

İhale dokümanında işin yürütülmesi aşamasında idare tarafından kesin teminattan kesinti yapılabileceği kamu ihale mevzuatında kesin teminatın gelir kaydedilebileceği ve kesinti yapılabileceği hallerin mevzuatta sınırlı olarak belirlendiği, ihale dokümanı düzenlemeleri ile bu hallerin genişletilemeyeceği dolayısıyla itiraz konusu düzenlemenin kamu ihale mevzuatında sınırlı olarak sayılan hükümler kapsamında değerlendirilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı hk

idarenin hatalı olduğunun anlaşılması

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Kesin teminat ve ek kesin teminatların geri verilmesi" başlıklı 13'üncü maddesinde "Taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların;

a) Yapım işlerinde; varsa eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı,

b) Yapım işleri dışındaki işlerde Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirildiği saptandıktan sonra; alınan mal veya yapılan iş için bir garanti süresi öngörülmesi halinde yarısı, garanti süresi dolduktan sonra kalanı, garanti süresi öngörülmeyen hallerde ise tamamı yükleniciye iade edilir.

Yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir.

İşin konusunun piyasadan hazır halde alınıp satılan mal alımı olması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi şartı aranmaz." hükmü,

Anılan Kanun'un "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20'nci maddesinde "Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

...

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmü,

Aynı Kanun'un "Yasak fiil ve davranışlar" başlıklı 25'inci maddesinde "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

2. Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi

veya devir alınması.” hükmü,

Anılan Kanun’un “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 26’ncı maddesinde “25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak

üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.” hükmü,

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin “Teminatlar” başlıklı 55'inci maddesinde “... (2) İhale üzerinde bırakılan istekliden sözleşme imzalanmadan önce, teklif fiyatının sınır değere eşit veya üzerinde olması halinde teklif fiyatının % 6'sı, sınır değer altında olması halinde ise yaklaşık maliyetin % 9'u oranında kesin teminat alınır...” hükmü

Kamu İhale Genel Tebliği'nin “Teminat mektuplarının iadesi” başlıklı 18.4'üncü maddesinde “18.4.1. İş tamamlandığı halde ilgilisi tarafından iadesi istenmemiş, ancak mektup üzerinde öngörülen geçerlilik süresini doldurduğu için teminat olma vasfını yitirmiş olan kesin teminat mektupları ile Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından sosyal güvenlik borcu bulunmadığına ilişkin yazıların geç verilmesi ve kesin teminat mektuplarının geçerlilik süresinin dolması durumunda geçerlilik süresi dolan kesin teminat mektuplarına ilişkin olarak, idarelerce 4735 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddeleri gereğince işlem yapılacaktır.

18.4.1.1 İdarelerce SGK tarafından sosyal güvenlik borcu bulunmadığına ilişkin yazıların geç verilmesi sebebiyle kesin teminat mektuplarının geçerlik süresinin dolmasına meydan verilmeksizin işlemlerin tekemmül ettirilmesini teminen, 4735 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, yükleniciler tarafından yapım işlerinde kesin kabul tarihine,

diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar SGK'dan ilişiksiz belgesi getirilmemesi halinde kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına mahsup edilecek, varsa kalanı yükleniciye geri verilecektir. Kesin teminatların paraya çevrilmesi esnasında yüklenicinin SGK'ya olan borcunun miktarının bilinmemesi halinde, Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmeliğin "Kesin Teminatın İadesi" başlıklı 7 nci maddesi gereğince işlem tesis edilerek, yüklenicinin tespit edilecek borcu Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili biriminin hesabına yatırılacak ve varsa kalanı yükleniciye geri verilecektir." açıklaması,

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin "Kesin teminatın ve ek kesin teminatın geri verilmesi" başlıklı 51'inci maddesinde "Taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun şekilde yerine getirildiği usulüne göre anlaşıldıktan ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra, Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksizlik belgesinin getirilmesi halinde yapılan iş için bir garanti süresi öngörülmüş ise kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın yarısı, garanti süresinin sonunda tamamı; garanti süresi öngörülmeyen hallerde ise tamamı yükleniciye iade edilir.

Yüklenicinin sözleşme konusu işler nedeniyle idareye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan yasal vergi kesintilerinin kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde kesin teminat ve ek kesin teminat, 4735 sayılı Kanunun 13'üncü maddesi hükmüne göre paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir.

Yukarıdaki hükümlere göre mahsup işlemi yapılmasına gerek bulunmayan hallerde; işin kabul tarihinden veya varsa garanti

süresinin bitim tarihinden itibaren iki (2) yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi nedeniyle iade edilemeyen kesin teminat mektupları hükümsüz kalır ve bankasına veya sigorta şirketine iade edilir. Teminat mektubu dışındaki teminatlar sürenin bitiminde Hazineye gelir kaydedilir.” düzenlemesi,

İdari Şartname'nin “Teklif fiyata dahil olan giderler” başlıklı 25'inci maddesinde “25.1. Sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince ödenecek ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderleri teklif fiyatına dahildir.

25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları karşılayacak payı içerdiği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

25.3. Teklif fiyata dahil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:

25.3.1.

– Çalıştıracacağı her kademedeki işçilerin maaş, ulaşım, ulusal bayram ve resmi tatil günleri, hafta sonları, yol bedeli, diğer işçilik alacakları ve sigorta primi gibi v.b personel giderleri yüklenici tarafından karşılanacaktır.

– Hizmetin yürütülmesi ve yemek hazırlanmasında kullanılacak her türlü gıda, araç gereç ve araç-gerecin bakımı, tamir ve onarım giderleri teklif fiyata dâhildir. Yemek pişirme, diğer hastanelere taşıma, dağıtım ve sonrası hizmetlerde işin gerektirdiği tüm mal ve malzeme, personel giderleri, nakliye ve işin yürütülmesi esnasında sarf edilecek elektrik, su, doğal gaz giderleri ile mutfak ve ilgili iş için kullanılan alanların ve araç gereçlerin genel temizliği, bulaşık, perde,

masa örtüsü ve temizliği, ilgili işte çalışan personelin kişisel temizliği ve temizlik ürünleri, yemek üretimi esnasında kullanılacak bone, maske, kolluk, galoş, çöp kovaları, çöp poşetlerine ait giderler ve bunların dışında teknik şartnamelerde belirtilen tüm giderler teklif fiyata dâhildir.

...

– İşçilere ödenecek günlük yol ücretleri nakti olarak verilecek olup bu tutar 26 gün üzerinden hesap edilecektir. Ağrı Eğitim ve Araştırma Hastanesi için Ağrı Belediye Başkanlığı Ulaşım Hizmetleri Müdürlüğünün belirlemiş olduğu 1 kişinin gidiş-geliş günlük brüt yol ücreti 3,00 TL 26 gün için ise 78,00 TL olarak ön görülmüştür. Patnos Devlet Hastanesi için Patnos Belediye Başkanlığı Ulaşım Hizmetleri Müdürlüğünün belirlemiş olduğu 1 kişinin gidiş-geliş günlük brüt yol ücreti 10,00 TL 26 gün için ise 260,00 TL olarak ön görülmüştür. Doğubayazıt Dr. Yaşar Eryılmaz Devlet Hastanesi için Doğubayazıt Belediye Başkanlığı Ulaşım Hizmetleri Müdürlüğünün belirlemiş olduğu 1 kişinin gidiş-geliş günlük brüt yol ücreti 8,00 TL 26 gün için ise 208,00 TL olarak ön görülmüştür. Diyadin Hastanesi için Diyadin Belediye Başkanlığı Ulaşım Hizmetleri Müdürlüğünün belirlemiş olduğu 1 kişinin gidiş-geliş günlük brüt yol ücreti 7,00 TL 26 gün için ise 182,00 TL olarak ön görülmüştür. Ön görülen yol ücretleri maaş bordrosunda yansıtılacaktır.

– Personeller için Teknik Şartnamede yazılı olan ve maliyet içeren tüm maddelerdeki giderler teklif fiyata dâhildir. Ayrıca, Teknik şartnamede özellikleri belirtilen bilgisayar sistemi (şifreli geçiş istemi), yemekhane, mutfak ve hizmet ifa edilirken kullanılan alanlarının temizlik, bakım ve haşereler ile mücadele giderleri (ilaçlama giderleri) teklif edilecek fiyata dâhildir. Teknik şartname ile ihale dokümanının da yükleniciye ait olduğu belirtilen tüm yükümlülükler (işyeri açma ruhsatları, noter, malzeme, nakliye, demirbaş vb.) ile ilgili giderler teklif fiyata dahil olup yükleniciye aittir.

...” düzenlemesi,

Aynı Şartname'nin “Diğer Hususlar” başlıklı 48'inci maddesinde “ ... 8-İş bu şartname hükümlerinin uygulanışı sırasında ve uygulanması dolayısıyla yüklenici ve personeli tarafından İdareye herhangi bir hukuki, fiili, maddi, cezai, mali bir zarar verildiği takdirde yüklenici zararı nakden ve defaten karşılamayı kabul eder. Bu nedenle doğacak zararlar yükleniciye aittir.

...

12-Yüklenici çalıştırmayı taahhüt ettiği personel için 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen esaslar doğrultusunda doğabilecek maddi ve manevi tüm yükümlülükleri üstlenecektir. İdaremiz bundan sorumlu tutulmayacaktır. ...” düzenlemesi,

Sözleşme Tasarısı'nın “Sözleşme bedeline dahil olan giderler” başlıklı 7'nci maddesinde “7.1. Taahhüdün (ilave işler nedeniyle meydana gelebilecek artışlar dahil) yerine getirilmesine ilişkin ilgili mevzuatı gereğince ödenecek vergi(KDV hariç), resim, harç, ulaşım, her türlü sigorta ve yükleniciye yapılacak ödemeler için kesilebilecek havale giderleri sözleşme bedeline dahil edilecektir

Çalıştıracığı her kademedeki işçilerin maaş, ulaşım, ulusal bayram ve resmi tatil günleri, hafta sonları, yol bedeli, diğer işçilik alacakları ve sigorta primi gibi v.b personel giderleri yüklenici tarafından karşılanacaktır.

...

Personeller için Teknik Şartnamede yazılı olan ve maliyet içeren tüm maddelerdeki giderler teklif fiyata dâhildir. Ayrıca, Teknik şartnamede özellikleri belirtilen bilgisayar sistemi (şifreli geçiş istemi), yemekhane, mutfak ve hizmet

ifa edilirken kullanılan alanlarının temizlik, bakım ve haşereler ile mücadele giderleri (ilaçlama giderleri) teklif edilecek fiyata dâhildir. Teknik şartname ile ihale dokümanının da yükleniciye ait olduğu belirtilen tüm yükümlülükler (işyeri açma ruhsatları, noter, malzeme, nakliye, demirbaş vb.) ile ilgili giderler teklif fiyata dahil olup yükleniciye aittir. ...” düzenlemesi,

Ağrı Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne ait Teknik Şartname'nin “Hukuki ve Tıbbi Sorumluluk” başlıklı maddesinde “1. Bu hizmeti sunarken doğacak olan hukuki ve tıbbi sorumluluk yükleniciye aittir.

2. Yemek pişirilmesiyle ilgili olarak yüklenici personelinin SGK, maliye, belediye ve diğer mercilere yapılması gerekli ve yapılacak beyan ve bildirimler ve bu hususlardaki vergi resim ve harç mükellefiyet ve sorumluluklar buna ilaveten hata noksan ve kusurlu işlemlerden dolayı hasıl olacak maddi ve manevi zarar ve tahakkuk edecek cezaların hastane adına tecelli edenlerde dahil tazmini ve iş kazası ile ilgili sorumlulukta yükleniciye ait olacaktır.

...

4. Usulüne uygun olarak yapılmayan yemek işi dolayısıyla, işin yeniden yükleniciye yaptırılması halinde ek ücret ödenmeyeceği gibi işin başkasına yaptırılması veya idare tarafından yapılması halinde yapılan ödemeler veya uğranılan zararlar yükleniciden tahsil edilir.

...

7. Unutulan hususlarda ortaya çıkabilecek sorunlar, İdarenin isteği doğrultusunda çözümlenecektir. İdare ve Yüklenici 4734 sayılı Kamu İhale Yasası ve Yönetmeliklerine göre hazırlanan tip İdari Şartname, sözleşme ve Teknik Şartnamede yazılı hükümleri karşılıklı yerine getirmekle yükümlüdür.

8. İdarenin doğacak zararları yüklenicinin kesin teminatından veya hak edişlerinden kesme hakkı vardır.

...

11. Herhangi bir nedenle yemek üretimi yapılamaması halinde veya fazla çalışma yapılan zamanlarda idarenin talebi üzerine hastane personeline yemek veya kumanya vermek yüklenicinin sorumluluğundadır. ..." düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıda aktarılan ihale dokümanı düzenlemelerinde yüklenici tarafından sözleşmenin uygulanması sırasında Teknik Şartname'de belirtilen sayı ve özelliklerde işçinin çalıştırılacağı, yüklenicinin çalıştıracığı işçilerin 4857 sayılı İş Kanunu ve diğer kanunların hükümlerine göre her türlü yasal haklarının teklif fiyata dahil olduğu, idarenin çalışanların özlük hakları konusunda herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı, çalışanlar açısından karşılaşılabilecek her türlü hukuki ve yasal sorunlarda maddi ve manevi zararı yüklenicinin karşılayacağı, İdarenin doğacak zararları yüklenicinin kesin teminatından veya hak edişlerinden kesme hakkı olduğu düzenlemesinin yer aldığı görülmüştür.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla alınan kesin teminatın iadesine ilişkin 13'üncü maddesinde; kesin teminatın hangi hallerde iade edilmeyeceği, yüklenicinin hangi borçlarının kesin teminattan karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; taahhüt, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemişse ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcu varsa kesin teminat yükleniciye iade edilmeyecektir. Yüklenicinin iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret

sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilecek ve yüklenicinin borçlarına karşılık mahsup edilecek, varsa kalanı yükleniciye geri verilecektir. Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 51'inci maddesinde söz konusu hususu tamamlar nitelikte düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere, mevzuatta hangi hallerde yüklenicinin teminatının gelir kaydedileceği ve kesinti yapılacağı hüküm altına alınmış olup işin tamamlanmasının ardından yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun bulunması durumunda kesin teminatı paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edileceği ve varsa kalanının yükleniciye geri verileceği ifade edilmiştir.

İhale dokümanı düzenlemelerinden ise işin yürütülmesi aşamasında idare tarafından kesin teminattan kesinti yapılabileceğinin anlaşıldığı, kamu ihale mevzuatında kesin teminatın gelir kaydedilebileceği ve kesinti yapılabileceği hallerin mevzuatta sınırlı olarak belirlendiği, ihale dokümanı düzenlemeleri ile bu hallerin genişletilemeyeceği, dolayısıyla iddia konusu düzenlemenin kamu ihale mevzuatında sınırlı olarak sayılan hükümler kapsamında değerlendirilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı, dolayısıyla başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2023/028
Gündem No	: 6
Karar Tarihi	: 10.05.2023
Karar No	: 2023/UH.I-728