

KAMU ALIMLARINDA TEMİNATLAR, İRAT KAYDI, GÜNCELLEME SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Mehmet AKSOY¹

Öz

Mali hukukun bir kolu olan ihale hukuku iki yönlüdür. Bir yönü gelir getirici ihaleleri, diğer yönü harcama yapmayı gerektiren ihalelerdir. Harcamayı gerektiren ihaleler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuat hükümleri çerçevesinde yapılır. Kamu kaynağı kullanılan ihalelerin temel konularından birisi teminatlar hususudur. İhalelerde isteklilerin tekliflerinde ciddi olmalarını ve yüklenicilerin ihale mevzuatına ve sözleşmeye uygun hareket etmelerini sağlamak için alınan teminatlar geçici, kesin, ek kesin ve avans teminatlardır. Teminatların ihale mevzuatında belirtilen şekil ve standartta olması gerekir. Teminatın teslim alınmasında, iadesinde ve gerektiğinde gelir kaydedilmesinde idarenin uyması gereken bazı ilke ve kurallar bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin bu hususlara uymamaları durumunda mali, idari ve cezai sorumlulukla karşılaşmaları söz konusu olur. Teminatların gelir kaydedilmesinde ve iadesinde bazı uygulama sorunları yaşanmaktadır. Asgari oranın üzerinde teslim alınan teminatın gelir kaydedilmesi ve teminatın güncelleme yapılmadan gelir kaydedilmesi uygulama sorunlarının başında gelmektedir. Bu makalede teminatlar hakkında genel bir bilgi verilmiş, uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilmiş ve bu sorunlara çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede makalenin temel amacı ihale ve sözleşme sürecinde yer alan kamu görevlilerini bilgilendirerek mali sorumlulukla karşılaşmamalarını sağlamaktır. Bu bağlamda, literatür taraması yapılmış, konuyla ilgili çalışmalar incelenmiş ve yargı kararları taranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımı, Teminat, Gelir Kaydı, İade, Güncelleme

Warranties in Public Procurement, Revenue Recording, Updating Problem and Solution Suggestions

393

Abstract

Tender law, which is a branch of financial law, has two aspects. One aspect is the revenue-generating tenders and the other one is the tenders requiring expenditures. Tenders requiring expenditures are conducted in the framework of the Public Procurement Law no.4734 and the provisions of secondary legislation. Warranties is one of the main topics of the tenders where public resources are used. Warranties are received from the bidders in tenders to ensure that they are serious in their bids and that the contractors act in compliance with the tender legislation and contract; and they are provisional warrant, performance bond, additional performance bond and pre-financing guarantees. The warranties should comply with the form and standard stipulated in the tender legislation. There are principles and rules that the administration should observe while receiving, returning and recording warranties as revenue when necessary. If the public officers do not comply with those, they face financial, administrative and penal responsibilities. There are some practical problems in recording warranties as revenues and returning them. Main practical problems include recording as revenue the warranty that is received over the minimum rate and recording the warranty without updating. This article gave general information on warranties, addressed the practical problems, and attempted to develop solution suggestions. In this framework, the main purpose of this article is to inform the public officers included in the bidding and contacting processes and ensure that they do not face financial responsibility. In this context, literature review was made; studies related to the topic were examined; and judicial decisions were screened.

Keywords: Public Procurement, Warranty, Revenue Recording, Returning, Updating Problem

¹ Dr. Sayıştay Üyesi, Sayıştay, faaksoy@hotmail.com

Giriş

Kamunun mali faaliyetleri ile bu faaliyetlerin hukuki temellerini inceleyen bir bilim dalı olan mali hukukun konusuna; kamu gelirleri, kamu borçları, vergi hukuku, Türk vergi sistemi, kamu giderleri ve bütçe hukuku yanında kamu ihale hukuku da girmektedir. Kamu ihale hukuku, iki yönlüdür. Bir yönü ile ihale neticesinde kamunun gelir elde etmesini, diğer yönü ile yapılan ihale için kamu kaynağının kullanılmasını konu edinmektedir. Kısaca ihale kavramı kamuya gelir getirici faaliyetler ile kamunun harcama yapmasını gerektiren faaliyetlerini ifade etmektedir.

Kamunun kaynak kullanımı yönüyle ihale hukuku; mal ve hizmet alımı ile yapım işleri için kamu kaynaklarından yapılan harcamaların tabi olduğu ilke, usul ve esasların belirlendiği bir hukuk dalı olup anılan işlerin hangi idari usullerle, hangi ilkeler ışığında ve nasıl ihale edileceğini düzenler. Bu kapsamda ihale hukukunu oluşturan temel konulardan biri olan kamu alımlarında teminatlar hususu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Kamu alımlarında teminatlar; birincil ve ikincil ihale mevzuatının önemli konularındandır. Kamu idareleri tarafından yapılan ihalelerde istekli konumunda olan kişilerin tekliflerinde veya taahhütlerinde samimi ve mevzuata uygun davranmalarını temin etmek ve ihale mevzuatı ile ihale dokümanına uygun olarak taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamak bakımından teminat alınması önemlidir.

Bu bağlamda teminatların belirlenen oranlar ve tespit edilen değerler üzerinden alınması, teminatların gelir olarak kaydedilmesinde ve iadesinde ihale mevzuatına uygun hareket edilmesi ve teminatları ilgilendiren diğer hususların hem kamu görevlileri hem de istekliler ve yükleniciler tarafından bilinmesi önem arz etmektedir.

Çünkü ulusal ve küresel pazarın önemli bir parçası (Çolak ve Demirboğa, 2014, s. 92) olan kamu alımları kamu kaynakları kullanılarak finanse edilmektedir. Ülkemizde yıllık kamu alımlarının gayrisafi milli hasılanın önemli bir oranına tekabül ettiği dikkate alındığında, kamu ihaleleri yoluyla temin edilen mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin ne derecede büyük parasal değerlere ulaştığı açıkça görülmektedir (Şahiner, 2016, s.1).

Kamu ihalelerinde kullanılan kaynağın kamusal niteliği ve kamusal ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması gerekliliği, ihale sürecinde ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasında ortaya çıkması muhtemel bazı risklerin güvence altına alınmasını zorunlu kılmaktadır. İşte kamu ihalelerinde alınan teminatlarla, hem bu aşamalarda ortaya çıkması muhtemel kural ihlalleri bakımından caydırıcılık sağlanması hem de ortaya çıkan kural ihlallerinin cezalandırılması amaçlanmaktadır.

Kamu ihale mevzuatı ile kamu alımları sıkı bir takım esas ve usul kurallarına bağlandığı için ihale sürecinde ve ihale sözleşmesinin uygulanması sürecinde yaşanması muhtemel kural ihlalleri ve bu ihlallerden doğacak riskleri önlemek amacıyla ihaleye katılanlara ve ihaleyi kazanarak sözleşme imzalayan yüklenicilere idari, cezai ve mali bazı yaptırımlar öngörülmüştür.

Makalenin temel amacı; kamu alımlarında önemli yer tutan teminatlar hakkında bilgi vermek, kamu görevlileri, istekliler ve yüklenicilerin dikkat etmeleri gereken hususları ortaya koymak, teminatların iadesi veya idare adına gelir kaydedilmesi durumunda önem arz eden hususlara dikkat çekmek, yaşanan sorunlara çözüm önerileri geliştirmek ve bu konuda ihale mevzuatına uyulmaması halinde karşılaşılabilecek muhtemel müeyyide ve sorumluluklara değinmektir.

İhale mevzuatında yer alan ilke ve esaslar dâhilinde teminatların idarece alınması, iadesi, gelir kaydı ve güncellenmesi hususları kamu alımlarında kamu kaynaklarının etkin kullanımı açısından önem arz eden bir husustur. Bu bağlamda, kamu alımları konusunda geniş bir literatür taraması yapılmış, konu hakkında yazılmış ve konunun tekniği ile ilgili çalışmalar incelenmiş ve yargı kararları taranmıştır.

1. Teminatın Tanımı ve Önemi

Olabilecek bir zararı giderebilecek karşılık (Doğan, 1986, s. 967), belli bir hukuki durumu (genellikle borcun ödenmesini) sağlamak için verilen garanti, bir borç için alacaklıya verilen güvence, bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödeneceğini sağlayan işlem (Yarmalı ve Alp, 2017, s.718) şeklinde tanımlanan teminat kavramının kamu alımlarındaki tanımı ise kamu ihalelerine katılabilmek için isteklilerin ve yüklenicilerin idareye vermeleri gereken belli oran ve miktarlardaki para ve diğer değerleri ifade etmektedir.

Teminat; kamu idaresinin ileride doğabilecek risklere karşı alacağını güvence altına almaya dönük bir koruma tedbiridir. Kamu alımlarında ise yükümlülüklerini ihale mevzuatı ve ihale dokümanına uygun şekilde yerine getirmeyen, ihaleye katılan isteklilerle ihaleyi kazanan yükümlülerin bu kural ihlallerinden doğması muhtemel kamu alacağının garanti altına alınması açısından önemlidir. Bu şekilde garanti altına alınan kamu alacağı ile kamu kaynaklarının etkin, verimli ve ekonomik kullanımı hedeflenmiş olmaktadır.

2. Kamu Alımlarında Teminat Çeşitleri

Kamu alımlarında geçici teminat, kesin teminat, ek kesin teminat ve bütçe dışı avans teminatı olmak üzere farklı teminatlar alınmaktadır.

2.1. Geçici Teminat

Geçici teminat istekli olduğu işi yapabilecek kapsamda belirli ekonomik gücü olanların ihaleye katılmalarını sağlamak, yaptırım aracı olarak kullanmak, tekliflerin daha ciddi bir şekilde hazırlanmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek gibi çeşitli nedenlerle teklif edilen bedelin ihale mevzuatında belirlenen orandan az olmamak üzere isteklilerden alınan teminattır.

İhaleye konu işi yapmaya istekli ve yeterli kişilerin teklif vermelerini sağlamak üzere teklif edilen bedelin belli oranında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda sayılan ve teminat olarak kabul edilebilecek değerler üzerinden geçici teminat alınması kanuni bir zorunluluktur.

4734 sayılı Kanununun 33'üncü maddesi gereğince ihalelerde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır.

İstekliler tarafından Kanuni oran üzerinde de geçici teminat verilebilir. Ancak, bu durum istekliye bir ayrıcalık veya öncelik oluşturmaz. Kanuni oran üzerinde teminat verilmesi, isteklinin teklifinin diğer istekliler tarafından doğru olarak tahmin edilmesini engellemeye yöneliktir. Kanuni oran altında geçici teminat sunulması ise verilen teklifin değerlendirme dışında kalmasına neden olur.

Geçici teminata ilişkin belgeler ve geçici teminat mektupları ihalenin ilk oturumunda ihale komisyonu tarafından mevzuata ve ihale dokümanına uygunluk yönünden incelenir ve zarf açma ve belge kontrol tutanağına kaydedilir. Uygun olmayan geçici teminat sunan istekliler, tekliflerin değerlendirildiği ikinci oturumda ihale dışında bırakılır. Sözleşme imzalandıktan sonra ise geçici teminat iade edilir.

2.1.1. Geçici Teminat Alınması Zorunlu Olmayan Durumlar

Kamu ihtiyaçlarını gidermek için başvuru alan bazı alım usullerinin uygulanmasında geçici teminat alınması zorunlu değildir.

- 4734 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesine göre; ihale dokümanında belirtilmek şartıyla danışmanlık hizmet alımlarında geçici teminat alınması zorunlu değildir.
- Anılan Kanununun 22'nci maddesi uyarınca kamu alımlarında bir ihale usulü olmayan doğrudan temin yolunun tercih edilmesi halinde de geçici teminat alınması zorunlu değildir.

2.2. Kesin Teminat

4734 sayılı Kanununun 43'üncü maddesine göre kesin teminat; taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle en az %6 oranında alınan teminattır.

Kesin teminat alınması, mevzuatta yer alan istisnalar dışında, sözleşmenin imzalanması için zorunludur. İdarelerin sözleşme imzalamadan önce kesin teminatların yatırıldığını kontrol etmesi gerekmektedir.

İhaleye sınır değer altında teklif verilmesi halinde Kamu İhale Kurumunun belirlediği oranda kesin teminat verilmesi gerekir. Kamu İhale Kanunu'na 2014 yılından eklenen fıkra anılan Kuruma farklı oranda kesin teminat belirleme yetkisi vermiştir. Buna göre; ihale üzerinde kalan isteklinin teklifi sınır değer altında ise Kamu İhale Kurumu yaklaşık maliyetin %6'sından az ve %15'inden fazla olmamak üzere kesin teminat belirleyebilmektedir. Kurum da bu oranı yaklaşık maliyetin %9'u olarak belirlemiştir. Yapılan bu düzenleme ile sınır değer altında verilen tekliflerden kaynaklanabilecek risklerden idarenin korunması amaçlanmıştır.

Sözleşmenin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16'ncı maddesine uygun biçimde devredilmesi durumunda da devralan yükleniciden kesin teminat, varsa ek kesin teminat alınır.

2.2.1.Kesin Teminat Alınması Zorunlu Olmayan Durumlar

Kamu alımlarında idareler ihale dokümanı ve ihale ilanlarında kesin teminat alınacağı yönünde düzenlemeye yer vermek zorundadırlar. Ancak aşağıda sıralanan hallerde kesin teminat alınmadan ihale yapılabilir.

- 4734 sayılı Kanunun 43'üncü maddesi uyarınca, danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hakedişten %6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.

Danışmanlık ihalelerinde idare kesin teminatı sözleşme yapılmadan önce almayacak ise bu durumu ihale dokümanında belirtmek zorundadır. Aksi halde, yani bu durum ihale dokümanında belirtilmemişse idare mutlak surette kesin teminatı almak zorundadır.

- 4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesi uyarınca (b), (c) ve (f) bendi kapsamında pazarlık usulü ile yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir. Eğer idare uygun bulmaz ise sözleşme yapma süresinde teslim edilmiş olsa bile ihale üzerinde kalan isteklinin kesin teminat yatırması gerekir. Sözleşme yapma süresi ile kastedilen ise, ihale üstünde bırakılan istekliye sözleşmeyi imzalaması için anılan kanunun 42 inci maddesi kapsamında verilen süredir.

Bu konuda Kamu İhale Genel Tebliğinin (KİGT) 18.5 maddesinde yapılan açıklamalar şöyledir;

“İdare tarafından alımın niteliği esas alınarak malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve kesin kabulünün gerçekleştirilmesi halinde kesin teminat alınmayacak ise 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre Pazarlık Usulü İle İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak İdari Şartnamenin “Kesin Teminat” başlıklı 41 inci maddesinin (41.3) alt maddesinde “Malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve kabulünün gerçekleştirilmesi halinde kesin teminat alınmayacaktır.” düzenlemesine yer verilecektir.

İdare tarafından idari şartnamede yapılan düzenleme çerçevesinde malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve kesin kabulünün yapılması durumunda kesin teminat alınmamasına karşın ihale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme imzalanabilir. Bu durumda sözleşmenin “Teminata ilişkin hükümler” başlıklı maddesinde kesin teminat alınmadığına ilişkin açıklamaya yer verilecektir. Ancak ihale üzerinde bırakılan istekliden kesin teminat alınması ve alım konusu malın satış sonrası servis, bakım ve onarım hizmetleri ile garantisine yönelik düzenleme yapılması durumunda

da idare tarafından sözleşme imzalanması zorunludur.

İdari şartnamede “malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve kabulünün gerçekleştirilmesi halinde kesin teminat alınmayacaktır.” ve “malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve kesin kabulünün yapılması durumunda sözleşme imzalanmayacaktır.” düzenlemesi yer almasına karşın ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilemeyeceğinin veya sözleşme süresi içerisinde malın kesin kabulünün yapılamayacağına anlaşılması durumunda sözleşme imzalanması ve kesin teminat alınması zorunludur.

4734 Sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre pazarlık usulü ile ihale edilen mal alımlarında, idari şartnamede, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve kesin kabulünün yapılması durumunda sözleşme imzalanmayacağına belirtilmesi durumunda, ihale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kanununun 10’uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri malın tesliminden önce idareye sunması gerekmektedir”

- İhale usulü olmayan doğrudan temin yolu ile yapılan alımlarda da kesin teminat alınma zorunluluğu yoktur.

2.3. Ek Kesin Teminat

4735 sayılı Kanun’un 12 inci maddesinde; ek kesin teminat alınması hususu düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; fiyat farkı ödenen ihalelerde, fiyat farkı ödenmesi sebebiyle sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde ek kesin teminat alınacaktır.

Ek kesin teminat; fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının %6’sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden alınan teminattır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminatın hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle karşılanması da mümkündür.

4734 sayılı Kanunda öngörülen tutarın üzerinde kesin teminat veren istekliye, 4735 sayılı Kanun kapsamında yüklenici sıfatıyla fiyat farkı veya iş artışı şeklinde ödeme yapılacak olması halinde, ek kesin teminat tutarı verilen kesin teminat tutarı dikkate alınarak belirlenir (Kamu İhale Genel tebliği, [KİGT], Madde:18.6).

2.4 Bütçe Dışı Avans Teminatı

Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 5’inci maddesine göre; sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir. İlgili kanunların bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.

Anılan esasların 7’nci maddesi uyarınca da sözleşmelerinde belirtilmek ve karşılığında aynı tutarda teminat alınmak koşuluyla yüklenicilere; mal ve hizmet alımlarında yüklenme

tutarının yüzde 10'una, yapım işlerinde ise yüklenme tutarının yüzde 15'ine kadar bütçe dışı avans verilebilir. Bu oranların üzerinde avans verilmesini zorunlu kılan durumlarda; genel bütçeli idareler için Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü, kapsamdaki diğer idareler için ise üst yöneticinin kararı ile ve aşan kısım için T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli avanslara uyguladığı oranda faiz alınmak kaydıyla, yüklenme tutarının yüzde 30'unu aşmamak üzere belirlenecek oranda bütçe dışı avans verilebilir. Verilen avanslar karşılığında alınan teminatlar, yüklenicinin talebi halinde mahsup edilen tutarda serbest bırakılır veya iade edilir.

Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde yüklenicilere bütçe dışı avans ödemesi yapılabilmesi için bu hususun 4734 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi gereğince idari şartnamede belirtilmesi zorunludur. Bu nedenle Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte belirlenen oranların üzerinde avans verilmesi düşünülen hallerde, ilgisine göre Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşünün veya üst yönetici kararının ihaleye çıkılmadan önce, idari şartnamenin hazırlanması aşamasında alınması gerekir. Genel bütçeli idarelerce ilan yapıldıktan sonra sözleşme aşamasında veya sözleşme yapıldıktan sonra istenecek uygun görüş talepleri Hazine ve Maliye Bakanlığınca işleme konulmaz².

Anılan esasların 12'nci maddesi hükmüne göre yılı içinde sonuçlanacak işler ile ertesi yıla geçen veya gelecek yıllara yaygın yüklenmeler nedeniyle yüklenicilere sözleşmelerine dayanılarak verilen bütçe dışı avansların mahsubunda şartname ve sözleşmelerinde belirtilen esaslara uyulur.

Bütçe dışı avans karşılığı alınacak teminatlar da geçici ve kesin teminatlarda olduğu gibi 4734 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinde belirtilen değerler üzerinden verilir.

Teminat olarak alınacak değerlerden birisi de bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektuplarıdır. İşverenin; işin başında, malzeme alımları ve mobilizasyon için yükleniciye sözleşme şartlarına göre belirlenen oranda yaptığı avans tutarını teminat altına almak için aldığı mektuplara avans teminat mektubu denir. Avans teminat mektupları daha çok hak ediş yöntemi ile avans karşılığı yapılan işlerde kullanılır.

Avans teminat mektubu; herhangi bir işin yapılabilmesi için kullanılan avansın banka tarafından güvence altına alınması ile oluşturulan teminat mektubu çeşididir. İnşaat firmaları ve müteahhitler tarafından sıkça kullanılmaktadır.

Söz konusu imalat ya da montaj gerçekleştikçe hakediş tutarı üzerinden sözleşme şartlarında belirtilen oranda avans kesintileri yapılarak avansın işverene geri ödenmesi sağlanır. Avans teminat mektubu, hakedişlerden yapılan kesintiler tutarında, parçalar halinde işveren tarafından serbest bırakılarak ilgili bankaya iade edilir.

² Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (Sıra No 55), Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

3.Teminat Olarak Kabul Edilecek Değerler

Teminat olarak kabul edilebilecek değerler ekonomik ve mali gelişmeler dikkate alınarak belirlenmiş ve 4734 sayılı Kanun'un 34' üncü maddesinde sayılmıştır.

Anılan maddeye göre;

- Tedavüldeki Türk parası.
- Bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları.
- Hazine Müsteşarlığınca³ ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler.
- İlgili mevzuatına göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektupları

Teminat olarak kabul edilir.

Teminat olarak verilebilecek değerler arasında yer alan ve bankalar tarafından verilen teminat mektubu kavramı Türkiye'de yerleşik sigorta şirketleri tarafından kefalet sigortası kapsamında düzenlenen kefalet senetlerini de kapsamaktadır (KİK, Madde:4).

Kanun gereği nakit olarak sadece "tedavüldeki Türk parası" alınacaktır. Yabancı para birimi üzerinden teklif alınsa dahi teminatlar, teklif bedeli esas alınmak suretiyle verileceğinden yabancı para birimi cinsinden nakit teminat alınması mümkün değildir. Yine, ihalede isteklilerce teklif edilen bedel hangi para birimi ise nakit para dışındaki teminat olarak sunulacak değer de o para birimi cinsinden olması gerektiği için, teklif edilen bedel ile teminat olarak getirilecek bedelin farklı para birimi olarak sunulması mümkün değildir. Dolayısıyla idari şartnamenin "Teklif ve ödemelerde geçerli para birimi" başlıklı maddesinde yabancı para birimi veya yabancı para birimleri cinsinden teklife izin verilmesi durumunda, istekliler, teminat mektuplarını tekliflerine esas para birimi üzerinden düzenleyeceklerdir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34'üncü maddesine göre ihale üzerinde kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları ihaleden sonra saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir. İhale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.

³ Hazine ve Maliye Bakanlığı

3.1. Bütçe Emanetinde Kayıtlı Müteahhit Alacaklarının Geçici Teminat Olarak Kabulü

Kamu alımlarında saydamlığın, eşitliğin ve rekabetin sağlanması temel ilkedir. İhalede rekabetin göstergelerinden bir tanesi de ihaleye katılım sayısının çokluğudur. Bu nedenle, tahakkuk ettirilerek ödenebilir hale gelmiş, gider kaydı yapıldığı halde nakit yokluğu nedeniyle ödenemediğinden alacaklısı adına bütçe emanetine alınmış yüklenici alacakları, bu yüklenicilerin aynı idarenin açacağı ihalelere katılmak istemeleri halinde, aşağıda belirtilen esaslara göre geçici teminat olarak kabul edilebilmektedir⁴.

Buna göre; bütçe emanetine alınmış yüklenici alacağının geçici teminat olarak kabul edilebilmesi için;

- Alacağın, ödeneğine dayanılarak tahakkuk ve verile emri işlemleri tamamlanıp saymanlığa (muhasabe birimi) gönderilmek suretiyle ödenebilir hale getirilmiş ve yalnızca nakit yokluğu nedeniyle ödenemediğinden bütçe emanetine alınmış alacaklardan olması,
- Müteahhidin, alacaklı olduğu idarenin açtığı ihaleye katılıyor olması zorunludur.

Bütçe emanetine alınmış yüklenici alacağından bir kısmının geçici teminat olarak kabul edilmesi halinde;

- Geçici teminat tutarı, yüklenicinin bu konudaki talebini gösterir dilekçesi muhasebeleştirme belgesi ekine bağlanarak Bütçe Emanetleri Hesabından çıkarılıp, Alınan Depozito ve Teminatlar Hesabına kaydedilecektir. İhale teminatları bölümüne kaydedilen bu tutar karşılığında düzenlenen muhasebeleştirme belgesinin üzerine "Bu muhasebeleştirme belgesi geçici teminatın mahsuben tahsiline ilişkindir. Tutarı nakden iade edilemez." ifadesini taşıyan bir kaşe basıldıktan sonra, imza ve mühürle onaylanarak müteahhide verilecektir.
- Üzerine ihale yapılmayanların geçici teminat tutarları, karşılığında düzenlenen mahsuba ilişkin belge geri alınarak muhasebeleştirme belgesine bağlanacak ve 330- Alınan Depozito ve Teminatlar Hesabına borç, 320- Bütçe Emanetleri Hesabına alacak kaydıyla tekrar bütçe emanetine aktarılacaktır. Tekrar bütçe emanetine aktarılan bu tutar, idare ile saymanlık tarafından belirlenen nakit ödeme planı çerçevesindeki sıralamaya göre ödeme işlemine tabi tutulacaktır.

4. Teminatlarla İlgili Önemli Bazı Hususlar

Teminatlarla ilgili bazı önemli hususlar aşağıda sıralanmıştır;

- Taahhüdün ihale dokümanında yer alan hükümlere uygun şekilde ifasında bir sorun yaşanması durumunda idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz (Kamu İhale Kanunu [KİK], Madde. 34).

⁴ MUHASEBAT GENEL MÜDÜRLÜĞÜ GENEL TEBLİĞİ (SIRA NO:15)

- Teminatlar, teminat olarak kabul edilen diğer değerlerle değiştirilebilir (KİK, Madde. 34).
- İhale Uygulama Yönetmeliklerine göre isteklinin ortak girişim olması halinde toplam teminat miktarı, ortaklık oranına veya işin uzmanlık gerektiren kısımlarına verilen teklif tutarlarına bakılmaksızın ortaklardan biri veya birkaçı tarafından karşılanabilir.
- Bütçe emanetine alınmış yüklenici alacakları aynı idarenin ihalelerinde geçici teminat olarak kabul edilebilir (İnan, 2018. s.14).
- Geçici teminat farklı teminat türleri ile sağlanabilir⁵. Bu bağlamda teminatın bir kısmı için nakit, kalan kısmı için de teminat mektubu verilebilir (İnan, 2018.s.15). Bu durum kesin teminatlar için de söz konusudur.
- Teminat mektupları dışındaki teminatlar ihale komisyonlarınca teslim alınamaz. Bunların saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine yatırılması zorunludur (KİK, Madde. 34).
- Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21'inci maddesine uygun olarak alınan geçici teminat mektubu sunulmayacak belgeler tablosunda gerekli bilgilere yer verilmesi şartıyla başvuru veya teklif zarfında sunulmayabilir (İnan, 2018.s.19).
- Geçici teminatın gelir kaydına karşı başvuru yolu öncelikle idareye şikâyet ve Kamu İhale Kuruluna itirazın şikâyet yolu olup sonrasında idari yargıya gitmektir. Çünkü geçici teminata ilişkin işlemler ihale süreci içinde yer alan idari işlemlerdendir. Bu nedenle geçici teminatın gelir kaydı idari işlemine karşı idari yargıya doğrudan gidilemez.

5.Teminat Mektupları, Süre, Kapsam ve Şekil

Teminat mektubu; bir işin yapılması ya da bir taahhüdün yerine getirilmesi konusunda bir bankanın belirli bir para tutarı için borçlu ya da yükleniciye kefil olduğunu belirten mektuptur. Bir diğer ifadeyle teminat mektubu; resmi ya da özel bir kişiye karşı bir işin yapılması için, işi yükümlenen lehine bir banka tarafından belli bir miktara kadar paraya bankanın kefil olduğunu gösteren mektuptur (Yarmalı ve Alp, 2017, s. 719).

Teminat mektupları bankacılık uygulamasında önemli yer tutmaktadır. Bu mektup ile güvence altına alınan taahhüt yerine getirilmez ise karşı akit taraf taahhüdünü yerine getirmeyen akit taraf ile muhatap olmamakta, kendisine teminat mektubu veren banka ile muhatap olmaktadır (Doğan, 1999, s.7). İstekli ya da yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi durumunda doğrudan banka ile muhatap olunması teminat mektuplarının tercih edilmesi nedenlerindedir. Taahhüdün yerine getirilmemesi halinde banka yüklenici ve idare arasındaki ilişkiye bakmaksızın ödemede bulunmaktadır.

⁵ 22.08.2017 tarih ve 2017/UY.II-2326 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

Bu mektup, söz konusu icraatın yapılabilme gücünün varlığını ispatlamak için kullanılır. Bu mektubu alabilmek için söz konusu gücün, bankaya delil gösterilerek ispatlanması gerekir. Tüm bunların karşılığında ilgili banka, kişiye bir nevi kefil olarak kişi hakkında teminat mektubu hazırlar. Bu teminat mektubu, yurtiçi veya yurtdışı olmak sureti ile farklı alanlarda ve farklı işlerde kullanılabilir.

Bugün uygulamada banka teminat mektupları resmi kuruluşlara hitaben verildiği kadar, özel gerçek ve tüzel kişilere de verilmektedir. Resmi dairelere hitaben verilen teminat mektupları esas itibariyle aynı metni ihtiva etmekte ve bu metinlerde bankaların herhangi bir değişiklik yapmaları mümkün bulunmamaktadır (Reisoğlu, 1977, s. 3).

4734 sayılı Kanununun 35'inci maddesi uyarınca, anılan Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespiti Kamu İhale Kurumu yetkilidir. Bu yetkiye istinaden Kamu İhale Kurumu teminat mektuplarının kapsam ve şeklini belirleyerek teminat mektubu standart formlarını İhale Uygulama Yönetmelikleri ekinde yayımlamıştır.

Kamu İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde kullanılacak teminat mektuplarının Kamu İhale Kurumunca belirlenen kapsam ve şekle uygunluk arz etmesi teminat mektubunun geçerlilik şartı olup, aksi durumda isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir (Gök, 2009, s. 940).

Bu bağlamda, ilgili mevzuatına aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektupları kabul edilmez. Ancak, 4734 sayılı Kanun ve İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ilgili hükümlerine aykırılık teşkil etmediğinden "limit içi" ve "limit dışı" ibaresi taşıyan teminat mektuplarının kabul edilmesi gerekmektedir. Gerek görüldüğünde teminat mektuplarının ilgili bankanın veya özel finans kurumunun genel müdürlüğünden veya şubesinden teyidi idarelerce yapılır. Faks ile yapılan teyitlerin en az iki yetkilinin imzasını taşıması gerekir.

Teminat mektubu işlemlerinde banka, muhatap ve lehtar olmak üzere üç taraf bulunmaktadır. Bu taraflardan muhatap ve lehtar söz konusu işin bizzat içinde bulunurlar. Yapılacak olan bir işin yapılmasını garanti eden kişi lehtardır. Lehtarın garantisinde lehtara kefil olarak ilgili meblağı veren taraf da bankadır. Alıcı kişi de muhataptır.

Herhangi bir iş için teminat mektubu almak isteyen kişi veya kurumların, teminat mektubu almak istedikleri ilgili bankada kredi portföylerinin bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde teminat mektubu, banka tarafından söz konusu kişiye verilmez. Fakat bu durumlarda işin lehtar kişisi, bankada portföyü bulunan başka bir taraf üzerinden teminat mektubu alabilir. Bu kişiye de garantör veya kontragan denir. Daha çok yurtdışında bulunan iş adamları garantör olarak kullanılmaktadır.

Teminat mektuplarının tazmini halinde geri ödemenin, teminatın verildiği para biriminden bankaca ödenmesi esas olup yabancı para cinsinden teminat idarece kabul edilmekle birlikte, idarenin mali mevzuatı gereği tahsilatın sadece Türk Lirası üzerinden yapılabildiği durumlarda ise idareler, teminat mektubunun tazmini halinde tazmin tarihinde geçerli Merkez Bankası döviz satış kuru esas alınarak Türk Lirası cinsinden ödemenin

yapılması gerektiği hususunu ihale dokümanı ekinde yer alan standart teminat mektubu formlarının ödemeye ilişkin bölümünde belirteceklerdir.

Kamu alımlarında idarelere verilmek üzere genellikle geçici teminat, kesin ve varsa ek kesin teminat ve avans teminat mektupları düzenlenmektedir.

- Geçici teminat mektupları; ihaleye katılabilmek ve ihale sürecinde isteklinin ihale mevzuatına ve ihale dokümanına aykırı hareketinden doğacak riski garanti etmek üzere düzenlenmekte ve idareye verilmektedir.
- Kesin ve ek kesin teminat mektupları da sözleşme sürecinde yüklenicinin ihale mevzuatına, ihale dokümanına ve sözleşmeye aykırı fiil ve davranışlarından doğacak idare zararını ve riskini garanti etmek üzere düzenlenip idareye verilmektedir.
- Avans teminat mektubu, yükleniciye verilen avansın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüt yerine getirilmediği ve yüklenici tarafından alınan avans miktarının hakedişten kesilmediği durumlarda, avansın idareye iadesini garanti eden bir mektuptur.

5.1.Teminat Mektuplarında Süre

Geçici, kesin ve ek kesin teminat mektupları ve avans teminat mektupları belirli sürelerle düzenlenirler.

5.1.1.Geçici Teminat Mektuplarında Süre

Geçici teminat mektubu, bir işin oluşmasındaki aşamalarda geçici süre ile verilen bir mektup çeşididir. Daha çok kamu alımlarında kullanılır.

Geçici teminat mektuplarında süre konusu 4734 sayılı Kanun'un 35'nci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre idarece ihale dokümanında belirlenen tekliflerin geçerlilik süresinden en az otuz gün fazla süreli olmak kaydıyla geçici teminat mektuplarında süre belirtilir. Teklif geçerlilik süresinin uzatılması halinde geçici teminat mektuplarının süresi de aynı süre ile uzatılır. Asgari süreyi karşılayan veya asgari sürelerden daha uzun süreleri içerir geçici teminat mektuplarının geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, süresiz geçici teminat mektupları da kabul edilecektir (KİGT, Madde. 18.2).

Ancak, ihale teklif zarfında geçici teminat mektubunun banka tarafından uzatıldığına dair herhangi bir vade uzatım yazısı olmaksızın geçici teminat mektubunun geçerlilik tarihinde düzeltme yapıp paraf atılamaz. Böyle bir işlem ve eylem 4734 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine aykırı olduğundan, tahrifat yapılmış geçici teminat mektubu sunulması istekliyi ihale dışı bırakacağı gibi anılan Kanun hükmünde yer verilen yasak fiil ve davranış kapsamına da girmektedir⁶.

⁶ 31.12.2012 tarih ve 2012 / UM.III- 5112 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

İdarenin geçici teminat mektubunun süresinin dolduğu gerekçesiyle bankalardan süre uzatım yazısı istemesi üzerine isteklinin mevcut geçici teminat mektubunun süresini uzatmak yerine yeni bir geçici teminat mektubu alarak idareye sunması da süre uzatımı olarak kabul edilebilir. Yalnız yeni geçici teminat mektubunun süresinin, idarenin istediği uzatma süresini karşılaması veya aşması gerekmektedir⁷.

5.1.2.Kesin Teminat Mektuplarında Süre

Kesin teminat mektubu; bankaca, taahhüt edenin taahhüdünün; sözleşmeye ve ihale dokümanına uygun olarak zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirilmemesi halinde, mektupla gösterilen tutarın, ilgili idarenin yazılı talebi üzerine, başka bir işleme gerek kalmaksızın derhal ödeneceğini gösteren teminat mektubudur.

Kesin teminat mektubunun geçerlilik süresi 4734 sayılı Kanunun 35'inci maddesine göre işin bitiş tarihi de dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. İşin süresinin uzadığı durumlarda kesin teminat mektubunun süresinin de uzatılması gerekir (İnan, 2018, s. 89).

5.1.3.Ek Kesin Teminat Mektuplarında Süre

Kesin teminat mektuplarında olduğu gibi ek kesin teminat mektuplarının geçerlilik süresi de işin bitiş tarihi de dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. İşin süresinin uzadığı durumlarda ek kesin teminat mektubunun süresinin de uzatılması gerekir (İnan, 2018, s.89).

5.1.4.Avans Teminat Mektuplarında Süre

Yüklenicilere idare tarafından verilen avans karşılığı teminat olarak alınan avans teminat mektuplarında da süre belirtilebilir. Böylece idarenin verdiği avanstaki doğan risk avans teminat mektubunda yazılı süre kadar banka tarafından garanti edilmiş olmaktadır. Mektupta yazılı sürenin geçmesiyle teminat mektubu hükümsüz hale girer.

5.2.Teminat Mektuplarında Kapsam ve Şekil

Teminat mektuplarının kapsam ve şeklini Kamu İhale Kurumu belirlemektedir. İsteklilerin ve yükümlülerin idareye verecekleri teminat mektuplarının anılan Kurum tarafından belirlenen kapsam ve şekle aykırı olmaması gerekir. Aykırılık olması durumunda isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılır. Konuya ilişkin örnek Kamu İhale Kurulu kararları aşağıya alınmıştır;

- Geçici teminat mektubunda, standart formda geçen "4734 sayılı Kanun ve" ibaresine yer verilmemesi, söz konusu teminat mektubunun Kamu İhale Kurumu tarafından düzenlenen standart forma uygun olmadığı anlamına gelmekte olup söz konusu isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir.⁸

⁷ 09.09.2016 tarih ve 2016/UH.I-2332 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

⁸ 03.07.2013 tarih ve 2013/UH.I-2763 sayılı, Kamu İhale Kurulu Kararı

- Geçici teminat mektubunda ticaret unvanı yazılırken şirket türüne ilişkin ibareye yer verilmemesi esaslı bir eksiklik olup ilgili isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir.⁹
- İhaleye katılan isteklinin ticaret unvanının geçici teminat mektubunda, birim fiyat teklif mektubunda ve oda sicil kayıt suretinde aynı olması gerekir¹⁰.
- Geçici teminat mektuplarının şekil ve içerik bakımından Kamu İhale Kurumu'nca belirtilen niteliklere ve geçici teminat mektubu standart formuna uygun olması ve standart formda yer alan temel unsurları karşılaması gerekmektedir. Taşınması zorunlu temel unsurlardan herhangi birini taşımayan geçici teminat mektuplarının Kamu İhale Genel Tebliğinin 16'ncı maddesinde yer alan; "... Bilgi eksikliklerinin tamamlanmasına ilişkin belgelerin yazılı olarak istenilmesi ve aday ve isteklilerce bir dilekçe ekinde sunulması gerekmektedir. İdarece belirlenen sürede eksik bilgileri tamamlamayan aday ve isteklilerin başvuruları veya teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve isteklilerin geçici teminatları gelir kaydedilir." açıklaması çerçevesinde değiştirilmesi, düzeltilmesi veya eksikliklerinin giderilmesi gibi yollara başvurulması mümkün değildir. Böyle bir durumla karşılaşan idarenin, firma adı yanlış yazılmış olan geçici teminat mektubunu veren isteklinin teklifini değerlendirme dışı bırakması gerekmektedir.¹¹
- Geçici teminat mektubunda her şeyin doğru ama ihale kayıt numarasının (İKN) yanlış olması durumunda da mektup ret edilir.¹²
- Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kapsam ve şekle aykırı olarak geçici teminat mektubu üzerinde, teminatın gelir kaydedilmesi durumunu daraltacak biçimde yapılan değişiklikler isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasını gerektirir.¹³ Eğer idare, geçici teminatın gelir kaydedilmesi gerektiği durumlarda sorunsuz bir şekilde ilgili bankadan teminatı tahsil edebiliyorsa geçici teminat mektubunda bir hatadan ya da eksiklikten söz edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda sunulan geçici teminat mektubunun üzerinde bulunması gereken temel unsurları taşıdığı kabul edilir¹⁴. Geçici teminat mektuplarının taşınması gereken temel unsurlarında bir yanlışlık veya eksiklik bulunması durumunda, mektubun ilgili bankadan tahsili zora gireceği için isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir.

5.3.Teminat Mektuplarında Bulunması Gereken Temel Unsurlar

4734 sayılı Kanunun "Tekliflerin alınması ve açılması" başlıklı 36'ncı maddesinde; *"Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye verilir. İhale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara*

⁹ 19.02.2014 tarih ve 2014/UH. III- 994 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

¹⁰ 12.11.2014 tarih ve 2014/ UY. I-3692 sayılı ve 30.09.2015 tarih ve 2015/UY.II-2616 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

¹¹ 31.12.2012 tarih ve 2012/UH.III- 5106 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

¹² 26.08.2015 tarih ve 2015/ UY.II-2347 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

¹³ 2008 / UY.Z- 1594 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

¹⁴ 2009 / UH.I- 1710 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

duyurulur ve hemen ihaleye başlanır. İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. 30'uncu maddenin birinci fıkrasına uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır.

İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır." hükmü,

Aynı Kanununun "Tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 37'nci maddesinde; "İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz.

Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36'ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır." hükmü,

İhale Uygulama Yönetmeliklerinin "Teminatlar" başlıklı ilgili maddelerinde ise ihalede teklif edilen bedelin yüzde üçünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı, istekli veya yüklenici tarafından, teminat olarak banka teminat mektubu verilmesi halinde bu teminat mektuplarının kapsam ve şeklinin, standart formlara uygun olmasının zorunlu olduğu, standart formlara uygun olarak düzenlenmemiş teminat mektuplarının geçerli kabul edilemeyeceği, geçici teminat olarak sunulan teminat mektuplarında geçerlilik tarihinin belirtilmesinin gerekli olduğu, bu tarihin, ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresinin bitiminden itibaren otuz günden az olmamak üzere istekli tarafından belirleneceği ve isteklinin ortak girişim olması halinde toplam teminat miktarının, ortaklık oranına veya işin uzmanlık gerektiren kısımlarına verilen teklif tutarlarına bakılmaksızın ortaklardan biri veya birkaçı tarafından karşılanabileceği hükmü yer almaktadır.

Kamu İhale Kurumu tarafından kapsamı ve şekli düzenlenen ve İhale Uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan teminat mektuplarına ilişkin standart formlar incelendiğinde aşağıda yer verilen 6 adet temel unsurun geçici teminat mektubunda yer aldığı görülmektedir:

- *Garanti edilen risk:* İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması veya isteklilerin ihale sürecinde belli esas ve usullere aykırı hareket etmesi olup, söz konusu risk ihale konusu işin adına bağlanmıştır.
- *Banka:* Riski garanti eden kişidir.
- *Lehtar (İstekli):* Garanti edilen risk lehtar ile ilgili olduğu için, lehtarın adının teminat mektubunda belirtilmesi gerekmektedir.
- *Muhatap (İdare):* Banka tarafından mektubun (irade beyanının) yöneltildiği kişidir. Muhatabın mektubu kabul etmesi ile birlikte teminat sözleşmesi kurulur.
- *Garanti edilen riskin tutarı*
- *Geçerlilik Süresi*

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre, teminat mektuplarının şekil ve içerik bakımından Kamu İhale Kurumu'nca belirtilen niteliklere ve teminat mektubu standart formuna uygun olması ve standart formda yer alan temel unsurları karşılaması gerekmektedir. Taşınması zorunlu temel unsurlardan herhangi birini taşımayan teminat mektuplarının Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan "... Bilgi eksikliklerinin tamamlanmasına ilişkin belgelerin yazılı olarak istenilmesi ve aday ve isteklilerce bir dilekçe ekinde sunulması gerekmektedir. İdarece belirlenen sürede eksik bilgileri tamamlamayan aday ve isteklilerin başvuruları veya teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve isteklilerin geçici teminatları gelir kaydedilir." açıklaması çerçevesinde değiştirilmesi, düzeltilmesi veya eksikliklerinin giderilmesi gibi yollara başvurulması mümkün değildir.

5.5. Teminat Mektuplarında Zamanaşımı

Banka teminat mektupları, garanti sözleşmesi olarak Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerine tabidir (Reisoğlu, 1977, s. 19). Anılan Kanun'un 146 ve 149'uncu maddesine göre genel zamanaşımı 10 yıl olup bu süre alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden işlemeye başlar.

Teminat mektubu ile bir risk garanti edilmekte ve bu risk ortaya çıktığında bankanın muhatap idareye tazmin yükümlülüğü doğmaktadır. Risk ortaya çıkmadan bankanın taahhüt ettiği tutar; idarenin talebi üzerine ödenmesi durumunda banka sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bu tutarı idareden isteyebilecektir.

5.6. Teminat Mektuplarından Doğan Sorumluluğun Sona Ermesi

Ödemenin yapılması veya taahhüt edilen borcun yerine getirilmesi gibi durumların varlığında banka teminat mektubu ile garanti edilen risk; gerçekleşmez ise teminat mektubu sorumluluğu ortadan kalkar ya da hükümsüz hale gelir.

Ancak, teminat mektubu bankaya iade edilmedikçe veya banka muhatap idare tarafından ibra edilmedikçe bankanın teminat mektubunu iptal etmemesi uygun olur. Bu durumda iptal edilen teminat mektubu için banka komisyon alamayacaktır, ancak teminat mektubunun riski bankanın üzerinde kalmaya devam edecektir (Reisoğlu, 1977, s.22).

6. Teminatın İadesi

4734 sayılı ve 4735 sayılı Kanun'da belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda isteklilerin ve yüklenicinin teminatı iade edilir.

6.1. Geçici Teminatın İadesi

İhaleye teklif veren isteklilerin daha gerçekçi teklif vermelerini sağlamak amacıyla alınan geçici teminatlar aşağıdaki durumların gerçekleşmesi halinde iade edilir.

- İhale üzerinde kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait geçici teminatlar sözleşme imzalanıncaya kadar iade edilmez, bunlar ihaleden sonra saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir.
- Kesin teminatı verip üzerinde ihale kalan istekli ile sözleşme imzalanması halinde geçici teminatı iade edilir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait geçici teminat da sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.
- Ayrıca, 6359 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11' inci maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi¹⁵ değiştiğinden haklarında kamu davası açılanların ihaleye katılmaları durumunda, ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi gerekmektedir.
- 4734 sayılı Kanunun 20'nci maddesi hükmü gereği belli istekliler arasında ihale usulü ile ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihalenin iptal edilmesi durumunda da geçici teminatlar iade edilir.
- 4734 sayılı Kanun'un 39'uncu maddesine göre ihale komisyonu kararı üzerine idarenin verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmesi veya anılan Kanunun 40'inci maddesine göre ihale yetkilisince ihalenin iptal edilmesi halinde de isteklilerin geçici teminatları iade edilir.

¹⁵01/11/2012 tarih ve 6359 sayılı Kanun'un 1' inci maddesiyle, bu bentte yer alan "olarak" ibaresinden sonra gelmek üzere "idarelerce veya mahkeme kararıyla" ibaresi eklenmiştir.

- 4734 sayılı Kanununun 45'inci maddesine göre idare, anılan Kanununun 42 ve 44'üncü maddesinde yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli sürenin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır.

6.2.Kesin ve Ek Kesin Teminatın İadesi

Kesin ve ek kesin teminatların iadesi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun çeşitli maddelerinde hükme bağlanmıştır;

- Anılan Kanununun 13'üncü maddesine göre yüklenicilerin taahhütlerini sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirdiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye borcu olmadığı hususu tespit edildikten sonra kesin ve ek kesin teminatın iadesinde;
 - 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.

- 4735 sayılı Kanununun 14'üncü maddesinde ise iade edilemeyen teminat mektuplarının iadesi düzenlenmiştir. Maddeye göre; mahsup işlemi yapılmasına gerek bulunmayan hallerde; yapım işlerinde kesin hesap ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından, diğer işlerde ise işin kabul tarihinden veya varsa garanti süresinin bitim tarihinden itibaren iki yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi nedeniyle iade edilemeyen kesin teminat mektupları hükümsüz kalır ve bankasına iade edilir. Teminat mektubu dışındaki teminatlar sürenin bitiminde Hazineye gelir kaydedilir.

- 4735 sayılı Kanun'un 17'nci maddesine göre; 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.
- 4735 sayılı Kanun'un 18'inci maddesine göre; yüklenicinin ortak girişim olması halinde ve pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde sözleşme feshedilip yapılan işler tasfiye edildikten sonra kesin teminat iade edilir. Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması halinde, diğer ortaklar teminat dâhil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine getirirler.
- 4735 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi uyarınca; mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, yüklenicinin hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.

6.3. Avans Teminatının İadesi

Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere teminat karşılığında verilen bütçe dışı avans, yüklenicinin sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmesi ve hakedişlerinden mahsup edilmesi suretiyle geri alınmışsa avans teminatı iade edilir.

7. Teminatın Gelir Kaydı

İsteklilerin ve yüklenicilerin ihale dokümanına, ihale mevzuatına ve ihale sözleşmesine uygun olmayan bazı işlem ve eylemlerinin varlığı halinde teminatları gelir kaydedilir.

7.1. Geçici Teminatın Gelir Kaydı

İhalelerde istekliler tarafından gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması, ihaleye katılmayacak olanların ihaleye katılması, ihaleye katılım belgelerinde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede istenilen bilgilerin tamamlanmaması ve sözleşmenin imzalanmaması durumlarında isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir.

- **Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması**

4734 sayılı Kanununun 10'uncu maddesinin son fıkrası hükmüne göre, anılan madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir.

Kamu İhale Kurumu, yukarıda bahsedilen taahhütname kapsamına giren ve başvuru/teklif mektubu ekinde sunulacak belgeleri İhale Uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan standart başvuru ve teklif mektubu formlarında belirlemiştir. Bu sebeple isteklilerin başvuru ve teklif mektuplarını standart forma uygun olarak hazırlamaları gerekmektedir.

- **İhaleye katılamayacak olanların ihaleye katılması**

4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları belirtildiği halde ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

- **Eksik bilgilerin tamamlanmaması**

4734 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgelerinin eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatının usulüne uygun olmadığı anılan Kanun'un 36'nci maddesine göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir.

- **Sözleşmenin imzalanmaması**

4734 sayılı Kanun'un 44' üncü maddesine göre, ihale üzerinde kalan istekli anılan Kanunun 42 ve 43' üncü maddelerine göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir.

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanun'da belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, bahse konu Kanun'un 42'nci maddesinde belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42'nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılması gerekir.

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

Geçici teminatın gelir kaydedileceği hususlar yukarıda açıklanmıştır. Aşağıdaki durumların varlığı halinde ise geçici teminat gelir kaydedilmeyecektir.

- 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışların varlığı halinde geçici teminat gelir kaydedilmeyecektir.

Anılan 17'nci maddede; aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu, bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında anılan Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen yasaklama ve ceza sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağı hususu belirtilmiştir.

“a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

Bu konuyla ilgili bazı Kamu İhale Kurulu kararları şöyledir;

- ✓ “...yılına ait bilançonun öz kaynak oranının yeterli olmaması ve 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin (c) bendi çerçevesinde ihaleye sunulan bilançonun sahte olduğu kanısıyla değerlendirme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmamakla birlikte, söz konusu değerlendirme dışı bırakılma nedeninin geçici teminatın gelir kaydedileceği durumlar arasında yer almadığı, bu itibarla idarece başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesinin mevzuata uygun olmadığı anlaşılmıştır...”¹⁶
- ✓ “...Hangi durumlarda geçici teminat mektubu tutarının gelir kaydedileceği 4734 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiştir. Bu çerçevede 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 17’nci maddesinin (d) bendi kapsamında sayılan fiil veya davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ... tarafından sunulan geçici teminat tutarının gelir kaydedilmesi yönünde tesis edilen işlemin mevzuata uygun olmadığı, bu nedenle başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin iptali ve söz konusu geçici teminatın iade edilmesi yönünde düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiği anlaşılmıştır...”¹⁷
- Aşırı düşük teklif sorgulamasına cevap vermeyen veya açıklaması yeterli görülmeyen isteklinin teklifi reddedilecek, fakat geçici teminatı gelir kaydedilmeyecektir. Konuya ilişkin Kamu İhale Kurulu kararında “...aşırı düşük açıklaması yapan isteklinin yakıt giderinin tevsiki için piyasadan alınan fiyat teklifine konu tutarın EPDK tarafından il bazında günlük yayımlanan akaryakıt fiyatından düşük olmaması gerekir. Düşük olması durumunda isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılır.”¹⁸ denilmiştir.

¹⁶ 03.01.2013 tarih ve 2013/UH.II-9 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

¹⁷ 14.02.2018 tarih ve 2018/UH.II-405 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

¹⁸ 12.06.2013 tarih ve 2013/UH.II-2454 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı

7.2.Kesin ve Ek Kesin Teminatın Gelir Kaydı

4735 sayılı Kanun' da belirtilen hallerde yüklenicilerin kesin ve ek kesin teminatları gelir kaydedilir.

- 4735 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesine göre; sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar güncellenerek gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.
- Anılan Kanununun 16'ncı maddesinde sözleşmenin devrine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre yüklenicinin sözleşmeyi izinsiz devretmemesi gerekir. Aynı şekilde bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden 3 yıl içinde devredilmemesi veya devralınmaması da gerekir. Bu iki hususa aykırı davranıldığında sözleşme feshedilerek kesin ve varsa ek kesin teminat güncellenerek gelir kaydedilir.
- 4735 sayılı Kanununun 17'nci maddesine göre; 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 şartıyla 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 feshedilir ve kesin ve varsa ek kesin teminat güncellenerek gelir kaydedilir.
- Yine anılan 17'nci madde uyarınca yüklenicinin iflası halinde de kesin ve varsa ek kesin teminatı güncellenerek gelir kaydedilir.
- Ortak girişimlerle yüklenme yapılan ihalelerde pilot veya koordinatör ortağın iflas etmesi, ağır hastalığa tutulması, özgürlüğünü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması hallerinde kesin teminatı güncellenerek gelir kaydedilir. Bu husus 4735 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde düzenlenmiştir.
- 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi sebebiyle sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi halinde kesin ve varsa ek kesin teminat güncellenerek gelir kaydedilir.

Anılan 20'nci maddeye göre 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 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde 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.

- 4735 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi uyarınca, sözleşme imzalanmadan önce yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilen yüklenicinin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı güncellenerek gelir kaydedilir.
- 4735 sayılı Kanun'un 22'nci maddesine göre; sözleşmenin anılan Kanununun 19, 20 ve 21'inci maddeleri uyarınca 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 güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

Teminatın gelir kaydedilmesi esnasında güncelleme yapılması; yüklenicinin sözleşmeyi feshi, idarenin sözleşmeyi feshi ile sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışları sebebiyle teminatın gelir kaydedilmesi gereken durumlarda zorunludur.

- **İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde sözleşmenin feshi**
İşin özelliği gereği sürekli tekrar eden nitelikteki işlerde, işin tekrar eden kısımlarının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde bu aykırılıkların ardı ardına veya aralıklı olarak gerçekleştirilmek suretiyle belli bir sayıya ulaşması durumunda, öngörülen ceza uygulanmakla birlikte 4735 sayılı Kanununun 20'nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği, teminatın gelir kaydedileceği ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği hususu ile sözleşmenin bu şekilde feshedilebilmesi için gerekli olan aykırılık sayısı (iki veya daha fazla) idarece belirlenerek sözleşmenin ilgili maddesinde yazılmış olacaktır. Ağır aykırılık hallerinde, bu aykırılık halleri yine sözleşmenin ilgili maddesinde belirtilmek kaydıyla, aykırılık bir defa gerçekleşmiş olsa dahi sözleşmenin feshedilebileceği, teminatın gelir kaydedileceği ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği hususuna da idarece gerek görülmesi halinde sözleşmenin ilgili maddesinde yer verilecektir.
- İdarece gerek görülmesi nedeniyle diğer sözleşmeye aykırılık hallerinin belirlenerek bu aykırılıkların gerçekleşmesi durumunda idare tarafından en az on gün süreli yazılı

ihbar yapılarak gecikilen her takvim günü için kesilecek ceza miktarının sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere oran olarak uygulanacağı yine sözleşmesinde yer alabilir. Ancak, söz konusu aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, sözleşme idarece feshedilebilecek, sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedelinin %1'ini geçmemek üzere idarece belirlenecek oranda ceza uygulanacaktır.

8. Teminatın Gelir Kaydında Kanuni Oranı Aşan Teminat Tutarının İadesi

Kamu ihale mevzuatında belirlenen ilke, esas ve amaçlar bağlamında istekli ve yüklenicilerden alınan teminatlar şartlar oluştuğunda ihaleyi yapan idare tarafından gelir kaydedilmekte veya iade edilmektedir. Kanunen istenilen asgari oran ve tutarlarda alınan teminatların gelir kaydında herhangi bir sorun yaşanmaz iken asgari oranı aşan oran ve tutarda idareye teslim edilen teminatların gelir kaydedilmesinde idare ile istekli/yüklenici arasında uyuşmazlık söz konusu olabilmektedir.

8.1. Gelir Kaydında Asgari Oranı Aşan Geçici Teminat Tutarının İstekliye İadesi

İhaleye katılan isteklilerin 4734 sayılı Kanunda belirtilen asgari oranın üzerinde geçici teminat vermesi de mümkündür. Bu durum istekliye diğer isteklilere göre ayrıcalık katmaz ve bu isteklinin teklifinin diğer tekliflere önceliği söz konusu olmaz. Kanuni oranın altında geçici teminat verilmesi ise istekliyi ihale dışında bırakır.

Geçici teminat isteklilerin teklif bedelleri üzerinden en az %3 oranında verilmektedir. Teklif bedelinin tahmin edilmesini istemeyen istekliler bu oranın üzerinde geçici teminat verebilmektedirler. Kanuni oranın üzerinde geçici teminat ödenmesi genellikle teminatın gelir kaydedilmesi gereken durumlarda sorun oluşturmaktadır. İstekli doğal olarak kanuni oran kadar teminatının gelir kaydedilmesini, artan kısmın ise kendisine iadesini istemektedir. İdareler ise kanundaki lafzından hareketle geçici teminatın tamamını gelir kaydedebilmektedirler.

Kanun asgari %3 oranının üzerinde isteklilere geçici teminat sunma imkânı verdiği için bu oranın üzerinde geçici teminat veren istekliler teklif tutarlarını gizleyebilmektedirler. Ancak, Kanunda geçici teminatın gelir kaydedilmesinde herhangi bir oran belirtilmeksizin “geçici teminatın gelir kaydedilmesi” şeklinde genel ifadelerle yetinilmiştir.

Ancak, geçici teminatın gelir kaydedilmesi gereken durumlarda kanuni oranın üstündeki geçici teminat tutarının istekliye iade edilmesi gerekir. Bu durumda sadece asgari orana tekabül eden geçici teminat tutarı idarece gelir kaydedilmelidir. İdare Mahkemesi ve Danıştay kararları ile Kamu İhale Kurulunun son dönem kararları da asgari oranı aşan geçici teminatın gelir kaydedilmeyip isteklisine iadesi yönündedir (İnan, 2018, s. 64,65).

8.2. Gelir Kaydında Asgari Oranı Aşan Kesin/Ek Kesin Teminat Tutarının Yükleniciye İadesi

Kanunen istekliler tarafından idareye verilmesi zorunlu olan asgari geçici teminat tutarının üzerinde idareye teslim edilmiş geçici teminatın isteklisine iadesi ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalar kesin teminat ve varsa ek kesin teminat için de geçerlidir.

Bu bağlamda ihale bedelinin %6'sı oranında yükleniciden alınması gereken kesin teminatın, eğer alınmışsa bu oranın üzerinde alınan kısmının gelir kaydedilmeksizin yükleniciye iadesi ihale mevzuatının ruhuna daha uygundur.

Teklifin sınır değerini altında olması nedeniyle yaklaşık maliyetin %9'u oranında alınması gereken kesin teminatın gelir kaydedilmesi durumunda eğer alınmışsa % 9 oranını aşan kesin teminat tutarının da yükleniciye iadesi temel ihale ilkelerine uygun düşecektir.

8.3. Kanuni Oranı Aşan Teminat Tutarının İadesinde Yaşanılan Sorunun Çözümü

Kamu ihale mevzuatında belirlenen ilke, esas ve amaçlar bağlamında istekli ve yüklenicilerden Kanunen istenilen ve asgari oranı aşan oran ve tutarda idareye teslim edilen teminatların gelir kaydedilmesinde idare ile istekli/yüklenici arasında yaşanan sorunun çözümü için ihale mevzuatına, özellikle de Kamu İhale Genel Tebliğine bu yönde bir hüküm konulabilir.

Kanuni oranı aşan teminatın gelir kaydedilmeden iadesine yönelik böyle bir düzenleme uygulamada görülen ve yaşanan sorunları ortadan kaldıracaktır.

9. Teminatın Gelir Kaydında Güncelleme Sorunu ve Bir Öneri

Kamu ihale mevzuatında teminatın güncellenmesi konusu kesin ve ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi gereken durumlarda idarelerin dikkat etmesi gereken bir husus olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir.

Anılan fıkralarda;

"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." hükmü yer almıştır.

Teminatın güncellenmesi, gelir kaydedilmesi gereken zamanda kesin ve ek kesin teminatların değer kaybını ortadan kaldırarak, idarenin riskini telafi amacına yönelik yapılmış bir düzenlemedir.

Sözleşmenin imzalanması ile başlayan ihale sözleşme sürecinin uzun sürmesi halinde ihale mevzuatına, ihale dokümanına ve sözleşme hükümlerine uygun hareket edilmesi amacıyla yükleniciden alınan kesin ve varsa ek kesin teminatlar zamanla değer kaybına uğramaktadır. Anılan teminatların gelir kaydedilmesi gerektiği zamanda ise bu değer kaybı nedeniyle idare riskini telafi edememiş ve zarara uğramış olmaktadır. Bu nedenle kesin ve ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi durumunda kanunen güncelleme zorunluluğu getirilerek idarelerin muhtemel kaybı telafi edilmiş olmaktadır. Bu nedenle ihale dokümanı ve sözleşmesine aykırılıktan dolayı yüklenicinin idareye vermiş olduğu kesin ve varsa ek kesin teminatın güncellenmiş tutarları üzerinden gelir kaydedilmesi gerekmektedir. İdarelerin de bu hususa özellikle dikkat etmeleri gerekir.

Fakat yüklenicilerin banka teminat mektubu üzerinden kesin ve ek kesin teminat vermeleri durumunda, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatın gelir kaydedilmesi gerektiği zaman güncellenen teminat tutarı ile mektupta yazılı tutar arasındaki farkın idarece tahsilinde bazı sorunlar meydana gelmektedir. Çünkü banka, teminat mektubunda yazılı tutarı idareye taahhüt etmiş ve kendini o tutarla sınırlı ve sorumlu tutmuştur. Bu taahhüdünde güncelleme farkı yer almadığı için teminat mektubundaki tutarı aşan miktarın banka tarafından idareye ödenmeyeceği açıktır. Yüklenici farkı idareye öderse sorun ortadan kalkar. Ancak, ödemezse idare hangi yolu takip ederek söz konusu teminat farkını tahsil edip gelir kaydedebilecektir?

Teminatın güncellenmemesi nedeniyle idarenin artması gereken kaynağında artmayan tutar kadar kamu görevlileri mali sorumluluk altına girebilirler¹⁹. Bu nedenle güncelleme konusuna kamu görevlilerinin özellikle dikkat etmesi gerekir.

Kesin ve ek kesin teminat mektuplarının güncellenmemesinden kaynaklanan fark tutara ilişkin idare riski aşağıdaki öneri ile garanti altına alınabilir ve muhtemel risk karşılanabilir;

- Düzenlemesi Kamu İhale Kurulu tarafından yapılan standart kesin teminat ve ek kesin teminat mektuplarına güncelleme farkının da banka tarafından ilgili idareye ödeneceğine yönelik bir ibare konulabilir. Böylece bankalar güncelleme farkını da ilgili idareye ödeyeceklerini başlangıçta taahhüt etmiş olurlar.

Sonuç

Günümüz dünyasında kamu alımları ulusal ve küresel pazarın önemli bir parçasıdır. Ayrıca bu alımlar dinamik ve yeniliğe sürekli açık bir alandır. Kamu alımlarında sağlanacak etkinlik ve verimlilik ülke kalkınması açısından son derece hayati önem taşımaktadır. Kamu ihalelerinin ülke ekonomisi içerisindeki yeri ve önemi kamu alımlarına ilişkin rakamlara bakılarak tespit edilebilir. Bu rakamın büyüklüğü ihale piyasalarının ekonomi açısından ne kadar önemli olduğunun bir göstergesi olmaktadır.

¹⁹ 22.03.2017 tarih ve 42892 sayılı, 21.12.2016 tarih ve 42054 sayılı Temyiz Kurulu kararı

Özel sektörün hızlı bir gelişim gösterdiği günümüzde kamu sektörü mal, hizmet ve yapım işi ihtiyaçlarını genellikle özel sektörden kamu ihale mevzuatı hükümleri çerçevesinde karşılamaktadır. Dolayısıyla bu tür ihtiyaçlarını karşılamak isteyen kamu idareleri ihale mevzuatı ve diğer mali mevzuat hükümlerine uygun hareket etmek durumundadırlar.

Kamu idarelerinin mal, hizmet ve yapım işi ihtiyaçlarının kamu alımları ile karşılanması ve ihtiyacın giderilmesi yanında ayrıca makro ekonomik etkilere de sahiptir. Bu bağlamda kamu alımlarının ekonomik, sosyal, mali ve çevre politikası açısından temel politika aracı olma özelliği bulunmaktadır. Bu özellik kamu alımlarının önemini daha da artırmaktadır.

Kamu alımlarının karşılanmasında ihtiyaca ait onay belgesinin hazırlanmasından sözleşme imzalanmasına kadar olan süreyi kapsayan ihale süreci idare hukukunu, sözleşmenin imzalanmasından muayene ve kabulün tamamlanmasına, kesin teminatın iadesine, garanti süresinin sonuna ve yapım işlerinde de sorumluluk süresinin sonuna kadar olan süreç de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu saklı kalmak üzere genel hükümleri ilgilendirmektedir (Acısu, 2012, s. iii).

Hem ihale süreci hem de sözleşmenin uygulandığı süreç hukuki olarak büyük bir sorumluluğu gerektirmektedir. Bu bağlamda söz konusu süreçlerin mevzuata uygun gerçekleştirilmesi, sağlıklı ve şeffaf bir rekabet ortamının sağlanması zorunluluğu ihale sürecinde yer alan uygulayıcıları daha dikkatli olmaya sevk etmektedir. Bu ise kamu kaynaklarının daha etkin, verimli ve ekonomik kullanımını beraberinde getirmektedir.

Kamu alımlarının hukuka uygun, şeffaf, rekabetçi ve hesap verilebilirlik ilkeleri doğrultusunda, en az maliyetle, hızlı ve zamanında yapılması kamu hizmetlerinin sunumunda ihtiyaç duyulan mal, hizmet ve yapım işlerinin alımı için ayrılan kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılması açısından önemlidir.

Kamu alım sürecinin birkaç noktasında alınan teminatlarla hem bu süreçlerde ortaya çıkması muhtemel risklerin güvence altına alınması, hem de bu riskleri doğuran kural ihlalini yapan istekliler ve ihaleyi kazanan yükleniciler nezdinde caydırıcı bir unsur olarak kullanılması ve netice de yapılan kural ihlallerinin mali müeyyideye tabi tutulması ve kamu kaynaklarının etkin kullanımına katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Bu bağlamda kamu alımlarında ihale mevzuatındaki oranlar üzerinden teminat alınması, kural ihlali halinde alınan teminatların güncellemeleri de dikkate alınarak eksiksiz kamu idare bütçesine gelir kaydedilmesi ve böylece kaynak kullanımında etkinlik sağlanmasına hizmet edilmesi önemli noktalardandır.

İhale sürecine ilişkin isteklilerden geçici teminat, sözleşme sürecine ilişkin ise yüklenicilerden kesin ve ek kesin teminat alınmaktadır. İhale sürecinde kanuna ve ihale mevzuatına aykırı davranan isteklinin geçici teminatı, sözleşme sürecinde ihale mevzuatına uygun davranmayan yüklenicinin ise kesin ve ek kesin teminatları gelir kaydedilebilmektedir.

Ancak, bazı istekliler teklif bedellerinin tahmin edilmesini önlemek amacıyla kanuni oranın üzerinde geçici teminatı idareye verebilmektedirler. İhale sürecinde bu tür isteklilerin ihale mevzuatına ve ihale dokümanına aykırı işlem ve eylemlerde bulunmaları durumunda geçici teminatlarının gelir kaydında tutar bağlamında problem oluşabilmektedir. İdare teslim edilen geçici teminatın tamamının, istekli ise asgari oran kadar geçici teminat tutarının gelir kaydedilmesi gerektiğini ileri sürebilmekte ve bu nedenle uyuşmazlık meydana gelmektedir.

İdare mahkemesi ve Danıştay kararları ve son dönem Kamu İhale Kurulu kararları geçici teminatın sadece asgari oran kadar kısmının gelir kaydedilmesi, aşan kısmın ise iade edilmesi gerektiği yönündedir. İdarelerin de bu kararlar doğrultusunda hareket etmeleri ve asgari oranı aşan geçici teminat tutarının isteklisine iade etmeleri uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıkları ve problemleri azaltacaktır. Aynı durum kesin teminat için de geçerlidir.

Uygulamada karşılaşılan problemlerden bir tanesi de gelir kaydı esnasında kesin ve varsa ek kesin teminatın güncellenmesi gerektiği hususunun idareler tarafından dikkate alınmaması veya unutulmasıdır. Söz konusu fark idare aleyhine bir kaynağın kaybı anlamına geldiği için kamu görevlilerinin mali, idari ve cezai yaptırımla karşı karşıya kalmalarına neden olmaktadır. Bu nedenle kamu görevlilerinin teminatın güncellenerek gelir kaydedilmesi gerektiği hususuna özellikle dikkat etmeleri gerekmektedir.

Özetle; kamu idarelerinin ihale süreçlerinde görev alan kamu görevlilerinin teminatlar konusunda gerekli bilgiye sahip olmaları, teminatın gelir kaydı, iadesi ve gerektiğinde güncellenmesi hususunda gereken dikkat ve itina göstermeleri gerekir. Aksi durumda idari ve cezai, özellikle de mali sorumlulukla karşı karşıya kalmaları kaçınılmaz olur.

Kaynakça

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

Acısu, S. (2012) *Sorularla Kamu İhale Süreci ve Sözleşme Uygulamaları*, Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği Yayını.

Çolak, M ve Demirboğa, D.A. (2014). *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*. Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları No:1.

Doğan, D. M. (1986). *Büyük Türkçe Sözlük*, 3. Baskı, İstanbul: Birlik Yayınları.

Doğan, V. (1999). *Uluslararası Ticarete Banka Teminat Mektupları*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Gök, Yaşar (2009). *"Açıklamalı Kamu İhale Kanunu"*, Ankara: İksan Matbaası.

İhale Uygulama Yönetmelikleri

İnan, A. ve Yazmacı, Ö. (2018). *Geçici & Kesin Teminat ve İadesi*, Ankara: Öztepe Matbaacılık.

Kamu İhale Genel Tebliği

Kamu İhale Kurulu Kararları

Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (Sıra No 15 ve 55)

Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

Reisoğlu, S. (1977). *Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No:78.

Sayıştay Temyiz Kurulu Kararları

Şahiner, M.Ş. (2016) *Kamu İhalelerinde Teminatlar*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Yarmalı, E.S. ve Selçuk, A. (2017), *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Türkmen Kitabevi.

