngörölmüş olan değişiklikler](#)
 - [Ek yapım işleri, hizmetler veya mallar](#)
 - [Öngörölemeyen hallerden ötürü gerek duyulan değişiklikler](#)
 - [Bir sözleşme ortağının değiştirilmesi](#)
 - [Düşük bedelli \(kapsamlı olmayan\) değişiklikler](#)
 - [Diğer kapsamlı olmayan değişiklikler](#)
- [Sözleşmelerde vadeleri dahilinde izinsiz veya kapsamlı değişikliklerin yapılması - yeni ihale usulü gerekir](#)
- [Sözleşme değişiklikleriyle ilgili olarak nasıl hareket etmeli?](#)
- [Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Sektörleri](#)
- [Ek Bilgi](#)

Yayın izni SIGMA Programı Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir

Giriş

Kamu ihale kurallarına tabi olmayan sözleşme tarafları, sözleşmeleri tadil etme özgürlüğünden yararlanır. Bir anlaşmaya varabildikleri sürece sözleşme kendilerince uygun görüldüğü şekilde değiştirilebilir.

Kamu ihale kurallarına tabi olan ihale makamları ise farklı bir konumdadır. Bir kamu ihalesi sözleşmesinin tadil edilmesi gerektiğinde en baştaki varsayım, bu değişikliğin yeni bir rekabetçi ihale sürecine yönelik ihtiyaç doğuracağı şeklindedir.

Bir ihale makamıyla bir müteşebbisin mevcut bir sözleşmeyi değiştirmek konusunda anlaşmasına genel olarak izin verilmez. Akdedilen sözleşmenin koşullarında, ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak seçilen teklifte sunulmuş olan taahhütler yansıtılmalıdır. İdeal olarak, sözleşmeler sağlam temeller üzerine oturtulmuşsa, değişiklik yapılmadan ifa edilmeleri gerekir. Mevcut bir sözleşmenin bir anlaşma çerçevesinde tadil edilmesi durumunda, diğer müteşebbislerin etkin olarak yeni bir fırsat elde etmek üzere rekabete girme fırsatının yok olması riski doğmaktadır. Sözleşmeyi değiştirme hususundaki anlaşma, şeffaflık ve eşit muamele ilkelerinin ihlali anlamına gelecektir. İhale kuralları, piyasadaki dengeleri bozabilecek böylesi bir davranışı önlemeyi amaçlar.

Bununla birlikte, uygulamada mevcut bir kamu sözleşmesinin sınırlı olarak tadil edilmesi gerekebilir. İhale makamları ve müteşebbisler, sözleşmede değişiklikler gerektiren meşru durumlarla karşılaşabilirler. Uygulamada karşılaşılabilen bu durumlar arasında fiyat endekslerinin değişmesi, öngörülmesi gerçekten mümkün olmayan hallerin vuku bulması ya da bir sözleşmenin işletme ya da bakım aşamalarında teknik zorlukların ortaya çıkması gibi durumlar yer alır.

Kamu Alımları Direktifi (Direktif)¹, ifası esnasında bir sözleşmede ya da çerçeve anlaşmada yeni bir ihale süreci başlatmaya gerek olmaksızın değişiklik yapılmasının mümkün olduğu halleri açıkça düzenler.

İçtihatlar

Sözleşmelerin (ya da çerçeve anlaşmaların) tadil edilmesine ilişkin Direktif hükümleri, Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına dayanır.

2008 yılındaki *pressetext* davası (*pressetext Nachrichtenagentur v Republik Österreich Bund C-454/06*), sözleşme değişiklikleriyle ilgili en önde gelen ABAD içtihadıdır. Bu dava, Avusturya Cumhuriyeti ile Avusturya Basın Ajansı (Austria Presse Agentur - APA) arasında mevcut bulunan ve vadesi dahilinde çeşitli değişikliklere maruz kalan basın ajansı hizmetleri sözleşmesiyle ilgilidir. 2004 yılında, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* şirketi Avusturya Cumhuriyeti'ne haber ajansı hizmetleri sunmayı teklif etmiştir ancak bu teklif bir sözleşme akdedilmesiyle sonuçlanmamıştır. Müteakiben, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, APA ile Avusturya Cumhuriyeti arasındaki sözleşmede yapılan değişikliklere itiraz etmiş, değişikliklerin kanunlara aykırı olduğu iddiasını ileri sürmüştür.

ABAD, bir sözleşmede farklılık² yaratılmasının yeni bir ihale sözleşmesi yapılması ve bu kapsamda yeni bir rekabet ortamının ortaya çıkması anlamına geleceği halleri değerlendirmiştir. Divan, değişikliklerin asıl sözleşme açısından ne derece "büyük" olduğunun önemini vurgulamıştır:

"İhale usullerinin şeffaflığını ve isteklilere eşit muamele edilmesini teminen, bir kamu ihale sözleşmesinin hükümlerinde sözleşmenin geçerlilik süresi içerisinde yapılacak değişiklikler, mahiyetleri itibarıyla asıl sözleşmeden farklı olmaları ve dolayısıyla tarafların o sözleşmenin temel hükümlerini yeniden müzakere etme niyetini göstermeleri halinde yeni bir ihale neticesinde

¹ 2004/18/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2014/24/EU sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli Kamu Alımları Direktifi.

² Karar metninde "farklılık" ifadesi kullanılmıştır. Direktifte ise "değişiklik" ifadesi kullanılmaktadır.

sözleşme yapıldığı şeklinde değerlendirilir."

ABAD, sözleşmede yapılan değişikliğin "büyük" bir değişiklik olarak yorumlanabileceği hallere ilişkin bir kılavuz temin etmiştir. Aşağıdaki hallerde, farklılığın büyük ve önemli olduğu değerlendirilir:

İlk ihale usulünün parçası olsalardı, ilk etapta kabul edilen isteklilerden başka isteklilerin kabulüne ya da ilk etapta kabul edilen tekliften başka bir teklifin kabulüne imkan tanıyacak koşulları sağladığında,

Sözleşmenin kapsamını büyük ölçüde genişlettiğinde ve ilk etapta kapsama dahil olmayan hizmetleri kapsadığında,

Sözleşmenin ekonomik dengesi açısından ibreyi, ilk sözleşmenin koşullarında öngörülmeleyen bir biçimde yüklenici lehine değiştirdiğinde.

Direktif, Avrupa Adalet Divanı tarafından geliştirilen ilkeleri içerir ve bunları ayrıntılandırır.

Bu hususta daha fazla bilgi için, SIGMA'nın Avrupa Adalet Divanı'nın kamu ihaleleriyle ilgili seçilmiş kararlarına dair yayınında "Sözleşme değişiklikleri" başlıklı Kısım 9'a bakınız³.

Sözleşmelerde vadeleri dahilinde izinli veya önemsiz değişikliklerin yapılması - ihale usulü gerekmez

Direktif kapsamında, yeni bir ihale usulü yürütmeye gerek olmaksızın, ancak çok kati sınırlar dahilinde ve yalnızca belirli durumlarda sözleşme (veya çerçeve anlaşma) değişikliklerine izin verilmektedir. Sözleşmeler genel olarak değişikliklerin kapsamlı olmadığı hallerde tadil edilebilir. Kapsamlı değişikliğin tanımı aşağıda verilmiştir.

Direktif, Madde 72'de bir sözleşmenin vadesi dahilinde yapılabilecek altı izinli, veya kapsamlı olmayan, değişiklik olduğunu belirtir.

1) İlk ihale belgelerinde açıkça öngörülmüş olan değişiklikler

Madde 72 (1)(a):

"1. Sözleşmeler ve çerçeve anlaşmalar, aşağıdaki hallerde bu Direktife uygun olarak yeni bir ihale usulüne gerek olmaksızın değiştirilebilir (...)

(a) ilk ihale belgelerinde parasal değerlerinden bağımsız olarak, açık, kati ve net denetim maddeleri dahilinde fiyat revizyonu maddeleri veya seçenekleri de dahil olmak üzere değişiklikler öngörülmüşse. Bu maddeler muhtemel değişiklik veya seçeneklerin kapsamı ve yapısının yanı sıra kullanılabilecekleri koşulları da belirtirler. Sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın genel yapısını tadil edecek değişiklikler veya seçenekler sunmazlar."

İlk ihale belgelerinde belirtilen denetim maddelerinde açıkça öngörüldüğü hallerde değişikliğe izin verilir. Denetim maddeleri, sözleşmenin hükümlerinde belli düzeyde bir esneklik sağlayabilir. Sözleşmede yapılacak değişikliklere, yalnızca önceden ihale belgelerinde bahsedildikleri için izin verilemez.

İhale belgelerindeki denetim maddeleri açık, kati ve net olmalıdır. Denetim maddeleri, tüm muhtemel değişiklikleri kapsama dahil etmek amacıyla geniş anlamda yazılmamalıdır. Çok genel olan bir denetim maddesi, muhtemelen şeffaflık ilkesini ihlal edecek ve eşit olmayan muamele riskini beraberinde getirecektir.

Sözleşme değişikliği açık, kati ve net denetim maddeleriyle ele alındığında, bu maddeler kapsamında yapılan herhangi bir değişiklik genellikle yeni bir sözleşme teşkil etmez ve yalnızca mevcut

³ SIGMA (2014), *Avrupa Adalet Divanı'nın Kamu İhalelerine İlişkin Seçilmiş Kararları (2006-2014)*, OECD Publishing, Paris. <http://www.sigmaxweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>

sözleşmenin uygulanmasını içerir. Örneğin, yukarıda bahsedilen *pressetext* davasında taraflar, asıl endeksin yerini alacak yeni bir fiyat endeksi üzerinde uzlaşmıştır. Yeni bir endeksin kullanılması, sözleşmede özellikle öngörülmüştür. Avrupa Adalet Divanı, yeni fiyat endeksinin kullanımının yeni bir sözleşmeye mahal vermediğini teyit etmiştir. Ek anlaşma yalnızca endeksleme maddesini güncel tutmak amacıyla temel anlaşmanın öngördüğü koşulları uygulamıştır.

Denetim maddeleri, muhtemel değişiklikler veya seçeneklerin kapsamı ve yapısının yanı sıra kullanılacakları koşulları da belirtmelidir. Bu, suistimal kapsamını daraltır. Yapılan herhangi bir değişiklik, asıl sözleşmeyi ve rekabeti yansıtmalıdır. İstekliler teklif aşamasında gelecekte değişiklik yapılabileceği ihtimalini dikkate alabiliyorsa, bu ihtimallerin müteakip uygulaması sözleşmede bir değişiklik teşkil etmemeli, sözleşme hükümlerine uygun olarak değişiklik arz etmelidir.

Örneğin, 100 dizüstü bilgisayarın teminine ilişkin bir ihalede 30 ek dizüstü bilgisayar seçeneğinin ortaya çıkma ihtimali açıkça öngörülmüşse, bu seçeneğin kullanılması yalnızca sözleşme hükümleri uyarınca bir değişikliktir ve yeni bir sözleşme teşkil etmez. Bu seçenek kapsamındaki ihtimalin, söz konusu seçenek kullanılsa bile ilk ihale belgelerinde açıkça öngörülmesi ve bedelinin ihalenin tahmini bedelinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini unutmamak önemlidir.

Yeterli ve açık bir şekilde yazılmış denetim maddeleri, belirli bir süre zarfında teslimi yapılacak ekipmanın güncel teknolojiye ulaşmak için güncellenebileceği anlamına gelir. Ekipmanın kullanımı veya bakımı esnasında teknik güçlüklerin ortaya çıkması durumunda yeterince açık maddeler sayesinde sözleşme değişikliği öngörmek de mümkün olabilir.

Denetim maddeleri, sözleşmenin genel yapısını değiştiremez. Dikkate alınması gereken bir diğer özellik, değişikliğin yapısıdır. Denetim maddesi; sözleşmenin konusu olan yapım işinin, hizmetlerin veya malların genel yapısını değiştirecek değişiklikler veya seçenekler öngörmeyebilir.

Değişiklikler asıl sözleşmenin yapısıyla ne kadar ilişki içerisinde ve ne kadar kapsamlıysa, yeni bir sözleşmeye ihtiyaç duyulması ihtimali de o kadar artar. Örneğin, sözleşmenin yapısı, asıl sözleşmede belirtilenlere kıyasla farklı ürünlerin teslimini ya da farklı nevi hizmetlerin teminini gerektirecek şekilde değiştirilmişse yeni bir sözleşmenin hazırlanması muhtemeldir. Bu hallerde, farklı ürünler veya yeni hizmetlerin kapsamı, yapısı ve koşulları önceden açık, kati ve net bir biçimde belirlenmiş olsa bile bir değişikliğe izin verilmez.

Bu hüküm kapsamında yapılan değişikliklerin parasal değeri konu dışıdır. Değişikliğin parasal değeri sınırlı değildir. Bununla birlikte, değişiklikler dolayısıyla sözleşmenin asıl bedelinde gerçekleşen bir artışın sözleşmenin genel yapısını değiştirmemesi konusuna özen gösterilmek zorundadır.

2) Ek yapım işleri, hizmetler veya mallar

Madde 72 (1)(b):

“(1) Sözleşmeler ve çerçeve anlaşmalar, bu Direktif doğrultusunda yeni bir ihale usulü olmaksızın (...)

(b) asıl yüklenicinin temin edeceği ve ihtiyaç duyulan ve ilk ihalede yer verilmemiş olan ek yapım işleri, hizmetler veya mallar açısından, yüklenici değişikliğinin:

- i. ilk ihale kapsamında temin edilen mevcut ekipmanla, hizmetlerle veya donanımlarla birbirinin yerine kullanılabilme veya birlikte çalışabilme gerekliliği gibi ekonomik ya da teknik sebeplerden ötürü yapılamadığı ve,
- ii. ihale makamı açısından büyük bir uygunsuzluk veya kapsamlı bir mükerrer maliyete neden olduğu durumlarda tadil edilebilir.

Bununla birlikte, fiyat artışı asıl sözleşme bedelinin % 50'sini aşamaz. Art arda çok sayıda değişikliğin yapıldığı durumlarda, bu sınırlama her bir değişikliğin bedeli için geçerlidir. Bu tür ardışık değişiklikler, bu Direktifi etkisiz kılmayı amaçlayamaz.”

Yukarıdaki hüküm, bir değişikliği gerektiren hallerin öngörülebilir olduğu ancak ihale makamının onları öngöremediği veya başka nedenlerden ötürü hesaba katamadığı durumlarda uygulanır.

Ek yapım işleri, hizmetler veya mallar için bu değişikliklere kümülatif koşullar uygulanır. Bu değişiklik gerekçeleri, ancak yukarıda (i) ve (ii) bentlerinde bahsedilen iki koşulun **kümülatif olarak** yerine getirildiği durumlarda kullanılabilir. Genel kurallara uygun olarak, "önemli uygunsuzluk" ve "kapsamlı mükerrer maliyetler" kesin biçimde yorumlanacaktır.

Bu hüküm, örneğin, asıl yüklenicinin fiziki olarak halen bulunduğu tamamlanmamış bir binada ek yapım işlerine ihtiyaç duyulması durumunda uygulanabilir. Bu durumda, şantiyenin yeni bir yükleniciye devredilmesi halinde, ekonomik veya teknik birlikte çalışabilirlik sorunlarının, örneğin, sigorta ve risk yönetimi açısından ortaya çıkması muhtemeldir. Bu hallerde yeni bir yüklenicinin devreye girmesi, muhtemelen mükerrer maliyetlerin ortaya çıkmasıyla sonuçlanacaktır.

Maliyet artışı, asıl sözleşme bedelinin % 50'sini aşmamalıdır. Değişiklik, iki kümülatif koşulu yerine getirmenin yanı sıra, asıl sözleşme bedelinin % 50'sinden fazla bir maliyet artışı içeremez.

Birden fazla değişikliğin yapıldığı durumlarda, değişikliğin ihale kurallarından kaçınma amacıyla yapılmamış olması şartıyla % 50'lik sınır her seferinde uygulanır. Azami artış oranının, daha önce yapılmış bir değişiklikten kaynaklanan sözleşme bedel artışının % 50'si değil, asıl sözleşme bedelinin % 50'si olarak kaldığı belirtilmelidir. Sözleşmede endeksleme maddesi varsa, maliyetin hesaplanması amacıyla, güncellenen maliyet referans değeri olarak alınacaktır.

Bu tür bir değişiklik için bir şeffaflık koşulu uygulanır. Bir sözleşmeyi tadil etmek için bu hükümden faydalanan ihale makamları, *Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde* bir değişiklik ilanı yayınlamak zorundadır. Değişiklik ilanı, Direktifin Ek V, Kısım G'sinde belirtilen bilgileri içermelidir ve Madde 51 doğrultusunda yayınlanmalıdır. Avrupa Komisyonu, standart form değişiklik ilanı yayınlamıştır⁴. Daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 6, *İlan*.

⁴ Kamu ihalesi alanında ilanların yayınlanması için standart formlar oluşturan ve (EU) 842/2011 sayılı Uygulama Tüzüğü'nü yürürlükten kaldıran 11 Kasım 2015 tarih ve (EU) 2015/1986 sayılı Uygulama Tüzüğü.

3) Öngörülemeyen hallerden kaynaklanan değişiklikler

Madde 72 (1)(c):

“(1) Sözleşmeler ve çerçeve anlaşmalar, bu Direktif doğrultusunda yeni bir ihale usulü olmaksızın (...)

(c) aşağıdaki koşulların tamamının yerine getirilmesiyle tadil edilebilir:

- (i) değişiklik ihtiyacı, özenli bir ihale makamının öngöremeyeceği hallerden kaynaklanmıştır;
- (ii) değişiklik, sözleşmenin genel yapısını tadil etmez;
- (iii) fiyat artışı asıl sözleşme bedelinin veya çerçeve anlaşma bedelinin % 50'sini aşamaz. Art arda çok sayıda değişikliğin yapıldığı durumlarda, bu sınırlama her bir değişikliğin bedeli için geçerlidir. Bu tür ardışık değişiklikler, bu Direktifi etkisiz kılmayı amaçlayamaz.”

Not: Benzeri şekilde kaleme alınmış bir hükme, 2004 tarihli Direktifte de yer verilmiştir ancak o Direktifte "öngörülemeyen haller", pazarlık usulünün önceden ihale ilanı yapılmadan kullanılması için dayanak teşkil etmiştir.

Sözleşmenin değiştirilmesini gerektiren ve ilgili sözleşmenin devamı ile yeni bir sözleşme yapma usulüyle ilişkili maliyetler açısından orantısız olan, öngörülemeyen bir olayın gerçekleşmesi durumunda, mevcut sözleşme yeni bir ihale usulü başlatılmadan değiştirilebilir.

Özenli bir ihale makamının öngöremeyeceği haller, bir sözleşme değişikliğine gerekçe teşkil edebilir. Direktifin bu hükmü kapsamında bir sözleşmenin değiştirilmesi yoluna başvurulması, değişiklik ihtiyacının özenli bir ihale makamının öngöremeyeceği hallerden kaynaklandığı temeline dayandırılacak gerekçelendirilmek zorundadır.

Direktifin Resital 109. fıkrası bu hükmü açıklığa kavuşturur:

"Öngörülemeyen haller kavramı; ihale makamının elinde mevcut olanaklar, söz konusu projenin yapısı ve özellikleri, söz konusu alandaki iyi uygulamalar ve ihale hazırlığında kullanılan kaynaklarla ihalenin öngörülebilir değeri arasında uygun bir ilişki sağlama gereği dikkate alındığında, ihale makamının ilk ihalede makul seviyede özenli hazırlığına rağmen tahmin edilmesi mümkün olmayan hallere atıfta bulunur."

Bir sözleşmeyi Direktifin bu hükmü kapsamında uygun şekilde tadil etmek için ihale makamının öngörülemeyen bir olayın varlığını kanıtlaması gerekir. Genel kurallara uygun olarak, "özenli bir ihale makamının öngöremeyeceği haller" kesin biçimde yorumlanmak zorundadır.

Değişiklik, sözleşmenin genel yapısını tadil etmemelidir. Değişikliğin sözleşmenin genel yapısının tadil edilmesiyle sonuçlanacağı durumlarda değişiklik için bu gerekçenin öne sürülmesine izin verilmez. Değişiklik asıl sözleşmenin yapısıyla ne kadar ilişki içerisinde ve ne kadar kapsamlıysa, yeni bir sözleşmeye ihtiyaç duyulması ihtimali de o kadar artar.

Değişiklik, asıl sözleşme bedelinin % 50'sinden fazla bir fiyat artışı içermez. Bu hüküm kapsamında değişiklik, asıl sözleşme bedelinin % 50'sinden fazla bir fiyat artışı içermeyebilir. Birden fazla değişikliğin yapıldığı durumlarda, değişikliğin ihale kurallarından kaçınma amacıyla yapılmamış olması şartıyla % 50'lik sınır her değişiklik için uygulanır. Sınırın, daha önce yapılmış bir değişiklikten kaynaklanan sözleşme bedel artışının % 50'si değil, asıl sözleşme bedelinin % 50'si olarak kaldığı belirtilmelidir. Sözleşmede endeksleme maddesi varsa, fiyatın hesaplanması amacıyla, güncellenen fiyat referans değeri olarak alınacaktır.

Bu hüküm kapsamında yapılan değişikliklere bir şeffaflık koşulu uygulanır. Bir sözleşmeyi tadil etmek için bu hükümden faydalanan ihale makamları, *Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde* bir değişiklik ilanı yayınlamak zorundadır. Değişiklik ilanı, Direktifin Ek V, Kısım G'sinde belirtilen bilgileri içermelidir

ve Madde 51 doğrultusunda yayınlanmalıdır. AT tarafından standart bir değişiklik ilanı formu yayınlanmıştır⁵. Daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 6, *İlan*.

4) Bir sözleşme ortağının değiştirilmesi

Madde 72 (1)(d):

“(1) Sözleşmeler ve çerçeve anlaşmalar, bu Direktif doğrultusunda yeni bir ihale usulü olmaksızın aşağıdaki hallerde değiştirilebilir...

(d) aşağıdakilerden birinin sonucunda ihale makamının ihaleyi ilk etapta üzerinde bıraktığı yüklenicinin yerini yeni bir yüklenici aldığı anda:

(i) yukarıdaki (a) bendine uygun olarak açık ve net bir denetim maddesi veya seçeneği;

(ii) ilk etapta belirlenen nitel seçim kriterlerini yerine getiren başka bir müteşebbisin devir, birleşme, satın alma veya ödeme aczi de dahil olmak üzere kurumsal yeniden yapılanması neticesinde ilk yüklenicinin konumuna külli ya da kısmi halefiyet; şu şartla ki bu, sözleşmede başka kapsamlı değişiklikler gerektirmesin ve bu Direktifi geçersiz kılmayı amaçlamasın; veya

(iii) Madde 71 doğrultusunda ve ulusal mevzuat kapsamında imkan tanındığı hallerde, ihale makamının ana yüklenicinin alt yüklenicilere karşı olan yükümlülüklerini bizzat üstlenmesi durumunda.”

Genel bir kural olarak, bir sözleşme ortağının yerini bir başkasının alması, sözleşmede kapsamlı bir değişiklik teşkil eder. Eşit muamele ve şeffaflık ilkeleri doğrultusunda başka bir müteşebbis, teklifi kabul edilen isteklinin yerini sözleşme yeniden rekabete açılmaksızın almamalıdır.

Bununla birlikte, Direktif üç durumda yüklenici değişikliğini kapsamlı olmayan değişiklik olarak kabul eder.

Yüklenici değişikliği - 1. durum: Önceki bir yüklenicinin yerini bir başkasının alması, (1) açık, kati ve net olan ve, (2) söz konusu yerini alma durumunun kapsamı ve yapısını belirleyip hangi koşullarda kullanılabileceğini ortaya koyan net bir denetim maddesi veya seçeneğinin sonucudur.

Bu hüküm, ihale makamının yükleniciyi değiştirebileceği hususunda ilgili tarafların anlaşmasına olanak tanır. Bir yüklenicinin halefini gerçek anlamda belirtmeden söz konusu yüklenicinin yerini bir başkasının alması açısından sözleşmede yer alan bir denetim maddesinin nasıl net olabileceğini öngörmek zor olduğundan bu ihtimalin çok sınırlı olduğu ileri sürülebilir. Bu hükmün kullanımına ilişkin bir örnek, kamu-özel sektör ortaklığı projeleridir. Bu projelerde, fon sağlayıcılardan biri tarafından uygulanan "müdahale" hakkı sonucunda yeni bir özel sektör ortağı veya yüklenicisi atanabilir. Bir fon sağlayıcıya müdahale hakkı tanındığında, söz konusu fon sağlayıcının ihlali düzeltme, dolayısıyla sözleşmenin feshini önleme ve mevcut yüklenicinin yerine yeni bir yüklenici atayarak yatırımı koruma imkanı vardır.

Yüklenici değişikliği - 2. durum: Yüklenicinin yasal kimliği değişir ancak esasen yüklenici aynı kalır. Sözleşmeyi ifa eden, ihale üzerinde kalmış istekli, söz konusu sözleşmenin ifası esnasında kurumsal yeniden yapılanma, devir, birleşme ve satın alma ve hatta ödeme aczi gibi yapısal değişimlerle karşılaşmış olabilir. Bu tür yapısal değişimler, o istekli tarafından ifa edilmiş tüm kamu ihale sözleşmelerinde yeni ihale usulleri uygulanmasını kendiliğinden gerektirmez. Dolayısıyla, öngörülen durumlarda, yüklenicinin yerini bir başkasının almasının izinli bir değişiklik olduğu değerlendirilir.

⁵ SIGMA (2014), *Avrupa Adalet Divanı'nın Kamu İhalelerine İlişkin Seçilmiş Kararları (2006-2014)*, OECD Publishing, Paris. <http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>

Yukarıda bahsi geçen durum *pressetext* vakasında meydana gelmiştir. Bu vakada, sözleşme aynı hüküm ve koşullarla yeni bir tüzel kişiye devredilmiştir ve bu tüzel kişi, aynı grubun içerisinde asıl yüklenici olarak yer alan bir şirkettir.

Halefin de ihale makamı tarafından ilk etapta belirlenen nitel seçim kriterlerini yerine getirmesi gerekir.

Sözleşmede diğer kapsamlı değişikliklerin yapılacağı hallerde bu gerekçeyle bir değişiklik yapılmasına izin verilmez. Değişiklik, Direktifin uygulanmasını engellemeyi amaçlamamalıdır.

Yüklenici değişikliği - 3. durum: Madde 71 doğrultusunda ve ulusal mevzuat kapsamında imkan tanındığı hallerde, ihale makamı ana yüklenicinin alt yüklenicilere karşı olan yükümlülüklerini bizzat üstlenir.

5) Düşük bedelli (*kapsamlı olmayan*) değişiklikler

Madde 72 (2):

“(2) ...4. fıkranın (a) ve (d) bentlerinde belirtilen koşulların yerine getirilip getirilmediğini doğrulama ihtiyacı olmaksızın, sözleşmeler bu Direktif doğrultusunda yeni bir ihale usulü gerekmeden de tadil edilebilir. Bu tadilatın değeri, aşağıdaki bedellerin her ikisinin de altında olmalıdır:

- i. Madde 4'te belirtilen eşik değerler ve,
- ii. Hizmet ve mal ihalesi sözleşmelerinde ilk sözleşme bedelinin % 10'undan, yapım işi ihalesi sözleşmelerinde ilk sözleşme bedelinin % 15'inden düşük.

Bununla birlikte değişiklik, sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın genel yapısını tadil edemez. Art arda çok sayıda değişikliğin yapıldığı durumlarda bedel, ardışık tadilatların net kümülatif değeri temelinde değerlendirilecektir.”

Bu hüküm, tadilatın finansal bedelinin düşük olduğu ve tadilatın sözleşmenin genel yapısını değiştirmedığı hallerde sözleşme tadilatına izin verir.

Tadilatın finansal bedeli, her iki finansal koşula da uygun olmalıdır, yani (1) söz konusu sözleşme için belirlenen AB finansal eşik değerinin altında olmalıdır **ve** (2) hizmet ve mal ihalesi sözleşmelerinde ilk sözleşme bedelinin % 10'undan ya da yapım işi ihalesi sözleşmelerinde ilk sözleşme bedelinin % 15'inden düşük olmalıdır.

Örnek

Bir ihale makamı iki sözleşmeyi tadil etmeyi önerir.

1. Sözleşme, okullarda yemek temini ile ilgilidir. İlk sözleşme bedeli 550.000 Euro'dur. Önerilen değişikliğin bedeli 50.000 Euro'dur. Bu değişiklik, düşük bedelli bir değişiklik kategorisine girer, zira bedeli, hem mal ihalesi sözleşmeleri için geçerli AB eşik değerinin altındadır, hem de ilk sözleşme bedelinin % 10'undan düşüktür.

2. Sözleşme ise yeni bir okulun inşa edilmesiyle ilgilidir. İlk sözleşme bedeli 6 milyon Euro'dur. Önerilen değişikliğin bedeli 950.000 Euro'dur. Bu değişiklik, düşük bedelli değişiklik kategorisine girmez. Değişikliğin bedeli, yapım işleri için belirlenmiş AB eşik değerinin altında olsa da ilk sözleşme bedelinin % 15'inden fazladır. İhale makamı, Direktifin sözleşme değişikliğine izin veren diğer hükümlerinin bu vakada geçerli olup olmayacağını değerlendirmek durumundadır. Geçerli olmayacaklarsa sözleşme değişikliğine izin verilmez.

Önerilen düşük bedelli bir değişikliğin nedenleri arasında ilk projeden küçük ihmaller, farklar veya hatalar yer alabilir. Hata bile söz konusu olsa, düşük bedelli bir değişiklik yapmanın önünde yasal engel yoktur; yeter ki bu değişikliğin etkisi, yukarıda belirtilen iki koşula göre hesaplandığında hem bedeli hem de yapım işlerinin genel yapısı üzerindeki etkisi itibarıyla kapsamlı olmasın.

Art arda çok sayıda düşük bedelli değişikliğin yapıldığı durumlarda bedel, ardışık tadilatların net kümülatif değeri temelinde değerlendirilecektir. Bu hüküm, finansal sınırlamaların her bir değişikliğin bedeli için değil, tüm değişikliklerin kümülatif bedeli için geçerli olduğu anlamına gelir.

Sözleşmede endeksleme maddesi varsa, fiyatın hesaplanması amacıyla, endeksleme maddesine uygun olarak artırılarak güncellenen fiyat, referans değeri olarak alınacaktır.

6) Diğer kapsamlı olmayan değişiklikler

Madde 72 (1)(e):

“(1) Sözleşmeler ve çerçeve anlaşmalar, bu Direktif doğrultusunda yeni bir ihale usulü olmaksızın aşağıdaki hallerde değiştirilebilir...

(e) bedellerinden bağımsız olarak değişikliklerin 4. fıkra uyarınca kapsamlı değişiklik kategorisine girmediği hallerde.”

Direktif, *presstext* vakasında ortaya konan kuralları genel olarak tekrar eder ve sözleşmelerin (ve çerçeve anlaşmaların) tadil edilebileceğini, söz konusu tadilatların kapsamlı olmaması kaydıyla belirtir.

Dolayısıyla, yukarıda belirtilen sözleşmeye özel olarak izin verilen değişikliklerin yanı sıra, kapsamlı olmayan tüm diğer değişikliklere de bedellerinden bağımsız olarak izin verilir.

"Kapsamlı" değişiklik olarak değerlendirilen bir değişikliğin açıklaması aşağıda sunulmuştur.

Sözleşmelerde vadeleri dahilinde izinsiz veya kapsamlı değişikliklerin yapılması - yeni ihale usulü gerekir

Bir ihale makamının ihtiyaçları sözleşmede kapsamlı değişiklikler yapılmadan artık giderilemiyorsa, tek seçenek mevcut sözleşmeyi feshetmek ve yeni koşullar kapsamında yeni bir ihale usulü yürütmektir.

Madde 72 (4), sözleşmeyi ya da çerçeve anlaşmayı "mahiyeti itibarıyla ilk akdedilen halinden ciddi biçimde farklı" kılmaları halinde değişikliklerin kapsamlı olduğunun ve yeni bir ihale usulü gerektirdiğinin değerlendirileceğini ifade eder.

Direktifin Resital 107. fıkrası bu tanıma açıklığa kavuşturur:

"İlk sözleşmede, fikri mülkiyet haklarının dağıtılması da dahil olmak üzere bilhassa tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri açısından büyük çaplı değişiklikler olması durumunda yeni bir ihale usulünün uygulanması gerekir. Bu tür değişiklikler, tarafların o sözleşmenin temel hükümlerini veya koşullarını yeniden müzakere etme niyetini gösterir. Bu, tadil edilen koşulların, bu koşullar ilk usulün bir parçası olmuş olsaydı usulün sonuçları üzerinde bir etki yaratmalarının söz konusu olması durumunda özellikle geçerlidir."

Direktif, her halükarda, aşağıda belirtildiği üzere dört koşuldan biri veya daha fazlasının yerine gelmesi halinde bir değişikliğin kapsamlı değişiklik olarak değerlendirileceğini belirtir.

Kapsamlı değişiklik, 1. koşul - ilk ihale usulü üzerindeki etki

Madde 72 (4) (a) şu hükmü içerir: "İlk ihale usulünün parçası olmuş olsalardı, ilk etapta seçilen adaylardan başka adayların kabul edilmesine veya aslen kabul edilen tekliften başka bir teklifin kabul edilmesine imkan tanıyacak ya da ihale usulüne başka katılımcıları da çekecek koşullar, değişiklik sayesinde sağlanmıştır".

Yorum: Bu koşul, sözleşme taraflarının asıl sözleşmede yer alan ve o sözleşmenin akdedilmesiyle sonuçlanmış ihale usulünün bir parçası olmuş olsalardı sonucu etkileyecek olan unsurları

değiştirmesini önlemek açısından önemlidir. Örneğin, sözleşmenin başlangıç tarihinde ya da süresinde ilk ilan edilene kıyasla bir değişiklik olmasının ilk ihale usulüne başka müteşebbisleri de çekebileceği hususu göz ardı edilemez.

Bu koşula göre, önerilen değişiklik, ilk ihale usulünün bir parçası olmuş olsaydı aşağıdakilere olanak tanıyıp tanımayacağını tespit etmek amacıyla değerlendirilmelidir:

- ilk ihale usulüne göre yeterli olmayan diđer adaylar gibi ilk etapta sečilmeyen adayların kabul edilmesi;
- farklı bir teklifin kabul edilmesi;
- ilk ihale usulüne katılma konusunda hiçbir isteklilik göstermeyen adaylar gibi diğer ek katılımcıların ilgisinin sürece çekilmesi.

Değerlendirme, değişikliğin ilk ihale usulü üzerinde yukarıdaki etkilerden birine neden olacağını gösteriyorsa, değişikliğin kapsamlı olduğu ve ihale makamının yeni bir ihale usulü yürütmesi gerektiğine kanaat getirilir. Diğer taraftan, değişikliğin ilk ihale usulü üzerinde herhangi bir etkisinin olmaması durumunda söz konusu değişikliğin kapsamlı bir değişiklik olmadığı değerlendirilir.

Kapsamlı değişiklik, 2. koşul - ekonomik dengede değişme

Madde 72 (4) (b) şu hükmü içerir: "değişiklik, sözleşmenin ya da çerçeve anlaşmanın ekonomik dengesini yüklenici lehine, ilk sözleşmede ya da çerçeve anlaşmada öngörülmemeyen bir biçimde değerştirir".

Yorum: Bu koşul, sözleşmenin (çerçeve anlaşmanın) ekonomik dengesiyle ilişkilidir. Değeriklik yüklenicinin lehineyse, söz konusu değeriklik kapsamlı bir değeriklik olarak değerlendirilir. Değeriklik ihale makamının lehineyse, söz konusu değeriklik kapsamlı bir değeriklik olarak değerlendirilmez.

Sözleşmenin ifasında ilk ihale usulünün sonucunun yansıtılmasına devam edilmesini sağlamak ve belirli bir müteşebbisin kayırılması riskini önlemek amacıyla sözleşmede yapılabilecek değerikliklere ilişkin bu sınırlamaya ihtiyaç vardır. Örneğin bir müteşebbis, daha sonra koşulları iyileştirmesine izin verileceği varsayımıyla ihaleyi kazanmak için çok düşük bir fiyat teklifi verebilir.

Bu kural, tüm fiyatların artması ihtimalini ortadan kaldırmaz. Fiyat artışına, örneğin, ilk sözleşmede veya çerçeve anlaşmada yer alan açık, kati ve net bir fiyat endeksleme maddesi doğrultusunda yapılması halinde izin verilir.

Ekonomik dengedeki değerişimler bağlamında, dikkate alınması gereken tek etken fiyat değildir. Örneğin bir değeriklik, yüklenicinin ceza ödemesi riskini azaltıyorsa, ekonomik denge değerlendirilirken o değerikliğin sonuçları da göz önünde bulundurulmalıdır.

Kapsamlı değişiklik, 3. koşul - genişletilmiş kapsam

Madde 72 (4) (c) Őu hųkmų içerir: "deęişiklik, sųzleşmenin veya ereve anlaşmanın kapsamını önemli ölçųde genişletir".

Yorum: İlk sųzleşmede kapsama dahil olmayan ųrųnleri, yapım iŐlerini veya hizmetleri de dahil etmek amacıyla sųzleşmenin (veya ereve anlaşmanın) kapsamının önemli ölçųde genişletildięi hallerde bu koşul uygulanır. Deęişiklik, nicel bir genişletme (ilk sųzleşmede kapsama dahil edilenden daha fazla ųrųn ya da hizmet) veya nitel bir genişletme (ųnceden sųzleşme kapsamında bulunanlardan farklı nitelikte ųrųnler ya da hizmetler) içerebilir. Yalnızca önemli ölçųde genişletmeler kapsamlı deęişiklik olarak deęerlendirilir. Direktif Madde 72 (4) (c)'de yer alan "önemli ölçųde" ifadesini tųm vakalarda uygulanacak Őekilde tanımlamak mųmkųn deęildir. İhale makamlarının takdirlerini vakaya gųre kullanmaları, gerektięinde hukuki danıŐmanlık hizmeti almaları gereklidir.

İçtihatlar

Hangi koşul veya durumların bir sųzleşmenin "önemli ölçųde genişletilmesi" anlamına geleceği, Avrupa Adalet Divanı tarafından Komisyon ile Almanya arasında ambulans hizmetlerine iliŐkin C-160/08 sayılı davada dikkate alınmıŐtır.

Avrupa Adalet Divanı, ambulans hizmetlerine iliŐkin mevcut bir sųzleşmenin kapsamının genişletilmesi kavramına yeni bir ambulans istasyonunun kurulmasının da dahil olduęunu deęerlendirmiŐtir. Avrupa Adalet Divanı, yeni bir ihale usulų yųrųtųlmeksizin ilk sųzleşmenin kapsamının yaklaşık 673.000 Euro genişletilemeyeceęine karar vermiŐtir. Sųzleşme bedeli 4.450.000 Euro olduęundan, kapsam genişletmesi asıl sųzleşme bedelinin % 15'ine denk gelmektedir. Avrupa Adalet Divanı, kapsam genişletme iŐinin bedelinin bir hizmet sųzleşmesi için belirlenen eŐik deęerden bųyųk ölçųde yųksek olduęunu vurgulamıŐtır.

Kapsamlı deęişiklik, 4. koşul - yeni yųklenici

Madde 72 (4) (d) Őu hųkmų içerir: "1. fıkranın (d) bendinde belirtilen durumlar haricindeki durumlarda ihale makamının ilk etapta ihaleyi ųzerinde bıraktıęı yųklenicinin yerini yeni bir yųklenicinin aldıęı hallerde".

Bu koşul yalnızca bir sųzleşme ortaęının yerini bir baŐkasının almasının sųzleşmede kapsamlı bir deęişiklik teŐkil edeceęine dair genel kuralı teyit eder. EŐit muamele ve Őeffaflık ilkeleri doęrultusunda, yųklenici deęişiklięi bu dosyada daha ųnce açıklanan izinli yųklenici deęişiklięi kapsamına girmedięi sųrece, ihale ųzerinde kalan istekli ihale yeniden rekabete açılmaksızın baŐka bir mųteŐebbisle deęiŐtirilmemelidir.

Sųzleşme deęişiklikleriyle ilgili olarak nasıl hareket etmeli?

AŐaęıdaki bųlųm, SIGMA Kamu Alımları Dosyası 22, *Sųzleşme Yųnetimi* belgesinde daha ayrıntılı olarak ele alınan bilgilerin kısa bir ųzetini içermektedir.

Bir ihale makamının mųmkųnse sųzleşme deęişikliklerinden kaçınmak için açık bir politikaya sahip olması tavsiye edilir. Yalnızca ayrıntılı biçimde irdelenmiŐ deęişikliklerin, yani izinli olan ya da kapsamlı olmayan deęişikliklerin, kabul edilmesini ve bu kabulųn yetkili ihale gųrevlisi tarafından sadece yazılı olarak yapılmasını saęlamak önemlidir.

Değişikliklerin doğrudan ya da dolaylı etkileri olabilir. Doğrudan etkiler arasında Őunlar yer alır:

- sųzleşme bedelinin artması/azalması,
- sųzleşmenin bųteyi aŐması/bųtenin altında kalması,
- mal veya yapım iŐi sųzleşmelerinde gecikmeler.

Dolaylı etkiler arasında Őunlar yer alır:

- ziyan olmuş veya ek tasarım işleri,
- ziyan olmuş veya gereksiz diğer faaliyetler,
- müteşebbisin kendi temin kabiliyeti içerisinde verebileceği siparişlerde değişiklikler, eklemeler veya iptaller,
- sözleşme süresinin uzaması/kısalması, sözleşmede gecikmeler veya sözleşmenin yeniden programlanması,
- verimsiz işgücü maliyetleri,
- müteşebbisin genel müdürlüğünde harcanan ek zaman ve para; müteşebbisin sabit giderlerini tazmin etme çabası.

Büyük ölçekli ihalelerde, ihalenin resmi olarak bir istekli üzerinde bırakılmasından hemen sonra resmi bir açılış veya başlangıç toplantısı yapmak iyi bir uygulamadır. Bu toplantıda, hem müteşebbisin hem de ihale makamının temsilcileri, akdedilen sözleşme kapsamında ilk kez bir araya gelir. İki tarafın da rekabetçi bir yaklaşımdan iş birliğine dayalı bir yaklaşıma geçmesi elzemdir, zira taraflar sözleşmenin geçerli olduğu süre boyunca birlikte çalışacaktır ve iki taraf da başarılı bir sonuca ulaşmak gayesindedir.

Bir müteşebbis değişiklik talebinde bulunduğu anda, ihale görevlileri kendilerine ve diğer paydaşlara bir dizi soru sormak durumundadır:

- Bu talep, üzerinde uzlaşılan ve anlaşılmış bulunan işin kapsamına açık bir şekilde girmekte midir?
- Talep, mevcut şartnamelerin ya da hüküm ve koşulların yanlış yorumlanmasından mı kaynaklanmaktadır? Netleştirme amaçlı açıklama yapılması, değişikliğe artık ihtiyaç duyulmadığı anlamına mı gelmektedir?
- Bu değişikliğe gerçekten ihtiyaç var mıdır, yoksa yalnızca "yapılırsa iyi olacak" bir değişiklik midir? Doğrudan ve dolaylı etkileri değerlendirmek gerekir.
- Maliyet-etkinlik açısından daha makul bir başka seçenek var mıdır?
- Bu değişiklik mevcut sözleşmenin gerçekten tadil edilmesini mi kapsamaktadır, yoksa yeni bir ihale gerektiren yeni bir iş midir?
- Değişiklik, ulusal ihale yönetmelik ve düzenlemelerine aykırı mıdır veya rekabete dayalı ihalelere dair herhangi bir politikayla çelişmekte midir?

Bir değişikliğe gerçekten ihtiyaç duyuluyor ve izin veriliyorsa, sözleşmede değişiklik kontrol hükmü bulunmalıdır. Değişiklik kontrol prosedürü, yetkili bir kişinin ve sadece o yetkili kişinin bir değişikliği kabul etme sorumluluğu bulunmasını temin etmelidir. Bazı ihale makamları, değişiklik ihtiyaçlarını incelemek ve alternatifler belirlemeye çalışmak için üst düzey bir komiteye başvururlar.

Bir değişikliğin etkisini asgari seviyeye indirmek için, değişikliği kabul ederken de ihaleyi sonuçlandırırken gösterilen özen gösterilmelidir:

- Değişikliğin maliyetine dair kesin bir fiyat teklifi mutlaka her zaman alınmalıdır.
- Doğrudan maliyetleme kavramı iyice anlaşılmalıdır.
- Taraflar, süre ve maliyet açısından değişikliğin tüm sonuçları üzerinde yazılı olarak anlaşmadan önce bir sözleşme değişikliği konusunda anlaşmaya varılmamalıdır.
- Sözleşmenin başlangıcından itibaren tüm kayıtların gerektiği şekilde tutulması ve saklanması temin edilmelidir.

- İlgili tüm paydaşlar, herhangi bir değişikliğin değerlendirilmesi sürecine sürekli dahil edilmelidir.

Daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 22, *Sözleşme Yönetimi*.

Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Sektörleri

Sektörler Direktifi⁶, sözleşmelerin değiştirilmesi konusunda Direktifle uygulamada aynı hükümleri içerir.

Sektörler Direktifi Madde 89, Direktif Madde 72'nin ("Sözleşmelerin vadeleri dahilinde tadil edilmesi") eşdeğeridir.

Sektörler Direktifi, aşağıda belirtilen iki kapsamlı değişiklik koşulu söz konusu olduğunda, yukarıda açıklandığı üzere izin verilen eşdeğer değişiklikler açısından fiyat artışı olarak ilk sözleşme bedelinin % 50'si sınırlamasını içermez.

- Kapsamlı değişiklik, 2. koşul - ek yapım işleri, hizmetler veya mallar;
- Kapsamlı değişiklik, 3. koşul - öngörülemez haller nedeniyle ihtiyaç duyulan değişiklikler.

⁶ 2004/17/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2014/25/EU sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerindeki kuruluşlar tarafından yapılan alımlar hakkında Direktif.

Ek bilgi

Yayınlar

SIGMA (2015), *Kamu İhale Eğitim Kitapçığı – E3 Modülü*, OECD Publishing, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

SIGMA (2014), *Avrupa Adalet Divanı'nın Kamu İhalelerine İlişkin Seçilmiş Kararları (2006-2014)*, OECD Publishing, Paris. <http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>

Kamu Alımları Dosyaları

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), *İlan*, Dosya 6, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016), *Sözleşme Yönetimi*, Dosya 22, OECD Publishing, Paris