

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2020/004
Gündem No	: 3
Karar Tarihi	: 29.01.2020
Karar No	: 2020/DK.D-23
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 9
Gündem Konusu	: 4735 sayılı Kanunun 17 ve 18 inci maddeleri ile ilgili olarak kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenip güncellenmeyeceği hususunda Kurum görüşü oluşturulması.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre yürütülen sözleşmelerde, ölüm hali hariç olmak üzere Kanunun 17 ve 18 inci maddeleri kapsamında sözleşmelerin feshedilmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenip güncellenmeyeceği hususunda Kurum görüşü talep edilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında; 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 alınacağı hükme bağlanmıştır.

4735 sayılı Kanunun "Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti" başlıklı 17'nci maddesinde, "Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti hallerinde aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa diğer alacakları varislerine verilir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir.

b) Yüklenicinin iflas etmesi halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç hakkında 20 ve 22 nci maddeye göre işlem yapılır.

c) Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. Bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22 nci maddeye göre işlem yapılır." hükmü,

Aynı Kanunun "Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet" başlıklı 18'inci maddesinde ise; "Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22 nci maddeye göre işlem yapılır. Pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde ise sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29.01.2020

Karar No

: 2020/DK.D-23

Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması halinde, diğer ortaklar teminat dahil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek taahhüdünü yerine getirirler.” hükmü bulunmaktadır.

Bu çerçevede; anılan mevzuat hükümlerinde, yüklenicinin iflas etmesi halinde, sözleşmenin feshedilerek yasaklama hariç hakkında 20 ve 22’nci maddeye göre işlem yapılacağı, ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebileceği, bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşmenin feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22’nci maddeye göre işlem yapılacağı, ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılmasının sözleşmenin devamına engel olmayacağı; ancak, ölüm hali hariç olmak üzere bu durumların pilot veya koordinatör ortakla ilgili ortaya çıkması halinde, sözleşmenin feshedileceği ve yasaklama hariç haklarında 4735 sayılı Kanunun 20 ve 22’nci maddelerine göre işlem yapılacağı, bununla birlikte bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşmenin yenilenerek işe devam edilebileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu Kanunun “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,

Aynı Kanunun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22’nci maddesinde ise “19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29.01.2020

Karar No

: 2020/DK.D-23

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

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 yer almaktadır.

4735 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinde yüklenicinin mali acz içinde bulunması sebebiyle sözleşmenin feshi, 21 inci maddede de sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sözleşmenin feshine ilişkin genel düzenlemeleri içeren 22 nci maddenin gerekçesinde “*Teminatlardaki değer kaybını önlemek üzere, sözleşmenin feshi halinde bu teminatların değerinin güncellenmesi gerekli görülmüştür.*” denilmektedir.

Buna göre; 4735 sayılı Kanunun 17 ve 18’inci maddelerinin atıf yaptığı 20’nci maddesinde, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği, 22’nci maddesinde ise 19, 20 ve 21’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar güncelleneceği, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki farkın yükleniciden tahsil edileceği hüküm altına alınmıştır.

4735 sayılı Kanunun sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler içeren 22’nci maddesinde, kesin teminatın güncellenmesi hususunda 19, 20 ve 21’inci maddelere atıf yapılması, atıf yapılan bu maddelerin yüklenici veya idare tarafından sözleşmenin feshini düzenlemiş olması nedeniyle, maddeler arasındaki bu hukuki bağa dayalı olarak feshin hukuki sonuçlarını düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum ise tek başına; 22’nci maddenin hukuki sonuçlarının, kendisine diğer madde hükümleriyle atıf yapılan durumlar için uygulanmayacağı sonucunu doğurmayacaktır.

Dolayısıyla; 4735 sayılı Kanunun 17 ve 18’inci maddelerinde sayılan yüklenicinin iflası ve ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile taahhüdünü yerine getirememesi halinde, ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise, pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak bu durumların ortaya çıkması halinde sözleşmenin feshedileceği ve yükleniciler hakkında yasaklama hariç 20 ve 22’nci maddelere göre işlem yapılacağı hükme bağlandığından, 17 ve 18’inci maddelerin yapmış olduğu atıf nedeniyle, yükleniciler için bu durumlarda “yasaklama hariç” olmak üzere 22’nci maddenin hukuki sonuçlarının uygulanması gerekecektir.

4735 sayılı Kanunun 22’nci maddesinin son fıkrasındaki “*19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır*” hükmünde, 19, 20 ve 21’inci maddelere atıf yapılmış, ancak yasaklamaya ilişkin olarak 17 ve 18’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi durumuna atıf yapılmamış olmasına karşılık, sözleşmenin feshinde uygulanacak idari tedbirler açısından 17 ve 18’inci maddelerde açıkça “yasaklama hariç” ifadesine ayrıca yer verilmiştir. Hal böyle iken; yine 17 ve 18’inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi durumunda, anılan maddelerde “kesin teminatın güncellenmeyeceğine” yönelik bir hükme ise yer verilmediği görülmektedir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 29.01.2020

Karar No

: 2020/DK.D-23

Buna göre; 4735 sayılı Kanunun 22'nci maddesinin hukuki sonuçlarından birinin, sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar, kesin teminatın değer kaybının önlenmesi amacıyla güncellenmesi olduğu, bu türden bir güncellenmenin aynı Kanunun 17 ve 18'inci maddeleri uyarınca kesin teminatın gelir kaydedileceği durumlarda uygulanmamasını gerektirecek bir hukuki dayanağın ya da gerekçenin bulunmadığı, zira; anılan Kanunun 17 ve 18'inci maddelerinde "yasaklama hariç" 20 ve 22'nci maddelere göre işlem yapılacağı hususunun açıkça hükme bağlandığı, ancak aynı maddelerde "kesin teminatın güncellenmeyeceği" hususunda bir hükme yer verilmediği, ayrıca; kesin teminatın taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yükleniciden alındığı ve güncelleme işlemi ile bu teminatın değer kaybetmesinin engellenmesinin amaçlandığı dikkate alındığında;

4735 sayılı Kanunun 17 ve 18'inci maddeleri kapsamında 22'nci maddeye yapılan atıf nedeniyle, yüklenicinin iflası ve ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile taahhüdünü yerine getirememesi halinde; ortak girişimler tarafından yerine getirilen taahhütlerde ise, pilot veya koordinatör ortakla ilgili olarak bu durumların ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi halinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenmesi gerektiğine,

Oybirliği ile karar verilmiştir.