

ihale dokümanında kesin teminatın gelir kaydedileceği hallerin sınırlı olarak belirlendiği ihale dokümanı düzenlemeleri ile söz konusu hallerin genişletilmesinin mümkün olmadığı

ihale dokümanında kesin teminatın gelir kaydedileceği hallerin sınırlı olarak belirlendiği

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 öngörülme 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 değer altında olması halinde ise yaklaşık maliyetin % 9’u oranında kesin teminat alınır...” hükmü yer almaktadır.

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.” düzenlemeleri yer almaktadır.

Başvuruya konu ihaleye ait İdari Şartname’nin “İhale konusu işe/alıma ilişkin bilgiler” başlıklı 2’nci maddesinde “2.1. İhale konusu işin/alımın;

a) Adı: 12 Aylık Malzemeli Yemek Pişirme Dağıtım ve Sonrası Hizmet Alımı

b) Türü: Hizmet alımı

c) İlgili Uygulama Yönetmeliği: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

...

e) Miktarı: Normal Yemek : 130.000 Öğün

Diyet Yemek : 18.000 Öğün

Kahvaltı : 50.000 Öğün

Ara Öğün : 9.500 Öğün

Ayrıntılı bilgi idari şartnamenin ekinde yer almaktadır.

f) İşin yapılacağı/malın teslim edileceği yer: Bodrum Devlet Hastanesi” düzenlemesi,

Anılan Şartname'nin "Diğer hususlar" başlıklı 48'inci maddesinde "... 2-Yüklenici personelinin Sosyal Güvenlik Kurumu, Maliye Bakanlığı, Belediye ve diğer mercilere yapılması gerekli beyan ve bildirimler, ruhsat ve bu hususlardaki vergi, resim ve harç mükellefiyet ve sorumluluklar yükleniciye aittir. Yüklenici tarafından karşılanmayan cezai mali sorumluluk idare tarafından hakedişinden veya teminatından kesilir. ..." 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.

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

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri ve açıklamaları ile ihale dokümanı düzenlemelerinden; başvuruya konu ihaleye ait İdari Şartname’de Sosyal Güvenlik Kurumu, Maliye Bakanlığı, Belediye ve diğer mercilere yapılması gereken beyan ve bildirimlerin, ruhsat ve bu hususlardaki vergi, resim ve harç mükellefiyet ve sorumlulukların yükleniciye ait olduğunun ve bahse konu mali sorumlulukların yüklenici tarafından karşılanmaması halinde, idare tarafından yüklenicinin hakedişinden veya teminatından kesinti yapılacağının 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 karşılanacağının hüküm alındığı, bu çerçevede, yüklenici tarafından taahhüt, 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 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 çevrilecek 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 yapılacağıının hüküm altına alındığı, bu çerçevede; kamu ihale mevzuatında kesin teminatın gelir kaydedileceği hallerin sınırlı olarak belirlendiğinin anlaşıldığı, ihale dokümanı düzenlemeleri ile söz konusu hallerin genişletilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla başvuruya konu İdari Şartname düzenlemesinin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil ettiği anlaşılmış olup başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Toplantı No	: 2023/044
Gündem No	: 28
Karar Tarihi	: 29.08.2023
Karar No	: 2023/UH.II-1166