

ihalede idare tarafından kesin teminattan kesinti yapılabileceğine yönelik bir düzenlemenin yer almadığı yüklenicinin kendisine teslim edilen demirbaşların eksik şekilde teslim edildiğinin sözleşme süresi bitimine müteakip tespiti halinde kesin teminattan kesinti yapılabileceğine yönelik bir düzenleme yapıldığı anlaşıldığından ihale dokümanı düzenlemesinin anılan Kanun ve ikincil mevzuat düzenlemelerine aykırı olmadığı

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Tip sözleşmeler" başlıklı 5'inci maddesinde, "Bu Kanunun

uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutaat olan sözleşmeler kullanılabilir.” hükmü,

“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;

...

b) Yapım işleri dışındaki işlerde Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirildiği saptandıktan sonra; alınan mal veya yapılan iş için bir garanti süresi öngörölmesi 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 yer almaktadır.

Hizmet Alımlarına ait Tip Sözleşme'nin "Cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'ncı maddesinde "16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Cezalar, aykırılık halleri ve sözleşmenin feshine ilişkin hususlar bu Sözleşmenin 16, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hususlara ilişkin olarak söz konusu maddeler dışındaki ve ihale dokümanındaki diğer düzenlemeler sadece 16.1.1 inci madde kapsamında değerlendirilir.

16.1.1 Bu sözleşmenin 16.1.2 nci maddesinde yer alan özel aykırılık ve 16.1.3 üncü maddesinde yer alan ağır aykırılık halleri dışında, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak ceza oranı, ilk sözleşme bedelinin [bu kısma % 1'den fazla olmamak üzere oran yazılacaktır.]'dır. 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...

Özel Aykırılık Halleri			
	Aykırılık Hali	İlk Sözleşme Bedeli Üzerinden Kesilecek Ceza Oranı	Aykırılık Sayısı ^{26.3}
1			
2			
3			
...			

...

16.1.4. Bu sözleşme kapsamında kesilecek cezaların toplam tutarı hiçbir durumda ilk sözleşme bedelinin % 30'unu geçemez.

Toplam ceza tutarının ilk sözleşme bedelinin % 30'unu geçtiğinin anlaşılması durumunda bu orana kadar ceza uygulanır ve 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

16.1.5. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerinde yer verilen aykırılıklar kapsamında somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddelerde yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz. Ayrıca, aynı aykırılığın 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerde birlikte sayıldığı hallerde, sözleşme uygulamasında 16.1.3 üncü madde dikkate alınır..." açıklaması yer almaktadır.

Sözleşme Tasarısı'nın "Sözleşmeye aykırılık halleri, cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 16'ncı maddesinde "16.1. İhale konusu işin niteliği ve özelliğine göre işin sözleşmesine uygun olmayan haller ve idare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir. Cezalar, aykırılık halleri ve sözleşmenin feshine ilişkin hususlar bu Sözleşmenin 16, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hususlara ilişkin olarak söz konusu maddeler dışındaki ve ihale dokümanındaki diğer düzenlemeler sadece 16.1.1 inci madde kapsamında değerlendirilir.

16.1.1. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci maddesinde yer alan özel aykırılık ve 16.1.3 üncü maddesinde yer alan ağır aykırılık halleri dışında, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde uygulanacak ceza oranı, ilk sözleşme bedelinin Binde 1'dir. Aynı fiilin tekrarı halinde bu oran % 50 artırımlı uygulanır.

16.1.2. Aşağıdaki tabloda yer alan özel aykırılık hallerinde aynı satırda belirtilen oranda ceza uygulanır. Tabloda yer verilen özel aykırılıklardan herhangi birinin ilgili aykırılık için aynı satırda belirtilen sayıya ve toplam özel aykırılık halinin de 30 sayısına ulaşması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

Özel Aykırılık Halleri

	Aykırılık Hali	İlk Sözleşme Bedeli Üzerinden Kesilecek Ceza Oranı	Aykırılık Sayısı
--	----------------	---	---------------------

1	İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her ikinci aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin binde 1 tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların 30 'den fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir. Ancak Yüklenicinin idari şartname, teknik şartname ve sözleşmede belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi, eksik getirmesi, aksaklık veya diğer kusurlu işlemlerinden dolayı yükleniciye yazı ile bir defaya mahsus uyarıda bulunulur, tekrarı halinde aşağıdaki cezalar uygulanır : -Çalışma süresince İdareden protokolle teslim alınan demirbaşların kaybedilmesi, hasar verilmesi, kırılması ve bu gibi nedenlerle geri verilememesi hallerinde bedelleri günün rayiç değeri üzerinden yüklenicinin hak edişinden kesilecektir. Hakedişi olmaması halinde teminatından kesilir. -Yüklenici kendisine teslim edilen işyerlerini ve demirbaş malzemeleri üçüncü şahıslara kısmen veya tamamen devredemez ya da taksimatı değiştiremez. Aksi halde meydana gelecek zarar, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın takip eden ilk hak edişinden kesilecektir. Zararın 3 ncü şahıs tarafından yapılmış olması idarenin talep hakkını ortadan kaldırmaz. -İdarenin her türlü mal varlığı ile 3 üncü şahıslara karşı işçilerin verebilecekleri zararların bedeli yüklenicinin hak edişinden kesilecektir. Diğer Aksaklık ve Eksiklerde Uygulanacak Cezalar; ...	Binde 1	20
---	--	------------	----

16.1.3. Aşağıdaki tabloda yer alan ağır aykırılık hallerinden

herhangi birinin gerçekleşmesi halinde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

Ağır Aykırılık Halleri

1	16.1.1 nci maddede belirtilen haller dışında kalan durumlarda en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin Binde 1 tutarında ceza uygulanacaktır. Ancak söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedeli üzerinden yukarıda belirtilen oranda ceza uygulanacaktır.
2	*Yükleniciye teslim edilen mutfak ve malzemeleri yada kendisi tarafından temin edilen malzeme ve ekipmanları çalışan personeller tarafından iş güvenliğine aykırı olarak kullanmak yada gerekli önlemleri almamasından dolayı ölüm olaylarının meydana gelmesi halinde,

16.1.3.1. Sözleşmenin feshine yol açan fiil nedeniyle ayrıca, ilk sözleşme bedelinin %2'si oranında ceza uygulanacaktır.

16.1.4. Bu sözleşme kapsamında kesilecek cezaların toplam tutarı hiçbir durumda ilk sözleşme bedelinin % 30'unu geçemez. Toplam ceza tutarının ilk sözleşme bedelinin % 30'unu geçtiğinin anlaşılması durumunda bu orana kadar ceza uygulanır ve 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.

16.1.5. Bu sözleşmenin 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerinde yer verilen aykırılıklar kapsamında somut fiillere yer verilmemesi halinde, söz konusu maddelerde yer alan cezalar ve/veya fesih yaptırımları uygulanamaz. Ayrıca, aynı aykırılığın 16.1.2 nci ve 16.1.3 üncü maddelerde birlikte

sayıldığı hallerde, sözleşme uygulamasında 16.1.3 üncü madde dikkate alınır.

16.2. Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanamaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.

16.3. Yüklenici sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesi gereğince en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için ilk sözleşme bedeli üzerinden 16.1.1 inci maddede belirtilen ceza oranında (kısmi kabul öngörülmüşse süresinde tamamlanmayan kısmın ilk sözleşme bedeli üzerinden) gecikme cezası uygulanır. Yapılacak ihtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Gecikmenin yol açtığı aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilebilecektir...”düzenlemesi yer almaktadır.

Sözleşme Tasarısı’nın özel aykırılık hallerine ilişkin 16.1.2’nci maddesinde “İşin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, her ikinci aykırılık için ayrı ayrı uygulanmak üzere sözleşme bedelinin binde 1 tutarında ceza kesilecektir. Bu aykırılıkların 30 ‘den fazla olması halinde ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme feshedilebilecektir.” düzenlemesinin yer aldığı, söz konusu ifadenin genel bir aykırılık hali olduğu, dolayısıyla söz konusu aykırılığın 16.1.1’inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kaldı ki özel aykırılık hallerinin düzenlendiği 16.1.2’nci

maddede aykırılık hali olarak somut fiillere yer verilmesi gerektiği, bu nedenle 16.1.2'nci maddede işin tekrar edilen kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesi özel aykırılık olarak belirtilip farklı ceza oranları ve tekrar sayıları öngörülmüş olsa da söz konusu aykırılığın genel nitelikli aykırılık olduğu, somut bir aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla şikayete konu aykırılık halinin somut fiilden uzak genel bir aykırılık durumunu ifade ettiği görüldüğünden Sözleşme Tasarısı'nın 16.1.5'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Ayrıca, yukarıda yer verilen mevzuat ve doküman düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde; çalışma süresince idareden protokolle teslim alınan demirbaşların geri verilememesi hallerinde bedellerinin yüklenicinin hakedişinden kesileceğinin, hakedişinin olmaması durumunda ise teminatından kesinti yapılacağına anılan tasarının 16.1.2'nci maddesinde düzenlendiği, yükleniciye teslim edilen demirbaşların işin sonunda idareye teslim edileceği, bu aşamada teslim edilen demirbaşlarda tespit edilen eksikliklerin öncelikle hakedişten kesileceği, işin sonunda hakedişinin bulunmaması halinde ise teminatından kesinti yapılacağı, iddiaya konu maddede işin yürütülmesi aşamasında idare tarafından kesin teminattan kesinti yapılabileceğine yönelik bir düzenlemenin yer almadığı, yüklenicinin kendisine teslim edilen demirbaşların eksik şekilde teslim edildiğinin sözleşme süresi bitimine müteakip tespiti halinde kesin teminattan kesinti yapılabileceğine yönelik bir düzenleme yapıldığı anlaşıldığından ihale dokümanı düzenlemesinin anılan Kanun ve ikincil mevzuat düzenlemelerine aykırı olmadığı değerlendirilmiş ve netice itibarıyla başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2024/002
Gündem No	: 23

Karar Tarihi	: 10.01.2024
Karar No	: 2024/UH.I-67