

ihale işinin yürütülmesi
aşamasında idarece
yükleniciye teslim edilen
malzemelerin eksik veya
arızalı şekilde iadesi
durumunda yüklenicinin
idareye karşı borç altına
gireceğinin de aşikâr olduğu,
dolayısıyla Teknik Şartnamede
yer verilen idarenin
belirtilen eksik ve arızalar
giderilmediği takdirde bu
eksik ve arızaların
faturalandırılarak
yüklenicinin teminatından
kesileceği yönündeki
düzenlemenin aktarılan
mevzuat hükümlerine aykırılık

içermediği

Toplantı No	: 2023/060
Gündem No	: 12
Karar Tarihi	: 13.12.2023
Karar No	: 2023/UH.II-1527

BAŞVURU SAHİBİ:
Uzman Atık Yönetimi Turizm Temizlik İnş. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.,

İHALEYİ YAPAN İDARE:
Yozgat Polis Meslek Eğitim Merkezi,

BAŞVURUYA KONU İHALE:
2023/1080251 İhale Kayıt Numaralı "2024 Yılı Malzemeli Hazır Yemek" İhalesi

KURUM TARAFINDAN YAPILAN İNCELEME:
Yozgat Polis Meslek Eğitim Merkezi tarafından 15.11.2023 tarihinde açık ihale usulü ile gerçekleştirilen "2024 Yılı Malzemeli Hazır Yemek" ihalesine ilişkin olarak Uzman Atık Yönetimi Turizm Temizlik İnş. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 09.11.2023 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 10.11.2023 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 20.11.2023 tarih ve 118005 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 20.11.2023 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2023/1300 sayılı itirazen şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.

KARAR:
Esas inceleme raporu ve ekleri incelendi.

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle, Teknik Şartname'nin 3'üncü maddesinin 14'üncü fıkrasında yer verilen kesin teminattan kesiti yapılacak hallere ilişkin düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu, şöyle ki; kesin teminatın gelir kaydedilebileceği hallerin mevzuatta belirli olduğu, Teknik Şartname'de belirtilen türde alacakların hakedişten kesilmesi yahut Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsil edilmesi gerektiği, kesin teminatın verilmiş amacıyla aykırı olarak bu durumun yüklenicinin mağduriyetine ve bankalar nezdinde kredi puanının düşmesine sebep olabileceği ve itibar zedelenmesine yol açabileceği iddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

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 kanuni 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 yer almaktadır.

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 yer almaktadır.

Sözleşme Tasarısı'nın "Kesin teminat ve ek kesin teminatın geri verilmesi" başlıklı 11.4'üncü maddesinde "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 idareye verilmesinin ardından kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tamamı, Yükleniciye iade edilecektir.

11.4.2. Yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye 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.

11.5. Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz." düzenlemesi yer almaktadır.

Teknik Şartname'nin 3'üncü maddesinde "...14 ..Yüklenici, idareden protokolle aldığı mevcut yemek pişirme ve taşıma malzemelerini (mutfak demirbaşları, depolar, yemekhane malzemeleri, ve diğer ofis demirbaşları vs.) yine protolle teslim eder. Bu malzemeler dışında ve idarenin bilgisi dahilinde başka malzeme getirirse işin sonunda ve idarenin bilgisi dahilinde iadesi yapılacaktır. Bu malzemeler üçüncü kişilere teslim edilmez. İş programına uygun olarak işin başlangıcında ve bitiminde olmak üzere, ücreti yükleniciye ait olmak üzere, işyerindeki malzemeleri ve tesisleri incelemek, test etmek eksiklikleri belirlemek amacıyla bağımsız bir teknik eleman getirilecektir. Bu teknik eleman marifetiyle kontrol edilen ekipman veya cihazlarda tespit edilen eksiklikler yüklenici tarafından teslim hale getirilecektir. İdarece verilen sürede yüklenici tarafından yerine getirilmeyen arıza veya eksiklikler bir tutanakla tespit edilir, eksiklik veya arızaya dair tutarlar faturalandırılarak yüklenicinin teminatından kesilir." düzenlemesi yer almaktadır.

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 edilemeyeceği, yüklenicinin hangi borçlarının kesin teminattan karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Yüklenicinin iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni 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.

Buna göre; taahhüt, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemişse ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcu varsa kesin teminat paraya çevrilecek ve yüklenicinin borçlarına karşılık mahsup edilecek, varsa kalanı yükleniciye geri verilecektir.

İtirazen şikâyet konu Teknik Şartname maddesinden, işin başlangıcında yükleniciye teslim edilen malzemelerin iş bitiminde eksik veya arızalı bir şekilde idareye teslim edilmesi durumunda idarece verilen süre içerisinde bu eksikliklerin giderilmesinin istenileceği, belirtilen eksik ve arızalar giderilmediği takdirde de bu eksik ve arızaların faturalandırılarak yüklenicinin teminatından kesileceği anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin lafzından, yüklenicinin idareye karşı ihale konusu işten doğan borçlarından kabul tarihine kadar ödenmeyenler için, bu tarih sonrasında borca karşılık kesin teminattan mahsup edilecek tutar ile sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan mevzuatta anılan borca ilişkin sınırlı sayıda bir belirleme yapılmadığı, öngörülen yaptırımın da teminatın gelir kaydedilmesi değil, paraya çevrilerek borcun mahsup edilmesi olduğu görülmüştür.

Bu çerçevede, itirazen şikâyet konu Teknik Şartname maddesinde işin yürütülmesi aşamasında idare tarafından kesin teminattan kesinti yapılabileceğine yönelik bir düzenlemenin yer almadığı, yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye olan borçlarının sözleşme süresi bitimine müteakip tespiti halinde kesin teminattan kesinti yapılabileceğine yönelik bir düzenlemeye yer verildiği, idarece yükleniciye teslim edilen malzemelerin eksik veya arızalı şekilde iadesi durumunda yüklenicinin idareye karşı borç altına gireceğinden de aşıkâr olduğu, dolayısıyla Teknik Şartnamede yer verilen idarenin belirtilen eksik ve arızalar giderilmediği takdirde bu eksik ve arızaların faturalandırılarak yüklenicinin teminatından kesileceği yönündeki düzenlemenin aktarılan mevzuat hükümlerine aykırılık içermediği anlaşılmış olup başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendinde "Başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması halinde, Kurul kararı ile itirazen şikâyet başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesine karar verilir. Kurul kararının başvuru sahibine bildirimini izleyen otuz gün içinde başvuru sahibinin Kuruma yazılı talebi üzerine, bu talep tarihini izleyen otuz gün içinde Kurum tarafından itirazen şikâyet başvuru bedelinin iadesi yapılır ve son ödeme tarihine kadar geçen süre için faiz işlemez. Diğer hallerde başvuru bedeli iade edilmez.

Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda iade edilmez." hükmü yer almaktadır.

Aktarılan Kanun hükmüne göre, başvuru sahibinin itirazen şikâyet konu iddialarının tamamında haklı bulunması halinde başvuru bedeli iadesinin söz konusu olabileceği dikkate alındığında, yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler neticesinde, başvuru sahibinin, iddialarının tamamında haklı bulunmadığı anlaşıldığından başvuru bedelinin başvuru sahibine iadesi için Kanunun öngördüğü şekilde "başvuru sahibinin iddialarının tamamında haklı bulunması" koşuluunun gerçekleştirmediği, dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (j) fıkrasının 9'uncu alt bendi hükmü gereğince başvuru bedelinin iadesinin mümkün bulunmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65'inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere,

Anılan Kanun'un 54'üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikâyet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.