

**İhalede kesin teminatının
Şartname hükümlerinin
uygulanması sırasında idareye
zarar verildiği takdirde
yüklenicinin zararı 10 gün
içerisinde karşılamayı kabul
edeceği, idarenin doğacak
zararları yüklenicinin
öncelikle hakedişinden
kesinti yapabileceği, kesin
teminattan kesinti
yapılabılme imkanının ise
ancak iş tamamlandıktan sonra
bahse konu hususlardan
kaynaklı olarak idareye
borcunun bulunması halinde
mümkün olabileceği
değerlendirildiğinden anılan**

düzenlemenin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmediği

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:

...

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,

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 değerın 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 Şartnamesi'nin "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 “Kesin teminat” başlıklı 40’ıncı maddesinde “40.1. 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. Kısmi teklif verilmesine imkan tanınması halinde, tek bir sözleşmeye konu olacak kısımların herhangi birisi veya birkaçı için teklif edilen fiyatın, ilgili kısım için hesaplanan sınır değer altında olması halinde alınacak kesin teminat tutarı, isteklinin sınır değer altında teklif sunmuş olduğu kısma veya kısımlara ilişkin yaklaşık maliyetin %9’u, sözleşmeye konu diğer kısma veya kısımlara ilişkin teklif fiyatının ise %6’sı oranında hesaplanır ve bu tutarların toplamı kadar kesin teminat alınır...” düzenlemesi,

Sözleşme Tasarısı’nın “Teminata ilişkin hükümler” başlıklı 11’inci maddesinde “...11.4. Kesin teminat ve ek kesin teminatın geri verilmesi:

11.4.1. Taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve Yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra, Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan ilişiksiz

belgesinin İdareye verilmesinin ardından kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tamamı, Yükleniciye iade edilecektir.

11.4.2. Yüklenicinin bu iş nedeniyle İdareye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin hizmetin kabul tarihine kadar ödenmemesi durumunda protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin ve ek kesin teminat paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı Yükleniciye iade edilir.

11.4.3. Yukarıdaki hükümlere göre mahsup işlemi yapılmasına gerek bulunmayan hallerde; kesin hesap ve kabul tutanağının onaylanmasından itibaren iki yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi nedeniyle iade edilemeyen kesin teminat mektupları hükümsüz kalır ve düzenleyen bankaya veya sigorta şirketine iade edilir. Teminat mektubu dışındaki teminatlar sürenin bitiminde Hazineye gelir kaydedilir..." düzenlemesi,

Teknik Şartname'nin 9.18'inci maddesinde "9.18. Şartname hükümlerinin uygulanması sırasında, yüklenici firma ve personeli tarafından idareye herhangi bir hukuki, fiili, maddi, cezai, mali bir zarar verildiği takdirde yüklenici firma zararı aynı veya defaten nakdi olarak 10 gün içerisinde karşılamayı kabul eder. İdarenin doğacak zararları yüklenici firmanın kati teminat ve hak edişinden tevkif etme hakkı vardır." düzenlemesi yer almaktadır.

Başvuruya konu ihaleye ait Teknik Şartname'nin 9.18'inci maddesinde, Şartname hükümlerinin uygulanması sırasında yüklenici firma ve personeli tarafından idareye herhangi bir hukuki, fiili, maddi, cezai, mali bir zarar verildiği takdirde yüklenicinin zararı 10 gün içerisinde karşılamayı kabul

ettiği, idarenin doğacak zararları yüklenicinin kesin teminat ve hakedişinden kesinti yapabileceğinin düzenlendiği,

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 madde hükümlerine yer verildiği, bahse konu madde kapsamında kesin teminatın hangi hallerde iade edilmeyeceği ve yüklenicinin hangi borçlarının kesin teminattan karşılanacağını hüküm altına alındığı, bu çerçevede, yüklenici tarafından taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı düzenlemelerine uygun olarak yerine getirilmemesi veya yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcu olması durumunda kesin teminatın yükleniciye iade edilmeyeceği, yüklenicinin sözleşme konusu 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 teminatın paraya çevrileceği ve yüklenicinin borçlarına karşılık mahsup edileceği, varsa kalanı yükleniciye geri verileceği, aynı şekilde Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 51'inci maddesinde de söz konusu hususu tamamlar nitelikte düzenlemelere yer verildiği anlaşılmaktadır.

Yapılan incelemede; yukarıda aktarıldığı üzere 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 13'üncü maddesinde yüklenicinin kesin teminatının hangi hallerde gelir kaydedileceğinin veya kesin teminattan kesinti yapılacağını hüküm altına alındığı, iddia konusu düzenlemede doğrudan kesin teminattan kesinti yapılacağını belirtilmediği, Şartname hükümlerinin uygulanması sırasında idareye zarar verildiği

takdirde yüklenicinin zararı 10 gün içerisinde karşılamayı kabul edeceği, idarenin doğacak zararları yüklenicinin öncelikle hakedişinden kesinti yapabileceği, kesin teminattan kesinti yapılabilme imkanının ise ancak iş tamamlandıktan sonra bahse konu hususlardan kaynaklı olarak idareye borcunun bulunması halinde mümkün olabileceği değerlendirildiğinden anılan düzenlemenin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmediği ve başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2023/057
Gündem No	: 18
Karar Tarihi	: 22.11.2023
Karar No	: 2023/UH.I-1449