

ihale Kanun maddesinde kesin teminatın ne şekilde iade edileceği hükme bağlanmış olup yükleniciden kaynaklı sebeplerle taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesine engel oluşturan eylemler neticesinde idarece haklı sebeple ihalenin feshedilerek teminatın irad kaydına karar verilebileceği dikkate alındığında mevcut düzenlemede kesin teminatın iadesi için ilave koşullar belirlendiği söz konusu düzenlemenin Kanun maddesinde yer alan kesin teminatın

ihadesine dair kuralları genişlettiği hk

[ihale](#)4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kesin teminat" başlıklı 43'üncü maddesinde "Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.

...

Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir." hükmü,

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 öngörölmeyen 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:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

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,

Anılan Kanun'un "Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler" başlıklı 22'nci maddesinde " ... 19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir." hükmü,

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

...

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek..."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. Kısmi teklif verilmesine imkan tanınan ihalelerde, 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.

..." hükmü,

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin "Teminata ilişkin hükümler" başlıklı 11'inci maddesinde "11.1. Kesin teminat:

11.1.1.Yüklenici bu işe ilişkin olarak (rakam ve yazıyla) kesin teminat vermiştir.

11.1.2. Kesin teminat mektubunun süresi/.../.... tarihine kadardır. Kanunda veya sözleşmede belirtilen haller ile cezalı çalışma nedeniyle kabulün gecikeceğinin anlaşılması durumunda teminat mektubunun süresi de işteki gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır.

11.2. Ek kesin teminat:

11.2.1. Fiyat farkı ödenmesi öngörülen işlerde, fiyat farkı olarak ödenecek bedelin ve /veya iş artışı olması halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat miktarı hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir.

11.2.2. Ek kesin teminatın teminat mektubu olması halinde, ek kesin teminat mektubunun süresi, kesin teminat mektubunun süresinden daha az olamaz.

11.3. Yüklenici tarafından verilen kesin ve ek kesin teminat, 4734 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinde belirtilen değerlerle değiştirilebilir.

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 iade edilir. Teminat mektubu dışındaki teminatlar sürenin bitiminde Hazineye gelir kaydedilir.

11.5. Her ne suretle olursa olsun, İdarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.” açıklaması,

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme’nin “Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16’ncı maddesinde “16.1. (Değişik: 3/7/2009 – 27277 R.G. / 49. md.: Değişik ibare: 20/06/2021-31517 R.G./15. md., yürürlük: 05/07/2021) İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1. (Değişik madde: 20/06/2021-31517 R.G./15. md., yürürlük: 05/07/2021) Sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranı, sözleşme bedelinin [bu kısma % 1’den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır.]’dır. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. (Ek: 16/03/2019-30716 R.G./87. md.; yürürlük: 26/03/2019; Değişik madde: 20/06/2021-31517 R.G./15. md., yürürlük: 05/07/2021) Aşağıdaki tabloda yer alan aykırılık

hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. Bu aykırılıkların üçten az olmamak üzere, tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde, ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın, son aykırılığa ilişkin ceza kesilmeden sözleşme feshedilir.

	Aykırılık Hali	İhtar Yapılacaktır/İhtar Yapılmayacaktır	Sözleşme Bedeli Üzerinden Kesilecek Ceza Oranı	Sözleşmenin Feshini Gerektiren Aykırılık Sayısı
1				
2				
3				
...				

16.1.3. (Ek: 16/03/2019-30716 R.G./87. md.; yürürlük: 26/03/2019; Değişik madde: 20/06/2021-31517 R.G./15. md., yürürlük: 05/07/2021) Aşağıdaki aykırılık hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilir...” hükmü,

İdarece hazırlanan Sözleşme Tasarısı’nın “Teminata ilişkin hükümler” başlıklı 11’inci maddesinde “11.1. Kesin teminat

11.1.1. Yüklenici bu işe ilişkin olarak
(rakam ve yazıyla) kesin teminat vermiştir.

11.1.2. Kesin teminat mektubunun süresi ../../... tarihine kadardır. Kanunda veya sözleşmede belirtilen haller ile cezalı çalışma nedeniyle kabulün gecikeceğinin anlaşılması durumunda teminat mektubunun süresi de işteki gecikmeyi karşılayacak

şekilde uzatılır.

11.2. Ek kesin teminat

11.2.1. Fiyat farkı ödenmesi öngörülen işlerde, fiyat farkı olarak ödenecek bedelin ve /veya iş artışı olması halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat miktarı hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir.

11.2.2. Ek kesin teminatın teminat mektubu olması halinde, ek kesin teminat mektubunun süresi, kesin teminat mektubunun süresinden daha az olamaz.

11.3. Yüklenici tarafından verilen kesin ve ek kesin teminat, 4734 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinde belirtilen değerlerle değiştirilebilir.

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.

11.5. Her ne suretle olursa olsun, İdarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.” düzenlemesi

Sözleşme Tasarısı’nın “Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi” başlıklı 16’ncı maddesinde ise “16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

16.1.1. Sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranı, sözleşme bedelinin On Binde 3,00’dir. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. Bu aykırılıkların üçten az olmamak üzere, tabloda belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde, ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın, son aykırılığa ilişkin ceza kesilmeden sözleşme feshedilir.

Aykırılık hali bilgileri belirtilmemiştir.

16.1.3. Aşağıdaki aykırılık hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilir.

...

20- Yukarıda belirtilen 19 maddede ceza öngörülmemen ancak,

Kontrol Komisyonunca İdari ve Teknik şartnamelerde yer alan yükümlölüklerin yerine getirilmediğinin tespit edilmesi halinde; her bir durum için kontrol teşkilatının uygun gördüğü miktarda sözleşme bedelinin yüzde birini geçmeyecek oranda ceza uygulanır. Ayrıca bir ay içerisinde bu durumun 30 defa gerçekleşmesi halinde,

Yukarıda belirtilen cezalar uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme tek taraflı feshedilir.

Besin zehirlenmesi ağır aykırılık hali sayılacaktır. Besin zehirlenmesinin en az 20 kişinin hekim raporu almasıyla tespit edilecektir. Yemek yiyenlerde vukuu bulacak yemekten kaynaklı besin zehirlenmesi şikayetlerinde, klinik bulgu ve müdavi hekim teşhisinin aynı doğrultuda olması, ayrıca bu durumun laboratuar bulguları ile desteklenmesi halinde bu durum bir kez gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanunun 20.maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme fesh edilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedelinin % 1'i (yüzde biri) oranında ceza uygulanacaktır. Bu durum 1 kereye mahsustur. Bu durumda; zehirlenmeye maruz kalan kişi veya kişilerin, Üniversite aleyhine herhangi bir yasal girişim sonucu hak talebinde bulunması durumunda, yasal hükümler gereği Üniversiteye gelen tüm maddi ve manevi cezaları, yasal faizler dahil olmak üzere yükleniciye rücu edilir ve yasal süreç sonuçlanmadan kesin teminat miktarı yükleniciye iade edilmez. Yüklenici bu durumlardan dolayı itirazda bulunamaz." düzenlemesine yer verildiği görülmüştür.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Hizmet Alımları Tip Sözleşmesinin 16'ncı maddesinde sözleşmeye aykırılık halleri, sözleşmenin feshi ve cezai şartların ne şekilde düzenleneceği belirtilmiş olup, sözleşme hükümlerine

uyulmaması halinde %1'den fazla olmamak üzere asgari bir ceza oranı belirleneceği ve aynı fiilin tekrarı halinde bu oranın % 50 artırımlı uygulanacağı, bu aykırılıkların üçten az olmamak üzere, belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde, 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceğinin düzenlenmesi gerektiğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca, sözleşmeye aykırılık teşkil eden hangi davranışların, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceğinin düzenlenmesine yönelik açıklamalara da yer verilmiştir.

Öte yandan, 4735 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde kesin teminatın ne şekilde iade edileceği hükme bağlanmış, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Tip Sözleşmenin 11.4'üncü maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

İdarece hazırlanan Sözleşme Tasarısı'nın 16'ncı maddesinde yer verilen düzenleme incelendiğinde, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak asgari ceza oranının, sözleşme bedelinin on binde 3,00'ü olarak belirlendiği, aynı fiilin tekrarı halinde bu oranın % 50 artırımlı uygulanacağının düzenlendiği, maddenin devamında sayılan aykırılık hallerinin belirtilen sayıda gerçekleşmesi halinde (üçten az olmamak üzere), 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceğinin düzenlendiği,

Diğer taraftan idarece besin zehirlenmesinin ağır aykırılık hali olarak öngörüldüğü, yemek yiyenlerde vukuu bulacak yemekten kaynaklı besin zehirlenmesi şikayetlerinde, klinik

bulgu ve müdavi hekim teşhisinin aynı doğrultuda olması, ayrıca bu durumun laboratuvar bulguları ile desteklenmesi halinde bu durum bir kez gerçekleşmiş olsa dahi 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilebileceği, 1 kereye mahsus olmak üzere sözleşmenin feshedilmemesi halinde sözleşme bedelinin % 1'i (yüzde biri) oranında ceza uygulanacağı, ayrıca zehirlenmeye maruz kalan kişilerin, üniversite aleyhine herhangi bir yasal girişim sonucu hak talebinde bulunması durumunda, yasal hükümler gereği üniversiteye gelen tüm maddi ve manevi cezalar, yasal faizler dahil olmak üzere yükleniciye rücu edileceği ve yasal süreç sonuçlanmadan kesin teminat miktarının yükleniciye iade edilmeyeceği düzenlemesine yer verildiği görülmüştür.

Bu kapsamda Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.3'üncü maddesinin 20'nci alt bendinde yer verilen düzenlemenin sadece sözleşmenin feshini içermediği, sözleşmenin feshinden sonraki sürece ilişkin olarak yükleniciye mali açıdan sorumluluk yüklediği, sözleşmenin yükleniciden kaynaklanan nedenlerle (yemek kaynaklı besin zehirlenmesi) feshi sonrasında zehirlenmeye maruz kalan kişilerin üniversite aleyhine herhangi bir yasal girişim sonucu hak talebinde bulunması durumunda, tüm maddi ve manevi cezalar, yasal faizler dahil olmak üzere yükleniciye rücu edileceği ve yasal süreç sonuçlanmadan kesin teminat miktarının yükleniciye iade edilmeyeceği düzenlemesine yer verildiği,

4735 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde kesin teminatın ne şekilde iade edileceği hükme bağlanmış olup, yükleniciden kaynaklı sebeplerle taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesine engel oluşturan eylemler neticesinde idarece haklı sebeple ihalenin feshedilerek teminatın irad kaydına karar verilebileceği dikkate

alındığında, mevcut düzenlemede kesin teminatın iadesi için ilave koşullar belirlendiği, söz konusu düzenlemenin 4735 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde yer alan kesin teminatın iadesine dair kuralları genişlettiği anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2021/037
Gündem No	: 21
Karar Tarihi	: 08.09.2021
Karar No	: 2021/UH.I-1687