

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No : 2020/003
Gündem No : 82
Karar Tarihi : 23/01/2020
Karar No : 2020/DK.D-17
Toplantıya Katılan Üye Sayısı : 8
Gündem Konusu : 4735 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi uyarınca sözleşmenin devredilmesi halinde, idare tarafından geçici kabul noksanlarını önlemek ve kesin hesapların zamanında tamamlanmasını sağlamak için alınan teminatların sözleşmeyi devreden yükleniciye iade edilip edilmeyeceği ve devralan yükleniciden bu kapsamda teminat alınıp alınmayacağı hususunda Kurum görüşü oluşturulması.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun geçici 4 üncü maddesi uyarınca gerçekleştirilen devirlerde, sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatının iade edileceği hususunun madde metninde hüküm altına alındığı, ancak geçici kabul noksanları için kesilen nakde karşılık alınan teminat mektuplarının işi devreden yükleniciye iade edilip edilmeyeceği, iadesi durumunda devralan yükleniciden teminat alınıp alınmayacağı hususlarında uygulamada tereddüt bulunduğundan konu ile ilgili Kurum görüşü oluşturulması gerekmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun geçici 4 üncü maddesinde, “31/8/2018 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan (3 üncü maddesindeki istisnalar dahil) ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmeler, imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurusu kaydıyla, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak idarenin onayına bağlı olarak feshedilip tasfiye edilebilir veya devredilebilir. Bu durumda devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar, devir tarihi itibarıyla aranacak olup devirden veya fesihden kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz. Yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartları aranmaz. Sözleşmesi feshedilen veya sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir. Bu fıkra kapsamında devredilen sözleşmeler ile bu fıkra kapsamına girmekle birlikte devredilmeyen sözleşmelerde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurusu kaydıyla süre uzatımına ilişkin kısıtlama ve şartlara tabi olunmaksızın Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak idare tarafından süre uzatılabilir...” hükmü bulunmaktadır.

Yukarıya aktarılan kanun hükmü ile kapsamdaki sözleşmeler için, imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle yüklenicilerin idareye yazılı başvuru yaparak sözleşmenin feshini veya devrini talep edebileceği belirtilerek, sözleşmesi feshedilen veya sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatının iade edileceği hususu hüküm altına alınmakla birlikte, bu teminatların kapsamı, iadesi ile devir hallerinde devralan yükleniciden tahsil edilecek teminatlara ilişkin hususlara dair herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 43 üncü maddesinde taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınacağı hüküm altına alınmış, 4735 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde ek kesin teminatlara, anılan Kanunun 13 üncü maddesinde ise kesin teminat ve ek kesin teminatların iadesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde kesin teminat mektuplarına ve kefalet senetlerine ilişkin standart formlar düzenlenmiştir.

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi

: 23.01.2020

Karar No

: 2020/DK.D-17

Diğer taraftan, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan tip sözleşmenin 30 uncu maddesinin dipnotunda; sözleşmenin anahtar teslimi götürü bedel, birim fiyat veya karma olmasına göre geçici kabul noksanları ile işin devamı sırasında kesin hesapların yapılmasına ilişkin olarak alınacak teminatlar da tanımlanmıştır.

Anılan düzenlemelerden, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda düzenlenen kesin ve ek kesin teminatların yanı sıra Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 30 uncu maddesinde düzenlenen geçici kabul noksanları veya işin devamı sırasında kesin hesapların yapılmasına ilişkin teminatların da sözleşme sürecinde yükleniciden alınacak teminatlar arasında yer aldığı anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinde ise sözleşme sürecine ilişkin yükleniciden alınan teminatlar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmediği anlaşılmakta olup, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin 30 uncu maddesine istinaden alınan teminatların da anılan hüküm kapsamında sözleşmeyi devreden yükleniciye iade edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Söz konusu teminatların sözleşmeyi devralan yükleniciden alınıp alınmayacağına ilişkin olarak ise;

4735 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinde bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, anılan Kanunun 36 ncı maddesinde bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirttiği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 205 inci maddesinde, sözleşmenin devrinin sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olarak tanımlanmıştır.

Bu çerçevede, 4735 sayılı Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamında devredilen sözleşmelerde, sözleşmeyi devralan yüklenicinin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları devraldığı ve kamu ihale mevzuatı gereğince sunulması gereken teminatların devralan yükleniciden talep edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun geçici 4 üncü maddesi uyarınca devredilen sözleşmelerde, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin 30 uncu maddesine istinaden alınan teminatların da, anılan Kanun maddesinin “...sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir.” hükmü uyarınca devreden yükleniciye iade edilmesi gerektiği ile sözleşmeyi devralan yüklenicinin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları devraldığı dikkate alındığında, kamu ihale mevzuatı gereğince sunulması gereken teminatların devralan yükleniciden talep edilmesi gerektiğine,

Oybirliği ile karar verildi.