

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Gözde ÜLKER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı / Denizli- Türkiye

E-posta: gozde_bayazit@hotmail.com gulker@pau.edu.tr **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-0647-2976>

Makale geliş tarihi: 11 Aralık 2023 Makale kabul tarihi: 3 Temmuz 2024

Atıf önerisi: Ülker, Gözde, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi" *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.37-90. **DOI:** 10.30915/abd.1403241.

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NA GÖRE GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

ÖZ

Geçici teminat, isteklinin teklifiyle bağlı kalması, ciddi, teknik, mesleki ve mali açıdan yeterli isteklilerin ihaleye katılması amaçlarıyla teklif edilen miktar üzerinden alınan bir bedeldir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen bazı hallerde geçici teminat isteklilere iade edilmemekte, idareye gelir olarak kaydedilmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda geçici teminatın verilmesine ilişkin asgari bir oran belirlenmiş, ancak idareye gelir olarak kaydedilecek kısım bakımından açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çalışmada geçici teminatın gelir kaydedilmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesine gayret edildikten sonra gelir kaydedilme halleri ve oranı üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: geçici teminat, geçici teminatın hukuki niteliği, kamu ihalesi, gelir kaydedilen haller, gelir kaydedilme oranı

**ACCORDING TO PUBLIC PROCUREMENT LAW NO.4734
REGISTERING AS REVENUE OF TENDER SECURITY**

ABSTRACT

Tender security is a price received over the offered amount for the purpose of keeping the tenderer bound with its offer and for the participation of serious, technically, professionally and financially competent tenderers. In some situations regulated in the Public Procurement Law No. 4734, the tender security is not returned to the tenderers, but is recorded as revenue to the administration. In the Public Procurement Law No. 4734, a minimum rate has been determined regarding the tender security, but there is no clear provision regarding the part to be recorded as revenue to the administration. In this study, after an effort was made to determine the legal nature of the registering as revenue of the tender security, evaluations were made on the rate and situations of registering as revenue.

Keywords: tender security, legal character of tender security, public procurement, situations relating registering as revenue of tender security, rate of registering as revenue.

GİRİŞ

İdarenin, kamu kaynağından harcama yapılan ya da kamuya gelir getirici işlerde sözleşme imzalayacağı kişiyi belli usullere bağlı olarak seçmesine ihale adı verilmektedir^[1]. Kamu ihaleleri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (2886 sayılı Kanun)^[2] ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun)^[3] başta olmak üzere birçok kanun^[4] ve düzenleyici işleme^[5] tabi olarak gerçekleştirilmektedir. Kamuya gelir getirici nitelikte olan işler 2886 sayılı Kanun kapsamında, kamu harcamasını gerektiren mal ya da hizmet alımları ile yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülmektedir^[6].

İhale süreci, birbirini izleyen usul kurallarından oluşan bir süreci ifade etmekte ve sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanmaktadır^[7]. İhale, 4734

- [1] İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Filiz, 3. Tıpkı Baskı, 2017, s.549; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021, s.621; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 14. Baskı, 2021, s.496.
- [2] 08 Eylül 1983 Tarih ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu.
- [3] 04 Ocak 2002 Tarih ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.
- [4] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ihale hukukunun temel kanunlarıdır. İhaleye ilişkin özel hükümler içeren başka kanunlar da bulunmaktadır. Örneğin, 28.05.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun bunlardan birkaçıdır.
- [5] Kanunlarda ihalelere ilişkin kuralların uygulanmasını göstermek, ayrıntılarını belirlemek amacıyla düzenleyici işlemler tesis edilmiştir. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (e) Bendine Göre Yapılacak Alımlarda Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik, Kamu İhale Genel Tebliği, Kamu İhale Tebliği (Tebliğ No: 2023/1) bunlardan bazılarıdır.
- [6] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.496-497; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.627; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, Yeni Sisteme Göre Güncellenmiş 11. Baskı, 2023, s.478.
- [7] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, 2. Baskı, 2020, s.35; Oğuz Sancakdar *et al.*, *İdare Hukuku*

sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler" şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte ihalenin ilanı, ihale komisyonunun kurulması gibi idarenin tek taraflı işlemleri söz konusu olmaktadır. İhale için ödeneğin ayrılmasıyla başlayan ve sözleşmenin imzalanmasına kadar devam eden süreçte idare hukuku kuralları; sözleşmenin imzalanmasından sonra ise aksine düzenleme olmadığı sürece özel hukuk hükümleri uygulanmaktadır^[8]. Nitekim, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir" kuralı da sözleşmenin uygulanması konusunda tarafların özel hukuk kurallarına tabi olduğunu ifade etmektedir. Kamu hukuku kuralları ile özel hukuk kurallarının bu süreçte uyum içinde uygulanmasıyla ihale konusu iş tamamlanmaktadır^[9].

Teminat, sözlükte güvence, garanti olarak tanımlanmıştır^[10]. Teminat, borçlunun borcunu ifa etmesini güvence altına alan bir kurumdur. Kamu ihale hukukunda teminat, ihaleye katılanların, yükümlülüklerine, ihale

Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, 2022, s.639; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.477.

[8] Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 13. Bası, 1966, s.1621-1624; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.625. İhale sürecinde şu aşamalardan geçilir: Ödenek, yaklaşık maliyetin belirlenmesi, ihale dokümanının hazırlanması, ihale komisyonunun oluşturulması, ihale ilanı, tekliflerin sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale yetkilisinin onayı, sözleşmeye davet, sözleşmenin imzalanması, uygulanması ve işin tamamlanması. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.624; Sezer, Kalkan ve Şahin, *op. cit.*, s.205-242; Sancakdar *et al.*, *op. cit.*, s.653-654; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2013, s.209-216; Kemal Gözler, *İdare Hukuku II*, Bursa, Ekin, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019, s.128-138; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.476; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.510-515.

[9] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.625.

[10] *Kubbealtı Lugatı*, "Teminat" Maddesi (<http://lugatim.com/s/teminat>) (Erişim Tarihi 22.03.2023); *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, Teminat" Maddesi (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi 22.03.2023).

mevzuatına ve ihale dokümanına uygun olarak hareket etmesini sağlamaya ve (kesin teminat kapsamında) idarenin zararına yönelik bir güvence niteliğindedir^[11]. Bu çerçevede 4734 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun'da kamu kaynaklarının isabetli kullanılması ve ihtiyaçların zamanında giderilmesi amaçlarına yönelik olarak geçici ve kesin teminat yer almaktadır. 2886 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre isteklilerden, ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin %3'ü oranında geçici teminat alınırken^[12], aynı Kanun'un 54. maddesine göre taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır. 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen geçici teminat ise teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere alınan bir bedeldir. 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesinde düzenlenen kesin teminat da taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine göre yerine getirilmesi için ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden %6 oranında alınan bedeldir. Bu itibarla geçici teminat, tekliflerin sunulması aşamasında teklifle birlikte sunulduğundan, henüz ihale sonuçlanmadığı ve sözleşme imzalanmadığı için idare hukuku kurallarının tabi olduğu kısımda yer almaktadır. Çalışmamızın konusu kapsamında bundan sonraki açıklamalarımız 4734 sayılı Kanun'da yer alan geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin olmaktadır.

Çalışmamız üç ana başlıktan oluşmakta olup, ilk ana başlıkta geçici teminat ile geçici teminatın gelir kaydedilmesinin tanımı, kapsamı, amacı ve hukuki niteliği açıklanmaktadır. Bu kapsamda ilk ana başlıkta geçici teminatın tanımı ve kapsamı, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin tanımı, hukuki niteliği ve amacı, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin hukuki sınırları alt başlıklar halinde değerlendirilmektedir. İkinci ana başlık altında geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin haller alt başlıklar halinde incelenmektedir. Çalışmanın son ana başlığında da geçici teminatın gelir kaydedilmesi oranına ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır.

[11] Mehmet Aksoy, "Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri" *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Cilt 20, Sayı 2*, 2020, s.393-395.

[12] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 16. maddesine göre, ihale ilanında tahmin edilen bedel ve geçici teminatın miktarının belirtilmesi zorunludur.

I. GEÇİCİ TEMİNAT VE GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A) GEÇİCİ TEMİNATIN TANIMI VE KAPSAMI

Geçici teminat, kamu ihalesine katılan isteklinin sunduğu teklifiyle bağlı kalması için alınan bir bedeli ifade etmektedir^[13]. Bu çerçevede, ihaleye ihale konusu işi yapabilecek ekonomik güce sahip olanlar katılabilecek ve bunlar tekliflerini mevzuata uygun bir şekilde hazırlamak zorunda olduklarını aksi halde maruz kalacakları sonuçları önceden öngörebilecektir^[14].

Geçici teminat, 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde "İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir" şeklinde düzenlenmiştir^[15].

Kanunkoyucu, 4734 sayılı Kanun'da geçici teminat bakımından asgari bir oran belirlemiş, teminatın miktarı konusunda istekliye takdir hakkı sunmuştur^[16]. Her isteklinin farklı teklif sunabilme ihtimali olduğundan,

[13] Eren Toprak, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 2. Baskı, 2022, s.291.

[14] Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, Seçkin, 2013, s.974; Aksoy, *op. cit.*, s.395; Muhittin Abacıoğlu ve Ali Abacıoğlu, *Açıklamalı- İctihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2021, s.525; Dinçer Gönen ve Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2006, s.495. Sayıştay da 2017 yılında verdiği bir kararında benzer değerlendirmelerde bulunmuştur: "İhaleye katılan isteklilerden geçici teminat istenmesi, işi yapabilecek nitelikteki ciddi isteklilerin ihaleye katılımını sağlayacağı gibi, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaması halinde o ana kadar ortaya çıkabilecek muhtemel idare zararının da karşılanmasını temin edecektir". Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 12 Nisan 2017 Tarih ve 40951 Dosya ve 42990 Tutanak Numaralı Yasal Süresi İçinde Sözleşme İmzalamaya Gelmeyen İsteklinin Geçici Teminatının Eksik Gelir Kaydedilmesi Konulu Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13651>).

[15] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, ihale dokümanında belirtilmesi koşuluyla danışmanlık hizmeti ihalelerinde (m.33) ve doğrudan temin usulünde (m. 22) teminat alınmasına gerek yoktur.

[16] Özel kanunlarda da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve

ihale saatinden önce tekliflerin tahmin edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir^[17]. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrasında sadece teminat mektuplarının ihale komisyonuna teslim edileceği, teminat mektubu dışındaki diğer değerlerin saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine yatırılması gerektiği düzenlenmiştir. Saymanlığa ya da muhasebe müdürlüklerine teminat bedeli yatıranların teklifleri görevliler tarafından tahmin edilemeyeceğinden, ihale saatinden önce başkalarına duyurulamayacaktır. Aynı şekilde, ihale komisyonuna teminat mektubunu sunan isteklinin teklifi, komisyon üyelerince ihale saatinden önce tahmin edilemeyecektir. Dolayısıyla kanun koyucu, tekliflerin istekliler, teminat bedelinin yatırıldığı saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerindeki görevliler ile ihale komisyonu üyeleri tarafından önceden bilinmesinin önüne geçmek için geçici teminatın sadece asgari oranını belirlemiştir.

Teminat olarak gösterilebilecek değerler, 4734 sayılı Kanun'un 34. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bu hükme göre, tedavüldeki Türk parası, teminat mektupları^[18], Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler teminat olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu ilgili mevzuatına göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi

Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da yer almaktadır. 6428 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 12. fıkrasında teklif edilen bedelin en az %3'ü oranında geçici teminat verileceği, 13. fıkrasında da ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması halinde geçici teminatının irat kaydedileceği düzenlenmiştir.

[17] Toprak, *op. cit.*, s.291; Sadettin Doğanıyğit, *Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş Geliştirilmiş 19. Baskı, 2022, s.705.

[18] Teminat mektuplarının kapsamına ve şekline ilişkin düzenlemeleri yapma konusunda Kamu İhale Kurumu'nun yetkili olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 35. maddesinde ifade edilmiştir. Yine mezkur hükümde, 32 nci maddeye göre belirlenen tekliflerin geçerlilik süresinden en az otuz gün fazla süreli olmak kaydıyla, geçici teminat mektuplarında süre belirtileceği, teklif geçerlilik süresinin uzatılması halinde, geçici teminat mektuplarının süresinin de aynı süre ile uzatılacağı, kesin teminat mektuplarının süresinin ihale konusu işin bitiş tarihi dikkate alınmak suretiyle idare tarafından belirleneceği ve ilgili mevzuatına aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektuplarının kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir.

kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye’de faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektuplarının da teminat olarak kabul edilmesine izin vermiştir. Ayrıca, 34. maddenin son fıkrasında idarece alınan teminatların haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir koyulamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Bir ihtiyacın giderilmesine yönelik ihale işlemlerini yürüten idarenin elinde olan teminat hakkında üçüncü kişilerin hak talebinde bulunması^[19] ve ihale sürecinin sekteye uğrayıp uzaması engellenmek istenmiştir^[20].

Geçici teminat, 4734 sayılı Kanun’un 30. maddesinde belirtildiği gibi tekliflerle aynı anda sunulmakta ve teklif mektubu ile istenilen diğer belgelerin yer aldığı zarfın içine koyulmaktadır. Tekliflerin değerlendirilmesinden sonra, ihale üzerinde kalan istekli haricindeki diğer isteklilerin teminatları iade edilir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin sahibinin teminatı ise ihale üzerine bırakılan istekliyle sözleşme imzalandıktan sonra iade edilmektedir^[21].

B) GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Geçici teminat, mevzuatta öngörülen bazı durumlarda istekliye iade edilmemekte, idareye gelir olarak kaydedilmektedir. Bir başka ifadeyle, teklifin %3’ü veya %3’ün üzerinde verilen geçici teminat, sözleşme bir başka istekliyle imzalanmış olsa dahi diğer isteklilerin mevzuatta öngörülen kurallara riayet etmemesi halinde kendilerine iade edilmemekte ve idareye gelir olarak kaydedilmektedir.

[19] Toprak, *op. cit.*, s.292.

[20] Teminatını haczedilemeyeceğine ve üzerine ihtiyati tedbir koyulamayacağına ilişkin kural, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitmiş, ancak Anayasa Mahkemesi, bu kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih ve E.2005/138, K.2008/124 Sayılı Teminatın Haczedilemeyeceği Kararı.

[21] İhale 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. (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.34/5).

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi öncelikle bir idari işlemdir^[22]. Zira, idare bu işlemi kamu gücüne dayanarak tek taraflı olarak tesis etmekte ve işlem, muhatabının hukuki alanında hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Geçici teminatın gelir kaydedilmesini idari işlem olarak kabul ettiğimizde tabii olduğu hukuki rejime ilişkin sonuçları da görmek gerekmektedir. Bu sonuçlardan ilki, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari işlemin özelliklerini de taşımasıdır. Bu çerçevede geçici teminatın gelir kaydedilmesi idari makamlarca tek taraflı olarak tesis edilmektedir. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanmadığı için tarafların üzerinde serbestçe müzakere edebileceği bir kural değildir. İdarenin, teminatın gelir kaydedilmesine yönelik iradesini açıkladıktan sonra karşı tarafın onayına gerek bulunmamakta, iradenin açıklanmasıyla hukuk düzeninde hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle de geçici teminatın gelir kaydedilmesi icrai bir idari işlemdir^[23].

[22] Bülent Torun, *Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Cemil Kaya), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 603617), s.159.

[23] İdari işlemin icrailiği, idarenin iradesinin yöneldiği kişinin ya da nesnenin üzerinde hukuki sonuçlar doğurmasını ifade eder. Bir başka ifadeyle, icrai olan işlem, başka birinin onayına ihtiyaç duymadan açıklanmasıyla muhatabının hukuk alanında hukuki değişiklikler meydana getirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990 s.119-120; Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara, Astana, s.2014, s.26 vd; Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2004, s.253-284; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 341; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.272-273; Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin, 2000, s.43-44; Kemal Gözler, *İdare Hukuku I*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019, s.776; Mutlu Kağıtçıoğlu, "İdari İşlemin İcrailiği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, 2021, s.267-284. Nitekim Danıştay da bir kararında icrai işlemi "idare hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler" olarak tanımlamıştır. Danıştay Yedinci Dairesi, 19 Ocak 2000 Tarih ve E. 1999/1766, K. 2000/67 Sayılı Kararı, Danıştay Dergisi Sayı 104, s.371. İşlemin icrai olması ile resen icrası birbirinden farklılık arz etmektedir. Resen icra, idari işlemin hukuk düzeninde sonuç doğurmasından sonra maddi alanda da sonuç doğurmasının mahkemenin onayına ihtiyaç olmadan idare tarafından gerçekleştirilmesini ifade eder. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin maddi alemde sonuç doğurması için kararı veren yetkili makamın

Ayrıca, tesis edildiği andan itibaren hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için, kendisine karşı mahkemece yürütmenin durdurulması kararı ya da iptal kararı verilmediği veya idarece geri alınmadığı, kaldırılmadığı sürece hukuk düzeninde hukuka uygun olarak kalmaya devam etmektedir^[24].

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari işlem olmasının diğer bir sonucu ise yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından idari yargı denetimine tabi olmasıdır. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin iptalinin talep edildiği davada yargı yeri, idari işlemin beş unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi yapacaktır.

Doktrinde idari işlemler maddi bakımından idari işlemler, iradenin açıklanması bakımından idari işlemler, hukuki etkisi bakımından idari işlemler gibi farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır^[25]. Biz de yargı denetimi bakımından özellik arz edebilecek ayrımlar kapsamında genel bir sınırlandırma yapmayı uygun görmekteyiz. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, maddi bakımından, özel, somut ve bir kere uygulanmakla tükendiği için birel işlemdir. İradenin açıklanması bakımından, açık (sarih); açıklayanların sayısı bakımından ihale yetkisinin bir kamu görevlisi ya da kurul olmasına göre basit (tek) ya da birleşik iradeli; hukuki etkisi bakımından ise emredici ve yükümlendiricidir. Emredici olması, işlemin, muhatabına bir şeyi yapması ya da bir şeyden kaçınması konusunda yükümlülük yüklediği ve

mahkemeden karar almasına gerek yoktur. Günday, *op. cit.*, s.124; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.327; Gözler, *İdare Hukuku I*, *op. cit.*, s.779. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.275

[24] Günday, *op. cit.*, s.126; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.326; Gözler, *İdare Hukuku I*, *op. cit.*, s.781.

[25] Örneğin Onar, hukuki tasarrufların maddi bakımından tasnifi, hukuki tasarrufların uzvi ve şekli bakımından tasnifi, hukuki tasarrufların iradenin izharı bakımından tasnifi şeklinde bir ayırım yapmıştır. Onar, *op. cit.*, s.338-355. Çağlayan, maddi bakımdan idari işlemler, irade açıklayanların sayısı bakımından idari işlemler, açıklanan iradenin şekline göre idari işlemler, hukuki etkisine göre idari işlemler şeklinde bir ayırım yapmıştır. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.337-358. Gözler, maddi açıdan, içeriklerine göre, muhatapları üzerindeki etkilerine göre, açıklanan iradenin sayısı ve usulüne göre, işlemi yapan makama göre, açıklanan iradenin şekline göre, isteğe bağlı olup olmamalarına göre, icrai olup olmamalarına göre tasnif yapmıştır. Gözler, *İdare Hukuku I*, *op. cit.*, s.788- 805.

bireylerin hukuki durumlarını sınırladığı anlamına gelmektedir^[26]. Örnek olarak kolluk işlemleri gösterilebilir^[27]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi işlemi de teklifiyle bağlı kalması ve mevzuatta öngörülen yükümlülüklerle uyulması konusunda istekliye yükümlülük yüklediğinden, emredici ve yükümlendirici bir işlemdir. Bu özelliği onun aynı zamanda bir kolluk işlemi olduğunu da göstermektedir.

İdare, kolluk faaliyetlerini kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla yürüttüğünden kamu düzeni kavramı önem taşımaktadır. Kamu düzeni, doktrinde genel güvenlik, genel sağlık, dirlik esenlik ve genel ahlak olmak üzere dört unsur üzerinden anlatılmaktadır^[28]. Toplumun değişen ve gelişen ihtiyaçları neticesinde kamu düzeni kavramının içeriği de zamanla genişlemekte ve değişmektedir. Bu kapsamda serbest piyasa ekonomisine ilişkin düzenin sağlanması amacıyla da ekonomik kamu düzeni kapsamında idareler kurallar koyup denetimler gerçekleştirmektedir^[29]. Bunlardan birini de ihale süreci oluşturmaktadır. Hatta ihale sürecinde yürütülen faaliyetlerin bir düzen içinde olmasını sağlayan özel idari kolluk kapsamında kamu ihale kolluğu olduğu ifade edilmektedir^[30]. Dolayısıyla, ihale sürecinin, temel ilkelere uygun olarak bir düzen içinde yürütülmesini sağlamak için idarenin kolluk faaliyetleri kapsamında geçici teminatı gelir kaydetme yetkisi bulunmaktadır.

[26] Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, Yetkin, 2000, s.54; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.367; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.362.

[27] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.368.

[28] Çağlayan, kamu düzenini güvenlik, esenlik, genel sağlık, genel ahlak, genel estetik, insan onuru olarak altı unsur üzerinden açıklamıştır. Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.285-291.

[29] Ahmet Fatih Özkan, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 4, 2009, s.83.

[30] Cemil Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlandırılması: İhalelere Katılmaktan Yasaklama”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2006, s.155. İsbir, toplumun tümünü kapsayan kamu düzeni kavramının, ekonomi alanındaki düzen bakımından ekonomik kamu düzeni, ihale hukuku bakımından da ihale düzeni olarak adlandırılmasının doğru olduğunu ileri sürmektedir. Begüm İsbir, *Kamu İhalelerine Katılma Yasası*, Ankara, Turhan, 2011, s.93.

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi aynı zamanda bir idari yaptırımdır^[31]. İdari yaptırım, yapılması gerekenin yapılmaması ya da kaçınılması gereken şeyden kaçınılmaması nedeniyle idari düzenin bozulması halinde idare tarafından alınan ve mahkeme kararına gerek olmaksızın idarece uygulanan, muhatabına yükümlülük getiren bir kararı ifade eder^[32]. Anayasa Mahkemesi, bir kararında idari yaptırımları “İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir” şeklinde tanımlamış; toplumun gelişen ve değişen gereksinimlerini zamanında ve etkin bir şekilde karşılayabilmek için idareye çeşitli alanlarda yaptırım uygulama yetkisi verilebileceğini ifade etmiştir^[33]. İdari yaptırımların amacı bireylerin hak ve hürriyetlerini korumak ve kamu düzenini sağlamaktır^[34]. Bu çerçevede, ihale düzeninin sağlanması ile isteklilerin ve idarenin menfaatlerinin korunması amaçlarına yönelik, mevzuatta öngörülen kurallara aykırı olarak teklif sunanlara veya teklifiyle

[31] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.974; Toprak, *op. cit.*, s.294. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya konu olan bir kararında, kamu ihale sisteminde, ihaleye katılmaktan yasaklama ve teminatın gelir kaydedilmesi olarak iki tür yaptırım öngörüldüğünü ifade etmiştir: “Kamu kurum ve kuruluşları, hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri genellikle kamu ihaleleri yoluyla temin etmektedir. Kamu kaynakları kullanılarak ihaleler gerçekleştirildiğinden ve yüksek meblağlarla kamu makamları ihaleye katıldığından bu kaynakların etkin ve verimli kullanılması, Hazinesinin korunması ve kaynak israfının önlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya ağır kural ihlali hallerinde kamu ihale sisteminde iki tür yaptırım öngörülmüştür. Yaptırımlar ihaleye katılmaktan yasaklanma ve teminatın gelir kaydedilmesidir”. Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 11 Aralık 2018 Tarih ve 2014/1759 Başvuru Numaralı, Doğcan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1759>).

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Cilt 18, Sayı 02, 1963, s.115,136; Yücel Oğurlu, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma*, Ankara, Seçkin, 2000, s.34; Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara, Asil, 2006, s.22-4; Günay, *op. cit.*, s.233.

[33] Anayasa Mahkemesi, 02 Haziran 2011 Tarih ve E.2008/115, K.2011/86 Sayılı Kararı.

[34] Oğurlu, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.40-1; Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, *op. cit.*, s.22; Günay, *op. cit.*, s.233.

bağlı kalmayanlara karşı 4734 sayılı Kanun'la idareye geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını uygulama yetkisi verilmiştir^[35].

C) GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİNİN AMACI

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının amacı iki yönlüdür. Bu yaptırımın ilk yönü, idarenin ihale sürecinin güvenli ve düzenli bir ortamda tamamlanmasını sağlamaktır. Güvenli ve düzenli bir ihale düzeni hem idare hem ihaleye katılanlar hem de tüm toplum açısından önem arz etmektedir. Zira özellikle kamu kaynağının harcandığı ihalelerde, ihaleye katılmasa dahi bireylerin ihalelerin açık ve güvenilir biçimde yürütüldüğünü bilmeleri ve buna inanmaları şeffaf idare açısından önem taşımaktadır^[36]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının amacının ikinci yönü ise geçici teminatın istenmesiyle ilgili olup, ihaleye teklif vereceklere ilişkindir. Daha açık bir ifadeyle, ihaleye teklif vereceklere, bu yaptırımla, ekonomik ve mesleki açıdan yeterli, ciddi ve dürüst kişilerin teklif vermesi gerektiğine, aksi halde maddi bir kayba uğrayacaklarına dair bir mesaj verilmektedir^[37]. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde geçici teminatın istenmesiyle işi yapmaya istekli ve yeterli kişilerin teklif vermelerinin amaçlandığı ifade edilmiştir^[38]. Bu iki yön birbirinden bağımsız olmadığından, geçici teminat istenilerek ihaleye, ciddi, dürüst ve yeterli isteklilerin katılımı sağlanırken, bu teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımıyla da hukuka

[35] 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale sürecinin düzenli ve güvenli bir şekilde tamamlanması için idarenin sahip olduğu diğer bir kolluk yetkisi kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararıdır. Bkz. Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.1012; Kaya, *İhale Hukukunda Çalışma*, *op. cit.*, s.155.

[36] Kaya da ihale hukukuna ilişkin diğer bir idari yaptırım olan ihalelere katılmaktan yasaklamayı değerlendirdiği makalesinde ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının dört boyutlu olduğunu şu cümlelerle ifade etmiştir: "Bu yaptırım kararının sonuçları dört boyutlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki bu kararlar birlikte, bir defa hakkında yasaklanma kararı verilen istekli muhtemel bir ekonomik çıkardan yoksun bırakılmakta, ihaleye katılan diğer isteklilerin çıkarları gözetilmiş olmakta, idarenin mali açıdan zarara uğramasının önüne geçilmekte ve nihayet toplum yararı korunmaktadır". Kaya, *İhale Hukukunda Çalışma*, *op. cit.*, s.154.

[37] Torun, *op. cit.*, s.156.

[38] [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-\(1\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-(1).pdf), s.68, (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2023).

aykırılıkların önlenmesine ve ihale sürecinin kurallara uygun bir şekilde tamamlanmasına katkı sunulmaktadır. Bunun haricinde, geçici teminatın kamunun zararını karşılama amacı bulunmadığı ifade edilmektedir^[39]. Danıştay Birinci Dairesi, 1995 yılında, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki bir ihaleye ilişkin bu konuyla ilgili görüşünü,

“teminatın idarenin uğradığı ya da uğrayacağı zararlar herhangi bir illiyet rabıtası söz konusu değildir. Öyle olsaydı, teminatın idarenin zararından fazla olması halinde, ya da idarenin zararı söz konusu olmayan hallerde, feshe rağmen teminatın kısmen ya da tamamen iadesi söz konusu olmak gerekirdi”

diyerek açıklamıştır^[40]. Sayıştay ise isteklilerden geçici teminat istenilmesinin amacının, işi yapabilecek ciddi isteklilerin ihaleye katılmasının sağlanması ve aynı zamanda sözleşme imzalanmaması halinde idarenin o zamana kadar ortaya çıkabilecek zararlarının karşılanması olduğunu ifade etmiştir^[41]. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya konu olan kesin teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin bir kararında,

“Olayda başvuru Şirketin yatırdığı teminatın irat kaydedilmesi, ihalelerde usulsüzlük yapılmasının önlenmesi ve bu suretle kamu hazinesinin korunması amacına dayanmakta olup bu sebeple müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu kuşkusuzdur”

[39] Torun, *op. cit.*, s.155-156.

[40] Danıştay Birinci Dairesi, 04 Nisan 1995 Tarih ve E.1995/86, K.1995/102 Sayılı Kararı, Legalbank. Aynı şekilde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), Danıştay Birinci Dairesine konu olan olayı değerlendirdiği kararında “Geçici teminat mektubunun işlevi, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve giderek, üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek” diyerek, geçici teminatın amacının doğru isteklilerle ihale sürecinin sekteye uğramadan tamamlanması olduğunu belirtmiştir. DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Kararı, Legalbank.

[41] “İhaleye katılan isteklilerden geçici teminat istenmesi, işi yapabilecek nitelikteki ciddi isteklilerin ihaleye katılımını sağlayacağı gibi, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaması halinde o ana kadar ortaya çıkabilecek muhtemel idare zararının da karşılanmasını temin edecektir”. Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 29 Mart 2017 Tarih ve 40620 Dosya ve 42911 Tutanak Numaralı Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13717>)

diyerek hazineye ilişkin bir amacının olduğunu da ifade etmiştir^[42]. Anayasa Mahkemesi bu kararında kesin teminatı değerlendirmektedir. Kesin teminat, taahhüdün sözleşmeye ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla alındığı için taahhüdün yerine getirilmemesi sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir meseledir. Dolayısıyla idare ile yüklenici arasındaki sözleşme şartlarına yüklenici tarafından uyulmaması halinde idarenin bir zarara uğrayacağı açıktır. İdare de bu durumda kesin teminatı gelir olarak kaydetmekte ve varsa başka zararları 4735 sayılı Kanun'un 22. maddesinin son fıkrası uyarınca yükleniciye tazmin ettirilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında taahhüdün sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi nedeniyle teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin davanın adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre çözüleceği sonucuna ulaşmıştır^[43]. Sayıştay'ın, yukarıda ifade ettiğimiz kararındaki geçici teminatın gelir kaydedilmesinin sözleşme imzalanmazsa o ana kadar ortaya çıkabilecek zararların karşılanmasını temin edeceğine yönelik görüşüne katılmamaktayız. Zira, geçici teminatın gelir kaydedilmesi idarenin kamu gücünü kullanarak tek taraflı olarak tesis ettiği icrai bir işlemdir. Aynı zamanda, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, kolluk faaliyetleri çerçevesinde idareye verilmiş bir yaptırım uygulama yetkisidir. Kolluk faaliyetlerinin özel amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır ve bu faaliyetler kapsamında tesis edilmiş bir idari işlem genel amaca uygun olsa

[42] Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümünün 2014/1759 Başvuru Numaralı Kararı. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da kesin teminatın amacını şu şekilde ifade etmiştir: “Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacını gütmektedir. Benzer şekilde, fiyat farkı ödemesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında ek kesin teminat alınması öngörülmüştür. Kesin teminat ve ek kesin teminat, idare bakımından bir güvence niteliği taşımaktadır”. Anayasa Mahkemesi, 14 Ocak 2010 Tarih ve E.2007/68, K.2010/2 Sayılı Kararı.

[43] “Somut olayda, ihaleyi kazanan davacı şirketin, sözleşmeye aykırı olarak, yüklendiği işi süresinde yerine getirmemesi üzerine mücbir sebep gerekçesiyle süre uzatımı talebinde bulunduğu ancak bu talebinin reddi üzerine hem ret işleminin iptali hem de teminat mektuplarının nakde çevrilmesi ve irat kaydedilmesinin iptalini talep ettiği anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır”. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 20 Şubat 2017 Tarih ve E.2016/91, K.2017/3 Sayılı Kararı (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).

da özel amaca uygun olmadığı sürece hukuka aykırı kabul edilmektedir^[44]. Bu nedenle, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, ihale sürecinin düzenli, güvenli ve hızlı bir şekilde yürütülmesini amaçlayan bir idari yaptırım olup, idarenin varsa zararının tazmininin diğer hukuki yollardan isteme hakkının devam ettiği kanaatindeyiz^[45].

D) GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ YAPTIRIMININ HUKUKİ SINIRLARI

Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımının hukuki sınırlarını bu başlık altında üç açıdan ele almayı düşünmekteyiz. Öncelikle, mezkûr yaptırımın Anayasa ile çizilen sınırları kısa ve genel olarak açıklanacaktır. Daha sonra, özel kolluk işlemi ve idari yaptırım olarak tabi olduğu sınırların değerlendirilmesi ayrı ayrı yapılacaktır.

1- Genel Anayasal Sınırları

İdare kolluk faaliyetlerini yerine getirirken kullandığı yetkiler sonucunda bireylerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlandırabilir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi de isteklinin malvarlığında bir azalmaya ya da borçlarında bir artışa neden olacağı için mülkiyet hakkını sınırlandıran bir yetkidir^[46]. Bu nedenle, öncelikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hukuki rejimine tabi olması gerekmektedir.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde^[47] düzenlenmiştir. Madde metninde sınırlanma nedeninin ancak kamu yararına olacağı öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Birinci Protokolün (Protokol) 1. maddesinde^[48] mülkiyetin korunması başlığıyla mülkiyet hakkı ve sınırlama

[44] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.577.

[45] Aynı yönde bkz. Torun, *op. cit.*, s.157.

[46] Torun, *op. cit.*, s.159.

[47] 1982 Anayasası m.35: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz".

[48] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Birinci Protokol madde 1 Mülkiyetin korunması: "Her gerçek ve tüzel kişi, sahip olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve hukukun öngördüğü

nedenleri düzenlenmiştir. Protokolün 1. maddesinde, sınırlama koşulları olarak amacın kamu yararı olması, müdahalenin hukuken öngörülmesi ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması sayılmıştır^[49]. Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın ikinci bölümünde düzenlenen bir temel hak olduğu için, ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara göre sınırlandırılması mümkündür.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülmüş olup, söz konusu hüküm şu şekildedir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Maddeye göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi benimsenmiştir^[50]. İdari yaptırımlar da temel hak ve özgürlüklere müdahale edebildiğinden kanunilik ilkesine uygun olarak tesis edilmelidir^[51]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, mülkiyet hakkını sınırlandıran bir idari yaptırım olarak 4734 sayılı Kanun'da öngörülmüştür. Daha açık bir ifadeyle, bu yaptırımın uygulanacağı haller 4734 sayılı Kanun'da açıkça sayılmış olup, bu hallerin içinde yer almayan işlem ve eylemlere geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını uygulanamaz. Kanunda yaptırım kapsamındaki hallerin geniş yorumlanması mümkün olmadığı gibi, düzenleyici işleme

koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkelerine uyulmadıkça, hiç kimse sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılamaz. Ancak yukarıdaki hükümler devletin, mülkiyetin genel yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek, vergiler ile diğer harç ve cezaların ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz”.

[49] Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi II. Cilt*, Ankara, Pozitif Matbaa, 2013, s.656-659.

[50] 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki “kanunla” ifadesi TBMM tarafından kanun yapma usullerine uyularak çıkarılmayı, yani şekli anlamda kanunu ifade etmekten, Protokol'ün 1. maddesinde yer alan “hukukun öngördüğü” ifadesi, kanun ve düzenleyici işlemlerde dahi olmak üzere maddi anlamda kanunu işaret etmektedir. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, 2022, s.598.

[51] Oğurlu, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.59; Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, *op. cit.*, s.23-37; Günday, *op. cit.*, s.235.

genişletilmesi de hukuka uygun değildir^[52]. Buna karşılık, geçici teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin 4734 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Geçici teminatın ne kadar verileceğine ilişkin 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinde bir hüküm bulunsa da bu hükümde ya da Kanun'daki herhangi bir hükümde teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu orana ilişkin değerlendirmelerin "Geçici Teminatın Gelir Kaydedilme Oranı" başlığı altında yapılmasını uygun görüyoruz.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin diğer ilkeler ise müdahalenin sebebe bağlı olması, hakkın özüne dokunmaması, ölçülü ve demokratik toplum gereklerine uygun olmasıdır^[53]. Dolayısıyla, Anayasa, kanun koyucuya geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin sınırlamaları kamu yararına yönelik, ölçülü, mülkiyet hakkının özüne dokunmayan ve demokratik toplum gereklerine uygun şekilde düzenleme görevi vermiştir.

2- Özel Kolluk İşlemi Olarak Tabi Olduğu Hukuki Sınırlar

Geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin kuralların 4734 sayılı Kanun'la düzenlenmesinden sonra bu işlemin hangi ilkeler çerçevesinde idare tarafından uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir. Zira yukarıda da izah edildiği üzere geçici teminatın gelir kaydedilmesi, idarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilen bir idari işlemdir. Bu nedenle kolluk işlemlerinin

[52] Kanun'da idari yaptırıma ilişkin genel esaslar ve temel çerçeve belirlendikten sonra, hızlı gelişen ve değişen alanlarda toplumun gereksinimlerinin giderilmesi amacıyla yaptırıma ilişkin düzenleme yapma konusunda idareye yetki verilmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve tedbirlerin yönetmeliğe bırakılmasını Anayasa'ya aykırı görmemiştir: "Elektronik haberleşme sektöründe yaşanan hızlı değişim, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeni kavramları ile bunların ihlal edilmesine sebep olan eylemlerin de aynı şekilde değişmesine ve çeşitlenerek artmasına yol açtığından, bu unsurların tamamının yasayla belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle iptali istenen kural ile idari yaptırımın kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanabileceği belirtildikten sonra, belirtilen sınırlar içinde idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve uygulanacak somut tedbirlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, belirsizlik ya da yetki devri olarak nitelendirilemez". Anayasa Mahkemesi, 02 Haziran 2011 Tarih ve E. 2008/115, K. 2011/86 Sayılı Kararı.

[53] Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *op. cit.*, s.607-633.

sınırlarına uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesi başta olmak üzere anayasal sınırlara^[54] ve yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurlarına uygun olarak tesis edilmelidir. Bu kapsamda, yetkili makam kanunda öngörülen sebeplerden birinin ya da birkaçının ortaya çıkması halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararını mevzuatta öngörülen şekil/usul kurallarına uygun olarak vermek zorundadır. Kolluk işlemlerinde konu unsuru kapsamında ölçülülük ilkesi önem taşımaktadır. Ölçülülük ilkesi amaç-araç arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle, idarenin amaca ulaşmak için kullandığı aracın gerekli, elverişli ve orantılı olması anlamına gelir^[55]. Gerekliklik, idarenin amacına ulaşabilmesi için gerekli olan en yumuşak aracı seçmesini; elverişlilik ise seçilen bu aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder^[56]. O halde amaç, ihaleye ciddi ve yeterli isteklilerin katılmasını, isteklilerin teklifiyle bağlı kalmasını ve ihale sürecinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak olduğuna göre geçici teminatın gelir kaydedilmesi de elverişli ve gerekli bir araç olmaktadır. Ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkesi olan orantılılık ise idarenin takdir yetkisinin denetiminde önem taşımaktadır^[57]. Orantılılık denetiminde, bireyin menfaati ile kamu yararı arasında bir ölçüm yapılmakta ve bireye yüklenen yükümlüğünün katlanılamaz derecede olup olmadığı incelenmektedir^[58]. Bu noktada, gelir olarak kaydedilen teminat miktarı önem taşımaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi 4734 sayılı Kanun'da geçici teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakta, ilgili düzenlemelerde sadece teminatın gelir kaydedileceği ifadesi yer almaktadır. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, kolluk işlemi olmasının yanında idari yaptırım da olduğu için söz konusu oranın kanunda açıkça öngörülmesi hukuka uygun olur. Bu kapsamda, bir idari ihlal neticesinde

[54] Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.545.

[55] Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2002, s.36-39; Eren, *op. cit.*, s.591; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara, Seçkin, 2022, s.241.

[56] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.36-7; Eren, *op. cit.*, s.591-592.

[57] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.38; Eren, *op. cit.*, s.592.

[58] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.38. Örneğin yasadışı eylemin dağıtılması amacıyla TOMA'nın çok yakından kuvvetli su sıkması orantısızlık teşkil eder. Eren, *op. cit.*, s.592.

ölçülülük ilkesine uygun bir idari işlem tesisi için, kanunda yaptırım oranlarının mutlak değil nispi olarak belirlenmesi gerekmektedir^[59]. Böylece hem verilen zararın büyüklüğü nispetinde hem de ödeme gücü nispetinde bir yaptırım uygulanabilecektir^[60]. Zira, idareye tanınan takdir marjı içinde zararın büyüklüğü ve ödeme gücünü dikkate almadan uygulanan yaptırım karşı taraf için elverişli olmayacağı için caydırıcılık özelliği bulunmayacaktır^[61]. Geçici teminatın gelir kaydedilme oranının tespitinde de mevzuata aykırılık hallerinin ve isteklinin ödeme gücünün dikkate alınması yerinde olacaktır. Bu konu ayrı başlık altında değerlendirilmektedir.

3- İdari Yaptırım Olarak Tabi Olduğu Hukuki Sınırlar

a) İdari Ceza-İdari Tedbir Ayrımı Bakımından

İdari yaptırımlara ilişkin genel kurallar 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda (5326 sayılı Kanun) yer almaktadır. Bir idari yaptırım olarak geçici teminatın gelir kaydedilmesinin 5326 sayılı Kanun'da yer alan hukuki sınırlamalara tabi olup olmadığının değerlendirilmesi de önem arz etmektedir. 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre idari yaptırımlar, idari para cezaları ve idari tedbirler olarak; idari tedbirler de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer idari tedbirler olarak ikiye ayrılmıştır. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, idari para cezası değildir. Zira, idari para cezasında yetkili kişi mevzuatla yasaklanan eylemlerin yapılması halinde bu durumu tespit edip sonradan para cezası verirken, geçici teminat en baştan iade edilmek suretiyle alınmakta, ancak Kanun'da belirtilen hukuka aykırılık hallerinde gelir olarak kaydedilmektedir. Yine, bu yaptırım mülkiyet hakkıyla ilgili olsa da mülkiyetin kamuya geçirilmesi değildir^[62]. 5326 sayılı Kanun'un 18. maddesinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi için eşyanın kabahatin konusunu oluşturması

[59] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.94.

[60] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.94; Anayurt, *op. cit.*, s.242.

[61] Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.95.

[62] Aziz Taşdelen, "Mali Sonuçlu Bir idari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s.302; Torun, *op. cit.*, s.160.

veya kabahatin işlenmesiyle elde edilmesi gerektiği ifade edildiğinden, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin özelliği bu tanıma uymamaktadır^[63].

Ulusoy'un haklı olarak ileri sürdüğü gibi, idari yaptırımların idari cezalar ve idari tedbirler olarak iki sınıfa ayrıldıktan sonra, idari cezaların kendi içinde regülatif, kabahat ve disiplin olmak üzere üç farklı alt gruba ayrılması gerekmektedir^[64]. İdari yaptırımların idari cezalar ve idari tedbirler olarak sınıflandırılmasının hukuki sonuçları itibariyle de önemli olduğu ifade edilmektedir^[65]. Zira, idari cezalara idari işleme ilişkin kuralların yanında ceza hukukunun “savunma alınmadan ceza verilemeyeceği”, “suç ve cezaların geçmişe yürümezliği” gibi ceza hukukunun çekirdeği olarak kabul edilen ilkelerin de uygulanması gerekmektedir^[66]. Buna karşılık, idari tedbir niteli-

[63] Torun, *op. cit.*, s.161.

[64] Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, On İki Levha, 2013, s.11. Anayasa Mahkemesi de Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından verilen idari cezaları değerlendirdiği kararında hassas alanlara ilişkin cezaları regülatif cezalar olarak ifade etmiştir: “Özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar “regülatif cezalar” olarak ifade edilmektedir”. Anayasa Mahkemesi, 07 Nisan 2016 Tarih ve E. 2015/109, K. 2016/28 Sayılı Kararı.

[65] Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.25. Danıştay da, 5326 sayılı Kanun'dan farklı olarak idari yaptırımları idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayırmaktadır: “İdari yaptırımlardan “idari cezalar” da muhatabın cezalandırılması amacı, “idari tedbirler” de ise kamu hizmetinin aksamadan ve kamu düzeninin bozulmadan işleyişine devam etme amacı ağır basmakta olup, hizmetin düzgün işlenmesini olumsuz etkileyebilecek ihlalleri engelleyici ve durdurucu nitelik taşıyanlar “idari tedbir”; idari tedbir boyutunu aşıp tedip etme ve cezalandırma boyutuna varan yaptırımlar ise “idari ceza” olarak kabul edilmektedir”. DİDDK, 08 Temmuz 2021 Tarih ve E.2021/617, K.2021/1447 Sayılı Kararı, Legalbank.

[66] Ulusoy, ceza hukukunun çekirdek ilkelerini; “soruşturma yapılması ve savunma alınması, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi, ihlal ile cezanın kesinleşmesi arasındaki süreçteki mevzuat değişikliklerinde lehe kanun uygulaması, suç ve cezaların kanuniliği, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi, mükerrer cezalandırma yasağı (nonbis in idem ilkesi), cezalandırmada şahsilik ilkesi ve cezalarda orantılılık ve belirlilik” olarak sıralamıştır. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.48-125. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, anız yakılması nedeniyle verilen idari para cezasında masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 15 Mayıs 2018

ğinde olan yaptırımların hukuka uygunluğu idari işlemin hukuka uygunluk kıstaslarına göre değerlendirilmektedir^[67].

İdari cezalar ile idari tedbirleri birbirinden ayırt etmek kolay olmasa da nitelikleri bakımından bir sınıflandırma yapılabilmektedir. Muhatabını “yola getirme”, “terbiye etme”, “canını acıtma” gibi cezalandırma amacı ön planda olan yaptırımlar idari ceza olarak kabul edilirken, bir ihlal neticesinde bozulan düzenin geri getirilmesini ve kamu hizmetinin düzenli bir şekilde devam etmesini sağlamaya yönelik yaptırımlar ise idari tedbir telakki edilmektedir^[68].

Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari ceza mı yoksa idari tedbir mi olduğunun tespiti, tabi olacağı hukuki rejim bakımından önem taşımaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi bu teminatın amacı mesleki ve mali yönden yeterli olan ve teklifiyle bağlı kalıp sözleşme imzalayabilecek isteklilerin ihaleye katılmasıdır. İdare bunu sağlamak için gerektiği zamanlarda zor kullanma yetkisine dayanarak tedbirler alabilir. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı bir idari tedbirdir. Bu yaptırımda idare, istekliyi cezalandırmaktan ziyade, mevzuata uygun tekliflerin sunulması ve ihale sürecinin karışıklık olmadan tamamlanması amacındadır. Eğer, böyle bir tedbir öngörülmeseydi, mesleki ya da mali açıdan yeterli olmayan, ihaleye katılmaması gereken her istekli ihaleye katılabilir, sözleşme imzalamaktan kaçınabilir ya da eksik bilgi/belge sunup ihale sürecinin güven ortamı içinde düzenli bir şekilde tamamlanmasına engel olabilirdi. Bu nedenle, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, isteklilerin cezalandırılması ya da mali yönden acı çektirilmesi saikleriyle getirilmemiştir. Bununla birlikte tedbirin mali yönünün muhatap açısından cezalandırıcı nitelikte olma ihtimalini de değerlendirmek gerekir^[69]. Her ne kadar muhatabın belirli miktar parası teminat olarak kaydedilerek mali yönden zarara uğramasına neden olursa

Tarih ve 2015/19616 Başvuru Numaralı Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19616>).

[67] Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.11.

[68] *Ibid.*, s.8.

[69] Ulusoy, bozuk gıda sattığı gerekçesiyle işyeri geçici olarak kapatılan kişinin ruhsal ve mali yönden acı duyabileceğini, ancak yaptırımın amacının işyerini sahibine acı çektirmek değil, kamu sağlığının bozulmasının önlenmesini olduğunu ifade etmiştir. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.9.

da miktarın niceliği bakımından da bu yaptırımın idari tedbir olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımına ceza hukukunun çekirdek ilkelerinin uygulanmasına gerek bulunmamakta, idare hukukunun kurallarına uygunluğu açısından denetiminin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

b) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu Hükümleri Bakımından

5326 sayılı Kanun'u 3. maddesinde "Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır" kuralı bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin özel kanunda bir hüküm varsa, bu hüküm; kanun yoluna ilişkin bir hüküm yoksa 5326 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca, 5326 sayılı Kanun'un kanun yolu haricindeki diğer genel hükümleri ise idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında geçerli olur. Bir başka ifadeyle, 5326 sayılı Kanun, bu Kanun'da sayılmayan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren diğer fiiller bakımından genel kanun niteliğinde olup, bunların dışındaki yaptırımlarda özel kanun hükümleri geçerli olur^[70]. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı idari para cezası ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi olmadığı için 5326 sayılı Kanun'un genel hükümlerine de tabi değildir. Örneğin, 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır" kuralına göre aynı eylem hem suç hem de yaptırım gerektirse de ikisi birden uygulanamayacaktır. Bu hükümde, ne bis in idem ilkesinin^[71] adli cezalar ve idari yaptırımlar bakımından uygulanması

[70] Cengiz Otacı ve Levent Korkut, *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022, s.47.

[71] Ne bis in idem ilkesi, aynı eylem ve konudan dolayı, aynı kişinin iki kere yargılanmaması ve cezalandırılmaması anlamını taşıyan bir ceza hukuku ilkesidir. Bkz. Oğurlu, *İdari Yaptırımlar*, *op. cit.*, s.80; Mustafa Özen, "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s.391. Ne bis in idem ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7

gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi, yukarıda izah edildiği gibi 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre bu Kanun'un genel hükümlerine tabi olmadığından 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin Türk ceza kanunlarıyla birlikte uygulaması ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir^[72]. Danıştay da ihalelere katılmaktan yasaklanan kişinin geçici teminatının da gelir kaydedilmesi halinde mükerrer cezadan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir^[73].

II. GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLDİĞİ HALLER

Geçici teminat, isteklilerin ihale süresince teklifiyle bağlı kalması, ihaleye ciddi ve mesleki, teknik, mali yönden yeterli isteklilerin katılmasını sağlama amaçlarıyla alındığı için hem idare lehine^[74] hem de ihale düzeni lehine bir koruma sağlamaktadır. Bazı durumlarda isteklinin, mevzuata ve ihale dokümanına uygun olmayan işlem ya da eylemleri nedeniyle geçici teminatı iade edilmeyip, gelir kaydedilmektedir^[75].

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, idari yaptırım olduğu için istisnai nitelikte olan geçici teminatın gelir kaydedilmesi 4734 sayılı Kanun'da tekliflerdeki ya da sunulan belgelerdeki her hatanın karşılığı olarak öngörülmemiştir. Örneğin, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olmadığı belirlenen

nolu Protokolün 4. maddesinde düzenlenmiştir. Protokol, Ülkemizde 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlke, Anayasa'da açıkça düzenlenmediğinden Anayasa Mahkemesi, ne bis in idem ilkesini, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, 27 Mart 2019 Tarih ve 2018/9115 Başvurulu Numaralı Ünal Gökpınar Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115>)

[72] Torun, *op. cit.*, s.161.

[73] “Öte yandan, davacı hakkında 1 yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verilmiş ise de; geçici teminat mektubunun irat kaydedilmesi işlemi, kamu cezası olarak nitelendirilemeyeceğinden mükerrer cezadan söz edilmesi mümkün değildir”. DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Karar, Legalbank.

[74] Toprak, *op. cit.*, s.294.

[75] Aksoy, *op. cit.*, s.411.

isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır. Kamu İhale Tebliği'nde aritmetik hata, birim fiyat teklif cetvellerindeki çarpma ve toplamaya ilişkin hatalar olarak belirtilmiş, ancak bu hataların elektronik araçlar yardımıyla tablolama programlarındaki yazılımdan kaynaklanan hataların belirli koşullar altında resen düzeltileceği ifade edilmiştir (Kamu İhale Genel Tebliği, m. 16.5.3). Aynı şekilde, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ilk fıkrasında, teklif mektubu ve geçici teminatı usulüne uygun olmayan ya da belgeleri eksik olanların sadece tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı düzenlenmiştir. Bu durumlarda kanun koyucu geçici teminatın gelir kaydedilmesini gerekli görmemiştir^[76]. Geçici teminatın gelir kaydedileceği haller 4734 sayılı Kanun'un 10., 11., 37., 52., ve 44. maddelerinde öngörülmüştür.

A) 4734 SAYILI KANUN'UN 10. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

Geçici teminatın gelir kaydedileceği hallerden ilki, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede ihaleye katılacak isteklilerden ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenecek bilgi ve belgeler Kanun'da, Kamu İhale Genel Tebliği'nde ve ihale yönetmeliklerinde sıralanmıştır. Bunların içinden Kamu İhale Kurumu'nun belirleyeceği bazı belgeler taahhütname olarak sunulabilecektir. Kamu İhale Kurumu'nun taahhütname olarak sunulmasına izin verdiği belgelere ilişkin gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunan istekli, ihale dışı bırakılarak isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmektedir.

Aynı şekilde, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgeler, sözleşme imzalanmadan önce verilmez ise, istekli ihale dışı bırakılarak geçici teminatı gelir kaydedilmektedir.

O halde, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde iki ihtimal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütnamenin sunulmasıdır.

[76] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesini son fıkrasında yer alan "ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir" kuralı gereğince, 4734 sayılı Kanun kapsamına girmeyen ihaleler bakımından bu kanunun 58.-61. maddelerinde yer alan ceza ve yasaklama hükümleri uygulansa da geçici teminatın gelir kaydedilmesi bir idari yaptırım olarak bu maddeler arasında sayılmadığı için istisna kapsamındaki ihalelere uygulanmaz. Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, op. cit., s.983.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.6.3. maddesinde de ifade edildiği gibi örneğin, sosyal güvenlik borcu olduğu halde olmadığına ilişkin taahhütname verilmesi durumunda, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilerek teklifi değerlendirme dışı bırakılır, ancak hakkında yasaklama kararı verilmez. 10. maddede yer alan ikinci ihtimalde ise ihale üzerine kalan isteklinin taahhüt altına aldığı durumların ispatına ilişkin belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesidir. Bir başka açıdan, ikinci durumda ihale kararından sonra isteklinin kusuru nedeniyle (mücbir sebep halleri dışında) sözleşmenin yapılamaması söz konusudur. Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 44. maddesi kapsamında değerlendirme yapılmakta, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilerek hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmektedir. Nitekim, Kamu İhale Tebliği'nin 17.6.4 maddesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

B) 4734 SAYILI KANUN'UN 11. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

Geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin ikinci düzenleme, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin^[77] son fıkrasında şu şekilde yer almaktadır: “Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici

[77] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.11: “Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
- b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
- c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
- d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
- e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
- f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir". 11. maddede doğrudan, dolaylı ya da alt yüklenici olarak ihaleye katılamayacak olan kişiler açıkça sayılmıştır. Bu yasağa rağmen katılanlar, değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. İhale, yasaklı bir kişinin üzerine bırakılmış ise yine geçici teminat gelir kaydedilerek ihale iptal edilmektedir^[78].

C) 4734 SAYILI KANUN'UN 37. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

Geçici teminatın gelir kaydedileceği üçüncü düzenleme 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinde yer almaktadır^[79]. İhale komisyonu, teklifleri

g) (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile)

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir". Benzer şekilde, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.7. maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır.

[78] Bu durumun sözleşme imzalandıktan sonra fark edilmesi ihtimali ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. İhale üzerine kalan kişi, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında yasaklı olduğu halde kendisiyle sözleşme yapılmış ise, geçici teminatı geri verilir. Ancak, yasaklı olduğu sözleşme imzalandıktan sonra fark edildiğinde 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre istisnai durumlar hariç kesin teminatı gelir kaydedilerek, sözleşme feshedilir ve hesap genel hükümlere göre tasfiye edilir.

[79] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Madde 37: "İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını

aldıktan sonra ihale günü hazır bulunanlar önünde teklif zarflarını açar ve geçici teminat da dahil olmak üzere belgelerin usulüne uygun olup olmadığını kontrol ederek oturumu sonlandırır. Daha sonra ihale komisyonu tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, ilk oturumda eksik ya da usulüne uygun olmayan belgesi olanları değerlendirme dışı bırakır. Belge eksikliğinin olduğu durumlarda geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını öngörülmemiştir. Ancak, 4734 sayılı Kanun'un 2. fıkrasında da ifade edildiği gibi sunulan belgelerde teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikte bilgi eksikliği olanlara bu eksikliği tamamlamaları için süre verilir. Belirlenen sürede eksiklik tamamlanmaz ise, değerlendirme dışı bırakılan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Maddede teklifin esasını değiştirmeyen bilgi eksikliği tamamlanabilecek bir eksiklik olarak öngörüldüğü için, belge eksikliği durumunda

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". Aynı durum, 4734 sayılı Kanun'un 52. maddesinde de yer almaktadır. Danışmanlık hizmet ihaleleriyle ilgili olan bu maddenin beşinci fıkrası şu şekildedir: "Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle isteklilerin teknik değerlendirmeye esas bütün belgelerinin ihale dokümanında istenilen şartlara uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği incelenir. Belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır. 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 eksik bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir".

süre verilmeyip başvuru değerlendirme dışı bırakılmaktadır^[80]. Örneğin, Danıştay'ın bir kararında, iş bitirme belgesinde iş tutarı ve sözleşme bedelinin gösterilmesinden dolayı ilk sözleşme bedeli ve toplam sözleşme tutarının boş bırakılmasının bilgi eksikliği olduğu kabul edilmiştir^[81]. İsteklinin dosyasındaki teklifin esasını etkilemeyen bilgi eksikliğinin tamamlanabilmesi için dosyadaki diğer bilgi ve belgelerde eksikliğin olduğu konuya ilişkin asli hususların yer alması gerekmektedir^[82]. Nitekim Danıştay, standart bir form olan anahtar teknik personel listesinin sunulmamış olmasını, bu personele ilişkin dosyada gerekli bilgilerin yer alması nedeniyle tamamlanabilecek bilgi eksikliği olarak kabul etmiştir^[83].

[80] Toprak, *op. cit.*, s.318.

[81] “diğer taraftan, davacı şirkete ait 08/01/2014 tarihli iş bitirme belgesinde, “İdarenin adı: Mersin Devlet Hastanesi, İşin konusu: Tıbbi Atıkları Alınması, Taşınması ve Sterilize Edilmesi” olarak belirtildiği, gerçekleştirilen iş tutarı ve sözleşme bedelinin 644.655,90-TL olarak gösterildiği, ilk sözleşme bedeli ve toplam sözleşme tutarı kısmının ise boş bırakıldığı, bu nedenle boş bırakılan kısımlara ilişkin olarak bilgi eksikliğinin tamamlanması isteminde bulunulabileceği, eksikliğin yazıda belirtilen 28/01/2014 tarihinde kadar giderilmesi gerektiği” Danıştay On Üçüncü Dairesi, 18 Şubat 2021 Tarih ve E. 2015/942, K.2021/539 Sayılı Karar, Legalbank.

[82] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 08 Ekim 2012 Tarih ve E. 2012/2116, K. 2012/2363 Sayılı Karar, Lexpera.

[83] “davacı şirketin “Anahtar Teknik Personel Listesini (Standart Form KTB 31/U)” sunmadığı gerekçesi ile teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işlem ile ihalenin Alay İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’ne verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce; uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için davacının sunmadığı “Anahtar teknik personel listesi”nin niteliğinin ortaya konulması gerektiği, belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilen uygulama işlerinde uygulanacak tip idari şartnamenin ve davalı idare tarafından hazırlanan standart formun incelenmesinden, bu belgenin ihaleye katılan isteklilerin ihale tarihinden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibarıyla isteklinin bünyesinde bulunan en az 5 yıl deneyimli anahtar teknik personel niteliğinde mimar çalıştırdıklarını belgelendirmeye yönelik bir belge olduğunun görüldüğü, öte yandan, davacı tarafından ihaleye katılım aşamasında sunulan “Anahtar teknik personel niteliğindeki personel listesi” ile “Anahtar teknik personel beyannamesi”nin, “Anahtar teknik personel listesi”nde aranan bilgileri (Adı soyadı/Unvan/Toplam Deneyimi/Yıl) kapsadığı, davacı istekli tarafından ismi verilen mimarın 26.11.1982 gününden başlayarak üye olduğu bilgisini içeren TMMOB Mimarlar Odası Üye Tanıtım Belgesinin, ... tarihli Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yüksek Lisans diplomasının, ... tarihli Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin ve

Buna karşılık, dosyada bulunması gereken zorunlu belgelerin sunulmaması hali bilgi değil belge eksikliği olarak değerlendirilmekte ve teklif değerlendirme dışı bırakılmaktadır. Belge eksikliği halinde isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmemektedir. Danıştay, bir olayda, ihaleye katılan iş ortaklığınca ihale teklif dosyasında sunulan Ticaret Sicili Gazetesi'nde ortakların hisse oranları ve T.C. kimlik numaralarının yer almadığından, ortaklığın teklifini değerlendirme dışı bırakmıştır. İdare mahkemesi, bunu bilgi eksikliği olarak değerlendirse de Danıştay, mevzuat hükümlerinden (4734 sayılı Kanun m.10, Hizmet Alımı İhaleleri Yönetmeliği m. 31) yola çıkarak ihaleye katılan tüzel kişinin ilgililerinin kimler olduğunu gösteren belgelerin ve tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir belgelerin sunulmasının zorunlu olduğunu belirterek idare mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir^[84]. Ayrıca, bilgi eksikliğiyle ortada

11.06.2007 tarihli İmza Sirkülerinin de bu bilgileri tevsik ettiği, bu durumda; davacı tarafından "Anahtar teknik personel listesi" sunulmamış olsa da sunulan diğer bilgi ve belgelerden ihale kapsamında ismi verilen mimarın, ihale tarihinden önce ve ihale tarihi itibarıyla isteklinin bünyesinde çalıştığı, en az 5 yıl deneyimi bulunduğunun açıkça anlaşılması nedeniyle anılan belgenin sunulmamış olmasının esasa etkili bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği, ihale mevzuatı gereğince belgelerdeki esasa etkili olmayan bilgi eksikliklerinin sonradan tamamlanabileceği karşısında, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması suretiyle gerçekleştirilen dava konusu ihale işleminde mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı," Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/923, K 2017/1830 Sayılı Karar, Legalbank.

[84] "Aktarılan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, ihaleye katılanların tüzel kişi olması hâlinde, ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir belgelerin sunulmasının istendiği; bu kapsamda şirketler, dernekler ve vakıflar arasında ayırma gidilerek, bunlar arasındaki farkın ortaya konulabilmesi amacıyla "ilgili" kelimesinin vurgulandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, mevcut düzenlemeye göre, ihaleye katılan tüzel kişi "şirket" olduğunda ortaklarının, "dernek" olduğunda üyelerinin, "vakıf" olması durumunda ise üyelerinin ve kurucularının kimler olduğunu gösterir belgeler ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir belgelerin sunulmasının zorunlu olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, bu bilgilerin tamamının bir Ticaret Sicili Gazetesi'nde bulunmaması hâlinde, bu bilgilerin tümünü göstermek üzere ilgili Ticaret Sicili Gazeteleri veya bu hususları gösteren belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirkülerinin istenilmesine ilişkin düzenlemeyle anılan belgelerin tek seferde teklif dosyası kapsamında sunulmasına önem verildiği; bu hususun ihalelere katılım ve yasak fiil veya davranışlarda bulunulması hâlinde yaptırım uygulanacak kişilerin tespiti açısından önem arz ettiği görülmektedir.

bir bilginin bulunmaması kastedilmekte, var olan bilginin yanlış olması bu kapsamda değerlendirilmemektedir^[85].

4734 sayılı Kanun'un danışmanlık hizmet ihaleleri ile ilgili özel hükümlerin yer aldığı beşinci bölüm 52. maddede, danışmanlık hizmet ihalelerinde de bilgi eksikliğini belirlenen sürede tamamlamayan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği öngörülmüştür.

İsteklilerden yazılı açıklama istenebilecek bir diğer durum da 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenen aşırı düşük teklifin tespit edilmesidir. İhale komisyonu, aşırı düşük olduğunu tespit ettiği teklifleri reddetmeden önce, istekliklerden yazılı açıklama istemekte, açıklamada bulunmayan ya da açıklamaları yeterli görülmeyen isteklilerin tekliflerini reddetmektedir. Ancak bu durumda Kanun'da geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin

Bununla birlikte, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 31. maddesinin yedinci fıkrasında yer verilen düzenlemenin ihaleye katılım ve yeterlik kriterlerine ilişkin sunulması istenen belgeleri teklif ekinde sunma zorunluluğundan isteklileri muaf tutmadığı, söz konusu düzenlemenin belgelerin sunulmuş şekline ilişkin şartların aranmamasına yönelik olduğu, bir başka anlatımla, belgelerin sunulmuş şekline ilişkin olarak belgenin aslının yahut noter onaylı suretinin sunulması veya "aslî idarece görülmüştür" gibi ibarelere ilişkin şekli şartları ilgilendiren bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacı iş ortaklığı tarafından teklif ekinde sunulan 16/01/2018 tarih ve 9495 sayılı Ticaret Sicili Gazetesinde özel ortağın ortaklık yapısına veya ortaklarına ilişkin herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşıldığından, davacı iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır". Danıştay On Üçüncü Dairesi, 21 Şubat 2019 Tarih ve E. 2018/4070, K. 2019/497 Sayılı Karar, Legalbank. Aynı şekilde Danıştay, cihazlara ilişkin orijinal yabancı dildeki dokümanların yanında Türkçe onaylı tercümelemlerin de verilmesi gerektiğini, CD ortamında sunulan Türkçe kullanım kılavuzunun bilgi eksikliği değil, onaylı tercüme olmadığı için belge eksikliği olduğu sonucuna ulaşmıştır. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/917 K. 2017/1772 Sayılı Karardan nakleden Toprak, *op. cit.*, s.319. Aynı yönde bir başka karar için bkz. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 30 Eylül 2009 Tarih ve E.2009/4856, K 2009/8839 Sayılı Karar, Legalbank.

[85] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 22 Kasım 2017 Tarih ve E. 2017/2180, K. 2017/3246 Sayılı Karar; Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/917 K. 2017/1772 Sayılı Karardan nakleden Toprak, *op. cit.*, s.318.

bir kural bulunmamaktadır. Bilgi eksikliği ile paralel olarak, aşırı düşük teklif sorgulamasına cevap vermeyen isteklinin de geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin kanunda düzenleme yapılması gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir^[86].

D) 4734 SAYILI KANUN'UN 44. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 44. maddesinde^[87] geçici teminatın gelir kaydedileceği son düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre, ihale üzerinde bırakılan istekli kesin teminatı vererek idareyle sözleşme imzalamak zorundadır. İstekli, sözleşme imzalamaz ise, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek olmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Aynı kural, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi bakımından da geçerlidir. İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması halinde, idare ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibiyle sözleşme imzalayabilir. İkinci teklif sahibinin de sözleşme imzalamaması halinde, geçici teminatı gelir kaydedilir.

[86] Torun, *op. cit.*, s.165.

[87] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 44: "İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43'üncü maddelere 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. ... Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir". 4734 sayılı Kanun'un Danışmanlık hizmet ihalelerine ilişkin 52. maddesinde de aynı kural bulunmaktadır: "Yapılan görüşmede anlaşma sağlandığı halde ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalama yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, idarece geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda, teklif fiyatının ihale yetkilisine uygun görülmesi kaydıyla, ikinci en yüksek toplam puana sahip istekli ile de görüşme yapmak suretiyle sözleşme imzalanır. İkinci isteklinin sözleşme imzalama yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, idarece geçici teminatı gelir kaydedilir".

E) 4734 SAYILI KANUN'UN 17. MADDESİ KAPSAMINDA GEÇİCİ TEMİNAT GELİR KAYDEDİLMELİ MİDİR?

Geçici teminatın gelir kaydedileceği bu hallerin üçünde (m.10, m.37 ve m.44), isteklinin kendisinin ve teklifinin ihale sürecine devam edebilecek nitelikte olmasına rağmen, bazı eksiklikleri ya da hataları nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ya da sözleşmenin imzalanmaması söz konusudur. Bir başka ifadeyle, bu durumlarda isteklinin ihalenin en başından bu sürece hukuka aykırı bir şekilde katılmadığı varsayılabilir. Buna karşılık, teminatın gelir kaydedildiği bir diğer hal olan 11. maddede ihaleye katılması kanunla doğrudan yasaklanan kişiler yer almaktadır. Oysa, bir diğer yasaklama sebebi olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde geçici teminatın gelir kaydedileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ihale sürecinde yasaklanan fiil ve davranışlar sayılmıştır^[88]. Maddenin son fıkrasında, madde metninde yer alan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında 4734 sayılı Kanun'un Dördüncü Kısımında belirtilen hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun'un Dördüncü Kısımında ise "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlığı altında ihaleden yasaklama hükümleri yer almaktadır. İlgili hükümlerde de yasak fiil ve davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin bir düzenleme ya da buna ilişkin

[88] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 17: "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, 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 vekaleten birden fazla teklif vermek.
- e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır". Bu davranışlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, İhale Hukukunda Çalışma, op. cit., s.168-172.

atıf bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasak fiil ve davranışlarda bulunanların teminatlarının gelir kaydedilemeyeceği ileri sürülmektedir^[89].

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Teminatların Gelir Kaydedilmesi" başlıklı 28. maddesinde ise (28.1.8.) ihale veya son başvuru tarihinden önce ve sonra hakkında yasaklama kararı verilmiş olanlar bakımından bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, ihale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete 'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak, geçici teminatlarının iade edileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, ihale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında yasaklama kararı bulunan aday veya isteklilerin geçici teminatları gelir kaydedilebilecektir.

Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre, teklif sunduğu ihalede, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesince yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunan hakkında yaptırım olarak sadece yasaklama kararı verilebilir, ancak bunun geçici teminatlarının iade edilmesi gerekir. Buna karşılık, daha önce 17. madde kapsamındaki fiil ve davranışlarda bulunan hakkında yasaklama kararı verilmesine ve Resmî Gazetede yayınlanmasına rağmen ihaleye teklif sunan isteklinin geçici teminatı 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin a bendi^[90] uyarınca gelir kaydedilir. Zira, a bendinde geçici veya sürekli olarak idarelerce

[89] Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri op. cit., s.982; Aksoy, op. cit., s.413. Nitekim, Kamu İhale Kurulu'nun bir kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır: "... 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışta bulunanlar hakkında yasaklama yaptırımını uygulanacağına açıkça düzenlendiği görülmektedir. Ancak, anılan Kanun'un 17'nci maddesinin (c) bendi kapsamında sayılan fiil veya davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının irat kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, başvuru sahibi tarafından sunulan geçici teminat mektubu tutarının gelir kaydedilmesi yönünde tesis edilen işlemin mevzuata uygun olmadığı, bu çerçevede adı geçen isteklinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin iptali ve söz konusu geçici teminatın iade edilmesi yönünde düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır". Kamu İhale Kurulu, 25 Temmuz 2014 Tarih ve 2014/051 Toplantı ve 2014/ UH.II-2763 Karar Numaralı Karar (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>).

[90] "Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren

veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihaleye katılması açıkça yasaklanmış ve buna rağmen teklif sunulması halinde geçici teminatın gelir kaydedileceği öngörülmüştür. 11. maddenin a bendinde yer alan “idarelerce” ifadesi, yasak davranışta bulunduğu ihalenin sahibi idareyi kapsasa da Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre yasaklama kararının Resmî Gazete 'de yayım tarihinden önce teklif verdiği için geçici teminatı iade edilecektir^[91].

Aynı şekilde, teklif sunduğu ihalede 17. madde kapsamında yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceğine ilişkin bir kuralın madde metninde açıkça öngörülmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira, söz konusu yasak fiil ve davranışlar, 4734 sayılı Kanun'un 10., 37. ve 44. maddelerinde düzenlenen fiiller bakımından daha ağır, 11. maddesindeki bakımından da neredeyse eşdeğer ağırlıkta bir ihlal teşkil ettiğinden, önemli bir kolluk yetkisi olan teminatın gelir kaydedilmesinin 17. madde kapsamında da uygulanması ihale düzeni bakımından da önem taşımaktadır^[92]. Nitekim, 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleye katılan ve aralarında ihale üzerinde kalan isteklinin de olduğu altı isteklinin idareye sahte beyanda bulunduğu tespit edilip, ihalenin iptal edildiği olaya^[93] ilişkin geçici teminatın gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği hususuna dair Danıştay Birinci Dairesi'nin görüşünde yer alan,

suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar,”

[91] Kamu İhale Genel Tebliği'nde teklifin, yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayımı tarihinden önce ve sonra olarak ayrı değerlendirmesinin nedeni, hakkında yasaklama kararı verilen isteklinin bu durumu ancak Resmi Gazete'de yayımı ile öğrenebileceği içindir. Zira ihaleden yasaklama kararları 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi gereğince Resmî Gazete'de yayımlanmakta, istekliye ayrıca tebliğ edilmemektedir. Yasaklama kararı Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra, 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin a bendi kapsamında ihaleye katılamayacak kişiler arasına girmektedir.

[92] Kesin teminat ile geçici teminatın hukuki niteliği farklı olmakla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinde sözleşme öncesinde yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedeniyle sözleşmenin feshedileceği ve kesin teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir.

[93] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, op. cit., s.989.

Bu aşamada müteahhit, kesin teminat vermeyip, sözleşme imzalamaktan da imtina etmiş bulunsa idi, geçici teminatın irat kaydedilmesinde herhangi bir duraksama olmayacaktı... İdare anılan müteahhidin, daha işin başında yasal olmayan bazı işlemlere başvurduğunu belirleyip, ihaleyi fesh etmiştir. Bu ihaleyi bozmakta, idarenin haklı bir nedeni varsa ki vardır, geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı da oluşmuştur.^[94]

ifadelerinde, sözleşme imzalamayan istekli ile yasak fiillerde bulunduğu için sözleşme imzalanamayan istekli arasında teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımını bakımından ayırım yapılması isabetli bulunmamıştır. Danıştay'ın bu görüşü neticesinde geçici teminat gelir kaydedilse de Danıştay Onuncu Dairesince bunun hukuka aykırı olduğuna karar verilmiş, ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) kararı bozmuştur^[95]. Danıştay Birinci Dairesi ve DİDDK, ihaleye katılan ve ihale üzerinde kalan isteklinin, sözleşme imzalanmamasındaki payını göz önünde bulundurarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerektiği sonucuna varmışlardır.

[94] Danıştay Birinci Dairesi, 04 Nisan 1995 Tarih ve E.1995/86, K.1995/102 Sayılı Karar, Legalbank. Danıştay Birinci Dairesi, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin Borçlar Kanunu kapsamında sözleşme serbestine ilişkin bir cezai şart olduğunu ifade etmiştir. Oysa, geçici teminatın gelir kaydedilmesi, ihale düzenin korumak ve sağlamak amacıyla idareye verilmiş bir kolluk yetkisidir. Dolayısıyla kanuni bir dayanağı olmadan uygulanamaz.

[95] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, op. cit., s.991. Nitekim, DİDDK'nun gerekçesi de Sezginer'in ifade ettiği gibi Danıştay Birinci Dairesinin gerekçesinin aynısıdır. "Dava konusu olayda, firmalardan geçici teminat alınmış ve ihale sonuçlandırılarak müteahhidin davacı şirket olduğu belirlenmiştir. Bu aşamada davacı şirket, kesin teminat vermeyip, sözleşme imzalamaktan da imtina etmiş bulunsa idi, geçici teminatın irat kaydedilmesinde herhangi bir duraksama olmayacaktı. Geçici teminat mektubunun işlevi, müteahhidi sözleşme imzalamaya ve giderek, üstleneceği işi sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapmaya yöneltmek olduğuna göre, idarenin davacı şirketin kötü niyetini işin hemen başında saptayıp ihaleyi fesh etmesini, müteahhidin imzadan kaçınmasından daha az bir yaptırımla karşılanacağını, ihaleyi kazanamayan isteklilerle bir tutulup teminat mektubunun iade edilmesini kabul etmeye hukuken imkan bulunmamaktadır.

Davalı idarece, davacı şirketin daha işin başında yasal olmayan bazı işlemlere başvurduğunun belirlenip haklı bir nedene dayanarak ihaleyi fesh etmesi üzerine geçici teminatı hazine lehine irat kaydetme hakkı oluştuğundan, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir". DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Karar, Legalbank.

Sezginer, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin bir idari yaptırım olduğu için kanunda açıkça düzenlemesi gerektiğini ve somut olaya ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından geçici teminatın gelir kaydedilmemesi gerektiği kanaatinde dir^[96]. Danıştay'ın isteklinin davranışı nedeniyle idarenin ihaleyi haklı olarak feshetmesi ve geçici teminatın gelir kaydedilmesine hakkı olduğunu ifade etmesi eleştiriye açıktır. Zira, idare ihale üzerinde kalan isteklinin ve ekonomik açıdan en avantajlı olan ikinci isteklinin belge eksikliği nedeniyle de değerlendirme dışı bırakılmasına karar verdikten sonra ihaleyi iptal edebilir. Bu durumda, kanunkoyucu, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde belge eksikliği nedeniyle geçici teminatın gelir kaydedilmesini öngörmemiştir. Mevzuata aykırı olan her teklif idare bakımından haklı iptal nedeni olabilir ki, isteklilerin tekliflerinin usulüne uygun olduğu durumlar da dahi rekabet ilkesinin ihlal edilmemesi için idareler haklı olarak ihaleyi iptal edebilmektedir. Dolayısıyla, *Sezginer*'in de belirttiği gibi kanunda açık bir düzenleme olmadığı için somut olayda da geçici teminatın iade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında da geçici teminatlarının gelir kaydedilmesinin yukarıda izah ettiğimiz gibi kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. 17. madde kapsamında hem yasaklama kararı verilmesi hem de geçici teminatın gelir kaydedilmesi ne bis in idem ilkesine de aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira, ihalelerden yasaklama bir idari ceza olmakla birlikte, teminatın gelir kaydedilmesi idari bir tedbir olduğundan aynı fiile iki farklı ceza uygulaması olarak kabul edilmemektedir.

4734 sayılı Kanun'un 59. maddesi^[97] uyarınca haklarında kamu davası açılanlar hakkında da ihaleden yasaklama kararı verilmektedir. Ancak, 4734 sayılı Kanun'un 11' inci maddesinin ilk fıkrasının a bendinde "*idarelerce*

[96] *Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri op. cit., s.992.*

[97] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 59: "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar” ifadesi olduğu için, haklarında kamu davası açılanlar henüz bu kapsamda değerlendirilemeyeceğinden bunların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi gerekmektedir^[98].

III. GEÇİCİ TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLME ORANI

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 33. maddesinde geçici teminatın asgari oranı, 10., 11., 37. ve 44. maddelerinde de geçici teminatın gelir kaydedileceği haller açıkça öngörülmüştür. Buna karşılık, 4734 sayılı Kanun’da geçici teminatın gelir kaydedilme oranına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, teklif ettikleri bedelin %3’ünden fazla teminat yatıran isteklilerin, geçici teminatları gelir olarak kaydedilirken fazla olan kısmın da dahil edilip edilmeyeceği konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir”.

[98] Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri*, *op. cit.*, s.979, dipnot 356; Sezer, Kalkan ve Şahin, *op. cit.*, s.333. Nitekim, bu durum Kamu İhale Genel Tebliği’nde de ifade edilmiştir: (28.1.9.3.) “6359 sayılı Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiş olduğundan, bu Kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle hakkında kamu davası açılanlar söz konusu bent kapsamından çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılamayacakları hüküm altına alınmış olup, Kanun değişikliği bu kuralla ilgili olmadığından; haklarında kamu davası açılmış olanların kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları veyahut ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin ihaleye katılmaları mümkün değildir. Bu yasağa rağmen ihaleye katılmış olunması halinde, bu durumda olan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılması, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi ve idarece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir”.

Konuya ilişkin Kamu İhale Kurulu kararlarına baktığımızda, Kurul isteklilerin tekliflerinin gizli kalması amacıyla asgari tutarın üzerindeki oranın istekliye iade edilmesi gerektiği görüşündedir. Bu çerçevede, sözleşmenin imzalanmaması nedeniyle geçici teminatın asgari oranının üzerindeki tutarın da gelir kaydedildiği bir uyumsuzlukta;

“Kamu İhale Kurulu Kararının davacı şirketin gelir kaydedilen geçici teminatın asgari oranına yönelik ikinci iddiasına ilişkin kısmı incelendiğinde ise; Yukarıda yer alan 4734 sayılı Kanun'un 33. Maddesinin gerekçesinde, anılan madde ile geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat verebilmelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğunun belirtildiği, ihaleye teklif sunana isteklilerin, tekliflerinin %3”ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla %3’ünden daha fazla da geçici teminat sunabilecekleri, geçici teminatın irat kaydedilmesi durumunda ise, isteklinin geçici teminat miktarının sadece %3’ünün irat kaydedilebileceği, %3’ü aşan kısmının ise iade edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı şirketin teklif bedelinin 4.055.350,00 TL olduğu, mevzuat hükümleri ve İdari Şartname düzenlemesi uyarınca asgari 121.660,50 TL değerinde geçici teminat vermesi gerektiği, davacı şirketin ise teklif dosyasında 150.000,00 TL tutarlı geçici teminat mektubu sunduğu görülmektedir.

Bu durumda, ihale tarihinden sonra sözleşme imzalamaktan kaçınan davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesi yerinde olmakla birlikte, teklif tutarının %3’ü aşan kısmının iade edilmesi gerekmekte iken, geçici teminat olarak sunulan tutarın tamamının gelir kaydedilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının bu kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır”

şeklinde karar vermiştir^[99].

Gerçeğe aykırı taahhütname sunulması nedeniyle geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin uyumsuzlukta Kamu İhale Kurulu, %3’ün üzerindeki kısmın istekliye iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir:

[99] Kamu İhale Kurulu, 17 Aralık 2014 Tarih ve 2014/082 Toplantı ve 2014/MK-573 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>). Aynı yönde bkz. Kamu İhale Kurulu, 12 Mart 2014 Tarih ve 2014/020 Toplantı ve 2014/MK-104 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).

“Uyuşmazlık konusu olayda, davacı şirket tarafından söz konusu “3 Grup Tulum (Bahçivan ve İş Tulumu) Kumaşı” ihalesi ortak girişim uhdesinde kaldığı ve ihaleye katılım aşamasında kesinleşmiş vergi borcu bulunmadığını taahhüt etmesine rağmen vergi borcu bulunduğu tespit edilen davacının ekonomik açıdan en avantajlı teklif verip vermediği, ihalenin üzerinde kalıp kalmadığı hususlarına bakılmaksızın gerçeğe aykırı olarak taahhütname sunması davacının ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesini gerektirmekte olup davacının ihale aşamasında vergi borcu bulunduğu hususunda tereddüt bulunmadığından ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi hukuka uygundur.

...

Ancak; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33 üncü maddesinde, isteklilerin teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere geçici teminat verecekleri belirtilmiş olup, Kanunkoyucu tarafından geçici teminatın alt sınırı %3 olarak belirtilip üst sınır getirmemesi veya %3 gibi sabit bir değer esas alınmamasındaki amaç; isteklilerin vermiş oldukları tekliflerin sunmuş oldukları geçici teminat miktarı esas alınmak suretiyle hesaplanmasına engel olmak olduğundan %3'lük değer çok üzerinde yatırılan geçici teminatların irad kaydedilmesi durumunda isteklinin sunmuş olduğu teklifin %3'ü esas alınarak bu kısmın irad kaydedilmesi gerekmektedir. ... 2- Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, teklifin %3'ünü aşan geçici teminatın iade edilmesi gerekirken geçici teminatın tamamının irad kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğuna, oybirliği ile karar verildi”^[100]

Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdare Dava Dairesi'nin 2020 yılında verdiği bir kararında da geçici teminatın asgari oranın üzerindeki tutarının istekliye iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır:

“4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun “İhaleye katılımı yeterlik kuralları” başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasının; (d) bendi ile “Geçici Teminat” başlıklı 33. maddesi ve “Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu” başlıklı 44. maddesinde herhangi bir teklifin reddedilmesi, sözleşme imzalanmaması v.b. durumlarda isteklilerce yatırılan geçici teminatın irad kaydedilmesi gereken

[100] Kamu İhale Kurulu, 06 Temmuz 2009 Tarih ve 2009/057 Toplantı ve 2009/MK-99 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>). Aynı yönde bkz. Kamu İhale Kurulu, 23 Ağustos 2019 Tarih ve 2019/039 Toplantı ve 2019/MK-285 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).

kısımının belirlenmesi yöntemi ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmediği gibi özellikle kısmî teklif verilmesi mümkün olan hallerde, ihaleyi yapan idarenin irat kayıt işlemi sırasında hangi değeri esas alacağı konusunda açık bir kural da getirilmemekle birlikte, ihalenin yalnızca bir kısmı üzerinde kalmak suretiyle uhdesine aldığı kısım kadar mükellefiyet üstlenen isteklilerin durumu değerlendirilirken, sorumluluğu altında olan kısmın gözönüne alınması gerekirken iken, yüklendiği miktardan daha fazla bir oran esas alınarak, teminatın tamamının irat kaydedilmesinin hukuka aykırılık oluşturacağı açık olduğu, uyuşmazlıkta, ihaleye teklif veren ve sözleşme imzalayacak aşamaya gelen davacının ihale için davalı idareye vermiş olduğu geçici teminat tutarının, iş için teklif ettiği bedelin %3'ünden fazla olduğu, teklif edilen bedelin % 3'ünün asgari had olarak yatırılması yeterli olduğu halde, davacı tarafından geçici teminatın bu asgari haddin üzerinde verildiği görülmekte olup, isteklileri asgari had üzerinde ödeme yapmaya zorlayan bir düzenlemenin bulunmadığı, ihaleye esas idari şartnamede geçici teminatın teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak şartıyla istekli tarafından serbestçe belirleneceğinin belirtildiği dikkate alındığında, fazladan yatırılan miktarın davacının serbest iradesi ile ödenmiş olduğu, bu durumda; davacının, ihalenin kendisi üzerinde kalan kısmına ilişkin olarak sözleşme imzalama aşamasında 8.128,56-TL vergi borcu bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle, davacıyla sözleşme imzalanmadığından, ihalenin üzerinde kalan kısmı için %3 oranında geçici teminatın irat kaydedilmesi gerekirken, tüm kısımlara yönelik verdiği 120.000,00-TL tutarındaki geçici teminatın tamamının irat kaydedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı,^[101]

Danıştay da 2014 yılında verdiği bir kararında isteklinin %3'ten fazla verilen geçici teminatının fazla kısmının iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır:

“İhale hukukuna dair temel kurallar öngören 4734 Sayılı Kamu ihale Kanunu'nun «Geçici teminat» başlıklı 33. maddesinin gerekçesinde, madde ile geçici teminatın asgari oranının % 3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. Bu durumda; ihaleye teklif sunan istekliler, tekliflerinin % 3'ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla % 3'ünden daha fazla da geçici teminat sunabileceklerdir. Ancak, geçici teminatın

[101] Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdare Dava Dairesi, 30 Eylül 2020 Tarih ve E. 2020/833, K.2020/1067 Sayılı Karar, Lexpera.

irat kaydedilmesi durumunda, isteklinin geçici teminat miktarının sadece % 3'ünün irat kaydedilmesi, % 3'ü aşan kısmının ise iade edilmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; uyuşmazlığa konu ihalede davacının sunduğu teklifin 1.283.941,00 TL olduğu, teklifin % 3'lük kısmına tekabül ederi tutar 38,518,23 TL olmasına rağmen davacı tarafından sunulan 100.000,00 TL'lik geçici teminat mektubunun nakde dönüştürülerek irat kaydedildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; sözleşmeye davet edilen, ancak karar ve sözleşme damga vergisinin yatırıldığına dair dekontu ibraz etmediği, şirket müdür ve ortaklarının ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden dolayı mahkumiyet kararı olup olmadığına dair belgeyi sunmadığı, sunduğu sosyal güvenlik prim borcu olmadığına dair belgenin ihale tarihi itibarıyla olmadığı ve daha sonra idarece yapılan araştırma neticesinde de ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunduğu anlaşılan davacı şirketin geçici, teminatının irat kaydedilmesi yerinde olmakla birlikte; teklif tutarının % 3'ünü aşan kısmının iade edilmesi gerekmekte olup, geçici teminat olarak sunulan tutarın tamamının gelir kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bu kısmının bozulması gerekmektedir^[102].

Danıştay, geçici teminatın asgari oranın %3 olarak belirlenmesinin isteklilerin tekliflerinin gizlenmesi amacına yönelik olduğunu, bu nedenle %3'ten fazla olan kısmın iade edilmesi gerektiğini ifade etmektedir^[103]. Nitekim 4734

[102] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Haziran 2014 Tarih ve E. 2009/4962 K. 2014/2524 Sayılı Kararı, Legalbank.

[103] Örneğin, "Yukarıda yer alan 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde ise, madde ile geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanımak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. İhaleye teklif sunan istekliler, tekliflerinin %3'ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla %3'ünden daha fazla da geçici teminat sunabileceklerdir. Ancak, geçici teminatın irat kaydedilmesi durumunda ise, isteklinin geçici teminat miktarının sadece %3'ünün irat kaydedilmesi, %3'ü aşan kısmının ise iade edilmesi gerekmektedir". Danıştay On Üçüncü Dairesi, 13 Kasım 2013 Tarih ve E. 2013/1642, K. 2013/2994 Sayılı Karar, Legalbank. Aynı yönde bkz. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank; Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Aralık 2020 Tarih ve E. 2015/2937, K. 2020/3743 Sayılı Karar, Legalbank; Danıştay On Üçüncü Dairesi, 03 Şubat 2015 Tarih ve E. 2014/5089, K. 2015/334 Sayılı Karar, Legalbank.

sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesinde de %3 asgari oranın belirlenmesinin amacının teklifleri gizlemek olduğu ifade edilmiştir^[104]. Buna karşılık, Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarında muhalif kalan üye/üyeler, kanunda iade edilecek tutarı sınırlayıcı bir hüküm olmadığı için teminatın fazla olan kısmının iade edilmesine katılmadığını/katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Örneğin, teklifin %3'den fazla olan kısmının gelir kaydedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar veren idare mahkemesi^[105] kararını onayan Danıştay On Üçüncü Dairesi'nin 26.01.2021 tarih, 2015/133 Esas ve 2021/293 Karar numaralı kararındaki karşı oy değerlendirmeleri şu şekildedir:

“Uyuşmazlık konusu olayda, ihale tarihinden sonra sözleşme imzalanmadan önce kendi kusuru ile ihalelere katılmaktan yasaklı hâle gelerek, idarenin sözleşme imzalama iradesini ortaya koymasına rağmen, sözleşme imzalamaktan kaçınan davacı şirketin geçici teminatının irat kaydedilmesi hukuka uygun olup, anılan yasal mevzuat çerçevesinde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı ve geçici teminatın irat kaydedileceği durumlar arasında sayılan 44. maddede ise, sözleşme imzalamak üzere davet edilmesine rağmen, süresinde sözleşme imzalamaya gelmediği takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği belirtilerek, gelir kaydedilecek miktar için bir sınırlama yapılmadığından, dava konusu işlemin iptali

[104] “geçici teminatın asgari oranı % 3 olarak belirlenmekte ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkan tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esası korunmaktadır”. [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-\(1\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-(1).pdf), s.68, (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2023).

[105] “İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; davacı şirket üzerinde kalan uyuşmazlık konusu ihalede davacı şirketin teklifinin %3'üne karşılık gelen 20.184,00-TL'yi aşar nitelikte 50.000,00-TL geçici teminat mektubunu sunduğu, sözleşme imzalamayan davacı şirketin vermiş olduğu geçici teminat mektubunun tamamının irat kaydedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı; ilgili mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde, teklif bedelini karşılayacak şekilde düzenlenmiş geçici teminat mektubu sunan davacı şirketin, teklif tutarının %3'üne karşılık gelen geçici teminat tutarının irat kaydedilmesi gerekirken sunmuş olduğu geçici teminatın tamamının irat kaydedilmesi gerektiği yönündeki dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır”. Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank.

ylundaki İdare Mahkemesi kararının bozularak davanın reddine karar verilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum”.^[106]

- [106] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank. Sayıştay ise Danıştay'dan farklı olarak 2017 yılındaki kararında 4734 sayılı Kanun'da geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin bir oran belirtilmediği gerekçesiyle %3'ten fazla olan tutarın iade edilmesinin kamu zararına yol açtığı sonucuna ulaşmıştır. “Kanunun 10. maddesinde, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedileceği hüküm altına alınmış olup, geçici teminatın gelir kaydedilmesinde herhangi bir oran belirtilmemiş, sadece ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatından söz edilmiştir. Öte yandan Kanunun 44. maddesinde, ihale üzerinde kalan isteklinin 42 ve 43. maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorunda olduğu, sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminatın iade edileceği, bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği hüküm altına alınmış olup, yine geçici teminatın gelir kaydedilmesinde herhangi bir oran belirtilmemiş, sadece ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatından söz edilmiştir. İhale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı da Kanunun 33. maddesi gereğince asgari % 3 olmak üzere istekli tarafından kendi iradesi dâhilinde verilmiş olan tutardır. Dolayısıyla geçici teminatın gelir kaydedilmesi durumunda da istekli tarafından teklif edilen ihale bedelinin % 3'ü değil, istekli tarafından verilmiş olan teminatın bütününe dikkate alınması gerekmektedir”. Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 12 Nisan 2017 Tarih ve 40951 Dosya ve 42990 Tutanak Numaralı Karar, (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13651>). Aynı yönde bkz. Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 29 Mart 2017 Tarih ve 40620 Dosya ve 42911 Tutanak Numaralı Karar, (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13717>). Sayıştay, Anayasa'da TBMM adına bütçe denetimi yapmakla görevlendirilen ve yüksek mahkemeler arasında sayılmayan bir kurumdur. Ulusoy, Sayıştay'ın yüksek olmasa da mahkeme niteliğini haiz olduğunu ifade etmektedir. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, *op. cit.*, s.196. Buna karşılık, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Sayıştay'ın hem yüksek mahkeme hem de mahkeme olmadığını, anayasal bir kurum olduğunu belirtmektedir. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *op. cit.*, s.246. Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi, Sayıştay'ı mahkeme olarak kabul etmediği için adli yargı yeri ile Sayıştay arasındaki hüküm uyumsuzluğunda görevsizlik kararı vermiştir. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 15 Kasım 1993 Tarih ve E. 1993/46, K.1993/43 Sayılı Karar, (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>). Anayasa Mahkemesi, 11 Temmuz 1991 tarih ve E. 1990/39, K 1991/39 sayılı kararında Sayıştay'ın mahkeme olmadığı sonucuna varsa da 13 Kasım 2014 tarih ve E. 2014/172, K.2014/170 sayılı kararında Sayıştay'ın mahkeme olduğunu ifade etmiştir.

Yargı yerleri, 4734 sayılı Kanun'un 33. maddesinin gerekçesini de dikkate alarak %3'ün üzerinde olan kısmın istekliye iade edilmesine karar vermektedir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesi isteklilerin mülkiyet hakkını sınırlandıran bir idari yaptırımdır. Bu nedenle kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesinin benimsenmesinin özünde hukuk devleti ilkesine uygun hareket etme amacı bulunmaktadır^[107]. Zira bir hukuk devletinde bireylerin uyması gereken kurallar açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir^[108]. Dolayısıyla geçici teminatın gelir kaydedilmesi oranına ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düzenlenmenin de ihlalin ağırlığı ve teminatın amacı doğrultusunda nispi olarak tesis edilmesinin isabetli olabileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede öneri mahiyetinde şunları ifade edebiliriz:

4734 sayılı Kanun'un 10., 37., ve 44. maddelerinde sayılan hallerin ortaya çıkması halinde teminatın sadece %3'lük kısmının gelir olarak kaydedilmesi düzenlenebilir. Zira bu hallerde isteklinin ihalenin temel ilkelerini en baştan zedeleyerek ihale sürecine hukuka aykırı bir şekilde katılmadığı öngörülebilir. Ancak 11. maddede yer alan durumlarda ise isteklinin ihaleye katılımı başlı başına hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Başka bir deyişle, ihaleye girmemesi gerektiğini bildiği halde, kanunda açıkça yasaklanan kuralı yok sayarak ihaleye teklif sunması söz konusudur. Bu nedenle de 11. madde kapsamında geçici teminatın gelir kaydedilmesi oranının isteklinin teklif ettiği miktar kadar olması gerektiği kanaatindeyiz. Yargı organlarının gerekçede ifade ettiği tekliflerin tahmin edilmesi bakımından değerlendirildiğinde ise, 11. madde kapsamındaki kişiler, zaten ihale sürecine devam etmemesi gereken kişiler oldukları için tekliflerinin önceden tahmin edilebilir olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira, her halükârda ihaleye katılmaya yasaklı olan kişilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerekecektir ve girmemesi gerektiği halde ihaleye giren bu kişilerin tekliflerin tahmin edilebilecek olması, ihalede önemli olan rekabet ya da eşitlik ilkesini ihlal etmeyecektir.

Aynı şekilde, 4734 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmesi gerektiği düşünülen konumuzla ilgili diğer husus ise 17. madde kapsamında yasak olan fiil ve davranışlarda bulunanların da yasaklama yaptırımıyla birlikte geçici

[107] Eren, *op. cit.*, s.596.

[108] *Ibid.*

teminatlarının gelir kaydedilmesi yaptırımının öngörülmesi ve bu oranın da 11. maddeye ilişkin ileri sürdüğümüz gibi teminatın tamamı olmasının gerektiğidir.

SONUÇ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenen geçici teminat, mesleki mali ve teknik bakımdan yeterli ciddi isteklilerin ihaleye katılması ve isteklilerin teklifiyle bağlı kalması için isteklilerden teklif ettikleri bedelin en az %3'ü olmak üzere alınan bir güvencedir. Geçici teminat, genellikle ihale sonuçlanınca isteklilere iade edilir, ancak bazı durumlarda idareye gelir olarak kaydedilir. Geçici teminatın gelir olarak kaydedildiği haller 4734 sayılı Kanun'da tahdidi olarak sayılmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 10., 11., 37. ve 44. maddelerinde yer alan durumlarda bir idari yaptırım olarak teminat iade edilmeyip gelir olarak kaydedilmektedir.

4734 sayılı Kanun'da yer alan geçici teminatın gelir kaydedilmesi ihale düzenini sağlamaya yönelik özel kolluk işlemi olmasının yanında mülkiyet hakkını sınırlandıran bir idari yaptırımdır. İdari işlem olduğu için öncelikle idari işlemin yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurlarına uygun tesis edilmelidir. Bir temel hakkı sınırlandıran özel kolluk işlemi ve idari yaptırım olması nedeniyle de kanunilik ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. 4734 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmeyen başka durumların varlığı halinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararı verilmez. Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışların varlığı halinde hakkında sadece yasaklama kararı verilebilen isteklilerin geçici teminatları iade edilir.

Bir idari yaptırım olarak geçici teminatın gelir kaydedilmesinin idari ceza mı yoksa idari tedbir olduğunun tespiti, tabi olacağı hukuki rejim açısından önem taşımaktadır. Zira, idari cezalara ceza hukukunun çekirdek ilkeleri de uygulanmakta, idari tedbirler ise idari işlemin hukuka uygunluk kriterlerine göre değerlendirilmektedir. Geçici teminatın gelir kaydedilmesinin, isteklileri cezalandırmaktan ziyade ihale sürecinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların önlenmesi ve bu sürecin düzenli bir şekilde tamamlanması amacıyla tesis edilen idari tedbir olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla, ceza hukukunun "soruşturma yapılması ve savunma alınması", "suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi", "şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi", "mükerrer cezalandırma yasağı (ne bis in idem ilkesi)", gibi

çekirdek ilkelerine uygun tesis edilmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim, aynı istekli hakkında verilen ihaleden yasaklama kararı ile birlikte geçici teminatın gelir kaydedilmesi kararı ne bis in idem ilkesi bakımından hukuka aykırılık teşkil etmemektedir.

4734 sayılı Kanun kapsamında geçici teminatın isteklilerden asgari %3 oranında alınacağına ilişkin bir kural olmasına rağmen gelir kaydedilme oranına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kamu İhale Kurumu ve yargı yerlerinin, bu teminatın tekliflerin gizli tutulması amacıyla alındığı gerekçesiyle %3'ün üzerinde olan kısmın isteklilere iade edilmesine ilişkin kararları bulunmaktadır. Hem söz konusu orana hem de gelir kaydedilme hallerine ilişkin 4734 sayılı Kanun'da revizyon yapılmasının isabetli olacağı düşünülmektedir. Bu kapsamda, ilk olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamındaki yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar bakımından da yasaklama kararı ile birlikte geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımın açıkça düzenlenmesi gerekliliği ileri sürülebilir. Zira, 17. madde kapsamında yer alan ihaleye doğrudan ya da dolaylı olarak katılması yasaklanan kişilerin teklif sunması halinde haklarında yasaklama kararı verilebildiği gibi geçici teminatları da gelir kaydedilmektedir. İkinci olarak ise geçici teminatın gelir kaydedilme oranının 4734 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmesidir. Bu çerçevede 10., 37. ve 44. maddeler kapsamında yine isteklilerin tekliflerinin gizliliğine önem verilerek, sunulan teminatın %3'lük kısmının, 11. ve 17. maddeler (yine kanunda açıkça gelir kaydedilme halleri arasında yer aldığı takdirde) kapsamında ise teminatın tamamının gelir kaydedileceğinin düzenlenmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, Muhittin ve Ali Abacıoğlu, *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, Ankara, Seçkin, 12. Baskı, 2021.
- Aksoy, Mehmet, “Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri” *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2020, s.393-421.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Savaş, 14. Baskı, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, Yetkin, 2000.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara, Seçkin, 2022.
- Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, Yeni Sisteme Göre Güncellenmiş 11. Baskı, 2023.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara, Asil, 2006.
- Doğanyigit, Sadettin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş Geliştirilmiş 19. Baskı, 2022.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi II. Cilt*, Ankara, Pozitif Matbaa, 2013.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Ankara, Seçkin, Güncellenmiş 4. Baskı, 2022.
- Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990.
- Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Cilt 18, Sayı 02, 1963, s.115-182.
- Gönen, Dinçer ve Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2006.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku I*, Bursa, Ekin, 3. Baskı, 2019.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku II*, Bursa, Ekin, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019.

- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj, 10. Baskı, 2013.
- İsbir, Begüm, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Ankara, Turhan, 2011.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, 2021, s.267-284.
- Kaya, Cemil, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlandırılması: İhalelere Katılmaktan Yasaklama”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2006, s.153-184.
- Kaya, Cemil. “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2004, s.253-284.
- Kubbealtı Lugatı*, “Teminat” Maddesi (<http://lugatim.com/s/teminat>) (Erişim Tarihi 22.03.2023).
- Oğurlu, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma*, Ankara, Seçkin, 2000.
- Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2002.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 13. Bası, 1966.
- Otacı, Cengiz ve Levent Korkut, *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2022.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Filiz, 3. Tıpkı Baskı, 2017.
- Özen, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s.389-417.
- Özkan, Ahmet Fatih, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 4, 2009, s.75-94.
- Sancakdar, Oğuz et al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara, Seçkin, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, 2022.
- Sezer, Yasin, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet, 2. Baskı, 2020.

- Sezginer, Murat, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, Seçkin, 2013.
- Sezginer, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin, 2000.
- Taşdelen, Aziz, “Mali Sonuçlu Bir idari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklama”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s.293-320.
- Toprak, Eren, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara: Seçkin, Güncellenmiş 2. Baskı, 2022.
- Torun, Bülent, *Kamu İhale Hukukunda İdari Yaptırımlar*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Cemil Kaya), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 603617).
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, Teminat” Maddesi (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi 22.03.2023).
- Ulusoy, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021.
- Ulusoy, Ali D., *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, On İki Levha, 2013.
- Yılmaz, Dilşat, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara, Astana, 2014.
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Gerekçesi, [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-\(1\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=4734_kamu_ihale_kanunu_gerekceli_degisiklikler_islenmis-(1).pdf), 68, (Erişim Tarihi: 31.05.2023).

KARARLAR

- Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdare Dava Dairesi, 22 Mart 2023 Tarih ve E. 2020/833, K.2020/1067 Sayılı Karar, Lexpera.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 15 Mayıs 2018 Tarih ve 2015/19616 Başvuru Numaralı Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19616>).
- Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 11 Aralık 2018 Tarih ve 2014/1759 Başvuru Numaralı, Doğan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1759>).

- Anayasa Mahkemesi, 11 Temmuz 1991 Tarih ve E. 1990/39, K 1991/39 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih ve E.2005/138, K.2008/124 Sayılı Teminatın Haczedilemeyeceği Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 14 Ocak 2010 Tarih ve E. 2007/68, K.2010/2 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 02 Haziran 2011 Tarih ve E.2008/115, K.2011/86 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi, 13 Kasım 2014 Tarih ve E. 2014/172, K.2014/170 Sayılı Kararı
- Anayasa Mahkemesi, 07 Nisan 2016 Tarih ve E. 2015/109, K. 2016/28 Sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, 27 Mart 2019 Tarih ve 2018/9115 Başvurulu Numaralı Ünal Gökpınar Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115>).
- Danıştay Birinci Dairesi, 04 Nisan 1995 Tarih ve E.1995/86, K.1995/102 Sayılı Kararı, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/917 K. 2017/1772 Sayılı Kararı.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Haziran 2014 Tarih ve E. 2009/4962 K. 2014/2524 Sayılı Kararı.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 08 Ekim 2012 Tarih ve E. 2012/2116, K. 2012/2363 Sayılı Karar, Lexpera.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 13 Kasım 2013 Tarih ve E. 2013/1642, K. 2013/2994 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 03 Şubat 2015 Tarih ve E. 2014/5089, K. 2015/334 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 26 Ocak 2021 Tarih ve E. 2015/133, K. 2021/293 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 17 Aralık 2020 Tarih ve E. 2015/2937, K. 2020/3743 Sayılı Karar, Legalbank.

- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 18 Şubat 2021 Tarih ve E. 2015/942, K.2021/539 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 22 Kasım 2017 Tarih ve E. 2017/2180, K. 2017/3246 Sayılı Karar.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 06 Haziran 2017 Tarih ve E. 2017/923, K 2017/1830 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 21 Şubat 2019 Tarih ve E. 2018/4070, K. 2019/497 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay On Üçüncü Dairesi, 30 Eylül 2009 Tarih ve E.2009/4856, K 2009/8839 Sayılı Karar, Legalbank.
- Danıştay Yedinci Dairesi, 19 Ocak 2000 Tarih ve E. 1999/1766, K. 2000/67 Sayılı Kararı, Danıştay Dergisi Sayı 104.
- DİDDK, 07 Aralık 2007 Tarih ve E.2003/538, K.2006/2103 Sayılı Kararı, Legalbank.
- DİDDK, 08 Temmuz 2021 Tarih ve E.2021/617, K.2021/1447 Sayılı Kararı, Legalbank.
- Kamu İhale Kurulu, 06 Temmuz 2009 Tarih ve 2009/057 Toplantı ve 2009/ MK-99 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).
- Kamu İhale Kurulu, 23 Ağustos 2019 Tarih ve 2019/039 Toplantı ve 2019/ MK-285 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).
- Kamu İhale Kurulu, 17 Aralık 2014 Tarih ve 2014/082 Toplantı ve 2014/ MK-573 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>). Kamu İhale Kurulu, 12 Mart 2014 Tarih ve 2014/020 Toplantı ve 2014/MK-104 Karar Numaralı Karar, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=3>).
- Kamu İhale Kurulu, 25 Temmuz 2014 Tarih ve 2014/051 Toplantı ve 2014/ UH.II-2763 Karar Numaralı Karar (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>).

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre
Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 29 Mart 2017 Tarih ve 40620 Dosya ve 42911 Tutanak Numaralı Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13717>)

Sayıştay Temyiz Kurulu Altıncı Dairesi, 12 Nisan 2017 Tarih ve 40951 Dosya ve 42990 Tutanak Numaralı Yasal Süresi İçinde Sözleşme İmzalamaya Gelmeyen İsteklinin Geçici Teminatının Eksik Gelir Kaydedilmesi Konulu Karar (<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=13651>).

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 20 Şubat 2017 Tarih ve E.2016/91, K.2017/3 Sayılı Kararı (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).

Uyuşmazlık Mahkemesi, 15 Kasım 1993 Tarih ve E. 1993/46, K.1993/43 Sayılı Karar, (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).